

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

PRAWO W DZIAŁANIU

18

SPRAWY KARNE

Redakcja naukowa Marek Mozgawa



Wolters Kluwer

Warszawa 2014

ISSN 2084-1906

Nakład 200 egz.

Wersja papierowa Prawa w Działaniu jest wersją pierwotną (referencyjną)

Wydawca:

Na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości
Wolters Kluwer SA
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

WOLTERS KLUWER SA



Wolters Kluwer

DYREKTOR DZIAŁU CZASOPISM

Klaudiusz Kaleta

tel. (22) 535 82 03; 535 83 13

faks (22) 535 81 35

e-mail: czasopisma@wolterskluwer.pl

Szczegółowe informacje o prenumeracie czasopisma można uzyskać pod numerem infolinii
0 801 04 45 45; faks (22) 535 82 05

www.profinfo.pl

RADA PROGRAMOWA

Kauko Aromaa, Tadeusz Ereciński, Lech Gardocki, Uberto Gatti,
Vyacheslav Navrotsky, Lech Paprzycki, Andrzej Rzepliński, Marek Safjan,
Stanisław Waltoś, Adam Zieliński

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący
Andrzej Siemaszko

Członkowie:

Beata Gruszczyńska, Elżbieta Holewińska-Łapińska, Marek Mozgawa, Jacek Sadowski,
Roman Trzaskowski, Dobrochna Wójcik, Eleonora Zielińska

REDAKCJA

Redaktor Naczelny
Andrzej Siemaszko

Redaktor Naukowy – Sprawy karne
Marek Mozgawa

Redaktor Naukowy – Sprawy cywilne
Elżbieta Holewińska-Łapińska

Sekretarz Redakcji – Sprawy karne
Paweł Bachmat

Sekretarz Redakcji – Sprawy cywilne
Jerzy Słyk

Redaktor statystyczny - Beata Gruszczyńska

Redakcja językowa – Katarzyna Sowińska

Instytut Wymiaru Sprawiedliwości,
ul. Krakowskie Przedmieście 25, 00-071 Warszawa

Spis treści:

Michał Jankowski, Stanisław Momot, Andrzej Siemaszko Efektywność warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności mierzona powrotnością do przestępstwa	7
Katarzyna Dudka Stosowanie przepisów kodeksu postępowania karnego w postępowaniach dyscyplinarnych uregulowanych w prawie o adwokaturze oraz ustawie o radcach prawnych	37
Patrycja Kozłowska-Kalisz, Agnieszka Szczekała Przestępstwo lichwy (w świetle badań empirycznych)	61
Konrad Buczkowski, Katarzyna Drapała Porwania rodzicielskie. Analiza umorzeń i odmów wszczęcia postępowania w sprawach o przestępstwo z art. 211 k.k.	105
Paweł Bachmat Prokuratorska praktyka ścigania przestępstw z art. 171 ust. 1 i 3 ustawy – Prawo bankowe. Przypadki umorzeń i odmów wszczęcia postępowania	133
Marek Kulik Głosa do wyroku SN z dnia 24 października 2013 r. (III KK 311/13), LEX nr 1379928	183

Contents:

Michał Jankowski, Stanisław Momot, Andrzej Siemaszko Efficiency of conditional suspension of custodial sentences measured by re-offending rates.....	7
Katarzyna Dudka Applying the Code of Criminal Procedure in disciplinary proceedings regulated in statutory law: the Act on Barristers and the Act on Legal Counsels	37
Patrycja Kozłowska-Kalisz, Agnieszka Szczekala The offence of usury (in the light of empirical research)	61
Konrad Buczkowski, Katarzyna Drapała Parental kidnapping – analysis of cases involving offence under Art. 211 of the Criminal Code in which proceedings were discontinued or refused.....	105
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.....	133
Marek Kulik Commentary on Supreme Court judgment of 24 October 2013 (III KK 311/13), LEX No. 1379928	183

Michał Jankowski, Stanisław Momot, Andrzej Siemaszko*

Efektywność warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności mierzona powrotnością do przestępstwa

1. CEL I METODA

1.1. Cel badania i ograniczenia badawcze

Badanie miało na celu określenie efektywności kary pozbawienia wolności orzekanej z zawieszeniem jej wykonania. W badaniu podjęto zatem próbę ustalenia wpływu wymierzania takich zawieszonych kar na skazanych. Ograniczono się w nim do jedynego możliwego praktycznie – przy rozpatrywaniu blisko 2000 przypadków – miernika w postaci ewentualnych późniejszych skazań. Uwzględniono późniejsze skazania z okresu pięcioletniego, równego najdłuższemu możliwemu okresowi próby. Przyjęcie okresu krótszego stanowiłoby bowiem nadmierne ograniczenie, gdyż wyłączyłoby z badania osoby, które powróciły do przestępstwa względnie szybko, np. jeszcze podczas próby – przy dłuższych jej okresach, oraz wkrótce po jej zakończeniu – przy krótszych. Z drugiej strony, przyjęcie okresu dłuższego prowadziłoby do wzrostu znaczenia błędu wynikającego z faktu, że skazania zatarte są natychmiast usuwane z Krajowego Rejestru Karnego oraz że okresy zatarcia skazania są w wypadku zawieszenia wykonania kary krótkie – zatarcie skazania następuje bowiem z upływem 6 miesięcy od zakończenia okresu próby (art. 76 § 1 kodeksu karnego¹). Ponieważ w przypadku kary pozbawienia wolności okres próby wynosi od 2 do 5 lat, zatarcie skazania może nastąpić już po 2,5 roku, co sprawia, że danych dotyczących części osób ponownie skazanych nie można wtedy uzyskać, a znaczenie tego błędu wzrastałoby wraz z wydłużeniem okresu poddanego badaniu. Błąd ten jest oczywiście nieco większy w wypadku danych o wcześniejszych skazaniach na kary z zawieszeniem, mniejszy zaś przy skazaniach późniejszych. Zastosowanie okresu pięcioletniego jest więc pewnym kompromisem pomiędzy krótszymi, zmniejszającymi prawdopodobieństwo ponownego skaza-

* Dr Michał Jankowski jest adiunktem w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości w Warszawie; Stanisław Momot jest prokuratorem Prokuratury Krajowej w stanie spoczynku; prof. zw. dr hab. Andrzej Siemaszko jest dyrektorem Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości w Warszawie. W pracach nad badaniem wzięli także udział: dr Artur Kotowski, dr Marek Marczewski, dr Paweł Ostaszewski, adwokat dr Andrzej Ważny i mgr Anna Więcek-Durańska.

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), dalej jako k.k.

nia, a dłuższymi, powiększającymi błąd wynikający z braku danych o skazaniach zatartych.

Należy oczywiście mieć na uwadze, że tym samym część objętych badaniem osób dopuściła się przestępstwa jeszcze w okresie próby, część zaś po jego upływie (lub po upływie również 6 miesięcy od zakończenia okresu próby). Przede wszystkim jednak należy pamiętać, że uzyskane dane liczbowe wynikają z tak przyjętych założeń i że ich zmiana wywarłaby na nie wpływ, nie zmieniając jednak radykalnie, jak się wydaje, istoty uzyskanych wyników i wniosków, do jakich prowadzą.

1. 2. Metoda badania

W pierwszym etapie doboru próby zwrócono się do prezesów wszystkich sądów rejonowych o spowodowanie wypełnienia krótkiego kwestionariusza pozwalającego na uzyskanie z Krajowego Rejestru Karnego informacji o osobach skazanych na karę pozbawienia wolności z zawieszeniem jej wykonania na podstawie akt 6 kolejnych spraw z marca 2007 r., w których orzeczono taką karę. W razie braku takiej liczby wyroków w marcu poprosiliśmy o dodanie spraw z kwietnia (ewentualnie także z maja). Jeżeli jednym wyrokiem orzeczono taką karę wobec więcej niż jednej osoby, należało uwzględnić tylko pierwszą, według kolejności z wyroku. Gdyby w danym sądzie był więcej niż jeden wydział karny, prosiliśmy o dane z tego oznaczonego najniższym numerem. Takie określenie spraw umożliwiało uzyskanie okresu pięcioletniego, o którym była mowa powyżej (badanie przeprowadzono w 2012 r.), gwarantując jednocześnie losowość doboru. Kwestionariusz zawierał więcej danych, niż było to niezbędne (w tym imię, nazwisko, data i miejsce urodzenia, imiona rodziców i nazwisko panieńskie matki, nr PESEL), co eliminowało możliwość pomyłek. Takie ankiety nadesłano z 333 sądów. Uzyskano w ten sposób dane o 1894 skazanych.

W drugim etapie konstrukcji próby badawczej zwrócono się do Krajowego Rejestru Karnego z prośbą o wypełnienie i przesłanie do Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości kart karnych tych osób. Zacerpnięto z nich informacje o skazaniach wcześniejszych (obarczone większym błędem, o którym była mowa powyżej) i późniejszych (obarczone mniejszym błędem) – w stosunku do skazania z marca 2007 r. („skazanie referencyjne”).

Należy dodać, że 7 sądów nadesłało pomyłkowo mniej więcej podwójną liczbę kwestionariuszy, tj. po 11, 12, a nawet 13 albo 14 – razem 84 dodatkowe ankiety (zapewne z dwóch wydziałów sądu zamiast jednego). Pozostałe nadesłały średnio po nieco poniżej 6 spraw (średnia arytmetyczna nieznacznie ponad 5,6). Spraw, co do których proszono o informację (z jednego tylko wydziału sądu), wpłynęło więc mniej o 84 (i liczba ta została uzupełniona – można uznać, że również losowo) oraz dodatkowo mniej o owe niecałe 0,4 na sąd). Różnica ta, jeżeli wykluczyć ewentualne inne drobne pomyłki, wynika ze wspomnianych powyżej przypadków zatarcia skazania – informacje z akt sądowych, w których skazania zatarte są oczywiście nadal uwidocznione, nie mogły zostać odzwierciedlone w kartach karnych, z których dane usunięto. Ogółem brak wynikający z przypadków zatarcia skazania wynosi więc około 4,8%, a w znacznej części został uzupełniony dodatkowymi informacjami (84 przypadki, tj. nieco ponad 4,4%) – pozostały brak to 0,4%. Można zatem uznać, że reprezentatywność próby badawczej nie została w istotny sposób zakłócona.

Pozostałe, bardziej szczegółowe zagadnienia metodologiczne opisano w częściach opracowania, których dotyczą.

2. PODSTAWOWE INFORMACJE O SKAZANYCH

Warto przede wszystkim zasygnalizować, że dobór do badania osób skazanych w marcu 2007 r. na karę pozbawienia wolności w zawieszeniu miał pewną konsekwencję. Z jednej bowiem strony w badanej populacji znalazły się osoby co najmniej raz karane, z drugiej zaś, z uwagi na zawieszenie kary, nie były to osoby skazane za przestępstwa najpoważniejsze.

Celem odniesienia wyników do niektórych, możliwych do uzyskania z kart karnych, informacji o skazanych odnotowano płeć i wiek oskarżonego. W karcie karnej jest też rubryka „zawód wyuczony”, z czego jednak zrezygnowano z uwagi na ogromną niekonsekwencję we wpisywaniu tej informacji².

Oczywiście takimi informacjami o skazanych są przede wszystkim dane o skazaniach poprzedzających skazania referencyjne (z marca 2007 r.). Przedstawiono je w części IV opracowania.

Co do płci, w próbie znalazło się 1736 mężczyzn (poniżej 92%) i 158 kobiet (powyżej 8%). Proporcja ta nie odbiega od ogólnej struktury skazanych według płci.

Wiek skazanych, w dniu skazania referencyjnego, tj. w 2007 r., przedstawiono w tabeli 1.

Tabela 1. Wiek skazanych		
Przedział wieku	Liczba osób	Procent
do 20 lat	179	9,5
pow. 20 do 30	618	32,6
pow. 30 do 40	434	22,9
pow. 40 do 50	359	18,9
pow. 50 do 60	250	11,1
pow. 60 do 70	45	2,4
pow. 70 do 80	9	0,5
pow. 80	0	0
Ogółem	1894	100

Jak wynika z danych przedstawionych w tabeli 1, liczby (i tym samym odsetki) skazanych malały wraz z wiekiem (pozorny wyjątek stanowi przedział pierwszy, do 20 lat, ponieważ jest krótszy od pozostałych, dziesięcioletnich). Najwięcej wystąpiło więc osób młodych, następnie tych w średnim wieku, a najmniej starszych – co nie odbiega od ogólnych danych o skazaniach według wieku.

² Ta sama osoba mogła np. mieć zawód wyuczony „stolarz” albo „wykonywać prace dorywcze” albo być bezrobotnym, wreszcie – pracować w innej dziedzinie. Podobnie młody człowiek mógł występować raz jako uczeń, a kiedy indziej jako „pozostający na utrzymaniu rodziców” itp. Takie zapisywanie informacji, wynikające ze sposobu ich odnotowywania w aktach spraw karnych, wyklucza sensowną klasyfikację.

3. OGÓŁ SKAZAŃ ORAZ USYTUOWANIE SKAZANIA REFERENCYJNEGO

Poniżej przedstawiono liczby wszystkich skazań osób objętych badaniem. Uwzględniono zatem skazania wcześniejsze, skazanie referencyjne oraz skazania późniejsze – nie ograniczając się do 3 wcześniejszych i 3 późniejszych, co do których zgromadzono bardziej szczegółowe informacje.

Tabela 2. Ogół skazań		
Liczba skazań	Liczba przypadków	Procent
1	886	46,8
2	346	18,3
3	200	10,6
4	138	7,3
5	117	6,2
6	74	3,9
7	43	2,3
8	15	0,8
9	28	1,5
10	13	0,7
11	15	0,8
12	7	0,4
13	4	0,2
14	3	0,2
16	2	0,1
20	1	0,1
23	1	0,1
24	1	0,1
Ogółem	1894	100

Jak wynika z tabeli 2, mniej niż połowa osób została skazana tylko jednokrotnie³. Osób skazanych 2 i 3 razy było razem 546, tj. niemal 29%, a 4 i 5 razy – 255, tj. 13,5%. Liczne są także grupy skazań od 6 do 11 razy – 188 przypadków, tj. niemal 10%. Oczywiście, wraz ze wzrostem liczby skazań liczebności i odsetki skazanych wyraźnie maleją, zwraca jednak uwagę, że w pojedynczych przypadkach skazania były nawet więcej niż 20-krotne.

Warto dodać, że osób skazanych co najmniej 3 razy było aż 662, tj. 35%. Tak więc można przyjąć, że osoby skazywane wielokrotnie (co najmniej trzykrotnie) stanowiły wyraźnie ponad 33% wszystkich. Jeżeli natomiast przyjąć, że wielokrotność

³ Jest to więc wyłącznie skazanie referencyjne.

oznacza nie co najmniej 3, a co najmniej 4 skazania, będzie to ponad 17%, a zatem poniżej 20%. Można więc stwierdzić, że skazania wielokrotne były (w zależności od przyjętych kryteriów) bardzo częste albo dość częste.

Skazanie referencyjne było skazaniem na karę pozbawienia wolności z zawieszeniem wykonania, gdyż takie przyjęto kryterium jego wyboru. W tabeli 3 przedstawiono, którym było z kolei wśród ogółu skazań danej osoby.

Tabela 3. Skazanie referencyjne – które z kolei		
Kolejność skazania referencyjnego	Liczba przypadków	Procent
1	1183	62,5
2	349	18,4
3	155	8,2
4	88	4,6
5	48	2,5
6	27	1,4
7	13	0,7
8	11	0,6
9	8	0,4
10	4	0,2
pow. 10 (do 16)	12	0,6
Ogółem	1894	100

W ponad 60% przypadków skazanie referencyjne było pierwszym skazaniem danej osoby⁴, w niemal 27% – skazaniem drugim albo trzecim, w ponad 7% – czwartym albo piątym. Liczby przypadków oczywiście maleją wraz z kolejnością skazania referencyjnego, zwraca jednak uwagę fakt, że w nielicznych przypadkach było to skazanie od powyżej dziesiątego do szesnastego.

Skazanie referencyjne znalazło się na co najmniej trzeciej pozycji w aż co piątym przypadku. W 20% przypadków sądy zawieszały więc wykonanie kary pomimo uprzedniego dwukrotnego skazania (w ponad 6% przypadków pomimo uprzedniego trzykrotnego skazania). Zwraca uwagę, że zawieszenie wykonania kary miało też miejsce (dwukrotnie) pomimo 15 wcześniejszych skazań.

4. WCZEŚNIEJSZE SKAZANIA I KARY

4.1. Uwagi wprowadzające

Co do skazań wcześniejszych niż referencyjne z marca 2007 r. odnotowano, czy takie skazanie w ogóle miało miejsce, następnie zaś, w odniesieniu do co najwyżej 3 wcześniejszych – za jaki „czyn główny” nastąpiło. Ograniczenia zarówno do 3 skazań (w wypadkach,

⁴ Por. jednak uwagi o zatarciach skazań.

w których było ich więcej), jak i do „czynu głównego” (kiedy czynów w ramach 1 skazania było więcej) zostały podyktowane potrzebą zredukowania rodzajów danych do liczby umożliwiającej ujawnienie istotnych zależności – nadmierne rozbudowanie rodzajów danych, tj. uwzględnienie wszelkich, z natury rzeczy bardzo licznych kombinacji przepisów składających się na kwalifikacje prawne, uniemożliwiłoby bowiem praktycznie porównania.

Przez „czyn główny” rozumiano czyn, w ramach danego skazania, zagrożony (w ustawie, tj. nie taki, za który kara mogła być *in concreto* najwyższa) najsurowszą karą. W wypadkach, w których takie ustawowe zagrożenia były równe, wybierano czyny bardziej charakterystyczne dla sprawcy, tj. te popełniane częściej, albo np. dla sytuacji (np. znęcanie z art. 207 k.k. i uszkodzenie ciała z art. 157 § 1 k.k. są zagrożone taką samą karą, lecz kwalifikacja z art. 207 k.k. oddaje lepiej istotę rzeczy). W braku jakiegokolwiek kryterium wybierano czyn wpisany jako pierwszy. Choć tkwi w tym element oceny (i w znikomej części przypadkowości), wydaje się, że taka metoda odzwierciedla wystarczająco charakter popełnionych przez skazanych przestępstw, zwłaszcza że przy bardzo dużej liczbie próby ewentualne niedoskonałości wyboru najczęściej wzajemnie się znoszą. Z podobnych przyczyn zrezygnowano także z uwzględnienia dodatkowych elementów, takich jak dopuszczenie się czynu w warunkach ograniczonej poczytalności czy np. w formie usiłowania.

W ramach tych 3 skazań odnotowano także, czy zachodziło podobieństwo popełnionych czynów (co najmniej raz) oraz czy zastosowano przepisy kodeksu o recydywie – art. 64 § 1 i 2 k.k. (także co najmniej raz).

Niemniej, odnotowano także liczby wszystkich wcześniejszych skazań.

4.2. Wcześniejsze skazania

Ogółem spośród 1894 skazanych w marcu 2007 r. wcześniejsze wyroki skazujące zapadły co najmniej raz wobec 712 osób, tj. niemal 38%.

Odnotowano również liczby wszystkich wcześniejszych skazań (w tym powyżej 3). Zostało to przedstawione w tabeli 4.

Tabela 4. Liczba wcześniejszych skazań		
Liczba wcześniejszych skazań	Liczba	Procent
1	342	48,6
2	155	22,0
3	88	12,5
4	48	6,8
5	27	3,8
6	13	1,8
7	11	1,6
8	8	1,1
pow. 8 (do 15)	12	1,8
brak danych	8	1,1
Ogółem	712	100

Jak wynika z tabeli 4, zdecydowanie przeważały wcześniejsze skazania jednokrotne – nieco mniej niż połowa. Na drugim miejscu znalazły się skazania dwukrotne – 22%. Następnie, wraz ze wzrostem liczby skazań, liczebności skazanych nadal malały, tak że skazań najliczniejszych było najmniej.

Zwraca uwagę – szczególnie w kontekście zasadniczych kryteriów warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności przewidzianych w art. 69 § 1 i 2 k.k. – że wśród skazanych w marcu 2007 r. na kary z takim zawieszeniem były osoby skazywane wcześniej wielokrotnie, nawet powyżej 8 do 15 razy. Trzykrotnie i więcej razy – aż blisko 30% z nich.

„Czyny główne”, za które nastąpiło pierwsze wcześniejsze skazanie, przedstawiono w tabelach, ograniczając się do przypadków, w których osób skazanych za dany czyn było co najmniej 10, zamieszczając je w porządku malejącym. Pozostałe, bardzo nieliczne w swoich kategoriach kwalifikacje (najczęściej znacznie bliższe pierwszemu przypadkowi niż dziewiętemu), włączono do kategorii „inne”.

Odsetki w trzeciej kolumnie tabeli 4 i następnych odnoszą się do osób, a tym samym „czynów głównych”, które popełniono przed skazaniem referencyjnym (w danym pierwszym, drugim albo trzecim wcześniejszym skazaniu), nie zaś do ogólnej liczby 1894 osób.

„Czyn główny” z pierwszego wcześniejszego skazania przedstawiono w tabeli 5⁵.

Tabela 5. „Czyn główny” – pierwsze wcześniejsze skazanie		
Artykuł kodeksu karnego albo innej ustawy (kodeks karny z 1997 r. bez oznaczenia)	Liczba skazanych	Procent
178a § 2 (prowadzenie innego pojazdu...)	116	16,3
178a § 1 (prowadzenie pojazdu mechanicznego...)	115	16,2
278 § 1 (kradzież)	57	8,0
279 § 1 (kradzież z włamaniem)	38	5,4
208 k.k. z 1969 r. ¹ (kradzież z włamaniem)	13	1,8
286 § 1 (oszustwo)	24	3,4
207 § 1 (znęcanie)	22	3,1
158 § 1 (sfalszowanie dokumentu)	20	2,8
280 § 1 (rozbój)	20	2,8
209 § 1 (niealimentacja)	14	2,0
278 § 3 (kradzież, wypadek mniejszej wagi)	14	2,0
288 § 1 (zniszczenie cudzej rzeczy)	13	1,8
270 § 1 (sfalszowanie dokumentu)	11	1,5
inne*	233	33
brak danych	2	0,3
Ogółem	712	100

¹ Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94 ze zm.), dalej jako k.k. z 1969 r.

* Przestępstwa „inne” (33% wszystkich) to czyny bardzo nieliczne w swoich kategoriach, niemal pojedyncze przypadki

⁵ W całym opracowaniu nazwy przestępstw, ułatwiające tylko orientację, maksymalnie skrócono.

Spośród przestępstw popełnionych przez osoby skazane co najmniej jednokrotnie (712) czyny najczęstsze (tj. powtarzające się – jak przyjęto – co najmniej 10-krotnie) stanowiły niemal dokładnie 2/3 wszystkich i było ich zaledwie 13, przy czym zdecydowanie dominowały te z art. 178a § 1 i 2 k.k. (prowadzenie pojazdu) – po równo z obu paragrafów tego artykułu, razem niemal 33%. Na kolejnych pod względem liczebności (i udziału) miejscach znalazły się kradzież – 8%; kradzież z włamaniem (wraz ze skazaniami za to przestępstwo na podstawie kodeksu karnego z 1969 r.) – razem ponad 13%; oszustwo – niemal 3,5%; znęcanie – ponad 3%; sfalszowanie dokumentu – poniżej 3%; rozbój – również poniżej 3%.

„Czyn główny” z drugiego wcześniejszego skazania przedstawiono w tabeli 6.

Tabela 6. „Czyn główny” – drugie wcześniejsze skazanie		
Artykuł kodeksu karnego albo innej ustawy (kodeks karny z 1997 r. bez oznaczenia)	Liczba skazanych	Procent
178a § 2 (prowadzenie innego pojazdu...)	62	17,2
178a § 1 (prowadzenie pojazdu mechanicznego...)	35	9,7
278 § 1 (kradzież)	34	9,4
279 § 1 (kradzież z włamaniem)	26	7,2
208 k.k. z 1969 r. (kradzież z włamaniem)	12	3,3
286 § 1 (oszustwo)	19	5,3
209 § 1 (niealimentacja)	12	3,3
inne*	160	44,6
Ogółem	360	100

* Przestępstwa „inne” (wyrażnie poniżej połowy wszystkich) to czyny bardzo nieliczne w swoich kategoriach, niemal pojedyncze przypadki

Spośród przestępstw popełnionych przez osoby skazane wcześniej co najmniej dwukrotnie (360) czyny najczęstsze (występujące co najmniej 10-krotnie) stanowiły łącznie mniej niż połowę wszystkich, co wynika z mniejszej liczby osób, które zostały wcześniej skazane co najmniej dwukrotnie, w stosunku do liczby osób skazanych wcześniej jednokrotnie (tj. rozpatrywano tutaj mniejszą liczbę przypadków), przy przyjęciu w prezentacji tego samego progu co najmniej 10. I tutaj zatem dominują czyny stypizowane w nielicznych, zaledwie 7, artykułach bądź paragrafach kodeksu karnego, z prowadzeniem pojazdu mechanicznego albo innego w stanie nietrzeźwości (art. 178a § 1 i 2 k.k.) na pierwszym miejscu – razem niemal 27%; następnie zaś kradzież – poniżej 10%; oraz kradzież z włamaniem – ponad 7%.

Należy dodać, że zwiększający się wraz z cofaniem się w czasie udział czynów o poważniejszym charakterze, za które rzadziej orzeka się kary z zawieszeniem, wiązać trzeba z częstszymi wraz z upływem czasu przypadkami zatarcia skazania (por. pkt 1.1. „Cel badania i ograniczenia badawcze”).

„Czyn główny” z trzeciego wcześniejszego skazania przedstawiono w tabeli 7.

Tabela 7.

„Czyn główny” – trzecie wcześniejsze skazanie

Artykuł kodeksu karnego albo innej ustawy (kodeks karny z 1997 r. bez oznaczenia)	Liczba skazanych	Procent
278 § 1 (kradzież)	28	13,5
279 § 1 (kradzież z włamaniem)	21	10,1
208 k.k. z 1969 r. (kradzież z włamaniem)	13	6,3
178a § 1 (prowadzenie pojazdu mechanicznego...)	20	9,7
178a § 2 (prowadzenie innego pojazdu...)	19	9,2
inne*	101	48,8
Ogółem	207	100

* Przestępstwa „inne” (poniżej połowy wszystkich) to czyny bardzo nieliczne w swoich kategoriach, niemal pojedyncze przypadki

Spośród przestępstw popełnionych przez osoby skazane wcześniej co najmniej trzykrotnie (207) czyny najczęstsze, występujące co najmniej 10-krotnie, stanowiły niemal połowę wszystkich (48,8% wobec 44,6% przy drugim wcześniejszym skazaniu), co również wynika z mniejszej, choć w tym wypadku tylko nieznacznie, liczby osób, które zostały wcześniej skazane co najmniej trzykrotnie, w stosunku do wcześniejszych skazań dwukrotnych, przy przyjęciu w prezentacji tego samego progu, tj. co najmniej 10 przypadków. Dominują zatem rodzaje przestępstw stosunkowo nieliczne, z tymi z art. 178a § 1 i 2 k.k. (prowadzenie pojazdu) – razem niemal 20% – przesuniętymi na następne miejsca (wspomniane zatarcia skazań). Dwa pierwsze miejsca zajmują natomiast kradzież z włamaniem (wraz ze skazaniami na podstawie kodeksu karnego z 1969 r.) – razem ponad 16% – oraz kradzież – ponad 13%.

Jeżeli chodzi o owe 3 wcześniejsze skazania, odnotowano także niektóre inne informacje. Dotyczą one w pierwszym wypadku populacji 360 osób, które – po skazaniu referencyjnym z marca 2007 r. – zostały skazane co najmniej dwukrotnie. Ten pierwszy wypadek dotyczy bowiem podobieństwa przestępstw, które można było stwierdzić tylko wtedy, gdy występowały co najmniej dwa skazania. Wobec ogólnie rzadkiego stosowania przepisów kodeksu karnego o recydywie, podobieństwo przestępstw stanowi ważną wskazówkę co do charakteru powrotności do przestępstwa. Wynik przedstawiono w tabeli 8.

Tabela 8.

Podobieństwo „czynów głównych” – skazania wcześniejsze

Występowanie przestępstw podobnych	Liczba przypadków	Procent
tak	242	67
nie	118	33
Ogółem	360	100

Występowanie przestępstw podobnych stwierdzono więc aż w nieco powyżej 2/3 przypadków, w których przed skazaniem referencyjnym miały miejsce co najmniej dwa skazania.

Dane o zastosowaniu, w ramach badanych skazań, przepisów o recydywie specjalnej, zwykłej i wielokrotnej, przedstawiono w tabeli 9. Odniesiono je do liczby 712, tj. liczby przypadków co najmniej jednokrotnego wcześniejszego skazania. Uczyniono tak dlatego, że recydywa mogła wynikać ze skazań wcześniejszych niż trzy opisane, a stosowna informacja była oczywiście zamieszczana w kartach karnych.

Tabela 9. Recydywa specjalna i specjalna wielokrotna (art. 64 § 1 i 2 k.k.)		
Recydywa	Liczba przypadków	Procent
art. 64 § 1	48	6,7
art. 64 § 2	13	1,8
razem art. 64 § 1 i 2	61	8,5
nie zastosowano art. 64	651	91,5
Ogółem	712	100

Jak wynika z danych zamieszczonych w tabeli, przepisy art. 64 § 1 i 2 k.k. były stosowane bardzo rzadko.

4.3. Kary we wcześniejszych skazaniach

W celu uzyskania syntetycznego obrazu kar, na jakie dana osoba została skazana przed skazaniem referencyjnym, posłużono się dwoma wskaźnikami – w postaci sum wymiarów kar pozbawienia wolności orzeczonych z zawieszeniem i bez zawieszenia ich wykonania. Mógł to być wymiar jednej, w wypadku jednokrotnego tylko skazania, albo większej liczby kar pozbawienia wolności orzeczonych przed marcem 2007 r. Odsetki odnoszono do liczby skazanych na dany rodzaj kary (odpowiednio: zawieszona albo bezwzględna).

Sumy kar zawieszonych przedstawiono w tabeli 10.

Tabela 10. Wcześniejsze skazania – sumy wymiarów kar pozbawienia wolności w zawieszeniu		
Przedział sumy kar	Liczba osób	Procent
od 1 do 6 miesięcy	73	18,5
od 7 miesięcy do roku	129	32,7
powyżej roku do 2 lat	113	28,6
pow. 2 do 3 lat	38	9,6
pow. 3 do 4 lat	21	5,3
pow. 4 lat	21	5,3
Ogółem	395	100

Jak wynika z tabeli 10, spośród 712 osób skazanych przed skazaniem referencyjnym na karę pozbawienia wolności z zawieszeniem jej wykonania skazano uprzednio

ponad 55%. Najczęściej były to sumy kar do roku – ponad połowa, w tym wyraźnie częściej w przedziale do 6 miesięcy. Sumy od powyżej roku do 2 lat wystąpiły w zdecydowanie powyżej 25%. Dłuższe sumy kar są już wyraźnie mniej liczne – w każdym przedziale poniżej 10%). Ponieważ chodzi tu o sumy, nie zaś poszczególne kary, trudno wnioskować wprost o stopniu surowości karania. Warto jednak zauważyć, że takie kary (i ich dość niskie sumy) wynikają, po pierwsze, z faktu, że zawiesić można karę w wymiarze do 2 lat, po drugie zaś, z uwzględnienia w badaniu osób, wobec których później (w marcu 2007 r.) zastosowano karę pozbawienia wolności w zawieszeniu.

Sumy kar bezwzględnych przedstawiono w tabeli 11.

Tabela 11. Wcześniejse skazania – sumy wymiarów bezwzględnych kar pozbawienia wolności		
Przedział sumy kar	Liczba osób	Procent
od 1 miesiąca do roku	40	23,1
powyżej roku do 2 lat	42	24,3
pow. 2 do 3 lat	28	16,2
pow. 3 do 4 lat	14	8,1
pow. 4 do 5 lat	16	9,2
pow. 5 do 10 lat	17	9,8
pow. 10 lat	16	9,2
Ogółem	173	100

Jak wynika z tabeli 11, spośród 712 osób, wobec których zapadły – przed skazaniem referencyjnym – wyroki nakładające karę pozbawienia wolności bez zawieszenia jej wykonania, skazano uprzednio niemal 25%. Wyraźnie mniejszy udział osób skazanych wcześniej na karę bezwzględną można wytłumaczyć uwzględnieniem w badaniu osób, wobec których później (w marcu 2007 r.) zastosowano karę pozbawienia wolności w zawieszeniu. Dominują sumy wymiarów kar od miesiąca do roku i powyżej roku do 2 lat, odpowiednio powyżej 23% i 24%. Na trzecim miejscu są sumy od powyżej 2 lat do lat 3 – ponad 16%. W wyższych przedziałach liczebności są wyraźnie niższe.

Liczby zsumowanych wymiarów kar (i ich odsetki) maleją wraz ze wzrostem przedziału sum kar. Zdecydowanie najwięcej jest tych do roku i 2 lat – razem ponad 47%.

5. SKAZANIE REFERENCYJNE (Z MARCA 2007 R.)

W wypadku skazania referencyjnego uwzględniono więcej informacji niż przy skazaniach wcześniejszych i późniejszych.

5.1. Skazanie

„Czyn główny” ze skazania referencyjnego przedstawiono w tabeli 12, również i tu uwzględniając przestępstwa, za które skazano co najmniej 10 osób. Z uwagi na znacznie licznieszą w tym wypadku populację (1894 osoby) jest to równoznaczne z większą precyzją (więcej typów przestępstw występujących co najmniej 10-krotnie).

Tabela 12. „Czyn główny” – skazanie referencyjne z marca 2007 r.		
Artykuł kodeksu karnego albo innej ustawy (kodeks karny z 1997 r. bez oznaczenia)	Liczba skazanych	Procent
178a § 1 (prowadzenie pojazdu mechanicznego...)	212	11,2
286 § 1 (oszustwo)	184	9,7
178a § 2 (prowadzenie innego pojazdu...)	159	8,4
278 § 1 (kradzież)	143	7,6
207 § 1 (znęcanie)	138	7,3
279 § 1 (kradzież z włamaniem)	89	4,7
244 (niestosowanie się do sądowego zakazu)	69	3,6
233 § 1 (fałszywe zeznania)	62	3,3
62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii ¹ (posiadanie...)	54	2,9
177 § 2 (wypadek ze skutkiem śmiertelnym...)	49	2,6
209 § 1 (niealimentacja)	44	2,3
158 § 1 (udział w bójce lub pobiciu)	39	2,1
280 § 1 (rozbój)	39	2,1
288 § 1 (zniszczenie cudzej rzeczy)	37	2,0
270 § 1 (podrobienie dokumentu)	35	1,8
291 § 1 (paserstwo)	32	1,7
229 § 3 (łapownictwo czynne)	30	1,6
263 § 2 (posiadanie broni palnej...)	30	1,6
177 § 1 (wypadek)	28	1,5
190 § 1 (groźba karalna)	28	1,5
157 § 1 (uszkodzenie ciała)	23	1,2
284 § 2 (przywłaszczenie powierzonej rzeczy)	22	1,2
271 § 1 (poświadczenie nieprawdy przez funkcjonariusza)	18	1,0
297 § 1 (wyłudzenie kredytu)	17	0,9
224 § 2 (przemoc wobec funkcjonariusza)	14	0,7
264 § 2 (przekroczenie granicy...)	12	0,6
59 ust. 1 u.p.n. (sprzedaż...)	12	0,6
278 § 5 (kradzież energii...)	11	0,6
300 § 2 (działanie na szkodę wierzyciela)	11	0,6
226 § 1 (ujawnienie informacji)	10	0,5
Inne*	243	12,6
Ogółem	1894	100

¹ Ustawa z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 124), dalej jako u.p.n.

* Przestępstwa „inne” (niecałe 13% wszystkich) to czyny bardzo nieliczne w swoich kategoriach, niemal pojedyncze przypadki

Jak wynika z tabeli 12, najliczniejsze były skazania za prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości (art. 178a § 1 i 2 k.k.) – razem ponad 20%; oszustwo – niemal 10%; kradzież – poniżej 8%; oraz znęcanie – ponad 7%. Na kolejnych miejscach znalazły się: kradzież z włamaniem – poniżej 5%; niestosowanie się do sądowego zakazu – 3,6%; fałszywe zeznania – powyżej 3%.

5.2. Kary i inne informacje

W tabeli 13 przedstawiono wymiary kar pozbawienia wolności orzeczonych w skazaniach referencyjnych, których wykonanie zawieszono (co stanowiło kryterium doboru).

Tabela 13. Skazanie referencyjne – kary pozbawienia wolności w zawieszeniu		
Przedział kary	Liczba skazanych	Procent
od 1 do 6 miesięcy	624	33,0
od 7 miesięcy do roku	808	42,3
pow. roku do 1,5 roku	241	12,8
pow. 1,5 roku do 2 lat	218	11,5
brak danych	3	0,3
Ogółem	1894	100

Jak wynika z tabeli 13, najczęściej orzekano kary w wymiarach od 7 miesięcy do roku (ponad 40%), następnie zaś do 6 miesięcy (33%). Kar do roku było zatem łącznie nieznacznie ponad 75% wszystkich. Kary niższe, do roku, były więc orzekane niemal dokładnie trzykrotnie częściej niż wyższe – od powyżej roku do 2 lat.

Okresy, na które kary te zawieszono, zostały przedstawione w tabeli 14.

Tabela 14. Okresy zawieszenia kar w skazaniu referencyjnym		
Okres zawieszenia	Liczba skazanych	Procent
2 lata	554	29,3
3 lata	783	41,3
4 lata	293	15,5
5 lat	261	13,8
brak danych	3	0,2
Ogółem	1894	100

Jak wynika z tabeli, kary zawieszano najczęściej na 3 lata (ponad 40%), następnie zaś na 2 (prawie 30%). Można stwierdzić, że okresy zawieszenia dwu i trzyletnie, a więc relatywnie krótsze, stanowiące łącznie ponad 70%, zdominowały praktykę

sądów, zdecydowanie – niemal trzykrotnie – przeważając nad dłuższymi, czyli cztero i pięcioletnimi⁶.

Kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania są zatem orzekane najczęściej w niższych wymiarach (do roku) i z krótszymi okresami zawieszenia (do 3 lat).

Zastosowanie dozoru kuratora przedstawiono w tabeli 15.

Tabela 15. Orzeczenie dozoru kuratora – skazanie referencyjne		
Orzeczenie dozoru kuratora	Liczba skazanych	Procent
dozór orzeczono	596	31,5
dozoru nie orzeczono	1294	68,3
brak danych	4	0,2
Ogółem	1894	100

Jak wynika z danych zamieszczonych w tabeli 15, dozór kuratora orzeczono w niecałych 33% wyroków.

Stwierdzono pewną, dość jednak słabą, zależność⁷ pomiędzy orzeczeniem dozoru w skazaniu referencyjnym, a faktem późniejszego, co najmniej jednokrotnego skazania. Spośród mianowicie sprawców, wobec których dozór orzeczono, 45% zostało co najmniej raz później skazanych. Co do sprawców, wobec których dozoru nie orzeczono, odsetek ten wyniósł 34,8. Skazani poddani dozorowi byli więc następnie skazywani nieco częściej. Z jednej strony można oczekiwać, że osoby poddane pewnego rodzaju kontroli powracają do przestępstwa rzadziej (i rzadziej są skazywane), z drugiej jednak to właśnie od kuratora mógł pochodzić sygnał o popełnieniu nowego przestępstwa, a zatem czyny byłyby wówczas częściej ujawniane. Ponadto dozór jest z natury rzeczy orzekany częściej wobec skazanych młodszych (art. 73 § 2 k.k. w części dotyczącej młodocianych, art. 64 § 2 k.k. był bowiem stosowany niezmiernie rzadko). Fakt częstszych późniejszych skazań mógł zatem wynikać z wieku sprawców, jak również z tego, że dozór orzekano zapewne częściej wobec osób o niekorzystnej prognozie kryminologicznej.

Podobieństwo przestępstw przedstawiono w tabeli 16. Uwzględniono podobieństwo czynu ze skazania referencyjnego do co najmniej jednego skazania wcześniejszego. Odniesiono się więc do liczby 712 – przypadków, w których było co najmniej jedno wcześniejsze skazanie.

Tabela 16. Podobieństwo „czynów głównych” – skazanie referencyjne		
Występowanie przestępstw podobnych	Liczba skazanych	Procent
tak	334	46,9
nie	378	53,1
Ogółem	712	100

⁶ W zbadanej próbie sądy stosowały okresy złożone tylko z pełnych lat.

⁷ $\chi^2(1, n = 1888) = 18,128; p < 0,001; \phi = 0,098; p < 0,001$.

Jak wynika z tabeli 16, występowanie przestępstw podobnych stwierdzono w mniej więcej połowie przypadków.

Dane o zastosowaniu, w ramach badanych skazań, przepisów o recydywie specjalnej, zwykłej i wielokrotnej, przedstawiono w tabeli 17. Odniesiono je oczywiście do liczby również 712 przypadków co najmniej jednokrotnego wcześniejszego skazania.

Tabela 17. Recydywa zwykła i wielokrotna (art. 64 § 1 i 2 k.k.) – skazanie referencyjne		
Recydywa	Liczba przypadków	Procent
art. 64 § 1	19	2,7
art. 64 § 2	1	0,1
razem art. 64 § 1 i 2	20	2,8
nie zastosowano art. 64	692	97,2
Ogółem	712	100

Jak wynika z tabeli 17, przepisy art. 64 § 1 i 2 k.k. były stosowane niezmiernie rzadko (z § 2 w zaledwie jednym przypadku).

W wypadku skazania referencyjnego sprawdzono także, czy zarządzono później wykonanie kary. Przedstawiono to w tabeli 18 – w odniesieniu, oczywiście, do liczby skazań z marca 2007 r., tj. 1894.

Tabela 18. Zarządzenie wykonania kary – skazanie referencyjne		
Zarządzono wykonanie kary	Liczba skazanych	Procent
tak	282	14,9
nie	1612	85,1
Ogółem	1894	100

Wobec częstej powrotności do przestępstwa po skazaniu referencyjnym (przypadki co najmniej jednego późniejszego przestępstwa stanowiły 38%, co najmniej drugiego – niemal 20% i co najmniej trzeciego – ponad 10%) należy uznać, że wykonanie kary zarządzano dość rzadko – 282 przypadki, tj. niecałe 15%.

6. PÓŹNIEJSZE SKAZANIA I KARY

6.1. Późniejsze skazania

Ogółem spośród 1894 osób, później (po skazaniu referencyjnym z marca 2007 r.), skazano co najmniej raz 721 osób, co stanowi niemal dokładnie 38%. Warto przypomnieć, że wcześniej niż w marcu 2007 r. skazano co najmniej raz 712 osób, tj. nieznacznie poniżej 38%. Odsetki skazań (co najmniej jednego) wcześniejszych

i późniejszych są zatem niemal identyczne. Można wprawdzie założyć, że liczba (i tym samym odsetek) skazań wcześniejszych była w rzeczywistości nieco wyższa, tylko że niektóre z nich uległy zatarciu i zostały usunięte z rejestru, z drugiej jednak strony skazania późniejsze są ograniczone do okresu pięcioletniego.

Do prezentacji danych o skazaniach późniejszych mają zastosowanie wyjaśnienia zamieszczone w wypadku skazań wcześniejszych (dotyczące pojęcia „czynu głównego”, kolejności itp.).

Późniejsze skazania przedstawiono w tabeli 19.

Tabela 19. Liczby skazań późniejszych niż referencyjne		
Liczby późniejszych skazań	Liczba skazanych	Procent
1	367	50,9
2	162	22,5
3	92	12,8
4	47	6,5
5	22	3,1
6	10	1,4
7	8	1,1
8	5	0,7
9	3	0,4
10	1	0,1
11	1	0,1
12	2	0,3
13	1	0,1
Ogółem	721	100

Zdecydowanie najwięcej osób (ponad połowa) zostało później skazanych tylko jednokrotnie. Dwukrotnie skazano wyraźnie powyżej jednej piątej oraz poniżej połowy tych skazanych jednokrotnie. Następnie liczby (i odsetki) wyraźnie maleją, co jest naturalne. Zwłaszcza jednak jeśli wziąć pod uwagę, że wiele spośród tych skazań miało miejsce w okresie próby wynikającym ze skazania w marcu 2007 r., liczby te mogą poważnie niepokoić.

Sprawdzono zatem, ile późniejszych skazań miało miejsce już w okresie próby wynikającym ze skazania referencyjnego. Wynik przedstawiono w tabeli 20.

Pośród 1894 osób skazanych w marcu 2007 r. około 31%, a zatem niemal jedna trzecia, zostało później skazanych jeszcze w okresie próby. Należy jednak zastrzec, że w nielicznych przypadkach mogły to być skazania za przestępstwa popełnione wcześniej niż w marcu 2007 r., a tylko wyroki w tych sprawach zapadły później. Nie ma jednak danych, które pozwalałyby na ustalenie ich liczby.

Niemniej, zwłaszcza skazania wielokrotne, choć nieliczne, są bardzo wymowne. Trudno np. domniemywać, że sprawca, który dopuścił się 11 przestępstw (i zdążył zostać za nie skazany), popełnił wszystkie te czyny w zakładzie karnym. Tym

samym, mimo popełnienia w okresie próby wielu przestępstw, nadal przebywał na wolności.

Tabela 20. Liczby późniejszych skazań w okresie próby ze skazania referencyjnego		
Liczby późniejszych skazań w okresie próby	Liczba skazanych	Procent
1	350	59,7
2	115	19,6
3	65	11,1
4	27	4,6
5	12	2,0
6	7	1,2
7	3	0,5
8	3	0,5
9	2	0,3
10	1	0,2
11	1	0,2
Ogółem	586	100

Spostrzeżono, że liczby (i tym samym odsetki) przypadków, w których miało miejsce co najmniej jedno późniejsze skazanie, wzrastają wraz z wydłużaniem się okresu próby. Aż 42,3% osób później skazanych miało czteroletni okres próby, 39,1% – trzyletni, zaś tylko 30,4% – dwuletni. Oznacza to, że pozostawianie w okresie próby nie wpływa hamująco na sprawców. Popełniają oni przestępstwa niezależnie od tego okresu, tj. od rygorów wynikających z zawieszenia ich kar. Dłuższy okres próby obejmuje po prostu więcej skazań.

Ogółem spośród 1894 skazanych w wyroku referencyjnym skazano później 721 osób, tj. 38%. Również w wypadku późniejszych wyroków odnotowano kwalifikacje prawne dotyczące trzech skazań. Do sposobu prezentacji danych mają zastosowanie wyjaśnienia z pkt 4.2. „Wcześniejsze skazania”.

Czyny „główne” w ramach pierwszego późniejszego skazania przedstawiono w tabeli 21.

Jak wynika z danych przedstawionych w tabeli, również wśród skazań późniejszych dominują te z obu paragrafów art. 178a k.k. (razem niemal 27%). Bardzo częste są także: kradzież – prawie 10%; oszustwo – niecałe 7%; niestosowanie się do sądowego zakazu – niemal 6%. Należy dodać, że przypadki zastosowania art. 244 k.k. z pewnością obejmują również sprawy o niestosowanie się do zakazów orzeczonych w następstwie popełnienia przestępstw określonych w art. 178a k.k., co powiększa liczbę czynów związanych z prowadzeniem pojazdu w stanie nietrzeźwości. Dość często natomiast wystąpiły: kradzież z włamaniem – ponad 5% – oraz znęcanie – 4%.

„Czyny główne” w ramach drugiego późniejszego skazania przedstawiono w tabeli 22.

Tabela 21. „Czyn główny” – pierwsze późniejsze skazanie		
Artykuł kodeksu karnego albo innej ustawy (kodeks karny z 1997 r. bez oznaczenia)	Liczba skazanych	Procent
178a § 2 (prowadzenie innego pojazdu...)	98	13,6
178a § 1 (prowadzenie pojazdu mechanicznego)	95	13,2
278 § 1 (kradzież)	66	9,2
286 § 1 (oszustwo)	48	6,7
244 (niestosowanie się do sądowego zakazu)	42	5,8
279 § 1 (kradzież z włamaniem)	38	5,3
207 § 1 (znęcanie)	29	4,0
209 § 1 (niealimentacja)	21	2,9
190 § 1 (groźba karalna)	19	2,6
288 § 1 (zniszczenie cudzej rzeczy)	17	2,4
158 § 1 (sfalszowanie dokumentu)	16	2,2
270 § 1 (sfalszowanie dokumentu)	16	2,2
280 § 1 (rozbój)	15	2,1
62 ust. 1 u.p.n. (posiadanie...)	13	1,8
226 § 1 (ujawnienie informacji)	11	1,5
157 § 1 (uszkodzenie ciała)	10	1,4
inne*	167	23,1
Ogółem	721	100

* Przepęstwa „inne” (poniżej 25% wszystkich) to czyny bardzo nieliczne w swoich kategoriach, niemal pojedyncze przypadki

Tabela 22. „Czyn główny” – drugie późniejsze skazanie		
Artykuł kodeksu karnego albo innej ustawy (kodeks karny z 1997 r. bez oznaczenia)	Liczba skazanych	Procent
178a § 1 (prowadzenie pojazdu mechanicznego...)	41	11,6
278 § 1 (kradzież)	40	11,4
178a § 2 (prowadzenie innego pojazdu...)	39	11,1
286 § 1 (oszustwo)	29	8,2
279 § 1 (kradzież z włamaniem)	28	8,0
244 (niestosowanie się do sądowego zakazu)	25	7,1
209 § 1 (niealimentacja)	13	0,7
207 § 1 (znęcanie)	11	0,6
inne*	126	41,3
Ogółem	352	100

* Przepęstwa „inne” (ponad 40% wszystkich) to czyny bardzo nieliczne w swoich kategoriach, niemal pojedyncze przypadki

Jak wynika z tabeli, również i tutaj dominują skazania z obu paragrafów art. 178a k.k. (razem poniżej 25%). Pomiędzy tymi paragrafami znalazła się kradzież – powyżej 11%, przy czym liczebności (i tym samym odsetki) w trzech pierwszych wierszach tabeli są niemal równe. Z dalszych miejsc warto wymienić oszustwo – ponad 8% – oraz kradzież z włamaniem – 8%.

Czyny „główne” w ramach trzeciego późniejszego skazania przedstawiono w tabeli 23.

Tabela 23. „Czyn główny” – trzecie późniejsze skazanie		
Artykuł kodeksu karnego albo innej ustawy (kodeks karny z 1997 r. bez oznaczenia)	Liczba skazanych	Procent
278 § 1 (kradzież)	24	12,8
244 (niestosowanie się do sądowego zakazu)	21	11,2
286 § 1 (oszustwo)	16	8,5
279 § 1 (kradzież z włamaniem)	14	7,4
178a § 1 (prowadzenie pojazdu mechanicznego...)	13	6,9
inne*	100	53,2
Ogółem	188	100

* Przestępstwa „inne” (ponad połowa wszystkich) to czyny bardzo nieliczne w swoich kategoriach, niemal pojedyncze przypadki

Jak wynika z tabeli 23, jako za czyn trzeci najczęściej skazywano za kradzież – niemal 13%, w następnej zaś kolejności za niestosowanie się do sądowego zakazu – ponad 11%. Artykuł 178a k.k. reprezentuje w zestawieniu już tylko § 1, a i to na ostatnim miejscu spośród czynów najczęstszych, tj. występujących co najmniej 10-krotnie⁸.

Jeżeli chodzi o owe trzy późniejsze skazania, odnotowano także niektóre inne informacje. Dotyczą one populacji 721 osób, które – po skazaniu referencyjnym z marca 2007 r. – zostały skazane co najmniej raz.

Sprawdzono, czy wśród trzech późniejszych skazań oraz skazania referencyjnego występowało podobieństwo przestępstw. Odniesiono się więc do liczby 721, tj. liczby przypadków, w których było co najmniej jedno późniejsze skazanie. Wobec ogólnie rzadkiego stosowania przepisów kodeksu karnego o recydywie podobieństwo czynów stanowi ważną wskazówkę co do charakteru powrotności do przestępstwa. Wynik przedstawiono w tabeli 24.

Dane przedstawione w tabeli 24 potwierdzają to, co można było stwierdzić już na podstawie tabel poprzednich – skazani dość często, w odsetku zbliżonym do 60, popełniali przestępstwa podobne.

Dane o zastosowaniu, w ramach badanych skazań, przepisów o recydywie specjalnej, zwykłej i wielokrotnej, przedstawiono w tabeli 25.

⁸ Por. jednak uwaga do tabeli 21 dotycząca art. 244 k.k.

Tabela 24.

Podobieństwo „czynów głównych” – późniejsze skazania

Występowanie przestępstw podobnych	Liczba skazanych	Procent
Tak	423	58,6
Nie	298	41,4
Ogółem	721	100

Tabela 25.

Recydywa zwykła i wielokrotna (art. 64 § 1 i 2 k.k.)

Recydywa	Liczba skazanych	Procent
art. 64 § 1	54	7,48
art. 64 § 2	5	0,69
razem art. 64 § 1 i 2	59	8,17
nie zastosowano art. 64	662	91,83
Ogółem	721	100

Jak wynika z tabeli 25, przepisy art. 64 § 1 k.k. zastosowano tylko w około 7,5% przypadków, natomiast art. 64 § 2 k.k. – w zaledwie poniżej jednej setnej. Razem stanowiło to nieco ponad 8% przypadków, tj. było bardzo rzadkie. Wynika to, po pierwsze, z ogólnie nieczęstego stosowania przepisów o recydywie na gruncie kodeksu karnego z 1997 r., po drugie zaś z faktu, że za skazanie referencyjne przyjęto skazanie na karę pozbawienia wolności z zawieszeniem jej wykonania.

6.2. Kary w późniejszych skazaniach

Kary przedstawiono w taki sam sposób jak kary (sumy kar) orzeczone w skazaniach wcześniejszych. Z tego powodu mają tu zastosowanie wszystkie wyjaśnienia zawarte w części dotyczącej wcześniejszych skazań.

Sumy kar zawieszonych przedstawiono w tabeli 26.

Tabela 26.

Późniejsze skazania – sumy wymiarów kar pozbawienia wolności w zawieszeniu

Przedział sumy kar	Liczba skazanych	Procent
od 1 do 6 miesięcy	103	21,0
od 7 miesięcy do roku	132	26,9
powyżej roku do 2 lat	163	33,2
pow. 2 do 3 lat	51	10,4
pow. 3 do 4 lat	24	4,9
pow. 4 do 5 lat	9	1,8
pow. 5 lat	9	1,8
Ogółem	491	100

Spośród 721 osób skazanych co najmniej raz po skazaniu referencyjnym, na karę pozbawienia wolności z zawieszeniem jej wykonania skazano 491, tj. 68%. Najczęściej były to sumy kar do roku – poniżej połowy, mniej więcej po równo, w tym w przedziałach do 6 miesięcy i powyżej 6 miesięcy do roku. Sumy od powyżej roku do 2 lat wystąpiły w niemal dokładnie 33%. W wyższych przedziałach kary (sumy kar) są już wyraźnie mniej liczne. Ponieważ chodzi tu o sumy, nie zaś poszczególne kary, trudno wnioskować wprost o stopniu surowości karania. Warto jednak zauważyć, że – częściowo tylko podobnie jak w wypadku skazań wcześniejszych – takie kary (i ich dość niskie sumy) wynikają przede wszystkim z faktu, że zawiesić można karę w wymiarze do 2 lat.

Sumy kar bezwzględnych przedstawiono w tabeli 27.

Tabela 27. Późniejsze skazania – sumy wymiarów bezwzględnych kar pozbawienia wolności		
Przedział sumy kar	Liczba skazanych	Procent
od 1 miesiąca do roku	107	43,5
powyżej roku do 2 lat	48	19,5
pow. 2 do 3 lat	36	14,6
pow. 3 do 4 lat	19	7,7
pow. 4 do 5 lat	17	6,9
pow. 5 lat	19	7,7
Ogółem	246	100

Spośród 721 osób, wobec których zapadły wyroki skazujące po skazaniu referencyjnym, na karę pozbawienia wolności bez zawieszenia jej wykonania skazano 246, tj. nieco ponad 34%. Warto przypomnieć, że spośród 712 osób skazanych przed skazaniem referencyjnym na karę pozbawienia wolności bez zawieszenia jej wykonania liczba orzeczonych kar bezwzględnych wyniosła 173, tj. nieco poniżej 25%. Różnica (poniżej 25% – powyżej 33%) udziałów kary bezwzględnej w skazaniach ogółem w obu tych grupach wynika w sposób naturalny z faktu, że w grupie wyroków późniejszych mamy znacznie częściej do czynienia z osobami już karanymi, często wielokrotnie. Można się tylko zastanawiać, czy różnica ta nie powinna być większa.

Wracając do samych tylko późniejszych skazań, sumy kar bezwzględnych (i ich odsetki) maleją wraz ze wzrostem przedziału sum kar. Zdecydowanie najwięcej jest tych do roku – powyżej 43% – oraz od powyżej roku do lat 2 – niemal 20%.

7. PORÓWNANIA

Dysponujemy informacjami o skazaniach wcześniejszych i późniejszych od referencyjnego na karę pozbawienia wolności w zawieszeniu, dotyczącymi tej samej populacji 1894 osób. Wyroki te charakteryzują nie tylko badaną populację, lecz także politykę karną sądów. Mamy mianowicie do czynienia z reakcją prawnokarną wobec tych samych osób skazanych wcześniej (niższa powrotność do przestępstwa)

i później (powrotność wyższa). Można się zatem przekonać, czy skazanie referencyjne – na karę w zawieszeniu – wpłynęło na zarówno zachowania skazanych, jak i reakcję na te zachowania.

7.1. Liczba skazań – wcześniejszych i późniejszych

Przedstawione wcześniej informacje o liczbach skazań wcześniejszych i późniejszych zawiera zestawienie 1.

Zestawienie 1. Liczby skazań wcześniejszych i późniejszych	
Skazania wcześniejsze	Skazania późniejsze
Zdecydowanie najwięcej skazań jednokrotnych – nieco mniej niż połowa. Na drugim miejscu skazania dwukrotne – 22%. Następnie, wraz ze wzrostem liczby skazań, liczebności nadal malały, tak że skazań najliczniejszych było najmniej. Są jednak również skazania wielokrotne, nawet do 15.	Zdecydowanie najwięcej skazań jednokrotnych – nieco więcej niż połowa. Na drugim miejscu skazania dwukrotne – zdecydowanie powyżej 20%. Następnie liczby (i odsetki) wyraźnie maleją.

Udziały skazań jednokrotnych są więc zbliżone – nieco mniej niż połowa (skazania wcześniejsze) i ponad połowa (późniejsze). Podobnie jest w wypadku skazań dwukrotnych: skazania zarówno wcześniejsze, jak i późniejsze stanowią po nieco powyżej 20%. Następnie, w obu grupach, udziały skazań maleją wraz ze wzrostem ich liczby. Można więc stwierdzić, że pod omawianym względem skazania wcześniejsze i późniejsze niemal się nie różnią.

Stwierdzono zależność⁹ pomiędzy występowaniem co najmniej jednego skazania wcześniejszego niż referencyjne, a faktem co najmniej jednego skazania późniejszego. Spośród osób skazanych wcześniej aż 60,2% zostało także skazanych później. Spośród osób wcześniej niekaranych skazano później tylko 24,7%. Jak z tego wynika, osoby popełniające przestępstwa (i skazywane) przejawiają tendencję do dopuszczania się czynów także później, natomiast te wcześniej niekarane także w przyszłości są skazywane rzadziej.

7.2. „Czyny główne”

Informacje o czynach „głównych” w skazaniach wcześniejszych i późniejszych powtórzone w skrócie w zestawieniu 2.

Udziały przestępstw najczęstszych, tj. określonych w art. 178a § 1 i 2 k.k., to odpowiednio 32,5% i 27%. W obu grupach na drugim miejscu znalazła się kradzież – odpowiednio 8% i 9,2%, tj. mniej więcej tak samo. Następne liczebności są już nieco „przemieszane”, należy jednak zauważyć, że są one wyraźnie mniejsze, jest to więc odpowiednio mniej istotne, z tym że jednak względnie wysokie miejsce zajęły w obu grupach przestępstwa oszustwa i kradzieży z włamaniem. Można więc stwierdzić, że struktury przestępstw, za które skazano wcześniej i później, są podobne, choć niejednakowe.

⁹ $\chi^2(1, n = 1892) = 236,894; p < 0,001; \phi = 0,354; p < 0,001.$

Zestawienie 2.

„Czyny główne” w pierwszych skazaniach

Skazania wcześniejsze	Skazania późniejsze
Przytłaczająco najwięcej było skazań z art. 178a § 1 i 2 k.k. – po równo z obu paragrafów tego artykułu, niemal 33%. Na kolejnych miejscach kradzież – 8%; kradzież z włamaniem (wraz ze skazaniami za to przestępstwo na podstawie kodeksu karnego z 1969 r.) – ponad 13%; oszustwo – niemal 3,5%; znęcanie – ponad 3%; sfalszowanie dokumentu – poniżej 3%; rozbój – poniżej 3%.	Dominują skazania z obu paragrafów art. 178a k.k., niemal 27%. Bardzo częste są także: kradzież, poniżej 10%; oszustwo – niecałe 7%; niestosowanie się do sądowego zakazu – niemal 6%. Dość często: kradzież z włamaniem – 5% – oraz znęcanie – 4%.

Informacje o „czynach głównych” w drugich skazaniach – wcześniejszych i późniejszych – powtórzone w zestawieniu 3.

Zestawienie 3.

„Czyny główne” w 2. skazaniach

Skazania wcześniejsze	Skazania późniejsze
Dominują skazania z art. 178a § 1 i 2 k.k. – niemal 27%; następnie zaś kradzież – poniżej 10% – oraz kradzież z włamaniem – ponad 7%.	Dominują skazania z art. 178a § 1 i 2 k.k. – poniżej 25%, pomiędzy tymi paragrafami kradzież – powyżej 11%, a na dalszych miejscach oszustwo – ponad 8% – i kradzież z włamaniem – 8%.

Również w drugich skazaniach udziały przestępstw z art. 178a k.k. są zbliżone – odpowiednio 27% i 23%. Kradzież to odpowiednio 9,4% i nieco powyżej 11%, a kradzież z włamaniem – ponad 7% i 8%. Skazania późniejsze objęły też oszustwo, wcześniejsze zaś nie, i na tym polega jedyna praktycznie zauważalna różnica.

Informacje o „czynach głównych” w trzecich skazaniach – wcześniejszych i późniejszych – powtórzone w skrócie w zestawieniu 4.

Zestawienie 4.

„Czyny główne” w trzecich skazaniach

Skazania wcześniejsze	Skazania późniejsze
Dominują czyny z art. 178a § 1 i 2 k.k. – niemal 20% (przesunięte na następne miejsca z uwagi na zatarcia skazań). Dwa pierwsze miejsca to kradzież z włamaniem (wraz ze skazaniami na podstawie kodeksu karnego z 1969 r.) – razem ponad 16% – oraz kradzież – ponad 13%.	Dominują czyny z art. 178a § 1 i 2 k.k. – razem niemal 20% (przesunięte na następne miejsca z uwagi na zatarcia skazań). Dwa pierwsze miejsca to kradzież z włamaniem (wraz ze skazaniami na podstawie kodeksu karnego z 1969 r.) – razem ponad 16% – oraz kradzież – ponad 13%.

Również w trzecich skazaniach udziały przestępstw z art. 178a k.k. są niemal równe – po niemal 20%. W wypadku trzecich skazań zajęły one jednak miejsce – zarówno w skazaniach wcześniejszych, jak i późniejszych – za kradzież z włamaniem i kradzież. Stanowi to jeszcze dobitniejsze potwierdzenie faktu, że struktury czynów wcześniejszych i późniejszych są – praktycznie rzecz biorąc – identyczne.

7.3. Podobieństwo „czynów głównych” i recydywa

Uwagi o podobieństwie „czynów głównych” powtórzono w skrócie w zestawieniu 5.

Zestawienie 5. Podobieństwo „czynów głównych”	
Skazania wcześniejsze	Skazania późniejsze
Występowanie przestępstw podobnych – nieco powyżej 66% przypadków, w których przed skazaniem referencyjnym miały miejsce co najmniej 2 skazania.	W około 60% przypadków przestępstwa były podobne.

Wskaźnik przestępstw podobnych, pomimo nieco innego w porównywanych grupach odniesienia, jest zbliżony: powyżej 66% i 60%. Także ten element nie różnicuje więc wyraźnie porównywanych grup wcześniejszej i późniejszej.

Uwagi o recydywie powtórzono w skrócie w zestawieniu 6.

Zestawienie 6. Recydywa – art. 64 § 1 i 2 k.k.	
Skazania wcześniejsze	Skazania późniejsze
Przepisy art. 64 § 1 i 2 k.k. były stosowane bardzo rzadko – odpowiednio ponad 6% i poniżej 2%.	Przepisy art. 64 § 1 k.k. zastosowano w około 7,5%, natomiast art. 64 § 2 k.k. – w zaledwie poniżej 1% przypadków, co daje razem nieco ponad 8% przypadków, tj. było bardzo rzadkie.

Stosowanie przepisów art. 64 k.k. było w obu grupach bardzo rzadkie (§ 1 – wcześniej ponad 6%, później 7,5%; § 2 – wcześniej poniżej 2%, później poniżej 1%).

7.4. Sumy wymiarów kar

Sumy wymiarów kar w zawieszeniu powtórzono w skrócie w zestawieniu 7.

Zestawienie 7. Sumy wymiarów kar pozbawienia wolności w zawieszeniu	
Sumy kar – wcześniejsze	Sumy kar – późniejsze
Najczęściej były to sumy kar do roku – ponad połowa, w tym nieco częściej w przedziale do 6 miesięcy. Sumy od powyżej roku do 2 lat wystąpiły w wyraźnie powyżej 25%. W wyższych przedziałach sumy kar są już wyraźnie mniej liczne.	Najczęściej były to sumy kar do roku – poniżej połowy, mniej więcej po równo w przedziałach do 6 miesięcy i powyżej 6 miesięcy do roku. Sumy od powyżej roku do 2 lat wystąpiły w niemal dokładnie 33% przypadków. W wyższych przedziałach sumy kar są już wyraźnie mniej liczne.

Sumy wymiarów kar do roku stanowią w obu grupach około połowy, z podobnym rozkładem sumy do 6 miesięcy i od 6 miesięcy do roku (odpowiednio nieco częściej do 6 miesięcy i mniej więcej po równo). Sumy od powyżej roku do 2 lat

są również zbliżone (odpowiednio powyżej 25% i 33%). Przypadki w wyższych okresach są w obu grupach wyraźnie mniej liczne.

Sumy wymiarów kar bezwzględnych powtórzone w skrócie w zestawieniu 8.

Zestawienie 8. Sumy wymiarów kar bezwzględnego pozbawienia wolności	
Sumy kar – wcześniejsze	Sumy kar – późniejsze
Na karę pozbawienia wolności bez zawieszenia jej wykonania skazano uprzednio niemal 25% osób. Dominują sumy wymiarów kar od miesiąca do roku i powyżej roku do 2 lat, odpowiednio 23% i 24%. Na trzecim miejscu są sumy od powyżej 2 lat do lat 3 – ponad 16%. W wyższych przedziałach liczebności są wyraźnie niższe.	Na karę pozbawienia wolności bez zawieszenia jej wykonania skazano nieco ponad 34% osób. Sumy kar bezwzględnych (i ich odsetki) maleją wraz ze wzrostem przedziału sum kar. Zdecydowanie najwięcej jest tych do roku – powyżej 43% – oraz od powyżej roku do lat 2 – niemal 20%.

Na kary pozbawienia wolności bez zawieszenia skazano w obu grupach odpowiednio niemal 25% osób skazanych w skazaniu referencyjnym oraz wyraźnie powyżej 33%. Tutaj – po raz pierwszy w zestawieniach – różnica jest wyraźna. Wśród skazań późniejszych udział tych na karę bez zawieszenia jest większy, wynosząc powyżej 33% (wobec poniżej 25% wśród wcześniejszych). Najwięcej jest jednak sum do roku i do 2 lat, następnie zaś liczebności wyraźnie maleją.

8. PODSUMOWANIE

Skazanie w marcu 2007 r. na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania wywarło na populację 1894 osób wpływ polegający na tym, że udział kar bezwzględnych pozbawienia wolności wśród skazań późniejszych wzrósł z 24,3% (skazania wcześniejsze) do 34,1% (skazania późniejsze). Wzrost ten, choć dostrzegalny, trudno jednak uznać za jednoznacznie świadczący o działaniu w praktyce ustawowych reguł odstępowania od warunkowania zawieszenia kary wobec osób uprzednio karanych.

Skazania z marca 2007 r. na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania nie wywarły natomiast żadnego wpływu na populację 1894 osób traktowaną jako całość, jeżeli chodzi o wszystkie inne jej cechy, które uwzględniono w badaniu, tj. nie wpłynęły na:

- liczby skazań;
- rodzaj i strukturę „czynów głównych” w ramach skazania pierwszego;
- rodzaj i strukturę „czynów głównych” w ramach skazania drugiego;
- rodzaj i strukturę „czynów głównych” w ramach skazania trzeciego;
- podobieństwo „czynów głównych”;
- recydywę specjalną – art. 64 § 1 k.k.;
- recydywę wielokrotną – art. 64 § 2 k.k.;
- strukturę sum wymiarów kar pozbawienia wolności w zawieszeniu;
- strukturę sum wymiarów kar pozbawienia wolności bez zawieszenia.

W ramach skazań późniejszych sądy wymierzały wprawdzie nieco częściej karę pozbawienia wolności bez zawieszenia jej wykonania, nie podwyższały jednak

wymiarów kar, niezależnie od tego czy zawieszonych, czy nie. Nie nastąpił zatem w następstwie skazania – czego można było się spodziewać – wzrost surowości w traktowaniu popełnianych później przez te same osoby przestępstw.

Co do populacji 1894 osób, liczby popełnianych przez nią przestępstw i ich struktura ani – w ramach tych przestępstw – podobieństwo i recydywa nie uległy, wraz z upływem czasu i wzrostem liczby skazań, praktycznie żadnej zmianie. Osoby, które były skazywane wcześniej, są także częściej skazywane później – istnieje więc grupa popełniająca przestępstwa częściej, niezależnie od faktu skazywania osób, które składają się na tę populację. Świadczy to o braku zmiany w indywidualnym podejściu do niewykazujących poprawy i popełniających ponownie przestępstwa oskarżonych.

Do badania przystąpiono z założeniem, że skazanie na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania może – zgodnie z treścią art. 69 k.k. – nastąpić tylko wtedy, gdy jest to wystarczające do osiągnięcia celów kary, a w szczególności do zapobieżenia powrotowi do przestępstwa przez skazanego, którego dotychczasowy sposób życia sąd powinien brać pod uwagę.

Tymczasem na taką karę skazywano osoby karane już wcześniej wielokrotnie, niekiedy nawet kilkunastokrotnie. Wśród badanych aż 207 osób zostało skazanych co najmniej trzykrotnie przed wymierzeniem im kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem (tabela 7). Dyrektywa brania pod uwagę postawy sprawcy, jego właściwości i warunków osobistych oraz dotychczasowego trybu życia, wynikająca z treści art. 69 § 2 k.k., była więc najwidoczniej uwzględniana opacznie, jako nakaz warunkowego zawieszania wykonania kary we wszystkich sytuacjach, w których nie jest to jednoznacznie wykluczone z powodu przeszkód ustawowych. Rezultaty analizy bardzo szerokiej próby przypadków nie pozwalają na inną ocenę stosowania instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności. Zastanowić się trzeba przy tym, czy taka praktyka stosowania przepisów kodeksu karnego mieści się w dopuszczalnych ramach, tj. czy nie stanowi naruszania prawa pomimo faktu, że ocena, jaka kara jest właściwa, należy do sądu. Ocena taka nie powinna przecież być tendencyjna. Oceniając całość praktyki, w której trudno dopatrzeć się wyjątkowości i uwzględniania w orzeczeniach o warunkowym zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności dotychczasowego trybu życia skazanych, stwierdzić wypada, że rozmija się ona z wynikającymi z treści prawa oczekiwaniami.

Nie można też uznać, żeby potwierdziło się założenie o warunkowości wymierzenia kary z zawieszeniem, rozumianej jako groźba wykonania kary w razie niespełnienia określonych warunków. Wręcz przeciwnie, analiza praktyki wyraźnie, żeby nie powiedzieć jednoznacznie, przeczy tej warunkowości, stawiając pod znakiem zapytania ideę towarzyszącą zamierzeniom resocjalizacyjnym. Nie potwierdziły się bowiem w znaczącym, przedstawionym w opracowaniu, zakresie hipotezy o powstrzymującym wpływie na skazanych perspektywy wykonania kary w razie zachowania niezgodnego z warunkami zawieszenia. Należy zatem uznać, że oddziaływanie zagrożeniem odwołania warunkowego zawieszenia wykonania kary jest nikłe. Warto wobec tego rozszerzyć stosowanie kar grzywny i ograniczenia wolności (a także rozważyć stosowanie dozoru elektronicznego jako odrębnego rodzaju kary), ograniczając karę pozbawienia wolności w zawieszeniu do przypadków, w których

jest ona niezbędna. Wtedy jednak należałoby skonstruować przepisy w sposób nakazujący sądowi bardziej restrykcyjne reagowanie na ponowne przestępstwa i inne zachowania naruszające porządek prawny, np. naruszenia nałożonych warunków.

Poczyniono też inne poniżej wymienione spostrzeżenia.

Wyraźnie powyżej 33% osób objętych badaniem zostało ogółem skazanych co najmniej trzykrotnie (17% co najmniej czterokrotnie).

W ramach badanej populacji (osoby skazane w marcu 2007 r. na karę pozbawienia wolności z zawieszeniem) skazywano najczęściej za czyny z art. 178a § 1 i 2 k.k. (prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości), art. 278 § 1 k.k. (kradzież) i art. 279 § 1 k.k. (kradzież z włamaniem). Należy dodać, że występowanie tak licznych, sygnalizowanych wcześniej w opracowaniu kilkakrotnie, skazań za przestępstwa przeciwko trzeźwości w ruchu drogowym wywołuje potrzebę refleksji nad sposobami karania sprawców kierowania pojazdami w stanie nietrzeźwym¹⁰.

Popelniano w większości przestępstwa podobne, natomiast przepisy o recydywie (art. 64 § 1 i 2 k.k.) znajdowały zastosowanie rzadko (§ 1) i niezmiennie rzadko (§ 2). Świadczy to o dość znikomym zastosowaniu tych przepisów w sytuacji, w której dominują skazania na karę pozbawienia wolności w zawieszeniu. Brak zatem w kodeksie karnym – i w praktyce orzeczniczej – jakiegokolwiek innej formy reakcji na powrotność do przestępstwa (zwłaszcza wielokrotną) niepowodującą odbywania kary pozbawienia wolności.

Sumy wymierzonych kar pozbawienia wolności mieściły się najczęściej w przedziałach do roku i od powyżej roku do 2 lat, zarówno w wypadku kar zawieszonych, jak i bezwzględnych.

Sumy wymiarów kar były więc w obu grupach bardzo niskie, co świadczy o stosowaniu kar najłagodniejszych. Należy dodać, że w wypadku kar bezwzględnych brakowało ustawowego ograniczenia wymiaru kary do lat 2, co jeszcze bardziej wzmacnia to spostrzeżenie.

Stwierdzono ponadto¹¹, że:

- 1) w 20% przypadków sądy zawieszały wykonanie kary pomimo uprzedniego dwukrotnego skazania (w ponad 6% przypadków pomimo uprzedniego trzykrotnego skazania); zwraca ponadto uwagę fakt, że zawieszenie wykonania kary miało też miejsce (dwukrotnie) pomimo aż 15 wcześniejszych skazań; jest to zjawisko, które wprawdzie w indywidualnych wypadkach może być uzasadnione szczególnymi okolicznościami pozwalającymi na warunkowe zawieszenie kary, jednak oceniane całościowo musi być traktowane jako brak stosowania ustawowych reguł zawieszenia kary w polityce karania;
- 2) kary zawiesza się najczęściej na okres trzech lat, a następnie dwóch; dłuższe okresy próby są rzadsze; przede wszystkim jednak warto zauważyć, że okres próby nie wpływa hamująco na sprawców – popełniają oni przestępstwa (i są za nie skazywani) niezależnie od tego okresu, co świadczy o nieskuteczności omawianego środka probacyjnego;

¹⁰ Już po powstaniu niniejszego opracowania zdepenalizowano kierowanie pojazdem innym niż mechaniczny w stanie nietrzeźwości (dawny przepis art. 178a § 2 k.k.), nadając mu rangę tylko wykroczenia.

¹¹ Na podstawie danych dotyczących skazania „referencyjnego”.

- 3) aż niemal 33% skazań (a przecież pomiędzy popełnieniem przestępstwa a skazaniem upływa czas, niekiedy bardzo długi) miała miejsce w okresie próby wynikającym ze skazania referencyjnego¹²;
- 4) dozór kuratora orzeka się w niecałej jednej trzeciej liczby skazań; sprawcy, wobec których dozór orzeczono, nieco częściej są później ponownie skazywani, co wynika zapewne ze stosowania dozoru wobec osób o gorszej prognozie kryminologicznej;
- 5) wykonanie kary zarządzone w 15% przypadków, a zatem dość rzadko, jeżeli pamiętać o dwukrotnie częstszym ponownym popełnieniu co najmniej jednego przestępstwa (a popełniano też ich więcej) w okresie próby – ponad 30%.

¹² Należy jednak zauważyć, że niektóre takie skazania mogły zapaść za czyny popełnione wcześniej.

Summary

Michał Jankowski, Stanisław Momot, Andrzej Siemaszko

– Efficiency of conditional suspension of custodial sentences measured by re-offending rates

This article is a report on a case file study aimed at determining the efficiency of suspended prison sentences. The study covered a sample of 1,894 persons who received suspended sentences in March 2007 (in order to have five-year period in which these persons could have re-offended and received another sentence). The information was obtained, apart from short questionnaires filled in by courts, from the National Criminal Register (from conviction records). The study enabled drawing the following conclusions.

The fact of receiving suspended prison sentences in March 2007 influenced the population of 1,894 persons in that the share of immediate custodial sentences rose from less than one-fourth (previous convictions) to more than one-third (subsequent convictions), precisely from 24.3% to 34.1%. Thus the growth, although noticeable, was not significant.

Suspended custodial sentences from March 2007 did not have any influence on the population of 1,894 persons treated as a whole in terms of all other features (and features of sentences) that were taken into account in the study.

So in subsequent convictions, courts imposed immediate custodial sentences slightly more often, but without increasing the periods of imprisonment, whether suspended or not.

The numbers of committed offences and their structure, as well as – within these offences – similarity and repeat offending practically did not change with the passage of time and with increase of the number of convictions. Persons who had had previous sentences are also more likely to receive subsequent sentences, so there is a group which offends more often regardless of the criminal law reaction to their acts.

Well above one-third of the persons covered by the study received a total of at least three sentences (17% had at least four sentences).

Usually they were convicted for acts defined in Art. 178a § 1 and 2 (driving while intoxicated), Art. 278 § 1 (theft) and Art. 279 § 1 (theft with burglary).

In most cases similar offences had been committed in the past, but provisions on repeat offending (Art. 64 § 1 and 2) were applied rarely (§ 1) or extremely rarely (§ 2).

The total lengths of prison sentences were usually in the ranges of up to one year and between one and two years, both for suspended and immediate sentences. It is slightly surprising as the Code limits the length of suspended sentences to two years. We can suppose it results from courts being reluctant to administer longer penalties when serving the penalty is not suspended, so the sentence has to be served.

In addition it was found that:

- 1) In one-fifth of cases courts suspended serving the penalty even though there had been two previous sentences (three previous sentences in more than 6% of cases); what catches our attention is that suspended sentences were given (in two cases) even though there had been as many as fifteen previous sentences.*
- 2) Penalties are usually suspended for three-year periods, two-year periods are used slightly less often; longer probationary periods are less frequent; the length of probation does not act as a deterrent for the perpetrators and they commit offences (and receive sentences) regardless of the period;*
- 3) As many as almost one third of the sentences (one should remember that sometimes a very long time passes between the offence and the imposition of a sentence) were imposed during the probationary period resulting from the sentence imposed in March 2007;*
- 4) Supervision by probation officers is ordered in less than one-third of sentences; offenders who were assigned to a probation officer were given sentences again slightly more often;*
- 5) Serving the penalty was ordered in 15% of cases, that is, rather infrequently if we remember that offenders are twice as likely to reoffend at least once (and sometimes multiple times) during the probationary period – this was true of more than 30%.*

Katarzyna Dudka *

Stosowanie przepisów kodeksu postępowania karnego w postępowaniach dyscyplinarnych uregulowanych w prawie o adwokaturze oraz ustawie o radcach prawnych

1. ANALIZA REGULACJI POSTĘPOWANIA DYSCYPLINARNEGO W USTAWIE – PRAWO O ADWOKATURZE

Prawo o adwokaturze¹ reguluje zagadnienia odpowiedzialności dyscyplinarnej w dziale VIII (art. 80–95n). Jest to regulacja kompleksowa, obejmująca zarówno kwestie materialnoprawne (podstawy odpowiedzialności dyscyplinarnej, system kar i zasady ich wymierzania, problematykę kary łącznej, przedawnienie, zatarcie kary dyscyplinarnej), jak i procesowe. Aspekty procesowe dotyczą zbiegu postępowania dyscyplinarnego z postępowaniem karnym, podsądności i właściwości sądu dyscyplinarnego, przebiegu postępowania dyscyplinarnego, systemu środków zaskarżenia, stron postępowania dyscyplinarnego, zasad postępowania dyscyplinarnego, tymczasowego zawieszenia w czynnościach zawodowych adwokata lub aplikanta adwokackiego, które jest swego rodzaju środkiem zapobiegawczym stosowanym wobec obwinionego w postępowaniu dyscyplinarnym.

Zgodnie z art. 80 pr. adw. adwokaci i aplikanci adwokaccy podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej za następujące czyny:

- postępowanie sprzeczne z prawem,
- postępowanie sprzeczne z zasadami etyki,
- postępowanie sprzeczne z zasadami godności zawodu,
- naruszenie obowiązków zawodowych.

Szczególnym rodzajem deliktu dyscyplinarnego jest naruszenie wolności słowa i pisma, stanowiące ściganą z oskarżenia prywatnego zniewagę lub zniesławienie strony, jej pełnomocnika lub obrońcy, kuratora, świadka, biegłego lub tłumacza (art. 8 ust. 2 pr. adw.).

* Dr hab. Katarzyna Dudka jest profesorem Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie oraz profesorem Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości w Warszawie.

¹ Ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 635 ze zm.), dalej jako pr. adw.

Dodatkowo adwokaci odpowiadają dyscyplinarnie za niespełnienie obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności polegających na świadczeniu pomocy prawnej, a w szczególności na udzielaniu porad prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu projektów aktów prawnych oraz występowaniu przed sądami i urzędami.

Zasady etyki zawodu adwokackiego zostały określone w Zbiorze Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeksie Etyki Adwokackiej), przyjętym uchwałą Naczelnej Rady Adwokackiej z 10.10.1998 r. (2/XVIII/98), zmienionym uchwałami Naczelnej Rady Adwokackiej z 19.11.2005 r. (32/2005) oraz z 19.11.2011 r. (33/2011–54/2011)².

Kodeks Etyki Adwokackiej (KEA) reguluje kwestie ogólne (rozdział I), wykonywanie zawodu (rozdział II), stosunek do sądu i innych organów, przed którymi występuje adwokat (rozdział III), stosunek do kolegów (rozdział IV), stosunek do klientów (rozdział V), pracę w samorządzie i stosunek do władz adwokatury (rozdział VI).

Zgodnie z § 1 ust. 2 KEA naruszeniem godności zawodu adwokackiego jest takie postępowanie adwokata, które mogłoby go poniżyć w opinii publicznej lub poderwać zaufanie do zawodu. Celem podejmowanych przez adwokatów czynności zawodowych jest ochrona interesów klienta (§ 6 KEA). Jakkolwiek w czasie wykonywania czynności zawodowych adwokat korzysta z pełnej swobody i niezależności, na adwokacie spoczywa szczególny obowiązek dbałości o to, aby nie przekroczyć granic prawidłowego reprezentowania interesów klienta (§ 7 KEA).

Adwokat nie może podejmować takich zajęć, które, uwłaczałyby godności zawodu, ograniczałyby niezawisłość adwokata, podważałyby zaufanie publiczne do adwokatury. Za kolidujące z wykonywaniem zawodu adwokackiego uznaje się w szczególności:

- a) zajmowanie w cudzym przedsiębiorstwie stanowiska zarządcy, sprawowanie funkcji członka zarządu, prokurenta w spółkach prawa handlowego oraz członka rady nadzorczej oddelegowanego do zarządu spółki prawa handlowego, chyba że jest to przejściowo sprawowana funkcja, mająca za cel wykonanie określonego i ograniczonego w czasie zlecenia klienta;
- b) podejmowanie się zawodowo pośrednictwa przy transakcjach handlowych, z wyjątkiem doradztwa przy zawieraniu umów oraz dokonywania w ramach działalności kancelarii adwokackiej czynności handlowych i finansowych niezwiązanych z wykonywaniem zawodu adwokata;
- c) prowadzenie kancelarii adwokackiej w tym samym lokalu z osobą prowadzącą inną działalność, gdy taka sytuacja byłaby sprzeczna z zasadami etyki adwokackiej lub mogła narazić dobre imię adwokatury.

Natomiast zgodne z etyką zawodową jest wykonywanie przez adwokata funkcji syndyka, podejmowanie czynności nadzorcy sądowego, likwidatora i zarządcy działającego na podstawie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze³, pełnienie

² Tekst jednolity ogłoszony przez Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej 14.12.2011 r.

³ Ustawa z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1112 ze zm.).

funkcji kuratora we władzach fundacji, w radach nadzorczych, zarządach spółdzielni mieszkaniowych i innych, a także pełnienie obowiązków członka zarządu i prokurenta spółek prawa handlowego, z zastrzeżeniem przepisów powyższych, a także dotyczących zasad ochrony tajemnicy adwokackiej (§ 9 ust. 1–4 KEA).

Systematyka kar dyscyplinarnych została zawarta w art. 81 ust. 1 pr. adw. i obejmuje:

- upomnienie,
- nagany,
- karę pieniężną,
- zawieszenie w czynnościach zawodowych na czas od 3 miesięcy do 5 lat,
- wydalenie z adwokatury.

Karami dodatkowymi są:

- zakaz wykonywania patronatu,
- podanie treści orzeczenia do publicznej wiadomości środowiska adwokackiego przez opublikowanie w czasopiśmie wydawanym przez organ adwokatury (art. 81 ust. 6 pr. adw.).

Zakaz wykonywania patronatu orzekany jest obligatoryjnie, na czas od 2 do 10 lat w razie skazania na karę zawieszenia w czynnościach zawodowych (art. 81 ust. 3 pr. adw.), albo fakultatywnie, na czas od roku do 5 lat w przypadku wymierzenia nagany lub kary pieniężnej (art. 81 ust. 2 pr. adw.).

Kara nagany oraz kara pieniężna skutkują utratą biernego prawa wyborczego do organu samorządu adwokackiego na okres 3 lat od dnia uprawomocnienia się orzeczenia (art. 81 ust. 4 pr. adw.).

Karę pieniężną wymierza się w granicach od 5-krotnej do 50-krotnej podstawowej składki izbowej (art. 82 ust. 1 pr. adw.). Nie orzeka się jej w stosunku do aplikantów adwokackich (art. 83 ust. 1 pr. adw.).

Zawieszenie w czynnościach zawodowych pociąga za sobą utratę biernego i czynnego prawa wyborczego do organu samorządu adwokackiego na czas 6 lat od dnia uprawomocnienia się orzeczenia (art. 81 ust. 5 pr. adw.).

Kara wydalenia z adwokatury ma charakter eliminacyjny. Jej skutkiem jest skreślenie z listy adwokatów bez prawa ubiegania się o ponowny wpis (art. 82 ust. 2 pr. adw.). W stosunku do aplikantów oznacza skreślenie z listy aplikantów bez prawa ubiegania się o ponowny wpis na listę aplikantów adwokackich lub o wpis na listę adwokatów przez okres 10 lat od daty uprawomocnienia się orzeczenia o karze wydalenia z adwokatury.

Zgodnie z art. 84 ust. 1 pr. adw. w razie jednoczesnego ukarania za kilka przewinień dyscyplinarnych sąd dyscyplinarny wymierza karę za poszczególne przewinienia, a następnie karę łączną. Zasady jej wymierzania określone zostały w art. 84 ust. 2 pr. adw.:

- 1) w razie orzeczenia kary upomnienia i nagany wymierza się łączną karę nagany;
- 2) kary upomnienia i nagany nie podlegają łączeniu z karą pieniężną;
- 3) przy karach pieniężnych łączna kara pieniężna nie może przekraczać sumy tych kar i nie może być niższa od najwyższej z orzeczonych kar pieniężnych;

- 4) kara zawieszenia w czynnościach zawodowych nie podlega łączeniu z karą upomnienia, nagany i karą pieniężną;
- 5) przy orzeczonych za kilka przewinień karach rodzajowo różnych i karze wydalenia z adwokatury wymierza się karę łączną wydalenia z adwokatury, a w wypadku orzeczonych równocześnie kar pieniężnych karę tę orzeka się na zasadach przewidzianych w pkt 3.

Zasady przewidziane dla orzekania kary łącznej stosuje się odpowiednio w razie wydania orzeczenia łącznego.

W prawie o adwokaturze przewidziane zostały 2 różnego rodzaju terminy przedawnienia. W myśl art. 88 ust. 4 pr. adw. karalność przewinienia dyscyplinarnego ustaje, jeżeli od czasu popełnienia 5 pięć lat, a w wypadku zniewagi lub zniesławienia, o których mowa w art. 8 ust. 2 pr. adw. – 2 lata. Drugi termin określony został w art. 88 ust. 1 pr. adw., zgodnie z którym nie można wszcząć postępowania dyscyplinarnego, jeżeli od chwili popełnienia przewinienia upłynęły 3 lata, a w wypadkach przewidzianych w art. 8 ust. 2 pr. adw. – 6 miesięcy. Jeżeli jednak czyn zawiera znamiona przestępstwa, przedawnienie dyscyplinarne nie następuje wcześniej niż przedawnienie karne (art. 88 ust. 2 pr. adw.).

Wyraźnie można dostrzec nieprawidłowość przyjętych w art. 88 pr. adw. rozwiązań, wynikającą z wadliwego umiejscowienia przepisu art. 88 ust. 2 pr. adw., wydłużającego termin przedawnienia deliktów wypełniających znamiona przestępstwa. Rzecz w tym, że wydłużenie terminu przedawnienia odnosi się wyłącznie do terminu wskazanego w art. 88 ust. 1 pr. adw., co oznacza, że jeżeli przewinienie dyscyplinarne wypełnia znamiona przestępstwa, można wszcząć postępowanie dyscyplinarne również po terminie wskazanym w art. 88 ust. 1 pr. adw., jednak nie później niż upływa termin przedawnienia przestępstwa. Karalność takiego przewinienia (choćby wypełniało znamiona zbrodni zabójstwa, której karalność przedawnia się z upływem 30 lat, w myśl art. 101 § 1 pkt 1 kodeksu karnego⁴) przedawnia się z upływem 5 lat, co wyklucza możliwość ścigania sprawcy takiego deliktu. Jest to rozwiązanie, które ewidentnie godzi w istotę odpowiedzialności dyscyplinarnej i należałoby postulować jego zmianę.

Postępowanie dyscyplinarne toczy się niezależnie od postępowania karnego o ten sam czyn, może być jednak zawieszone do czasu ukończenia postępowania karnego (art. 86 pr. adw.).

Przepisy prawa o adwokaturze przewidują możliwość wymierzenia przez dziekana rady adwokackiej kary upomnienia członkowi izby bez przeprowadzenia postępowania dyscyplinarnego (art. 85 ust. 1 pr. adw.). Od kary upomnienia wymierzonej w tym trybie służy odwołanie do sądu dyscyplinarnego, który orzeka w tych sprawach jako druga i ostatnia instancja (art. 85 ust. 2 pr. adw.). Przepis ten nie wskazuje, za jaki rodzaj przewinienia dyscyplinarnego można nałożyć karę upomnienia przez dziekana izby. Jakkolwiek *ratio legis* tego rozwiązania było uproszczenie postępowania dyscyplinarnego poprzez uniknięcie wszczynania tego postępowania o czyny drobne, za które sąd dyscyplinarny wymierzyłby właśnie karę upomnienia, w rzeczywistości nie ma przeszkód, by dziekan izby nakładał

⁴ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), dalej jako k.k.

upomnienie także za delikty charakteryzujące się większym ciężarem gatunkowym i wyższą społeczną szkodliwością. Zasadne jest zmodyfikowanie art. 85 ust. 1 pr. adw. na wzór rozwiązania zawartego w art. 66 ust. 1 ustawy o radcach prawnych⁵, który pozwala na wymierzenie kary przez dziekana izby wyłącznie w przypadku przewinienia mniejszej wagi.

Postępowanie dyscyplinarne obejmuje:

- dochodzenie – prowadzone przez rzecznika dyscyplinarnego,
- postępowanie przed sądem dyscyplinarnym (postępowanie rozpoznawcze),
- postępowanie wykonawcze prowadzone przez właściwą radę adwokacką (art. 95c pr. adw.).

Postępowanie dyscyplinarne jest dwuinstancyjne. W I instancji orzeka sąd dyscyplinarny izby adwokackiej, natomiast w instancji odwoławczej – Wyższy Sąd Dyscyplinarny (art. 91 ust. 1 pr. adw.). Od orzeczenia Wyższego Sądu Dyscyplinarnego wydanego w II instancji przysługuje stronom, Ministrowi Sprawiedliwości, Rzecznikowi Praw Obywatelskich oraz Prezesowi Naczelnej Rady Adwokackiej kasacja do Sądu Najwyższego (art. 91a ust. 1 pr. adw.).

W postępowaniu dyscyplinarnym obowiązują następujące zasady procesowe: niezawisłości, samodzielności jurysdykcyjnej sądu orzekającego, dwuinstancyjności, kolegiałności, skargowości, kontradiktoryjności, prawa obwinionego do obrony, jawności (w jej aspekcie wewnętrznym i zewnętrznym).

Stronami postępowania dyscyplinarnego są oskarżyciel, którym jest rzecznik dyscyplinarny, obwiniony i pokrzywdzony (art. 93 ust. 1 pr. adw.). Pokrzywdzonym jest osoba, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone postępowaniem adwokata lub aplikanta adwokackiego (art. 93 ust. 4 pr. adw.). W przeciwieństwie do regulacji określonej w art. 49 § 1 kodeksu postępowania karnego⁶ z grona pokrzywdzonych wyłączone zostały osoby, których dobro prawne zostało jedynie zagrożone. Przepisy prawa o adwokaturze nie precyzują pojęcia „osoba”, co oznacza, że pokrzywdzonym w postępowaniu dyscyplinarnym może być zarówno osoba fizyczna, jak i osoba prawna. Nie ma podstaw do wyłączenia z tego zbioru także podmiotów niemających osobowości prawnej (*argumentum ex art. 95n pr. adw.*). Na podstawie art. 90 ust. 2a pr. adw. prawa strony przysługują Ministrowi Sprawiedliwości w postępowaniu dyscyplinarnym, w którym zlecił wszczęcie dochodzenia lub postępowania dyscyplinarnego przeciwko adwokatowi lub aplikantowi adwokackiemu.

W postępowaniu dyscyplinarnym dopuszczalne jest zastosowanie w charakterze swego rodzaju zapobiegawczego instytucji tymczasowego zawieszenia w czynnościach zawodowych (art. 95j pr. adw.). Sąd dyscyplinarny orzeka obligatoryjnie o tymczasowym zawieszeniu w czynnościach w przypadku zastosowania wobec adwokata lub aplikanta adwokackiego tymczasowego aresztowania w prowadzonym przeciwko niemu postępowaniu karnym (art. 95j ust. 1 pr. adw.). Fakultatywnie zawieszenie orzeka się w szczególnie uzasadnionych okolicznościach sprawy (art. 95j ust. 1 pr. adw.). Ocena zasadności zastosowania omawianego środka należy w tym

⁵ Ustawa z 6.07.1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 637 ze zm.), dalej jako u.r.p.

⁶ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej jako k.p.k.

przypadku do sądu dyscyplinarnego, przy czym treść art. 95j pr. adw. w zasadzie przesądza o tym, że zawieszenie adwokata w czynnościach zawodowych jest wynikiem badania okoliczności przedmiotowych, do których należeć będzie przede wszystkim rodzaj deliktu dyscyplinarnego zarzuconego adwokatowi, zwłaszcza gdy dalsze dokonywanie czynności narażałoby klienta na szkodę, charakter wyrządzonej szkody (np. w przypadku niezawarcia obowiązkowej umowy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej). Nie ulega jednak wątpliwości, że w niektórych przypadkach elementem decydującym o zawieszeniu adwokata w czynnościach będą czynniki leżące po stronie podmiotowej (np. gdy działanie obwinionego wynikało z winy umyślnej).

Zgodnie z art. 95n pr. adw. w sprawach nieuregulowanych w dziale VIII pr. adw. stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania karnego, zarówno w dochodzeniu, jak i w postępowaniu rozpoznawczym przed sądem dyscyplinarnym.

2. ANALIZA REGULACJI POSTĘPOWANIA DYSCYPLINARNEGO W USTAWIE O RADCACH PRAWNYCH

Zasady odpowiedzialności dyscyplinarnej radców prawnych i aplikantów radcowskich reguluje rozdział 6 ustawy o radcach prawnych.

Podobnie jak w prawie o adwokaturze jest to regulacja kompleksowa w tym sensie, że obejmuje kwestie materialnoprawne (podstawy odpowiedzialności dyscyplinarnej, system kar, przedawnienie, zatarcie kary dyscyplinarnej) oraz procesowe. Aspekty procesowe dotyczą zbiegu postępowania dyscyplinarnego z postępowaniem karnym oraz innym postępowaniem dyscyplinarnym, właściwości sądu dyscyplinarnego, stron procesowych i systemu środków zaskarżania. Wypada zauważyć, że regulacje dotyczące odpowiedzialności dyscyplinarnej radców prawnych są zdecydowanie mniej szczegółowe niż przepisy zawarte w prawie o adwokaturze, nie uwzględniają wszystkich istotnych kwestii, np. możliwości odwołania się od orzeczenia sądu dyscyplinarnego do sądu kasacyjnego.

Zgodnie z art. 64 ust. 1 u.r.p. radca prawny i aplikant radcowski podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej za następujące czyny:

- zawinione, nienależyte wykonywanie zawodu radcy prawnego;
- czyny sprzeczne ze ślubowaniem radcowskim;
- czyny niezgodne z zasadami etyki radcy prawnego;
- niespełnienie obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności, o których mowa w art. 4 ust. 1 i art. 6 ust. 1 u.r.p.

Odpowiedzialności dyscyplinarnej nie podlegają czyny naruszające przepisy dotyczące porządku i dyscypliny pracy określone w kodeksie pracy⁷ (art. 64 ust. 2 u.r.p.).

Zasady etyki radcy prawnego określił VIII Krajowy Zjazd Radców Prawnych w załączniku do uchwały nr 5 z 10.11.2007 r. – Kodeks Etyki Radcy Prawnego (KERP). Aksjologia tej regulacji została zawarta w preambule, zgodnie z którą

⁷ Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 1998 r. nr 21, poz. 94 ze zm.).

„istnienie zawodu radcy prawnego jako zawodu zaufania publicznego oraz ukształtowane w toku jego wykonywania ideały i obowiązki etyczne są jedną z gwarancji realizowania zawartej w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zasady demokratycznego państwa prawnego. W Rzeczypospolitej Polskiej radca prawny pełniąc szczególną rolę służy interesom sprawiedliwości a także podmiotom, które powierzyły mu dochodzenie i ochronę swojej wolności i praw. Jego obowiązki polegają na sumiennym wykonywaniu zawodu a także przestrzeganiu zasad moralnych i etycznych. Wykonywanie zawodu nakłada na radcę prawnego obowiązki o charakterze prawnym i etycznym wobec: – klienta; – sądów oraz innych organów, przed którymi radca prawny broni praw klienta lub występuje w jego imieniu; – innych radców prawnych i ich samorządu; – społeczeństwa, dla którego istnienie wolnego i niezależnego zawodu związanego z poszanowaniem dla zasad ustanowionych przez jego przedstawicieli jest podstawowym środkiem ochrony praw człowieka”.

Kodeks Etyki Radcy Prawnego nakłada na radców prawnych obowiązek kierowania się przepisami prawa, postanowieniami zawartymi w kodeksie oraz w uchwałach organów samorządu (art. 1 KERP). Zasady etyki zawodowej obowiązują radców prawnych, prawników zagranicznych wpisanych na listę radców prawnych oraz odpowiednio aplikantów radcowskich (art. 3 KERP). Mają one na celu zapewnienie właściwego wypełniania przez radcę prawnego funkcji uznanej za niezbędną w demokratycznym państwie prawnym (art. 2 KERP), a ich nieprzestrzeganie stanowi podstawę odpowiedzialności dyscyplinarnej (art. 4 ust. 1 KERP).

Do podstawowych wartości etycznych zawodu radcy prawnego należy:

- niezależność, oznaczająca, że radca prawny musi być wolny od wszelkich wpływów, a szczególnie tych, które mogą wynikać z jego osobistych interesów czy nacisków zewnętrznych, ograniczeń, nakłaniania, gróźb ingerencji bezpośredniej lub pośredniej z jakiegokolwiek strony lub z jakiegokolwiek powodu (art. 7 KERP);
- unikanie konfliktu interesów jako jeden z podstawowych obowiązków radcy prawnego wobec klientów (art. 8 KERP);
- obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej w stosunku do wszelkich informacji uzyskanych od klienta w związku ze świadczeniem pomocy prawnej jest podstawą zaufania klienta do radcy prawnego i właściwego świadczenia usług prawnych (art. 9 KERP);
- praworządność, przez którą należy rozumieć, że pomoc prawna świadczona przez radcę prawnego nie może mieć na celu ułatwiania popełnienia przestępstwa, przyczyniania się do tzw. prania brudnych pieniędzy ani umożliwiania uniknięcia odpowiedzialności karnej za czyn, który miałby zostać dokonany w przyszłości (art. 10 KERP).

W Kodeksie Etyki Radcy Prawnego zostały uregulowane zagadnienia obejmujące przepisy ogólne (rozdział I), podstawowe wartości zawodu radcy prawnego (rozdział II), zasady wykonywania zawodu radcy prawnego (rozdział III), w tym: tytuł 1 „Niezależność”, tytuł 2 „Tajemnica zawodowa”, tytuł 3 „Zajęcia niedopuszczalne. Konflikt interesów”, tytuł 4 „Rozwój zawodowy – kształcenie ustawiczne”, tytuł 5 „Informacja o wykonywaniu zawodu i pozyskiwanie klientów”.

Nadto w KERP uregulowane zostały stosunki z klientami (rozdział IV), stosunki z sądami i urzędami (rozdział V), stosunki pomiędzy radcami prawnymi (rozdział VI), stosunki radcy prawnego z samorządem (rozdział VII), a także postanowienia końcowe (rozdział VIII).

Systematykę kar dyscyplinarnych uregulowano w art. 65 ust. 1 u.r.p. i obejmuje ona:

- upomnienie,
- naganę z ostrzeżeniem,
- karę pieniężną,
- zawieszenie prawa wykonywania zawodu radcy prawnego od 3 miesięcy do 5 lat,
- pozbawienie prawa do wykonywania zawodu radcy prawnego, a w stosunku do aplikantów – wydalenie z aplikacji.

Kara pieniężna wymierzana jest w wysokości od połowy przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w gospodarce narodowej za miesiąc poprzedzający datę orzeczenia dyscyplinarnego do 5-krotności tego wynagrodzenia (art. 65 ust. 1 pkt 3a u.r.p.).

Zawieszenia prawa wykonywania zawodu radcy prawnego nie orzeka się wobec aplikanta radcowskiego (art. 65 ust. 2 u.r.p.).

Ustawa o radcach prawnych przewiduje jedną karę dodatkową, którą jest zakaz wykonywania patronatu. Orzekany jest on obligatoryjnie w przypadku orzeczenia zawieszenia prawa wykonywania zawodu radcy prawnego w wymiarze od 2 do 10 lat (art. 65 ust. 2b u.r.p.), zaś fakultatywnie – od roku do 5 lat – w razie orzeczenia kary nagany z ostrzeżeniem i kary pieniężnej.

Kara pozbawienia prawa do wykonywania zawodu jest odpowiednikiem kary wydalenia z adwokatury i również ma charakter eliminacyjny. Jej skutkiem jest skreślenie z listy radców prawnych bez prawa ubiegania się o ponowny wpis (art. 65 ust. 2c u.r.p.). W stosunku do aplikantów oznacza skreślenie z listy aplikantów bez prawa ubiegania się o ponowny wpis na listę aplikantów radcowskich lub o wpis na listę radców prawnych przez okres 10 lat od daty uprawomocnienia się orzeczenia o karze wydalenia z aplikacji (art. 65 ust. 2c u.r.p.).

Analizując rodzaje kar dyscyplinarnych w ustawie o radcach prawnych oraz prawie o adwokaturze, widać wyraźną różnicę w zakresie rodzajów sankcji wymierzonej obwinionemu w postępowaniach dyscyplinarnych przeciwko adwokatom i radcom prawnym. W postępowaniu dyscyplinarnym adwokat może być ukarany karą nagany, zaś radca prawny karą nagany z ostrzeżeniem, jakkolwiek nie wiadomo, czym różnią się w sferze dolegliwości obie te kary. Inny jest także zakres kary zawieszenia. W przypadku adwokata jest to zawieszenie w czynnościach zawodowych, w stosunku do radcy prawnego kara ta, jak się wydaje, ma szerszy zakres, ponieważ obejmuje zawieszenie w prawie do wykonywania zawodu.

W przeciwieństwie do regulacji zawartych w prawie o adwokaturze, ustawa o radcach prawnych nie określa, jakie są skutki wymierzenia kary nagany z ostrzeżeniem oraz zawieszenia prawa do wykonywania zawodu. Mając jednak na względzie zasadę określoności kary oraz regułę *nulla poena sine lege poenali anteriori*, należy uznać, że wymierzenie omawianych kar radcy prawnemu lub aplikantowi

radcowskiemu nie pociąga za sobą skutków w postaci utraty czynnego i biernego prawa wyborczego do organów samorządu zawodowego, jako że nie zostały one przewidziane wprost w ustawie o radcach prawnych.

Różna jest wysokość orzekanych kar pieniężnych oraz podmioty, wobec których kara taka może być orzeczona. Prawo o adwokaturze, w przeciwieństwie do ustawy o radcach prawnych, wyłącza możliwość wymierzenia kary pieniężnej aplikantowi, natomiast ustawa o radcach prawnych nie przewiduje kary dodatkowej w postaci podania treści orzeczenia do wiadomości publicznej.

Różnic w zakresie kar dyscyplinarnych w postępowaniach dyscyplinarnych przeciwko adwokatom i radcom prawnym nie można uznać za wadę. Sformułowany w przepisach każdej z ustaw katalog kar dyscyplinarnych jest uzasadniony przede wszystkim specyfiką poszczególnych zawodów, ich autonomią, a także różnymi standardami zawodowymi i etycznymi przyjętymi przez te korporacje. Nie ulega jednak wątpliwości, że projektowane połączenie obu zawodów prawniczych musi pociągać za sobą ujednolicenie zarówno podstaw odpowiedzialności dyscyplinarnej (zdefiniowanie pojęcia deliktu dyscyplinarnego), jak i katalogu wymierzanych kar dyscyplinarnych.

Podobnie jak w prawie o adwokaturze określone zostały terminy przedawnienia karalności przewinień dyscyplinarnych w ustawie o radcach prawnych. Zgodnie z art. 70 ust. 1 u.r.p. nie można wszcząć postępowania dyscyplinarnego, jeżeli od chwili popełnienia przewinienia upłynęły 3 lata, a w przypadkach określonych w art. 11 ust. 2 u.r.p. – 6 miesięcy. Jeżeli czyn zawiera znamiona przestępstwa, przedawnienie dyscyplinarne nie może być krótsze niż przedawnienie przewidziane w ustawie karnej (art. 70 ust. 2 u.r.p.). Mimo tak określonych terminów przedawnienia ścigania karalność deliktu dyscyplinarnego ustaje, jeżeli od czasu popełnienia upłynęło 5 lat, a w przypadkach wskazanych w art. 11 ust. 2 u.r.p. – 2 lata (art. 70 ust. 3a u.r.p.).

Postępowanie dyscyplinarne o ten sam czyn toczy się niezależnie od postępowania karnego lub postępowania dyscyplinarnego wszczętego w jednostce organizacyjnej, w której przepisy szczególne przewidują takie postępowania (np. gdy radca prawny jest jednocześnie nauczycielem akademickim i ponosi odpowiedzialność dyscyplinarną w trybie określonym przez prawo o szkolnictwie wyższym). Postępowanie dyscyplinarne może być jednak zawieszone do czasu ukończenia postępowania karnego (art. 67 ust. 1 u.r.p.).

W postępowaniu dyscyplinarnym przeciwko adwokatom dziekan okręgowej rady może wymierzyć obwinionemu karę nagany bez postępowania dyscyplinarnego, natomiast w ustawie o radcach prawnych przyjęto odmienne rozwiązanie. Zgodnie z art. 66 ust. 1 u.r.p. dziekan rady okręgowej izby radców prawnych w wypadkach mniejszej wagi może poprzestać na ostrzeżeniu radcy prawnego lub aplikanta radcowskiego. Od ostrzeżenia wymierzonego w tym trybie służy odwołanie do okręgowego sądu dyscyplinarnego, który orzeka w tych sprawach jako druga i ostatnia instancja (art. 66 ust. 2 u.r.p.). Nie ulega wątpliwości, że przepis ten, chociaż jest kalką regulacji zawartych w prawie o adwokaturze, jest wadliwy z kilku zasadniczych powodów. Przede wszystkim w katalogu kar dyscyplinarnych w art. 65 u.r.p. nie istnieje kara ostrzeżenia. Nie można zatem przyjąć, że ostrzeżenie dziekana izby jest formą ukarania, a co za tym idzie – brak jest podstaw

do odwołania się od ostrzeżenia do sądu dyscyplinarnego, którego orzeczenie jest w dodatku ostateczne. Z tego punktu widzenia lepsze, choć – jak wskazano wyżej – również niedoskonałe, jest rozwiązanie zawarte w art. 85 pr. adw., który zezwala dziekanowi rady adwokackiej na wymierzenie kary upomnienia.

Postępowanie dyscyplinarne obejmuje:

- 1) dochodzenie – prowadzone przez rzecznika dyscyplinarnego,
- 2) postępowanie przed sądem dyscyplinarnym (postępowanie rozpoznawcze),
- 3) postępowanie wykonawcze prowadzone przez właściwego dziekana izby radców prawnych (art. 67¹ u.r.p.).

Postępowanie dyscyplinarne jest dwuinstancyjne. W I instancji orzeka okręgowy sąd dyscyplinarny, natomiast w instancji odwoławczej – Wyższy Sąd Dyscyplinarny (art. 91 ust. 1 pr. adw.). Od orzeczenia Wyższego Sądu Dyscyplinarnego wydanego w II instancji, w przeciwieństwie do postępowania dyscyplinarnego wobec adwokatów, nie przysługuje kasacja ani żaden inny środek odwoławczy do sądu (powszechnego czy Sądu Najwyższego). Takie rozwiązanie należy uznać za sprzeczne z art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁸. Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka rozstrzyganie sprawy przez organ pozasądowy, np. w postępowaniu dyscyplinarnym, wymaga następcej kontroli sądowej zarówno co do ustaleń faktycznych, jak i kwalifikacji prawnej⁹. Również w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego dominuje pogląd, że wyłączenie możliwości odwołania do sądu od prawomocnego orzeczenia sądu dyscyplinarnego (komisji dyscyplinarnej) jest niezgodne z art. 45 ust. 1 oraz art. 77 ust. 2 Konstytucji RP¹⁰.

W przeciwieństwie do prawa o adwokaturze, w ustawie o radcach prawnych nie została uregulowana zasada samodzielności jurysdykcyjnej sądu orzekającego. Artykuł 73 u.r.p. określa, że członkowie sądów dyscyplinarnych, w zakresie orzekania w sprawach dyscyplinarnych, podlegają tylko przepisom prawa. Jak słusznie wskazuje W. Kozieliwicz, sformułowanie to nie oznacza, że sędziowie dyscyplinarni wyposażeni są w atrybut niezawisłości, jako że art. 178 ust. 1 Konstytucji RP odnosi się wyłącznie do sędziów wymienionych w art. 175 Konstytucji RP, natomiast w zakresie orzekania obowiązuje ich bezstronność i podległość ustawom¹¹.

W ustawie o radcach prawnych wyrażone zostały natomiast zasady: dwuinstancyjności, kolegialności orzekania, kontradyktoryjności, prawa obwinionego do obrony.

Stronami postępowania dyscyplinarnego jest oskarżyciel, którym jest rzecznik dyscyplinarny, obwiniony i pokrzywdzony (art. 68 ust. 1 u.r.p.). Pokrzywdzonym jest osoba, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone postępowaniem

⁸ Europejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284), dalej jako EKPCz.

⁹ Wyrok ETPCz z 29.04.1988 r. w sprawie 10328/83, *Belilos* przeciwko *Szwajcarii*, <http://hudoc.echr.coe.int>; zob. L. Garlicki, *Pojęcie i cechy „sądu” w świetle orzecznictwa Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, w: *Trzecia władza. Sądy i trybunały w Polsce*, A. Szmyt (red.), Gdańsk 2008, s. 144.

¹⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.). Tak np. w wyroku TK z 11.09.2001 r. (SK 17/00), Dz. U. Nr 103, poz. 1129.

¹¹ W. Kozieliwicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Warszawa 2012, s. 299; zob. też A. Klatka, *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 381; A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz*, Warszawa 2011, cz. 1, s. 544.

adwokata lub aplikanta adwokackiego (art. 68 ust. 4 pr. adw.). Na podstawie art. 68¹ ust. 1 u.r.p. prawa strony przysługują także Ministrowi Sprawiedliwości w postępowaniu dyscyplinarnym, w którym zlecił wszczęcie dochodzenia lub postępowania dyscyplinarnego przeciwko adwokatowi lub aplikantowi adwokackiemu. Rozwiązania te są identyczne jak analogiczne przepisy zawarte w prawie o adwokaturze.

W przeciwieństwie jednak do postępowania dyscyplinarnego przeciwko adwokatowi, ustawa o radcach prawnych nie przewiduje instytucji tymczasowego zawieszenia w czynnościach zawodowych, o jakiej mowa w art. 95j pr. adw., co należy uznać za istotne niedopatrzenie ze strony ustawodawcy. Nie ulega wątpliwości, że mogą wystąpić okoliczności uzasadniające odsunięcie radcy prawnego od czynności zawodowych, zwłaszcza gdy dalsze ich dokonywanie narażałoby klienta na szkodę.

Zgodnie z art. 74¹ u.r.p. w sprawach nieuregulowanych do postępowania dyscyplinarnego stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania karnego.

3. POJĘCIE I ZAKRES ODPOWIEDNIEGO STOSOWANIA PRZEPISÓW KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO W POSTĘPOWANIACH DISCYPLINARNYCH – ANALIZA DOGMATYCZNA

Zgodnie z art. 74¹ u.r.p. oraz art. 95n pr. adw. w sprawach nieuregulowanych do postępowania dyscyplinarnego przeciwko adwokatowi i radcom prawnym oraz aplikantom obu korporacji stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania karnego.

Stosowanie przepisów kodeksu postępowania karnego jest uzasadnione przede wszystkim faktem, że odpowiedzialność dyscyplinarna to w rzeczywistości rodzaj odpowiedzialności karnej *sensu largo*, dostosowanej do potrzeb danej korporacji mającej swoje, odrębne od innych, standardy zawodowe i etyczne¹². W literaturze karnistycznej uznaje się prawo dyscyplinarne za szczególną gałąź albo wręcz rodzajową odmianę prawa karnego, która od państwowego prawa karnego różni się swoim partykularnym, a nie powszechnym charakterem¹³. Jego celem jest ochrona wartości istotnych dla określonych, zorganizowanych grup społecznych¹⁴.

Odpowiedzialność dyscyplinarna należy do form odpowiedzialności represyjnej (zwanej też prawem represyjnym), do której zalicza się również odpowiedzialność karną.

Jak wskazuje L. Gardocki, pod pojęciem prawa represyjnego należy rozumieć taką dziedzinę prawa, która charakteryzuje się dwiema cechami: po pierwsze, polega na stosowaniu środków z istoty swej dolegliwych dla sprawcy oraz, po drugie, opiera odpowiedzialność na zasadzie winy¹⁵.

Istotnym problemem jest ustalenie, jaki jest zakres pojęciowy określenia „odpowiednie stosowanie”. Sąd Najwyższy, orzekając jako Sąd Dyscyplinarny, wskazał,

¹² J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy*, Lwów 1924, t. 1, s. 4; Z. Leoński, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie Polski Ludowej*, Poznań 1959, s. 9; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 6; zob. wyrok TK z 8.12.1998 r. (K. 41/97), OTK 1998/7, s. 656.

¹³ W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 17.

¹⁴ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1990, s. 22.

¹⁵ Zob. L. Gardocki, *Prawnokarna problematyka sędziowskiej odpowiedzialności dyscyplinarnej*, w: *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70 rocznicy urodzin Profesora T. Kaczmarka*, J. Giezek (red.), Wrocław 2006.

że odpowiednie stosowanie przepisów kodeksu postępowania karnego oznacza nakaz posłużenia się analogią z ustawy jako sposobem stosowania prawa w wypadkach wskazanych przez przepis odsyłający¹⁶. Stosowanie to może nastąpić w trzech formach:

- zastosowanie wprost konkretnego przepisu kodeksu postępowania karnego,
- zastosowanie przepisu kodeksu postępowania karnego z odpowiednimi modyfikacjami,
- odmowa zastosowania przepisu kodeksu postępowania karnego ze względu na określone różnice¹⁷.

Chociaż najczęściej będzie miała zastosowanie ta druga forma, ważne jest, że również odmowa zastosowania przepisu kodeksu postępowania karnego jest sposobem „odpowiedniego” ich stosowania.

Trzeba przy tym podkreślić, że nakaz odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu postępowania karnego w postępowaniu dyscyplinarnym nie przekształca tego postępowania w postępowanie karne. Przepisy kodeksu postępowania karnego mają być stosowane tylko w takim zakresie, jaki wynika z prawa o adwokaturze oraz z ustawy o radcach prawnych, z uwzględnieniem specyfiki postępowania dyscyplinarnego. W rezultacie, postępowanie dyscyplinarne nie tylko nie jest tożsame z postępowaniem karnym, lecz również nie stanowi wymiaru sprawiedliwości w rozumieniu art. 175 ust. 1 Konstytucji RP¹⁸.

Z braku tożsamości pomiędzy postępowaniem dyscyplinarnym i postępowaniem karnym wynika bardzo ważna konsekwencja, którą należy mieć na uwadze. W postępowaniu dyscyplinarnym nie muszą być zachowane tak wysokie standardy ochrony praw jednostki, jakich wymaga się w rzetelnym postępowaniu karnym, a to tym bardziej, że orzeczenia sądu dyscyplinarnego z reguły poddane są kontroli sądowej.

Odrębnym zagadnieniem, które zostało już dostrzeżone w doktrynie prawa karnego, jest kwestia dopuszczalności stosowania prawa karnego materialnego, a konkretnie – przepisów kodeksu karnego, w postępowaniu dyscyplinarnym. Analiza cech postępowania dyscyplinarnego i zasad odpowiedzialności dyscyplinarnej pozwala na przyjęcie tezy, że w postępowaniu dyscyplinarnym mają również zastosowanie (odpowiednie) przepisy części ogólnej kodeksu karnego, za czym przemawia kilka podstawowych argumentów.

Po pierwsze, zasadnicze znaczenie ma fakt przynależności zarówno prawa karnego, jak i prawa dyscyplinarnego, do rodzajowych odmian tzw. prawa represyjnego. Nie ulega przy tym wątpliwości, że pewne reguły prawa represyjnego są wspólne dla wszystkich dziedzin, które je tworzą, jakkolwiek sformułowane zostały one wyłącznie w prawie karnym materialnym (kodeksie karnym).

Po drugie, ustawodawca przesądził (choć w sposób pośredni) o konieczności stosowania także przepisów prawa materialnego poprzez uregulowanie w ustawach

¹⁶ M. Hauser, *Przepisy odsyłające. Zagadnienia ogólne*, „Przegląd Legislacyjny” 2003/4, s. 88–89.

¹⁷ Wyrok SN z 5.11.2003 r. (SNO 67/03), „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego” 2003/2, s. 68.

¹⁸ Wyrok TK z 11.09.2001 r. (SK 17/00), Dz. U. Nr 103, poz. 1129.

korporacyjnych katalogu kar dyscyplinarnych, mimo że nie ma w nich definicji deliktu dyscyplinarnego. Wprowadzenie katalogu kar dyscyplinarnych gwarantuje przestrzeganie w postępowaniu dyscyplinarnym podstawowych gwarancji praw człowieka związanych z wyrażoną bezpośrednio tylko w prawie karnym zasadą *nulla poena sine lege*.

Wreszcie, również Sąd Najwyższy jest zdania, że w postępowaniu dyscyplinarnym konieczne jest stosowanie przepisów kodeksu karnego. W uchwale z 30.09.2003 r. wskazał, że „w toku postępowania dyscyplinarnego należy sięgać – na zasadzie analogii *iuris* – do rozwiązań przewidzianych w kodeksie karnym”, co wynika z wyrażonej w art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k. zasady trafnej reakcji. Wymaga ona, by do odpowiedzialności dyscyplinarnej pociągnięto osobę, która dopuściła się przewinienia, i aby trafnie orzeczono wobec niej przewidziane prawem środki. Funkcjonowanie tej zasady uzależnione jest od konieczności respektowania w postępowaniu dyscyplinarnym naczelnych reguł prawa karnego materialnego.

Wyodrębnienie jednolitych kryteriów zastosowania konkretnego przepisu kodeksu postępowania karnego w postępowaniu dyscyplinarnym w odpowiedniej formie nie jest sprawą łatwą, jakkolwiek możliwe jest zaprezentowanie kilku ogólnych zasad. Wskazówką do ich stworzenia jest uchwała Sądu Najwyższego, zgodnie z którą odpowiednie stosowanie oznacza respektowanie reguł wyrażonych w przepisach stanowiących zakres odniesienia, tj. normujących dane zagadnienie¹⁹. Co do zasady polega to na zmianie dyspozycji przepisu odpowiednio stosowanego z uwagi na odmienne ukształtowanie modelu postępowania w różnych procedurach – dyscyplinarnej i karnej²⁰.

Jak wspomniano wyżej, odpowiednie stosowanie polega zarówno na „użyciu” konkretnego przepisu kodeksu postępowania karnego *in extenso* i zastosowaniu go po dokonaniu pewnych modyfikacji, jak i na odmowie jego zastosowania.

Zastosowanie wprost, bez konieczności przeprowadzania jakichkolwiek operacji modyfikacyjnych, obejmuje przede wszystkim te czynności postępowania dyscyplinarnego, które są identyczne z czynnościami postępowania karnego. Dotyczy to czynności dowodowych takich jak przesłuchanie świadka, oględziny, dowód z dokumentu, konfrontacja pomiędzy świadkami²¹, okazanie rzeczy lub osoby. Konieczne jest jednak podkreślenie, że nie każda czynność dowodowa może być zastosowana w ten sposób lub w ogóle zastosowana (np. sekcja zwłok), o czym poniżej.

Zastosowanie przepisu kodeksu postępowania karnego z odpowiednimi modyfikacjami ma miejsce, gdy:

- dotyczy naczelnych zasad procesu karnego; ich modyfikacja, o czym była mowa wyżej, wynika przede wszystkim z braku tożsamości pomiędzy

¹⁹ Uchwała SN z 30.09.2003 r. (I KZP 23/03), OSP 2003/3, poz. 40.

²⁰ Por. R. Kmiecik, Glosa do uchwały SN z 30.09.2003 r. (I KZP 23/03), „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2003/3, poz. 40.

²¹ Konfrontacja pomiędzy obwinionym a świadkiem czy między obwinionymi oczywiście jest także możliwa, jednak nie mamy tu do czynienia z zastosowaniem przepisu kodeksu postępowania karnego wprost, lecz z modyfikacją polegającą na zastąpieniu w normie prawa karnego procesowego słowa „oskarżony” słowem „obwiniony” i w konsekwencji przeprowadzeniu konfrontacji z udziałem obwinionego jako strony postępowania dyscyplinarnego.

postępowaniem dyscyplinarnym i postępowaniem karnym, a co za tym idzie – z faktu, że standardy ochrony praw uczestników postępowania dyscyplinarnego z istoty swej są niższe niż ochrona praw uczestników procesu karnego;

- przewidziane są w kodeksie postępowania karnego czynności mogące mieć zastosowanie w postępowaniu dyscyplinarnym, ale dotyczące uczestnika procesu karnego występującego tylko w postępowaniu karnym; modyfikacja polegać będzie na zastąpieniu podmiotu wskazanego w przepisie kodeksu postępowania karnego uczestnikiem postępowania dyscyplinarnego;
- konieczne jest uzupełnienie regulacji zawartej w przepisach dyscyplinarnych o normy kodeksowe, zwłaszcza jeśli przepis dyscyplinarny ma wyłącznie charakter ramowy (np. dotyczący porządku czynności postępowania dyscyplinarnego);
- w przepisach dyscyplinarnych nie została przewidziana w ogóle żadna regulacja, a jej uzupełnienie przepisami kodeksu postępowania karnego będzie wymagało dopasowania do reguł postępowania dyscyplinarnego (np. kwestie dotyczące doręczeń).

Niedopuszczalność adaptacji konkretnego przepisu kodeksu postępowania karnego do postępowania dyscyplinarnego może wynikać z:

- jego bezprzedmiotowości, gdy przepis kodeksu postępowania karnego dotyczy kwestii niemającej w ogóle zastosowania w postępowaniu dyscyplinarnym, np. przekazanie i przejęcie ścigania karnego, europejski nakaz aresztowania;
- jego całkowitej sprzeczności z przepisami przewidzianymi dla postępowania dyscyplinarnego²², jak np. regulacje określające formę decyzji procesowej organu orzekającego w sprawach dyscyplinarnych;
- zupełności (kompletności) regulacji ustawy normującej postępowanie dyscyplinarne, przez co nie zachodzi konieczność uzupełnienia ich normami kodeksowymi;
- charakteru norm prawnych zawartych w kodeksie postępowania karnego; dotyczy to tych przepisów, które przewidują instytucje prawne ingerujące w sferę praw i wolności człowieka, np. przeszukanie, kontrola korespondencji, podsłuch, środki przymusu; ich stosowanie ze względu na naruszenie proporcji pomiędzy wagą chronionego interesu społecznego a rangą naruszonego dobra prawnego jednostki byłoby działaniem arbitralnym;
- podmiotu stosującego daną czynność. Jeśli przepis szczególny kodeksu postępowania karnego przewiduje dokonanie czynności przez podmiot inny niż określony w *lex generali* – sąd lub prokuratora²³ – niedopuszczalne jest zastosowanie tego przepisu w postępowaniu dyscyplinarnym, bowiem nie występuje w nim sąd ani prokurator.

²² J. Nowacki, *Odpowiednie stosowanie przepisów prawa*, „Państwo i Prawo” 1964/3, s. 370–371.

²³ Jak np. w art. 202 § 1 k.p.k. a *contrario ad* art. 193 § 1 k.p.k.

4. OKREŚLENIE PRZEPISÓW KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO, KTÓRE BEZWZGLĘDNIE POWINNY ZNALEŹĆ ZASTOSOWANIE W POSTĘPOWANIACH DISCYPLINARNYCH PRZECIWKO ADWOKATOM I RADCOM PRAWNYM ORAZ APLIKANTOM

Wskazanie, które z przepisów kodeksu postępowania karnego bezwzględnie powinny znaleźć zastosowanie w postępowaniach dyscyplinarnych przeciwko adwokatom i radcom prawnym oraz aplikantom obu tych korporacji musi być poprzedzone ustaleniem obecnie obowiązującego stanu prawnego. Ocena taka może nastąpić po uwzględnieniu następujących kryteriów:

- postępowanie dyscyplinarne nie jest wymiarem sprawiedliwości w rozumieniu art. 175 Konstytucji RP;
- postępowanie dyscyplinarne jest postępowaniem o charakterze represyjnym;
- postępowanie dyscyplinarne nie jest tożsame z postępowaniem karnym²⁴;
- do postępowania dyscyplinarnego mają zastosowanie reguły wyznaczone przez art. 6 EKPCz;
- w postępowaniu dyscyplinarnym nie muszą być zachowane tak wysokie standardy rzetelnego procesu karnego jak w postępowaniu karnym.

Kodeks postępowania karnego składa się z 15 działów i 75 rozdziałów, które kolejno regulują następujące zagadnienia:

Dział I. Przepisy wstępne

Dział II. Sąd

Rozdział 1. Właściwość i skład sądu

Rozdział 2. Wyłączenie sędziego

Dział III. Strony, obrońcy, pełnomocnicy, przedstawiciel społeczny

Rozdział 3. Oskarżyciel publiczny

Rozdział 4. Pokrzywdzony

Rozdział 5. Oskarżyciel posiłkowy

Rozdział 6. Oskarżyciel prywatny

Rozdział 7. Powód cywilny

Rozdział 8. Oskarżony

Rozdział 9. Obrońcy i pełnomocnicy

Rozdział 10. Przedstawiciel społeczny

Dział IV. Czynności procesowe

Rozdział 11. Orzeczenia, zarządzenia i polecenia

Rozdział 12. Narada i głosowanie

Rozdział 13. Porządek czynności procesowych

Rozdział 14. Terminy

Rozdział 15. Doręczenia

Rozdział 16. Protokoły

Rozdział 17. Przeglądanie akt i sporządzanie odpisów

Rozdział 18. Odtworzenie zaginionych lub zniszczonych akt

²⁴ Zdaniem TK „bliskość odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej wynikająca z ich represyjnego charakteru, nie oznacza ich tożsamości” – zob. wyrok TK z 27.02.2001 r. (K 22/00), OTK 2001/3, s. 266–268.

Dział V. Dowody

Rozdział 19. Przepisy ogólne

Rozdział 20. Wyjaśnienia oskarżonego

Rozdział 21. Świadkowie

Rozdział 22. Biegli, tłumacze, specjaliści

Rozdział 23. Oględziny. Otwarcie zwłok. Eksperyment procesowy

Rozdział 24. Wywiad środowiskowy i badanie osoby oskarżonego

Rozdział 25. Zatrzymanie rzeczy. Przeszukanie

Rozdział 26. Kontrola i utrwalanie rozmów

Dział VI. Środki przymusu

Rozdział 27. Zatrzymanie

Rozdział 28. Środki zapobiegawcze

Rozdział 29. Poszukiwanie oskarżonego i list gończy

Rozdział 30. List żelazny

Rozdział 31. Kary porządkowe

Rozdział 32. Zabezpieczenie majątkowe

Dział VII. Postępowanie przygotowawcze

Rozdział 33. Przepisy ogólne

Rozdział 34. Wszczęcie śledztwa

Rozdział 35. Przebieg śledztwa

Rozdział 36. Zamknięcie śledztwa

Rozdział 36a. Dochodzenie

Rozdział 37. Nadzór prokuratora nad postępowaniem przygotowawczym

Rozdział 38. Czynności sądowe w postępowaniu przygotowawczym

Rozdział 39. Akt oskarżenia

Dział VIII. Postępowanie przed sądem pierwszej instancji

Rozdział 40. Wstępna kontrola oskarżenia

Rozdział 41. Przygotowanie do rozprawy głównej

Rozdział 42. Jawność rozprawy głównej

Rozdział 43. Przepisy ogólne o rozprawie głównej

Rozdział 44. Rozpoczęcie rozprawy głównej

Rozdział 45. Przewód sądowy

Rozdział 46. Głosy stron

Rozdział 47. Wyrokowanie

Dział IX. Postępowanie odwoławcze

Rozdział 48. Przepisy ogólne

Rozdział 49. Apelacja

Rozdział 50. Zażalenie

Dział X. Postępowania szczególne

Rozdział 51. Postępowanie uproszczone

Rozdział 52. Postępowanie w sprawach z oskarżenia prywatnego

Rozdział 53. Postępowanie nakazowe

Rozdział 54. (skreślono)

Rozdział 54a. Postępowanie przyspieszone

Dział XI. Nadzwyczajne środki zaskarżenia

Rozdział 55. Kasacja

Rozdział 56. Wznowienie postępowania

Dział XII. Postępowanie po uprawomocnieniu się orzeczenia

Rozdział 57. Podjęcie postępowania warunkowo umorzonego

Rozdział 58. Odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie

Rozdział 59. Ułaskawienie

Rozdział 60. Wyrok łączny

Dział XIII. Postępowanie w sprawach karnych ze stosunków międzynarodowych

Rozdział 61. Immunitety osób należących do przedstawicielstw dyplomatycznych i urzędów konsularnych państw obcych

Rozdział 62. Pomoc prawna i doręczenia w sprawach karnych

Rozdział 62a. Wystąpienie do państwa członkowskiego Unii Europejskiej o wykonanie postanowienia o zatrzymaniu dowodów lub mającego na celu zabezpieczenie mienia

Rozdział 62b. Wystąpienie państwa członkowskiego Unii Europejskiej o wykonanie orzeczenia o zatrzymaniu dowodów lub mającego na celu zabezpieczenie mienia

Rozdział 63. Przejęcie i przekazanie ścigania karnego

Rozdział 64. Wystąpienie o wydanie lub przewóz osób ściganych lub skazanych przebywających za granicą oraz o wydanie przedmiotów

Rozdział 65. Wydanie oraz przewóz osób ściganych albo skazanych lub wydanie przedmiotów na wniosek państw obcych

Rozdział 65a. Wystąpienie do państwa członkowskiego Unii Europejskiej o przekazanie osoby ściganej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania

Rozdział 65b. Wystąpienie państwa członkowskiego Unii Europejskiej o przekazanie osoby ściganej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania

Rozdział 65c. Wystąpienie do państwa członkowskiego Unii Europejskiej o wykonanie środka zapobiegawczego

Rozdział 65d. Wystąpienie państwa członkowskiego Unii Europejskiej o wykonanie orzeczenia wydanego w celu zapewnienia prawidłowego toku postępowania

Rozdział 66. Przejęcie i przekazanie orzeczeń do wykonania

Rozdział 66a. Wystąpienie do państwa członkowskiego Unii Europejskiej o wykonanie orzeczenia dotyczącego grzywny, środków karnych w postaci nawiązki lub świadczenia pieniężnego lub też orzeczenia zasądzającego od sprawcy koszty procesu

Rozdział 66b. Wystąpienie państwa członkowskiego Unii Europejskiej o wykonanie orzeczenia o karach o charakterze pieniężnym

Rozdział 66c. Wystąpienie do państwa członkowskiego Unii Europejskiej o wykonanie orzeczenia przepadku

Rozdział 66d. Wystąpienie państwa członkowskiego Unii Europejskiej o wykonanie orzeczenia przepadku

Rozdział 66e. Współpraca z Międzynarodowym Trybunałem Karnym

Rozdział 66f. Wystąpienie do państwa członkowskiego Unii Europejskiej o wykonanie kary pozbawienia wolności

Rozdział 66g. Wystąpienie państwa członkowskiego Unii Europejskiej o wykonanie kary pozbawienia wolności

Rozdział 66h. Wystąpienie do państwa członkowskiego Unii Europejskiej o wykonanie orzeczenia skazującego na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, karę ograniczenia wolności, samoistnie orzeczony środek karny, a także orzeczenia o warunkowym zwolnieniu oraz warunkowym umorzeniu postępowania karnego

Rozdział 66i. Wystąpienie państwa członkowskiego Unii Europejskiej o wykonanie orzeczenia karnego związanego z poddaniem sprawcy próbie

Rozdział 67. Przepisy końcowe

Dział XIV. Koszty procesu

Rozdział 68. Przepisy ogólne

Rozdział 69. Zwolnienie od kosztów sądowych

Rozdział 70. Zasądzenie kosztów procesu

Rozdział 71. Koszty procesu związane z powództwem cywilnym i zasądzeniem odszkodowania z urzędu

Dział XV. Postępowanie karne w sprawach podlegających orzecznictwu sądów wojskowych

Rozdział 72. Przepisy ogólne

Rozdział 73. Środki przymusu i postępowanie przygotowawcze

Rozdział 74. Postępowanie przed sądem

Rozdział 75. (skreślono)

W celu bardziej przejrzystego zaprezentowania, które z przepisów kodeksu postępowania karnego mają zastosowanie w postępowaniu dyscyplinarnym, zagadnienie to zostało ujęte w tabelach. W tabeli 1 przedstawiono „formy” odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu postępowania karnego w postępowaniu dyscyplinarnym wobec adwokatów i aplikantów adwokackich *de lege lata*.

Tabela 1. Formy odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu postępowania karnego w postępowaniu dyscyplinarnym wobec adwokatów i aplikantów adwokackich <i>de lege lata</i>			
Dział	Przepisy kodeksu postępowania karnego mające zastosowanie w postępowaniu dyscyplinarnym wprost	Przepisy kodeksu postępowania karnego mające zastosowanie w postępowaniu dyscyplinarnym po odpowiednich modyfikacjach	Przepisy kodeksu postępowania karnego niemające zastosowania w postępowaniu dyscyplinarnym
	Rozdziały	Rozdziały	Rozdziały
Dział I	-	dział I	-
Dział II	-	2	1
Dział III	-	4, 8, 9,	3, 5, 6, 7, 10
Dział IV	12, 18	11, 13, 14, 15, 16, 17	-
Dział V	19, 21	20, 22, 23	21 – art. 184 22 – art. 199a, 202, 203 23 – art. 208–210 24, 25, 26
Dział VI	-	-	27–32
Dział VII	-	33, 36a, 39	34, 35, 37, 38
Dział VIII	-	40–47	-
Dział IX	-	48, 49	50
Dział X	-	-	51–54a
Dział XI	-	55	56
Dział XII	-	-	57–60
Dział XIII	-	-	61–67
Dział XIV	-	-	68–71
Dział XV	-	-	72–75

Ze względu na odmienności regulacji dotyczących postępowania dyscyplinarnego zawartych w ustawie o radcach prawnych formy odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu postępowania karnego w tym postępowaniu *de lege lata* kształtują się nieco inaczej (tabela 2).

Tabela 2. Formy odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu postępowania karnego w postępowaniu dyscyplinarnym wobec radców prawnych oraz aplikantów radcowskich <i>de lege lata</i>			
Działy	Przepisy kodeksu postępowania karnego mające zastosowanie w postępowaniu dyscyplinarnym wprost	Przepisy kodeksu postępowania karnego mające zastosowanie w postępowaniu dyscyplinarnym po odpowiednich modyfikacjach	Przepisy kodeksu postępowania karnego niemające zastosowania w postępowaniu dyscyplinarnym
	Rozdziały	Rozdziały	Rozdziały
Dział I	-	dział I	-
Dział II	-	2	1
Dział III	-	4, 8, 9	3, 5, 6, 7, 10
Dział IV	12, 18	11, 13, 14, 15, 16, 17	-
Dział V	19, 21	20, 22, 23	21 – art. 184 22 – art. 199a, 202, 203 23 – art. 208–210 24, 25, 26
Dział VI	-	-	27–32
Dział VII	-	33, 36a, 39	34, 35, 37, 38
Dział VIII	-	40–47	-
Dział IX	-	48, 49	50
Dział X	-	-	51–54a
Dział XI	-	-	55, 56
Dział XII	-	-	57–60
Dział XIII	-	-	61–67
Dział XIV	-	-	68–71
Dział XV	-	-	72–75

Jak widać z przedstawionych powyżej zestawień, różnica w zakresie odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu postępowania karnego w postępowaniu dyscyplinarnym przeciwko adwokatom oraz przeciwko radcom prawnym oraz aplikantom obu korporacji sprowadza się do wyłączenia możliwości zastosowania rozdziału 55 k.p.k. w postępowaniu przeciwko radcom prawnym.

Uwagę zwraca przy tym stosunkowo duża liczba przepisów kodeksu postępowania karnego mających zastosowanie w postępowaniu dyscyplinarnym. W odniesieniu do obu zawodów prawniczych 4 rozdziały kodeksu postępowania karnego mają zastosowanie wprost, zaś w odniesieniu do postępowania dyscyplinarnego wobec adwokatów 21 rozdziałów (oraz dział I) stosuje się z odpowiednimi modyfikacjami

(w przypadku radców prawnych – 20 rozdziałów kodeksu postępowania karnego oraz dział I). Takie rozwiązanie należy uznać za całkowicie zbędne z punktu widzenia zarówno celów, jak i potrzeb postępowania dyscyplinarnego. Konkluzja ta nasuwa się w wyniku porównania postępowania dyscyplinarnego do postępowania karnego oraz z obserwacji obecnej kondycji polskiego procesu karnego, który powszechnie jest uznawany za długotrwały i nieefektywny, co wymusiło konieczność gruntownych zmian w obowiązujących przepisach kodeksu postępowania karnego.

Jak wynika z uzasadnienia projektu zmian do kodeksu postępowania karnego przygotowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, „obecny model postępowania karnego powoli wyczerpuje już swoje możliwości. Wobec struktury i natężenia przestępczości, a co za tym idzie charakteru postępowań prowadzonych przez organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości, konieczne okazują się zmiany, których wprowadzenie powinno przeciwdziałać nadmiernej przewlekłości postępowań (...). Przyczyn tego niekorzystnego stanu rzeczy jest niewątpliwie wiele. Za najważniejsze Komisja uznała:

- odejście od kontrydiktoryjności postępowania sądowego na rzecz inkwizycyjnego wyjaśniania faktów sprawy w toku postępowania sądowego, a w konsekwencji nieprawidłowe rozłożenie ciężaru odpowiedzialności za wynik procesu,
- nadmierny formalizm (czy wręcz fasadowość) wielu czynności, który nie służąc zapewnieniu gwarancji procesowych uczestników postępowania, wydłuża procedowanie,
- zbędne angażowanie sędziów do czynności, które z powodzeniem mogą być dokonywane przez czynnik niesądowy,
- niewłaściwe realizowanie standardów konstytucyjnych”²⁵.

W efekcie Komisja doszła do wniosku, że jest konieczna taka zmiana przepisów procesu karnego, która doprowadziłaby do przemodelowania postępowania jurysdykcyjnego w kierunku większej kontrydiktoryjności, stwarzającej najlepsze warunki do wyjaśnienia prawdy materialnej i najlepiej służy poszanowaniu praw uczestników postępowania, usprawnienia i przyspieszenia postępowania, dzięki stworzeniu prawnych ram szerszego wykorzystania konsensualnych sposobów zakończenia postępowania karnego i w szerszym zakresie wykorzystaniu idei sprawiedliwości naprawczej, usunięcia „fasadowości” postępowania, dzięki nowemu określeniu sposobu procedowania opartego na rezygnacji z szeregu czynności niesłużących ani wyjaśnieniu prawdy w procesie, ani poszanowaniu gwarancji uczestników postępowania, ani realizacji zasady sprawiedliwej represji, ukształtowania na nowo podstaw stosowania środków zapobiegawczych, w sposób zapobiegający ich nadmiernemu wykorzystywaniu w praktyce procesowej, a zarazem lepiej gwarantujący osiągnięcie podstawowego ich celu, jakim jest zabezpieczenie prawidłowego przebiegu postępowania, lepiej chroniący gwarancje procesowe oskarżonego, uzyskania pełnej zgodności rozwiązań kodeksowych ze standardami

²⁵ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, s. 3, <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/projekty-aktow-prawnych/>.

ujawniającymi się na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a także usunięcia oczywistych i ujawnionych w orzecnictwie sądowym usterek obowiązującej regulacji²⁶.

Zakres stosowania kodeksu postępowania karnego w postępowaniu dyscyplinarnym w obecnie obowiązującym modelu powoduje, że postępowanie to w równym stopniu jak proces karny staje się nieefektywne. Istnieje poważne ryzyko wystąpienia przewlekłości, która prowadzi do bezskutecznego upływu terminu przedawnienia orzekania, a w konsekwencji nieosiągnięcia celów postępowania dyscyplinarnego na skutek umorzenia postępowania. Wątpliwości budzi przede wszystkim zaliczenie do postępowania dyscyplinarnego dochodzenia prowadzonego przez rzecznika dyscyplinarnego oraz postępowania wykonawczego (art. 95c pr. adw.; art. 67 u.r.p.). Uznanie tych dwóch etapów za stadia postępowania dyscyplinarnego obliuguje organy dyscyplinarne do stosowania (w odpowiedniej formie) przepisów kodeksu postępowania karnego także w ich trakcie, co niepotrzebnie te etapy formalizuje i wydłuża. Dochodzenie powinno mieć formę uproszczoną (zapiskową), jego celem winno być uprawdopodobnienie popełnienia deliktu dyscyplinarnego przez obwinionego w stopniu uzasadniającym wniesienie wniosku o ukaranie do sądu dyscyplinarnego względnie podjęcie innego rozstrzygnięcia (umorzenia postępowania dyscyplinarnego). Także postępowanie wykonawcze nie powinno być etapem postępowania dyscyplinarnego, przede wszystkim z powodu odmienności kar dyscyplinarnych i sposobu ich wykonywania. Ustawodawca, jak się wydaje, sam zresztą przesądził o braku podobieństwa pomiędzy postępowaniem wykonawczym w procesie karnym oraz tym prowadzonym w postępowaniu dyscyplinarnym, nie przewidując możliwości odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu karnego wykonawczego w tej fazie. Pozostawienie postępowań dyscyplinarnych w tym samym kształcie, jakie wynikają z uregulowań prawa o adwokaturze i ustawy o radcach prawnych, bez wątpienia nie przyniesie spodziewanych rezultatów, a postępowania te nadal będą długotrwałe i nadmiernie sformalizowane.

W postępowaniach dyscyplinarnych przeciwko adwokatom i radcom prawnym bezwzględnie powinny mieć zastosowanie jedynie przepisy działu I k.p.k. regulujące problematykę naczelnych zasad procesu karnego oraz cztery pierwsze rozdziały działu V k.p.k., odnoszącego się do dowodów, a mianowicie: rozdział 19 „Przepisy ogólne”, rozdział 20 „Wyjaśnienia oskarżonego”, rozdział 21 „Świadkowie”, rozdział 22 „Biegli, tłumacze, specjaliści”. Uzupełnienie regulacji ustaw korporacyjnych o wskazane powyżej przepisy kodeksu postępowania karnego uważam za całkowicie wystarczające zarówno dla zabezpieczenia celów postępowania dyscyplinarnego, w tym dojścia do prawdy materialnej, jak i dla skutecznej ochrony praw uczestników tego postępowania, a to tym bardziej, że orzeczenie wyższego sądu dyscyplinarnego powinno zostać poddane kontroli sądowej.

5. PODSUMOWANIE

Przeprowadzona analiza regulacji prawa o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych, a także dogmatyczna ocena reguł odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu

²⁶ Uzasadnienie..., s. 5–6.

postępowania karnego w postępowaniu dyscyplinarnym pozwala na określenie pożądanych kierunków nowelizacji ustaw regulujących wymienione postępowania dyscyplinarne w celu zapewnienia przejrzystego odesłania do odpowiedniego stosowania kodeksu postępowania karnego i ujednolicenia w tym zakresie praktyki sądów dyscyplinarnych.

1. Wskazane jest wprowadzenie identycznych regulacji postępowania dyscyplinarnego dla obu zawodów prawniczych, przy czym pożądanym kierunkiem byłoby przyjęcie w ustawie o radcach prawnych regulacji zawartych w prawie o adwokaturze, z zastrzeżeniem, że przepisy tej ustawy w obecnym kształcie również są niedoskonałe i wymagają korekty. Brak uzasadnienia, by w obu ustawach postępowanie dyscyplinarne było inaczej uregulowane. Nie dotyczy to kwestii materialnoprawnych, określających podstawy odpowiedzialności dyscyplinarnej oraz definicji deliktu dyscyplinarnego. *De lege ferenda*, w przypadku połączenia zawodu adwokata z zawodem radcy prawnego, nieodzowne będzie ujednolicenie także zagadnień materialnych.

2. Konieczna jest zmiana przepisów obu ustaw regulujących problematykę przedawnienia karalności i ścigania deliktów dyscyplinarnych, które jednocześnie wypełniają znamiona przestępstwa, tj. art. 70 u.r.p. i art. 88 pr. adw. Obecna systematyka tych przepisów wyłącza w zasadzie możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności dyscyplinarnej sprawców poważnych przestępstw (zbrodni oraz występków zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 3 lat), ponieważ karalność przewinienia dyscyplinarnego ustaje, bez żadnych wyjątków, z upływem 5 lat.

3. Niezbędne jest ograniczenie etapów postępowania dyscyplinarnego w obu ustawach wyłącznie do postępowania przed sądem dyscyplinarnym. Dochodzenie prowadzone przez rzecznika dyscyplinarnego powinno mieć charakter dochodzenia zapiskowego, odformalizowanego, jego celem powinno być uprawdopodobnienie popełnienia przewinienia dyscyplinarnego oraz ustalenie dowodów (źródeł dowodowych), które będą przeprowadzone na rozprawie. Czynności dochodzenia winny ograniczać się do czynności nieprocesowych; przesłuchanie świadka i obwinionego powinno mieć formę nieformalnego rozpytania. Tylko w wyjątkowych wypadkach mógłby być przeprowadzony dowód ścisły w postaci opinii biegłego, jeśli stwierdzenie zaistnienia przewinienia dyscyplinarnego uzależnione byłoby od wiadomości specjalnych (np. w przypadku zarzutu plagiatu), zaś ustalenie tej okoliczności w inny sposób byłoby niemożliwe lub prowadziłoby do przewlekłości rozprawy z powodu konieczności jej wielokrotnego odraczania.

4. Artykuł 73 u.r.p. określa, że członkowie sądów dyscyplinarnych podlegają wyłącznie przepisom prawa, podczas gdy art. 89 ust. 1 pr. adw. stanowi, że sąd dyscyplinarny w zakresie orzekania jest niezawisły. Ponieważ, jak wynika to z obszernego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, atrybut niezawisłości przynależy wyłącznie sądom w rozumieniu art. 175 Konstytucji RP, potrzebna jest korekta art. 89 ust. 1 pr. adw. i przyjęcie regulacji identycznej jak art. 73 u.r.p.

5. Zasadne jest wprowadzenie do obu ustaw korporacyjnych możliwości odpowiedniego stosowania przepisów części ogólnej kodeksu karnego. Obecnie jego

przepisy stosuje się poprzez odesłanie do art. 2 § 2 k.p.k., co wydaje się rozwiązaniem zdecydowanie niewystarczającym.

6. Konieczna jest zmiana norm art. 74¹ u.r.p. oraz art. 95n pr. adw. przez skonkretyzowanie przepisów kodeksu postępowania karnego mających odpowiednie zastosowanie w postępowaniu dyscyplinarnym. Dla przykładu przepis art. 74¹ u.r.p. oraz art. 95n pr. adw. mógłby brzmieć:

„W sprawach nieuregulowanych w niniejszym dziale w postępowaniu przed sądem dyscyplinarnym stosuje się odpowiednio przepisy części ogólnej kodeksu karnego, a także przepisy działu I oraz rozdziałów 19–21 kodeksu postępowania karnego”.

7. Niezbędne jest bardziej szczegółowe uregulowanie w ustawach korporacyjnych przebiegu postępowania przed sądem dyscyplinarnym (w szczególności rozprawy). Obecnie przeprowadzenie rozprawy dyscyplinarnej wymaga „uzupełnienia” regulacji odpowiednimi przepisami kodeksu postępowania karnego. Kształt rozwiązań zawartych w kodeksie postępowania karnego w odniesieniu do postępowania przed sądem I instancji sprawia jednak, że postępowania dyscyplinarne są przewlekłe i długotrwałe.

Summary

Katarzyna Dudka – *Applying the Code of Criminal Procedure in disciplinary proceedings regulated in statutory law: the Act on Barristers and the Act on Legal Counsels*

The provisions of the Act on Legal Counsels and the Act on Barristers regulate the grounds for disciplinary liability of barristers (Polish: adwokat) and legal counsels (Polish: radca prawny) and trainees in both these professions, as well as define the disciplinary procedure. In matters not regulated in these instruments, Art. 741 ALC and Art. 95n AB make references to applying mutatis mutandis the provisions of the Code of Criminal Procedure. Application mutatis mutandis means applying the Code's norms in disciplinary proceedings, either directly or with appropriate modifications, or refusing to apply the provisions of the Code of Criminal Procedure.

In the current form of 'disciplinary regulations' as many as 26 chapters of the Code of Criminal Procedure apply directly or with appropriate modifications, which makes disciplinary proceedings lengthy and inefficient.

De lege ferenda it is necessary to change the form of disciplinary proceedings in the Act on Legal Counsels and the Act on Barristers, as well as to limit the applicability of provisions of the Code of Criminal Procedure to Section I and chapters 19–21, which regulate the issues of evidence.

It should also be advocated that provisions of the General Part of the Criminal Code should apply mutatis mutandis in disciplinary proceedings against barristers and legal counsels. Currently, its provisions are applied by reference to Art. 2(2) CPC, which solution seems definitively insufficient.

Patrycja Kozłowska-Kalisz, Agnieszka Szczekała*

Przestępstwo lichwy (w świetle badań empirycznych)

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Pojęcie lichwy tradycyjnie oznacza zawarcie umowy, której istotą jest osiągnięcie nadmiernego zysku, nie opartego na żadnej słusznej zasadzie, lecz wynikającego z wykorzystywania przymusowego położenia pokrzywdzonego¹. Potocznie lichwa utożsamiana jest z „pożyczaniem pieniędzy na bardzo wysoki procent i osiąganiem z tego tytułu dużych korzyści”². Zachowania noszące znamiona lichwy są przedmiotem zainteresowania zarówno prawa cywilnego (skoro występują w stosunkach umownych), jak i – z powodu ich społecznej szkodliwości – prawa karnego. Kodeks cywilny³ instytucję lichwy (wyzysku) oraz jego skutki cywilnoprawne reguluje art. 388 k.c., natomiast odpowiedzialność karną za przestępstwo lichwy (wyzysku) przewiduje aktualnie⁴ art. 304 kodeksu karnego⁵. Przestępstwo lichwy (wyzysku) znane było poprzednim ustawom karnym⁶, przy czym zarówno kodeks karny z 1969 r.⁷, jak i kodeks karny z 1932 r.⁸ lokowały to przestępstwo wśród przestępstw przeciwko mieniu. W kodeksie karnym z 1932 r. o odpowiedzialności karnej

* Dr Patrycja Kozłowska-Kalisz jest adiunktem w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii UMCS w Lublinie. Dr Agnieszka Szczekała jest adiunktem w Katedrze Prawa Cywilnego UMCS w Lublinie.

¹ O. Górniok w: *Wielka encyklopedia prawa*, B. Hołyst (red.), Warszawa 2005, s. 406.

² *Mały słownik języka polskiego*, E. Sobol (red.), Warszawa 1985, s. 390.

³ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121), dalej jako k.c.

⁴ Do 18.12.2011 r. odpowiedzialność karną za szczególnie rodzaj lichwy kredytowej przewidywał przepis pozakodeksowy, tj. art. 18a ustawy z 20.07.2001 r. o kredycie konsumenckim (Dz. U. Nr 100, poz. 1081 ze zm.) wprowadzony ustawą z 7.07.2005 o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 157, poz. 1316), w świetle którego, kto zawierając z konsumentem umowę o kredyt konsumencki, pobierał korzyści majątkowe przewyższające wysokość odsetek maksymalnych określonych przez ustawę lub zastrzegał sobie pobieranie tych korzyści, podlegał grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

⁵ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), dalej jako k.k.

⁶ Problematyka walki z lichwą, w tym poprzez środki prawa karnego, została uregulowana niedługo po odzyskaniu przez Polskę niepodległości – w ustawie z 2.07.1920 r. o zwalczaniu lichwy wojennej (Dz. U. Nr 67, poz. 449), a następnie w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z 29.06.1924 r. o lichwie pieniężnej (Dz. U. Nr 56, poz. 574) oraz rozporządzeniach Ministra Skarbu i Ministra Sprawiedliwości o lichwie pieniężnej: z 1.08.1924 r. (Dz. U. Nr 70, poz. 684), z 14.11.1924 r. (Dz. U. Nr 99, poz. 922), z 7.09.1926 r. (Dz. U. Nr 95, poz. 556), z 25.04.1929 r. (Dz. U. Nr 28, poz. 282), z 15.07.1930 r. (Dz. U. Nr 50, poz. 424). Typ przestępstwa lichwy znany był także wszystkim kodeksom karnym państw zaborczych obowiązujących na terenie Polski (np. kodeks rosyjski z 1903 r. penalizował lichwę pieniężną w art. 608, natomiast lichwę towarową w art. 609–610; kodeks karny niemiecki z 1871 r. regulował lichwę w przepisach § 302a–302e).

⁷ Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94 ze zm.).

⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571 ze zm.).

za lichwę stanowił art. 268, w świetle którego „kto, wyzyskując położenie przymusowe innej osoby, zawiera z nią umowę, nakładającą na nią obowiązek świadczenia majątkowego oczywiście niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym, podlega karze więzienia do lat 5 lub aresztu”. Niemal identycznie przestępstwo to ujmował kodeks karny z 1969 r., który w art. 207 przewidywał, że „kto, wyzyskując przymusowe położenie innej osoby, zawiera z nią umowę nakładającą na nią obowiązek świadczenia oczywiście niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5”. Zwraca uwagę, że różnica pomiędzy obiema tymi regulacjami sprowadzała się w zasadzie tylko do charakteru świadczenia nakładanego na wyzyskiwaną osobę – o ile zgodnie z kodeksem karnym z 1932 r. musiało to być świadczenie o charakterze majątkowym, o tyle już na zgodzie z kodeksem karnym z 1969 r. nie ograniczano wyzysku do nałożenia obowiązku spełnienia świadczenia majątkowego. W kodeksie karnym z 1997 r. przestępstwo lichwy (wyzysku) zawarto w art. 304, przy czym przepis ten zamieszczono już nie – jak w poprzednich ustawach karnych – wśród przestępstw przeciwko mieniu, lecz w rozdziale XXXVI pt. „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”. Powyższe zdaje się więc wskazywać, że rodzajowym przedmiotem ochrony będzie tu zabezpieczenie prawidłowych reguł obrotu gospodarczego, choć należy stwierdzić, że zawarcie umowy tzw. lichwiarskiej może zostać popełnione także poza „profesjonalnym” obrotem gospodarczym, tj. w warunkach, w których żadna ze stron umowy nie jest przedsiębiorcą i nie prowadzi działalności gospodarczej. W doktrynie prawa karnego podnosi się więc, że skoro przepis art. 304 k.k. został umieszczony w rozdziale XXXVI, to dotyczy on wyłącznie lichwy gospodarczej, co oznacza, że zawarcie umowy lichwiarskiej poza obrotem gospodarczym nie jest kryminalizowane – przepis ten nie obejmuje zachowań osób dokonujących obrotu nieprofesjonalnego, tj. prywatnego pomiędzy osobami fizycznymi⁹. Na gruncie art. 304 k.k. odpowiedzialności karnej podlega ten, „kto, wyzyskując przymusowe położenie innej osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, zawiera z nią umowę, nakładając na nią obowiązek świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. Zauważalne jest też, że w porównaniu z regulacjami z 1932 r. i 1969 r. obowiązujący kodeks łagodzi sankcję za to przestępstwo, choć z drugiej strony poszerza się w nim zakres penalizacji poprzez rezygnację z „oczywistej” niewspółmierności świadczenia¹⁰.

Indywidualnym przedmiotem ochrony z art. 304 k.k. są indywidualne interesy majątkowe osób znajdujących się w przymusowym położeniu¹¹, interesy kontrahentów¹²; zdaniem R. Zawłockiego szczególnym przedmiotem ochrony jest

⁹ Tak R. Zawłocki w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz Art. 222–316*, M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), Warszawa 2013, t. 2, s. 867; R. Zawłocki w: *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2011, t. 9, s. 730; M. Gałązka twierdzi, że „mając na uwadze zakres ochrony wyznaczony przez dobro rodzajowe przestępstw gospodarczych, należy przyjąć iż pokrzywdzonym nie musi być profesjonalista, ale także konsument, jeśli sprawca prowadzi działalność gospodarczą” – M. Gałązka w: *Kodeks karny. Komentarz*, A. Grześkowiak (red.), K. Wiaka (red.), Warszawa 2012, s. 1259.

¹⁰ Por. O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze. Rozdział XXXVI i XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 86.

¹¹ O. Górniok, *Przestępstwa...*, s. 87.

¹² M. Kulik w: *Kodeks karny. Komentarz*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2013, s. 706.

tu „niezakłócony obrót gospodarczy wolny od wyzysku zachowujący uczciwość i względną równowagę wzajemnych świadczeń stron. Obocznym przedmiotem ochrony są natomiast indywidualne interesy profesjonalnych i nieprofesjonalnych uczestników obrotu”¹³.

Zachowanie sprawcy przestępstwa z art. 304 k.k. polega na zawarciu tzw. umowy lichwiarskiej, tzn. nakładającej na drugą stronę umowy obowiązek świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym (tj. świadczeniem sprawcy), przy czym sprawca musi, zawierając taką umowę, wyzyskać przymusowe położenie pokrzywdzonego. Wyzyskanie oznacza, że sprawca musi mieć świadomość takiego położenia pokrzywdzonego i wykorzystać je dla zawarcia umowy zastrzegającej niewspółmierne w stosunku do własnego świadczenie pokrzywdzonego. Dla zaistnienia analizowanego przestępstwa musi dojść do zawarcia pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym umowy w rozumieniu prawa cywilnego; strony muszą więc złożyć zgodne oświadczenia woli celem wywołania określonych skutków prawnych. Rodzaj umowy nie ma przy tym znaczenia – może to być umowa nazwana lub nie-nazwana; konstytutywne jest tu to, aby ta czynność prawna zakładała świadczenia wzajemne obu stron (niekoniecznie majątkowe), tylko wówczas możliwe jest bowiem porównanie tych świadczeń w kontekście ich ekwiwalentności i ewentualnie niewspółmierności.

Znamię przymusowego położenia¹⁴ oznacza, że kontrahent sprawcy znajduje się w takiej sytuacji, iż jest zmuszony zawrzeć umowę dla siebie niekorzystną. Wątpliwości budzi, czy o przymusowości położenia decydować ma subiektywne przekonanie o tym pokrzywdzonego¹⁵, czy też jest to kategoria obiektywna, niezależna od indywidualnego postrzegania swego położenia przez samego pokrzywdzonego. W doktrynie większościowy jest pogląd, że przymusowe położenie jest kategorią obiektywną¹⁶, choć przyczyny jego powstania są obojętne i mogą być zawinione przez samego pokrzywdzonego. W wyroku Sądu Najwyższego (dalej jako SN) z 16.05.1935 r.¹⁷ (wydanym jeszcze na gruncie kodeksu karnego z 1932 r.) stwierdzono: „1. Przez położenie przymusowe z art. 268 k.k. rozumieć należy taki stan rzeczy, przy którym dana osoba zmuszona jest zawrzeć niekorzystną umowę, aby uniknąć grożącej jej w przeciwnym razie dotkliwej szkody albo innej przykrości fizycznej lub moralnej. 2. Trudność znalezienia mieszkania, wynikająca z uprawiania niemoralnego procederu, nie stanowi przymusowego położenia w rozumieniu art. 268 k.k.”. Z kolei w postanowieniu SN z 31.10.1966 r.¹⁸ uznano: „Przepis art. 268 k.k., mówiąc o przymusowym położeniu, nie stawia warunku tego rodzaju, by położenie to było nie zawinione przez pokrzywdzonego. Przymusowe

¹³ R. Zawłocki w: *System...*, Warszawa 2011, t. 9, s. 732.

¹⁴ Użycie przez ustawodawcę na gruncie art. 304 k.k. znamienia przymusowego położenia rodzi pytanie co do relacji tego pojęcia z krytycznym położeniem, którego kodeks karny używa w art. 199 czy art. 203. Biorąc pod uwagę dyrektywy obowiązujące przy wykładni przepisów w ramach tego samego aktu normatywnego, przyjąć należy, że znaczenie tych pojęć nie może być tożsame; szczegółowa analiza relacji pomiędzy tymi znamionami wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania.

¹⁵ Tak M. Kulik w: *Kodeks...*, s. 706.

¹⁶ Por. M. Bojarski w: *Kodeks karny. Komentarz*, M. Filar (red.), LexisNexis/el. 2012, s. 1330; J. Majewski w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Komentarz do art. 278–363 k.k.*, A. Zoll (red.), Kraków 2006, t. 3, s. 840; O. Górniok, *Przestępstwa...*, s. 89.

¹⁷ Wyrok SN z 16.05.1935 r. (III K 331/35), OSN(K) 1936, Nr 1, poz. 8.

¹⁸ Postanowienie SN z 31.10.1966 r. (Rw 904/66), OSNKW 1967/1, poz. 6.

położenie jest okolicznością obiektywną należącą do istoty przestępstwa z art. 268 k.k. i przyczyny powstania takiego położenia są dla bytu tego przestępstwa obojętne. Przymusowość położenia osoby polega na tym, iż aktualne warunki jej życia kształtują się tak dalece niekorzystnie, że bezpośrednio grożą wielką szkodą lub niemożnością zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych własnych i rodziny i że aby tego uniknąć, jest ona skłonna do przyjęcia na siebie – w celu poprawienia swej sytuacji – zobowiązań nawet niewspółmiernie większych od pożądanych świadczeń wzajemnych innej osoby. Istotą przymusowego położenia jest niezbędnosc uzyskania świadczenia, mającego to położenie poprawić lub zapobiec grożącej szkodzie. Umysłne wyzyskanie tak rozumianego przymusowego położenia innej osoby do zawarcia z nią umowy wkładającej na nią obowiązek świadczenia majątkowego oczywiście niewspółmiernego do świadczenia wzajemnego – wyczerpuje znamiona czynu z art. 268 k.k.”.

Problematiczne na gruncie omawianego przestępstwa jest także znamie niewspółmiernego świadczenia, jego istnienie zakłada bowiem konieczność każdorazowego porównywania świadczeń wzajemnych zastrzeżonych w umowie: świadczenia sprawcy i odpowiadającego mu świadczenia pokrzywdzonego. Świadczenia stron umowy lichwiarskiej mogą być różnego rodzaju: pieniężne, niepieniężne, majątkowe, niemajątkowe. Ich treścią może być np. czynienie, nieczynienie, danie, znoszenie, zaprzestanie.¹⁹ Niewspółmierność świadczeń powinna oznaczać taką dysproporcję pomiędzy nimi, która jest znaczna i oczywista²⁰. Co prawda obowiązujący art. 304 k.k., w przeciwieństwie do jego odpowiedników z kodeksów karnych z 1969 r. i z 1932 r., nie posługuje się już znamieniem „oczywistej” niewspółmierności, trudno wszak przyjąć – w kontekście choćby zasady swobody umów – że każda dysproporcja (nawet niewielka) pomiędzy świadczeniami stron oznacza taką niewspółmierność tych świadczeń, która kwalifikowałaby się pod przepis art. 304 k.k. Dodatkowym argumentem jest tu treść przepisu art. 388 k.c., który stanowi o różnicy w wartości świadczeń „w rażącym stopniu”. Zasada subsydiarności prawa karnego nie pozwala na wyznaczenie granic penalizacji w stopniu szerszym niż dozwolone na gruncie prawa cywilnego zachowania uczestników stosunków cywilnoprawnych. Powyższe oznacza więc, że z przestępstwem lichwy możemy mieć do czynienia tylko wówczas, gdy dysproporcja pomiędzy świadczeniami jest oczywista²¹. Aktualne ujęcie art. 304 k.k. nakłada więc na organy wymiaru sprawiedliwości obowiązek wnikliwego analizowania zawartych umów, z uwzględnieniem także i tego, że nie każda umowa o zwiększonym ryzyku gospodarczym i przewidująca dla jednej ze stron wyższe korzyści oznacza *a priori*, iż mamy do czynienia z karalnym wyzyskiem jednej ze stron²².

Wątpliwości budzi też, czy dla oceny świadczeń stron w kontekście ich niewspółmierności należy brać pod uwagę tylko świadczenia główne, czy także uboczne, zastrzeżone na wypadek niewykonania czy nienależytego wykonania zobowiązania

¹⁹ Por. W. Gutekunst w: O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne. Część szczególna*, Wrocław 1971, s. 266; O. Górniok, *Przestępstwa...*, s. 87.

²⁰ Por. J. Skorupka, Glosa do wyroku SN z 5.03.2008 r. (V KK 343/07), „Prokuratura i Prawo” 2009/3.

²¹ Tak R. Zawłocki w: *System...*, t. 9, s. 735.

²² Por. K. Buczkowski, *Przestępstwo lichwy w kodeksie karnym – przeszłość i teraźniejszość*, „Państwo i Prawo” 1999/7, s. 61.

przez dłużnika (np. odsetki na wypadek opóźnienia, kary umowne). Poglądy w tym zakresie w literaturze są rozbieżne. Wąskie rozumienie świadczenia wzajemnego prowadzi do wniosku, że nie obejmuje ono świadczeń ubocznych. Problem ten dostrzegano także już na gruncie kodeksu karnego z 1932 r. W wyroku SN z 21.03.1938 r.²³ stwierdzono, że „kara wadialna nie podpada pod pojęcie korzyści majątkowej o charakterze lichwy pieniężnej”. Zdaniem R. Zawłockiego „kary umowne oraz odsetki nie należą do świadczeń wzajemnych, dlatego też wyzysk związany z tymi instytucjami nie jest objęty zakresem przepisu art. 304 k.k.”²⁴. Jednocześnie podnosi on, że „świadczenie niewspółmierne w rozumieniu analizowanego przepisu to ogólna suma świadczeń pokrzywdzonego (np. obejmuje też dodatkowe opłaty z różnego tytułu)”²⁵. Z kolei M. Gałązka twierdzi, że przy ocenie dysproporcji świadczeń należy uwzględnić zarówno świadczenia zasadnicze, jak i uboczne (np. odsetki, kary umowne)²⁶. Zdaniem J. Majewskiego umowa nie może natomiast być potraktowana jako lichwiarska „tylko z tego powodu, że zastrzega wygórowaną czy nawet rażąco wygórowaną karę umowną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez kontrahenta (...), chyba że w chwili zawarcia umowy było wiadomo, że ów kontrahent z przyjętego zobowiązania nie będzie się w stanie należycie wywiązać”²⁷.

Pokrzywdzonym na gruncie art. 304 k.k. może być zarówno osoba fizyczna lub osoba prawna, jak i jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej. Takie wskazanie na krąg podmiotów pokrzywdzonych obejmować ma wszelkie podmioty, które mogłyby zawrzeć umowę – z punktu widzenia swojego interesu – o lichwiarskim charakterze. Należy jednak zaznaczyć, że jeżeli chodzi o jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, to w grę mogą wchodzić tylko te, które co prawda nie mają osobowości prawnej, ale posiadają zdolność prawną, bowiem tylko takie podmioty mogą być stroną umów i występować we własnym imieniu w obrocie – nabywać prawa i zaciągać zobowiązania (np. spółki jawne, spółki partnerskie).

Przestępstwo z art. 304 k.k. zostaje popełnione w chwili zawarcia umowy, o której mowa w tym przepisie; jest to więc przestępstwo formalne.

Podmiotem analizowanego przestępstwa może być każdy (przestępstwo powszechne), zaś strona podmiotowa sprowadza się do umyślności. Sporne jest, czy jest możliwe popełnienie tego przestępstwa także z zamiarem ewentualnym. Niektórzy autorzy twierdzą, że ze względu na intencjonalne znamię „wyzyskania” wyłączona jest możliwość jego popełnienia w zamiarze ewentualnym²⁸, inni zaś przyjmują, że możliwe jest popełnienie tego przestępstwa także przez sprawcę, który przewiduje możliwość znajdowania się przez pokrzywdzonego w przymusowym położeniu i na to się godzi, co przesądza o dopuszczalności popełnienia omawianego przestępstwa także w zamiarze ewentualnym²⁹.

²³ Wyrok SN z 21.03.1938 r. (I K 2519/37), OSN(K) 1938/10, poz. 243.

²⁴ R. Zawłocki w: *Kodeks...*, t. 2, s. 874.

²⁵ R. Zawłocki w: *Kodeks...*, t. 2, s. 874.

²⁶ M. Gałązka w: *Kodeks...*, s. 1259.

²⁷ J. Majewski w: *Kodeks...*, t. 3, s. 840.

²⁸ Tak J. Majewski w: *Kodeks...*, t. 3, s. 841; O. Górniok w: *Prawo gospodarcze i handlowe. Prawo karne gospodarcze*, O. Górniok (red.), Warszawa 2003, t. 10, s. 118; M. Kulik w: *Kodeks...*, s. 706; J. Skorupka, *Glosa...*, s. 118.

²⁹ Tak R. Zawłocki w: *Kodeks...*, t. 2, s. 875; M. Gałązka w: *Kodeks...*, s. 1260.

2. Aspekt cywilnoprawny wyzysku

Instytucja wyzysku została uregulowana w art. 388 k.c., zgodnie z którym, „jeżeli jedna ze stron, wyzyskując przymusowe położenie, niedołęstwo lub niedoświadczanie drugiej strony, w zamian za swoje świadczenie przyjmuje albo zastrzega dla siebie lub dla osoby trzeciej świadczenie, którego wartość w chwili zawarcia umowy przewyższa w rażącym stopniu wartość jej własnego świadczenia, druga strona może żądać zmniejszenia swego świadczenia lub zwiększenia należnego świadczenia, a w wypadku gdy jedno i drugie byłoby nadmiernie utrudnione, może żądać unieważnienia umowy”, przy czym uprawnienia te wygasają z upływem 2 lat od dnia zawarcia umowy.

W doktrynie cywilistycznej kontrowersje budzi zakres zastosowania przepisu art. 388 k.c. Zdaniem części autorów przepis ten odnosi się wyłącznie do umów wzajemnych, bowiem ma on umożliwiać zrównoważenie wartości świadczeń każdej ze stron w razie wyzysku³⁰. Inni natomiast twierdzą, że przepis ten ma zastosowanie do umów dwustronnie zobowiązujących, ponieważ nie odwołuje się on wprost do pojęcia umów wzajemnych ani nie posługuje się sformułowaniem art. 487 § 2 k.c., zgodnie z którym świadczenie jednej ze stron ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej strony³¹. Należy jednak zauważyć, że definiowanie umów wzajemnych jest przedmiotem rozbieżnych stanowisk doktryny i orzecznictwa, stąd także zakres zastosowania przepisu art. 388 k.c. jest sporny³². W literaturze wątpliwości budziła również kwestia zastosowania art. 388 k.c. w przypadku zastrzeżenia w umowie nadmiernych odsetek (lichwa). W obecnym stanie prawnym w sytuacji zastrzeżenia nadmiernych odsetek zastosowanie znajduje przepis art. 359 k.c.³³,

³⁰ Zob. m.in. A. Olejniczak w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*, A. Kidyba (red.), t. 3, LEX/el. 2010; W. Popiołek w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1–449*¹⁰, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2013, t.1, s. 1091.

³¹ P. Machnikowski w: *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Z. Radwański (red.), Warszawa 2013, t. 5, s. 574; P. Machnikowski w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, E. Gniewek (red.), Warszawa 2011, s. 641. Istnieje również stanowisko, że przepis art. 388 k.c. obejmuje swoim zakresem umowy odpłatne – zob. F. Błahuta, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 1972, t. 2, s. 926.

³² W. Popiołek w: *Kodeks...*, t. 1, s. 1094; tak też P. Machnikowski w: *System...*, t. 5, s. 575; P. Machnikowski w: *Kodeks...*, s. 642; A. Olejniczak w: *Kodeks...*, t. 3.

³³ Odsetki stanowią wynagrodzenie za korzystanie z cudzych pieniędzy lub rzeczy zamiennych albo za opóźnienie zapłaty wymagalnej już sumy pieniężnej albo za obracanie pieniędzmi w cudzym interesie. Ich wysokość ustalana jest jako ułamek (procent) należności głównej za określony czas korzystania z tych dóbr lub czas opóźnienia. Obowiązek zapłaty odsetek nie istnieje w każdym przypadku zobowiązania pieniężnego. Powstaje on jedynie wówczas, gdy wynika z ustawy, z treści czynności prawnej albo orzeczenia sądu lub decyzji innego właściwego organu (art. 359 § 1 k.c.). W praktyce obowiązek zapłaty odsetek wynika najczęściej z czynności prawnej. Tego właśnie typu odsetek dotyczy nowelizacja kodeksu cywilnego z 7.07.2005 r., która wprowadziła maksymalną wysokość odsetek umownych (zakaz lichwy). Przepis art. 359 § 2¹ k.c. określa maksymalną wysokość odsetek wynikających z czynności prawnej na poziomie czterokrotności wysokości stopy kredytu lombardowego Narodowego Banku Polskiego (NBP). Natomiast zgodnie z art. 359 § 2² k.c., gdy wysokość odsetek wynikających z czynności prawnej przekracza odsetki maksymalne, należne będą odsetki maksymalne. Od 4 lipca 2013 r. wysokość stopy lombardowej NBP wynosi 4%, co oznacza, że odsetki maksymalne kształtują się obecnie na poziomie 16% w skali roku, por. <http://www.nbp.pl/home.aspx?f=/dzienne/stopy.htm>. Jeżeli zaś wysokość odsetek nie została określona, a obowiązek zapłaty powstał, wierzycielowi należą się odsetki ustawowe (art. 359 § 2 k.c.). Ich wysokość określa rozporządzenie Rady Ministrów wydane na podstawie art. 359 § 3 k.c. Wynoszą one obecnie 13% w stosunku rocznym (rozporządzenie Rady Ministrów z 4.12.2008 r. w sprawie określenia wysokości odsetek ustawowych (Dz. U. Nr 220, poz. 1434) – zob. T. Dybowski, A. Pyrzyńska w: *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Z. Radwański (red.), Warszawa 2013, t. 5, s. 237; P. Machnikowski w: *Kodeks...*, s. 568; A. Brzozowski w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1–449*¹⁰, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2013, t. 1, s. 984; A. Olejniczak w: *Kodeks...*, t. 3; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2010, s. 72; T. Wiśniewski w: G. Bieniek, H. Cieplą, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski,

natomiast odsetki za opóźnienie³⁴ nie mają charakteru świadczenia wzajemnego i stosowanie art. 388 k.c. nie jest możliwe³⁵.

Zgodnie z przepisem art. 388 k.c. umowa jest wadliwa, jeżeli zostaną spełnione kumulatywnie trzy przesłanki: dysproporcja świadczeń, szczególnie sytuacja wyzyskanego (w postaci przymusowego położenia, niedołęstwa lub niedoświadczania) oraz świadome wyzyskanie okazji³⁶. Pierwszą przesłanką jest obiektywnie istniejąca w chwili zawarcia umowy³⁷ dysproporcja pomiędzy świadczeniami stron polegająca na tym, że jedna ze stron w zamian za swoje świadczenie przyjmuje lub zastrzega dla siebie lub dla osoby trzeciej świadczenie, którego wartość majątkowa jest rażąco wyższa od wartości świadczenia spełnianego przez tę stronę lub przez nią przyrzeczonego³⁸. Sąd, który dokonuje tej oceny, nie jest zobowiązany do zastosowania określonych mierników dla ustalenia stopnia dysproporcji. Wartość świadczeń

M. Sychowicz, T. Wiśniewski, C. Zuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, Warszawa 2011, t. 1, s. 67; G. Karaszewski w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, J. Ciszewski (red.), Warszawa 2012, s. 597. W kodeksie cywilnym, w celu ochrony dłużnika przed nadmiernymi obciążeniami z tytułu odsetek, został ustanowiony w art. 482 zakaz anatocyzmu, tzn. pobierania odsetek od zaległych odsetek. Ustawodawca przewidział jednak trzy wyjątki od tego zakazu. Zakaz anatocyzmu nie odnosi się bowiem do przypadków: gdy po powstaniu zaległości w płaceniu odsetek strony zgodziły się na doliczenie zaległych odsetek do sumy dłużnej, tj. gdy zawarły odpowiednią umowę *ex post* – po powstaniu zaległości z tytułu nieuiszczonych odsetek; gdy wierzyciel wytoczył powództwo o zapłatę sumy zaległych odsetek; gdy zaległe raty kredytu długoterminowego udzielane są przez instytucje kredytowe – zob. T. Dybowski, A. Pyrżyńska w: *System...*, t. 5, s. 292; K. Zagrobelny w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, E. Gniewek (red.), Warszawa 2011, s. 884; Z. Gawlik w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*, A. Kidyba (red.), t. 3, LEX/el. 2010; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 78; T. Wiśniewski w: *Komentarz...*, t. 1, s. 797; B. Ruskiewicz w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, J. Ciszewski (red.), Warszawa 2012, s. 851.

³⁴ W piśmiennictwie wskazuje się, że odsetki za opóźnienie są szczególnym rodzajem odszkodowania uzyskiwanego w formie zryczałtowanej, choć uprawnienie wierzyciela do otrzymania odsetek za opóźnienie nie zależy od zaistnienia szkody. Należy jednak zauważyć, że nie zanika w tej postaci odsetek ich podstawowa funkcja gospodarcza przejawiająca się w tym przypadku w wynagrodzeniu za przedłużoną możliwość korzystania z cudzego kapitału – zob. T. Dybowski, A. Pyrżyńska w: *System...*, t. 5, s. 275; Z. Gawlik w: *Kodeks...*; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 74.

³⁵ A. Olejniczak w: *Kodeks...*, t. 3; W. Popiołek w: *Kodeks...*, t. 1, s. 1091.

³⁶ Wyzysk ma miejsce tylko wtedy, gdy spełnione zostaną łącznie trzy przesłanki: dysproporcja świadczeń, szczególnie sytuacja wyzyskanego i świadome wyzyskanie okazji. Co do charakteru tych przesłanek w doktrynie prezentowane są różne stanowiska. Pierwsze przyjmuje, że mamy do czynienia z jedną przesłanką obiektywną i dwiema subiektywnymi, przy czym dwie ostatnie zwykle prezentowane są łącznie jako przesłanka subiektywna – zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 136; A. Olejniczak w: *Kodeks...*, t. 3; C. Zuławska w: G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kolakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, C. Zuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, Warszawa 2011, t. 1, s. 186. Kolejne stanowisko zakłada, że jedna z przesłanek jest obiektywna, jedna subiektywna, a jedna ma mieszany charakter. Charakter mieszany ma przesłanka szczególnej sytuacji wyzyskiwanego w postaci przymusowego położenia, niedołęstwa, niedoświadczania. Wynika on stąd, że stan osoby wyzyskanej w postaci przymusowego położenia, niedołęstwa lub niedoświadczania musi istnieć obiektywnie, ale jednocześnie okoliczności te należy odnieść do sytuacji konkretnego wyzyskanego, a ocena, czy stan taki rzeczywiście zachodzi, musi być dokonana z punktu widzenia tej osoby – zob. W. Popiołek w: *Kodeks...*, t. 1, s. 1092. Z kolei w judykaturze zaprezentowano pogląd, że występują dwie przesłanki obiektywne, tj. rażąca dysproporcja wzajemnych świadczeń i przymusowe położenie, niedołęstwo lub niedoświadczanie wyzyskanego, a także jedna przesłanka subiektywna, polegająca na świadomym wykorzystaniu we własnym interesie wyzyskanego – zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 27.10.2004 r. (I ACa 530/04), OSAB 2005/1, poz. 28; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 10.01.1995 r. (I ACa 839/94), OSA 1997/7–8, poz. 46.

³⁷ Rażąca dysproporcja świadczeń musi istnieć w chwili zawarcia umowy – por. P. Machnikowski w: *System...*, t. 5, s. 577; P. Machnikowski w: *Kodeks...*, s. 642; A. Olejniczak w: *Kodeks...*, t. 3; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 29.06.2000 r. (I ACa 251/00), OSA 2002/3, poz. 21. W piśmiennictwie wyrażono również postulat elastycznej wykładni określenia „rażący”, pozwalającej objąć zakresem zastosowania art. 388 k.c. także sytuację, w której dopiero po zawarciu umowy powstała dysproporcja wartości świadczeń, ale była ona przewidywana przez stronę umowy i świadomie przez nią wykorzystana, przy założeniu, że pozostałe przesłanki wyzysku zostały spełnione – por. W. Popiołek w: *Kodeks...*, t. 1, s. 1091; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 10.01.1995 r. (I ACa 839/94), OSA 1997/7–8, poz. 46.

³⁸ Szerzej P. Machnikowski w: *System...*, t. 5, s. 577; P. Machnikowski w: *Kodeks...*, s. 642; W. Popiołek w: *Kodeks...*, t. 1, s. 1091; A. Olejniczak w: *Kodeks...*, t. 3; C. Zuławska w: *Komentarz...*, t. 1, s. 186; G. Karaszewski w: *Kodeks...*, s. 655.

powinna być określana na podstawie obiektywnych kryteriów, uwzględniających wartości obowiązujące na określonym rynku³⁹. Ponadto nie wydaje się uzasadniony wymóg, by pokrzywdzony był świadomy dysproporcji wartości świadczeń⁴⁰.

Drugą przesłanką zastosowania przepisu o wyzysku jest wystąpienie szczególnej sytuacji wyzyskanego. Strona znajduje się w przymusowym położeniu, jeżeli określone okoliczności, chociażby przemijające, zmuszają ją w danej chwili do zawarcia umowy mimo rażącej dysproporcji świadczeń. Nie jest natomiast istotne, jaka przyczyna doprowadziła do przymusowego położenia⁴¹. Sąd Najwyższy w wyroku z 28.01.1974 r.⁴² wskazał, że „przymusowe położenie oznacza znajdowanie się strony w takich warunkach materialnych, osobistych lub rodzinnych, które zmuszają ją do zawarcia danej umowy za wszelką cenę lub nie pozwalają na swobodne uzgodnienie poszczególnych postanowień umownych”. Z kolei niedołęstwo strony oznacza taki stan zdrowia, który nie pozwala jej na sprawne prowadzenie spraw. Przez niedołęstwo należy rozumieć bezradność, niemożność przewyciężenia przeszkód na skutek ułomności fizycznej lub psychicznej lub też wieku. Należy zaznaczyć jednak, że ten stan ułomności nie może wystąpić w takim natężeniu, żeby spowodować nieważność czynności prawnej na podstawie art. 82 k.c.⁴³ Natomiast niedoświadczenie strony polega na braku ogólnego doświadczenia życiowego albo braku doświadczenia ograniczonego do dziedziny, której dotyczy zawierana umowa (w szczególności przy transakcji o złożonej i niejasnej strukturze oraz skomplikowanym stanie normatywnym)⁴⁴. Ostatnią zaś przesłanką zastosowania przepisu normującego wyzysk jest moralnie naganne zachowanie zawierającego umowę, tj. wyzyskanie przymusowego położenia, niedołęstwa lub niedoświadczenia drugiej strony dla przyjęcia albo zastrzeżenia dla siebie lub osoby trzeciej rażąco nieekwiwalentnego świadczenia. Dla ustalenia tej przesłanki konieczne jest stwierdzenie, że wyzyskujący był świadomy dysproporcji świadczeń i niekorzystnej sytuacji swego kontrahenta (jego przymusowego położenia, niedołęstwa lub niedoświadczenia). Nie jest natomiast przesłanką wyzysku zły zamiar ani podejmowanie jakichkolwiek czynności w celu skłonienia kontrahenta do zawarcia umowy⁴⁵. Bez znaczenia – z punktu widzenia stosowania tego przepisu – jest natomiast okoliczność, która strona dążyła do zawarcia umowy oraz czy umowa została zawarta przez którąkolwiek ze stron w ramach działalności gospodarczej⁴⁶. Ciężar udowodnienia wszystkich tych okoliczności spoczywa na stronie pokrzywdzonej wyzyskiem⁴⁷.

Skutkiem spełnienia wskazanych przesłanek jest przyznanie pokrzywdzonemu kompetencji do żądania ukształtowania zobowiązania przez sąd. Wyzyskany może

³⁹ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 27.10.2004 r. (I ACa 530/04), OSAB 2005/1, poz. 28.

⁴⁰ W. Popiołek w: *Kodeks...*, t. 1, s. 1091. Inaczej B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wady oświadczenia woli w polskim prawie cywilnym*, Wrocław 1973, s. 59.

⁴¹ Szerzej P. Machnikowski w: *System...*, t. 5, s. 578; P. Machnikowski w: *Kodeks...*, s. 642; W. Popiołek w: *Kodeks...*, t. 1, s. 1092; A. Olejniczak w: *Kodeks...*, t. 3; G. Karaszewski w: *Kodeks...*, s. 655.

⁴² Wyrok SN z 28.01.1974 r. (I CR 819/73), LEX nr 7391.

⁴³ Szerzej P. Machnikowski w: *System...*, t. 5, s. 579; P. Machnikowski w: *Kodeks...*, s. 643; W. Popiołek w: *Kodeks...*, t. 1, s. 1093; A. Olejniczak w: *Kodeks...*, t. 3; G. Karaszewski w: *Kodeks...*, s. 655.

⁴⁴ Szerzej P. Machnikowski w: *System...*, t. 5, s. 579; P. Machnikowski w: *Kodeks...*, s. 643; W. Popiołek w: *Kodeks...*, s. 1093; A. Olejniczak w: *Kodeks...*, t. 3; G. Karaszewski w: *Kodeks...*, s. 655.

⁴⁵ Szerzej P. Machnikowski w: *System...*, t. 5, s. 579; P. Machnikowski w: *Kodeks...*, s. 643; W. Popiołek w: *Kodeks...*, t. 1, s. 1092; A. Olejniczak w: *Kodeks...*, t. 3; G. Karaszewski w: *Kodeks...*, s. 655.

⁴⁶ W. Popiołek w: *Kodeks...*, t. 1, s. 1093.

⁴⁷ P. Machnikowski w: *Kodeks...*, s. 643.

domagać się zmniejszenia jego świadczenia lub zwiększenia należnego mu świadczenia (albo częściowej zmiany obu świadczeń), a w wypadku gdy jedno i drugie byłoby nadmiernie utrudnione, może żądać unieważnienia umowy. Należy jednak podkreślić, że nadmierne utrudnienia w modyfikacji zobowiązania muszą dotyczyć obu świadczeń, zaś ocena nadmiernych utrudnień wymaga uwzględnienia przez sąd rodzaju świadczeń oraz wszelkich skutków wyroku, zwłaszcza majątkowych, dla obu stron. W obydwu przypadkach wyrok sądu ma charakter konstytutywny i modyfikuje treść zobowiązania ze skutkiem na przyszłość (*ex nunc*) albo unieważnia umowę z mocą wsteczną, od chwili jej zawarcia (*ex tunc*). Należy ponadto zaznaczyć, że sąd ograniczony jest żądaniem powoda. Przepis art. 388 § 2 k.c. przewiduje dwuletni termin zawity, który biegnie od dnia zawarcia umowy. Skutkiem jego upływu jest wygaśnięcie wskazanych uprawnień⁴⁸.

W piśmiennictwie dominuje też pogląd, że przepis art. 388 k.c. sankcjonuje przekroczenie granic swobody umów wyznaczonej w art. 353¹ k.c., do którego dochodzi ze względu na niemoralne zachowanie się wyzyskującego. Tym samym wyzysk nie jest ujmowany jako kolejna wada oświadczenia woli, lecz jako wadliwość treści umowy⁴⁹. Przyjmuje się również, że art. 388 k.c. stanowi *lex specialis* wobec art. 58 k.c., co oznacza, że wyklucza on sankcję bezwzględnej nieważności na rzecz wzruszalności umowy przez pokrzywdzonego⁵⁰. Ponadto należy zaznaczyć, że konkretny stan faktyczny może realizować zarówno przesłanki wyzysku (art. 388 k.c.), jak i przesłanki błędu lub groźby (art. 84, art. 86, art. 87 k.c.). W takim przypadku pokrzywdzony będzie mógł – według swojego wyboru – albo uchylić się od skutków prawnych swojego oświadczenia, albo zrealizować uprawnień wynikające z art. 388 k.c.⁵¹

Polskie prawo nie zakazuje zawierania umów niekorzystnych i sama dysproporcja świadczeń wzajemnych określonych w umowie przez strony nie jest wystarczającą podstawą do uznania umowy za nieważną, zwłaszcza gdy decyzja o jej zawarciu została przez strony podjęta swobodnie i świadomie. Nie można bowiem naruszyć fundamentalnej zasady – autonomii woli stron. W konsekwencji do przyjęcia wyzysku w rozumieniu art. 388 k.c. niezbędne jest zaistnienie dodatkowo świadomego wyzyskania szczególnej sytuacji polegającej na przymusowym położeniu, niedołęstwie lub niedoświadczeniu wyzyskanego⁵².

3. WYNIKI PRZEPROWADZONYCH BADAŃ EMPIRYCZNYCH

Badania dotyczyły postępowań w sprawach o przestępstwa z art. 304 k.k., które toczyły się w Polsce w latach 2008–2010. Badano zarówno akta prokuratorskie, jak i sądowe; zakresem badań objęto wszystkie jednostki prokuratury i sądy w Polsce. Z toczących się w tym okresie spraw dotyczących przestępstwa z art. 304 k.k.

⁴⁸ P. Machnikowski w: *System...*, t. 5, s. 580; P. Machnikowski w: *Kodeks...*, s. 643; W. Popiołek w: *Kodeks...*, t. 1, s. 1093; A. Olejniczak w: *Kodeks...*, t. 3; C. Zuławska w: *Komentarz...*, t. 1, s. 187; G. Karaszewski w: *Kodeks...*, s. 655.

⁴⁹ P. Machnikowski w: *System...*, t. 5, s. 570; P. Machnikowski w: *Kodeks...*, s. 641; W. Popiołek w: *Kodeks...*, t. 1, s. 1090; A. Olejniczak w: *Kodeks...*, t. 3. Odmienne m.in. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wady...*, s. 173.

⁵⁰ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 137; W. Popiołek w: *Kodeks...*, t. 1, s. 1093.

⁵¹ W. Popiołek w: *Kodeks...*, t. 1, s. 1094; A. Olejniczak w: *Kodeks...*, t. 3.

⁵² P. Machnikowski w: *System...*, t. 5, s. 576; W. Popiołek w: *Kodeks...*, t. 1, s. 1090.

do Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości wpłynęło 213 spraw (do takiej liczby uzyskaliśmy dostęp).

Ustalono, że sprawy te były prowadzone na terenie następujących województw:

- dolnośląskie – 18
- kujawsko-pomorskie – 5
- lubelskie – 7
- lubuskie – 9
- łódzkie – 16
- małopolskie – 20
- mazowieckie – 42
- opolskie – 13
- podkarpackie – 7
- podlaskie – 5
- pomorskie – 10
- śląskie – 29
- świętokrzyskie – 7
- warmińsko-mazurskie – 4
- wielkopolskie – 14
- zachodniopomorskie – 7.

Najwięcej przypadków spraw z tzw. lichwy odnotowano zatem na terenie województwa mazowieckiego (19,7% ogółu analizowanych spraw). Nieco mniej przypadków wystąpiło w województwie śląskim (13,6%). Najmniejsza liczba prowadzonych spraw wystąpiła w województwie warmińsko-mazurskim (1,9%) oraz w województwach kujawsko-pomorskim i podlaskim (2,3%).

Jeżeli chodzi o sposób zakończenia postępowania przygotowawczego, to był on następujący:

- odmowa wszczęcia postępowania – 90 spraw (ok. 42,3%),
- umorzenie postępowania – 101 spraw (ok. 47,4%),
- akty oskarżenia – 20 spraw (ok. 9,4%).

W czasie prowadzenia badań 2 sprawy były jeszcze w toku postępowania przygotowawczego (nie zapadła decyzja procesowa kończąca postępowanie)⁵³.

3.1. Sprawy, w których odmówiono wszczęcia postępowania

Łącznie w 90 przypadkach odmówiono wszczęcia postępowania, w tym w zakresie spraw z 2008 r. – w 28 przypadkach, z 2009 r. – w 19, a z 2010 r. – w 40).

⁵³ W sprawie 1 Ds. 1073/10 w L. wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów, w tym że sprawca, „działając z góry w powziętym zamiarze, w krótkich odstępach czasu wyzyskując przymusowe położenie M.D. zawarł z nim ustne umowy pożyczek na łączną kwotę około 400.000 zł, na podstawie których wymieniony był zobowiązany do świadczeń niewspółmiernych ze świadczeniem wzajemnym polegających na naliczaniu odsetek w wysokości 8–10 procent w stosunku miesięcznym, skutkiem czego pobrał od M.D. łącznie kwotę 1,5 mln złotych, podczas gdy należność główna pozostawała do spłaty w części do kwoty 300.000 zł, tj. o czyn z art. 304 k.k. w zw. z art. 12 k.k.”. W sprawie 2 Ds. 327/09 w S. prokurator odmówił wszczęcia dochodzenia w sprawie o przestępstwo z art. 286 k.k. W wyniku wniesionego zażalenia Sąd w Rejonowy w S. przedmiotowe postanowienie uchylił i przekazał sprawę prokuratorowi do dalszego prowadzenia, także w kierunku popełnienia przestępstwa z art. 304 k.k.

Spośród spraw 57 dotyczyło tylko przestępstwa z art. 304 k.k. (w tym 2 – art. 304 w zw. z art. 12 k.k.).

W 2 sprawach przyjmowano kwalifikację kumulatywną czynu: art. 304 w zb. z art. 286 § 1 w zw. z art. 11 § 2 k.k.

W 1 przypadku przyjęto kwalifikację z art. 304 w zb. z art. 191 § 2 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12, w 1 – z art. 286 § 1 w zw. z art. 294 § 1 i art. 304 w zw. z art. 12 w zw. z art. 11 § 2 k.k.

W 4 sprawach czynności prowadzono w kierunku zbiegu rzeczywistego przestępstw z art. 304 i art. 286 § 1 k.k.

Spośród spraw 2 dotyczyły zbiegu przestępstw z art. 304, art. 191 § 2 i art. 212 § 2 k.k.

Pozostałe sprawy dotyczyły następujących przestępstw pozostających w zbiegu rzeczywistym z przestępstwem z art. 304 k.k.:

- art. 304 w zw. z art. 12 k.k. i art. 56 § 2 kodeksu karnego skarbowego⁵⁴ i art. 77 pkt 2 ustawy o rachunkowości⁵⁵,
- art. 304 i art. 238 k.k.,
- art. 304 i art. 286 § 1 w zw. z art. 294 § 1 w zw. z art. 12, art. 286 § 1 w zw. z art. 12 k.k.,
- art. 304 i art. 284 § 1 k.k.,
- art. 304, art. 278 § 1 i art. 18 § 1 w zw. z art. 278 § 1 k.k.,
- art. 304 i art. 18 § 2 w zw. z art. 300 § 1 k.k.,
- art. 304, art. 191 § 1 i art. 13 § 1 w zw. z art. 286 § 1 k.k.,
- art. 304, art. 191 § 1, art. 211, art. 275 § 1 i art. 286 § 1 k.k.,
- art. 304 k.k., art. 59 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii⁵⁶ w zw. z art. 12 k.k.,
- art. 304 i art. 190 § 1 k.k.,
- art. 304, art. 13 § 1 w zw. z art. 286 § 1 i art. 190 § 1 k.k.,
- art. 304 i art. 271 § 3 k.k.,
- art. 304, art. 286 § 1 i art. 296 § 1 k.k.,
- art. 304, art. 286 § 1 i art. 18a ustawy o kredycie konsumenckim⁵⁷,
- art. 304, art. 284 § 1 i art. 300 § 1 i 3 k.k.,
- art. 13 § 1 w zw. z art. 304, art. 305 § 2 k.k.,
- art. 304 k.k., art. 90 prawa budowlanego⁵⁸ i art. 286 § 1 k.k.,
- art. 304, art. 227 k.k.,
- art. 304, art. 191 § 2, art. 190 § 1 k.k.,
- art. 304, art. 286 § 1, art. 272, art. 182 § 1, art. 171 § 1 k.k.

W 53 przypadkach osoba pokrzywdzona sama składała zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa wyzysku na jej szkodę; w 9 sprawach zawiadomienie złożyli członkowie rodziny osoby rzekomo pokrzywdzonej wyzyskiem (2 razy matka, 3 razy ojciec, raz syn, raz kuzynka, 2 razy małżonkowie); w 2 przypadkach stosowne

⁵⁴ Ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz. U. Nr 83, poz. 930 ze zm.).

⁵⁵ Ustawa z 29.09.1994 r. o rachunkowości (Dz. U. Nr 121, poz. 591 ze zm.).

⁵⁶ Ustawa z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 ze zm.).

⁵⁷ Ustawy z 20.07.2001 r. o kredycie konsumenckim (Dz. U. Nr 100, poz. 1081), dalej jako u.k.k.

⁵⁸ Ustawa z 7.07.1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414 ze zm.).

zawiadomienie złożył Rzecznik Praw Obywatelskich, w 3 – sądy rozpoznające inną sprawę (2 razy sąd rejonowy rozpoznający sprawę o zapłatę⁵⁹, raz – sąd rodzinny⁶⁰); w 4 sprawach zawiadomienia pochodziły od pełnomocników profesjonalnych (adwokatów, radców prawnych) reprezentujących podmioty pokrzywdzone; w 1 sprawie – naczelnik urzędu skarbowego w związku z otrzymanym anonimem, w 1 sprawie – Forum w Obronie Godności i Jedności Lokatorów i Bezdomnych; w 2 przypadkach czynności podejmowano na podstawie materiałów wyłączonych z innych postępowań, raz zawiadomienie złożył wójt gminy, raz syndyk masy upadłości spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w 2 przypadkach reprezentujący spółdzielnię mieszkaniową prezes i zarząd spółdzielni, w 4 – osoby reprezentujące spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, raz – spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową (SKOK); w 2 sprawach wpłynęły anonimy.

W niemal połowie spraw (41 przypadków) zawiadomienia dotyczyły zawartych przez pokrzywdzonych umów pożyczek w sytuacjach, gdy kwota przypadająca ostatecznie do zapłaty z takich umów wielokrotnie przewyższać miała wysokość udzielonej pożyczki.

Podstawy odmów wszczęcia postępowania były następujące:

- **art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k.** (czynu nie popełniono lub brak danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia) – **17 spraw** (przy czym w 13 wskazywano na brak danych dostatecznie uzasadniających popełnienie czynu, a w 4 – że czynu nie popełniono);
- **art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.** (czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego) – **53 sprawy** (przy czym w 9 przypadkach wskazywano na brak niewspółmierności świadczeń, w 27 – brak wykorzystania przymusowego położenia pokrzywdzonego, w 11 – wskazywano zarówno na brak niewspółmierności świadczeń, jak i niewykorzystanie przymusowego położenia, w 3 sprawach stwierdzono brak znamion z powodu niezawarcia umowy między stronami, w 1 sprawie stwierdzono, że strony wyjaśniły sobie „wszelkie kwestie finansowe” i pokrzywdzony „chciał wycofać złożone zawiadomienie w niniejszej sprawie”⁶¹, w 1 sprawie – że sporne kwestie pomiędzy stronami powinny być załatwione na drodze postępowania cywilnego⁶², a w 1 sprawie brak było uzasadnienia postanowienia o odmowie wszczęcia);
- **art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k.** (przedawnienie karalności) – **9 spraw**;
- **art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.** (postępowanie karne o ten sam czyn już się zakończyło – *res iudicata*) – **4 sprawy**.

⁵⁹ 3 Ds. 1088/10 w R.

⁶⁰ Sąd Rejonowy – Sąd Rodzinny w B., rozpoznając sprawę z urzędu z udziałem D.J i D.B. o ustanowienie kuratora dla małoletniej M.J. zwrócił się do prokuratora rejonowego o rozważenie, czy działanie G. sp. z o.o.) nie nosi znamion czynu zabronionego. Małoletnia M.J. (lat 4), po tragicznej śmierci matki, została umieszczona w rodzinie zastępczej u babci D.J. Do D.J. zgłosił się przedstawiciel Grupy z propozycją zawarcia umowy zlecenia, której celem było uzyskanie odszkodowania od ubezpieczyciela. Taką umowę D.J. podpisała zarówno w imieniu własnym, jak i małoletniej M.J. Wysokość wynagrodzenia Grupy została ustalona na 30% uzyskanego odszkodowania plus VAT. Ostatecznie z przyznanego małoletniej przez ubezpieczyciela odszkodowania w kwocie 40.000 zł pobrano prowizję w kwocie 14.640 zł. Postanowieniem w sprawie 1 Ds. 913/08 odmówiono wszczęcia dochodzenia na zasadzie art. 17 § 1 pkt 2 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej jako k.p.k. (postanowienie nie zawiera uzasadnienia).

⁶¹ 1 Ds. 2744 w G.

⁶² Ds. 1636/10/s w P.

W 4 przypadkach podstawą odmowy wszczęcia był art. 305 § 1 k.p.k. (przy czym w 3 przypadkach powołano tę podstawę, wskazując na brak znamion przestępstwa (niewykorzystanie przymusowego położenia), w 1 zaś – że nie doszło do popełnienia przestępstwa).

W sprawach, w których odmówiono wszczęcia postępowania z powodu braku niewspółmierności świadczeń, w zgłaszanym stanie faktycznym to właśnie najczęściej wysokość odsetek i kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewykonania umowy stanowiły świadczenie znacznie przewyższające wysokość świadczenia podstawowego. W takich przypadkach podstawą odmowy wszczęcia postępowania było powołanie się na ten sposób wykładni przepisu z art. 304 k.k., który przyjmuje, że świadczenia poboczne (odsetki zastrzeżone na wypadek opóźnienia w spełnieniu świadczenia czy kary umowne zastrzeżone na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania) nie mogą być brane pod uwagę w zakresie porównywania świadczeń stron umowy w kontekście ich współmierności.

3.2. Sprawy, w których postępowanie umorzono

W latach 2008–2010 w 101 sprawach o przestępstwo z art. 304 k.k. umorzono postępowania (przy czym w 2008 r. umorzeń było 27, w 2009 r. – 24, zaś w 2010 r. – 50).

W zdecydowanej większości spraw sposobem zainicjowania postępowania było zawiadomienie samego pokrzywdzonego – w 84 sprawach (w tym w 15 sprawach zawiadomienia pochodziły od pełnomocników profesjonalnych – adwokatów, radców prawnych – reprezentujących podmioty pokrzywdzone, w 5 – od prezesa lub zastępcy prezesa zarządu spółki, w 2 – od członka zarządu, w 2 – od osoby upoważnionej przez zarząd, w 1 – od dyrektora samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej, w 1 – od prokurenta spółki, w 1 – od likwidatora spółki). W 7 przypadkach czynności podejmowano na podstawie materiałów wyłączonych z innych postępowań. W 2 sprawach podejrzenie przestępstwa wynikało z działań operacyjnych policji, zaś w 1 sprawie było wynikiem działania prokuratora, który informację taką powziął na podstawie treści pozwu z toczącego się postępowania cywilnego. Z kolei w pojedynczych przypadkach zawiadomienie o przestępstwie składali: matka pokrzywdzonego (1), poseł na Sejm RP (1), naczelnik urzędu skarbowego z związku z otrzymanym anonimem (1). W 1 sprawie obok dyrektora samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej zawiadomienie złożyła również Najwyższa Izba Kontroli. W przypadku 4 spraw brak jest danych w tej materii.

Jeżeli chodzi o kwalifikację przyjmowaną w sprawach, w których nastąpiło umorzenie postępowania, to w 101 sprawach wystąpiło 121 czynów dotyczących przestępstwa z art. 304 k.k. (w 1 sprawie były 2 czyny, w 1 sprawie były 3 czyny oraz w 1 sprawie było 18 czynów dotyczących przestępstwa lichwy).

W 72 przypadkach miała miejsce kwalifikacja wyłącznie z art. 304 k.k., przy czym w 2 przypadkach w związku z art. 13 § 1 k.k.

W 1 sprawie przyjęto kwalifikację kumulatywną czynu: art. 304 w zb. z art. 231 § 1 w zw. z art. 12 w zw. z art. 11 § 2 k.k. W 1 przypadku przyjęto kwalifikację z art. 304 w zb. z art. 231 w zw. z art. 13 § 1 w zw. z art. 11 § 2 k.k.

W 9 sprawach czynności prowadzono w kierunku zbiegu rzeczywistego przestępstw z art. 304 i 286 § 1 k.k. (przy czym w 1 – art. 286 § 1 w zw. z art. 13 § 1 k.k.).

Zbiegu przestępstw z art. 304 i art. 233 k.k. dotyczyły 2 sprawy oraz zbiegu przestępstw z art. 304 i art. 284 § 1 k.k. dotyczyły także 2 sprawy.

Pozostałe sprawy dotyczyły następujących przestępstw pozostających w zbiegu rzeczywistym z przestępstwem z art. 304 k.k.:

- art. 304 w zw. z art. 13 § 1 i art. 160 w zw. z art. 11 § 2 i art. 266 i art. 296 § 1 k.k.,
- art. 304 i art. 190 § 1 k.k.,
- art. 304 w zw. z art. 11 § 2 i art. 190 § 1 k.k.,
- art. 304 i art. 190 § 1 i art. 191 § 2 w zw. z art. 91 § 1 k.k.,
- art. 304 i art. 190 § 1 i art. 191 § 2 i art. 282 k.k.,
- art. 304 i art. 190 § 1 i art. 192 § 1 k.k.,
- art. 304 i art. 18 § 1 w zw. z art. 191 § 2 w zb. z art. 12 k.k.,
- art. 304 i art. 191 § 1 i art. 233 § 1 i art. 299 § 1 k.k.,
- art. 304 i art. 191 § 1 w zw. z art. 12 i art. 286 § 1 i art. 294 § 1 w zw. z art. 2 k.k.,
- art. 304 w zw. z art. 12 i art. 191 § 2 i art. 272 w zw. z art. 13 § 1 k.k.,
- art. 304 i art. 207 § 1 i art. 271 § 1 k.k.,
- art. 304 w zw. z art. 13 § 1 i art. 228 § 1 i 3 w zw. z art. 12 i art. 231 i art. 296 § 1 i 3 w zw. z art. 12 k.k.,
- art. 304 i art. 230 § 1 k.k.,
- art. 304 i art. 231 § 1 k.k. i art. 171 ust. 5 prawa bankowego⁶³,
- art. 304 i art. 231 § 2 k.k.,
- art. 304 i art. 278 § 1 w zw. z art. 18 § 2 i art. 286 § 1 k.k.,
- art. 304 i art. 233 i art. 286 § 1 k.k.,
- art. 304 i art. 270 § 1 i art. 286 § 1 k.k.,
- art. 304 i art. 270 § 1 i art. 286 § 1 w zw. z art. 13 § 1 k.k.,
- art. 304 w zw. z art. 11 § 2 i art. 270 § 2 k.k.,
- art. 304 w zw. z art. 13 § 1 i art. 271 § 1 i art. 286 § 1 w zw. z art. 13 § 1 k.k.,
- art. 304 i art. 272 k.k.,
- art. 304 i art. 275 § 1 k.k.,
- art. 304 i art. 280 k.k.,
- art. 304 i art. 282 k.k.,
- art. 304 i art. 284 § 2 k.k.,
- art. 304 w zw. z art. 12 i art. 284 § 1 i art. 268 § 1 i 3 w zw. z art. 303 § 1 i 2 w zw. z art. 11 § 1 k.k.,
- art. 304 i art. 286 § 1 k.k. i art. 18a u.k.k.,
- art. 304 i art. 286 § 1 w zw. z art. 291 k.k.,
- art. 304 i art. 296 § 1 k.k.,
- art. 304 w zw. z art. 13 § 1 w zw. z art. 11 § 2 i art. 296 k.k.,
- art. 304 i art. 286 § 1 i art. 296 k.k. i art. 585 kodeksu spółek handlowych⁶⁴,
- art. 304 k.k. i art. 18a u.k.k.,

⁶³ Ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1376 ze zm.).

⁶⁴ Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.).

- art. 304 k.k. i art. 28 ust. 4 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków⁶⁵.

W żadnej ze spraw nie odnotowano zastosowania środków zapobiegawczych.

Podstawy umorzeń postępowania były następujące:

- **art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k.** (czynu nie popełniono lub brak danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia) – **24 sprawy** (przy czym we wszystkich przypadkach wskazywano na brak danych dostatecznie uzasadniających popełnienie czynu);
- **art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.** (czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego) – **71 spraw** (przy czym w 16 przypadkach wskazano na brak niewspółmierności świadczeń i brak wykorzystania przymusowego położenia pokrzywdzonego, w 13 – wyłącznie na brak przymusowego położenia pokrzywdzonego, w 11 – zarówno na brak niewspółmierności świadczeń, brak przymusowego położenia pokrzywdzonego, jak i brak wykorzystania przymusowego położenia pokrzywdzonego, w 8 – na brak przymusowego położenia pokrzywdzonego i brak wykorzystania przymusowego położenia pokrzywdzonego, w 7 – wyłącznie na brak wykorzystania przymusowego położenia pokrzywdzonego, w 3 – na brak niewspółmierności świadczeń i brak przymusowego położenia pokrzywdzonego, w 3 – wyłącznie na brak niewspółmierności świadczeń, natomiast w 10 – ogólnie na brak znamion, bez podawania szczegółów);
- **art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k.** (przedawnienie karalności) – **26 spraw**.

W sprawach, w których umorzono postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., wskazano łącznie w 42 przypadkach brak wykorzystania przymusowego położenia pokrzywdzonego, w 35 – brak przymusowego położenia pokrzywdzonego, zaś w 33 – brak niewspółmierności świadczeń (ponadto w 10 – ogólnie na brak znamion). We wszystkich przypadkach, gdzie wskazano brak znamienia przymusowego położenia pokrzywdzonego, powoływano się na większościowy pogląd doktryny, że przymusowe położenie jest kategorią obiektywną, choć przyczyny jego powstanie są obojętne i mogą być zawinione przez samego pokrzywdzonego.

W 63 przypadkach przedmiotem postępowania były zawierane przez pokrzywdzonego umowy pożyczki. W 38 przypadkach przedmiotem były innego rodzaju umowy, w tym:

- sprzedaży nieruchomości – w 7 sprawach,
- dotyczące różnego rodzaju sposobów wspierania działalności gospodarczej (pomiędzy przedsiębiorcami) – w 6 sprawach,
- sprzedaży udziałów – w 3 sprawach,
- najmu – w 3 sprawach,
- dotyczące istniejących wierzytelności – w 3 sprawach,
- sprzedaży ruchomości – w 2 sprawach,
- sprzedaży praw z rejestracji znaku towarowego – w 1 sprawie,

⁶⁵ Ustawa z 7.06.2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 123, poz. 858 ze zm.).

- sprzedaży majątku z masy upadłościowej – w 1 sprawie,
- darowizny – w 1 sprawie,
- leasingu – w 1 sprawie,
- lombardowa – w 1 sprawie,
- factoringu – w 1 sprawie,
- depozytu nieprawidłowego – w 1 sprawie,
- o usługi pośrednictwa finansowego – w 1 sprawie,
- o doradztwo ekonomiczne – w 1 sprawie,
- na dostarczanie energii ciepłej – w 1 sprawie,
- zlecenie o dochodzenie odszkodowania od firmy ubezpieczeniowej – w 1 sprawie,
- o generalne wykonawstwo robót budowlanych – w 1 sprawie,
- o długoterminowym finansowaniu zobowiązań wymagalnych – w 1 sprawie,
- poręczenia wekslowego wierzytelności osoby trzeciej – w 1 sprawie.

Odnosnie do zawieranych przez pokrzywdzonych umów pożyczki, w 48 sprawach pożyczkodawcą była osoba fizyczna, zaś w 15 – podmiot (przedsiębiorca – osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą lub jednostka organizacyjna) zawodowo trudniący się udzielaniem pożyczek. W przypadku pożyczek udzielanych przez osoby fizyczne odnotowano, że w 26 przypadkach były to tzw. pożyczki na procent, zaś w 22 w umowie pożyczki ustanowiono dodatkowo inne zabezpieczenie (w tym w 11 przypadkach w postaci przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie, w 3 – w postaci przewłaszczenia ruchomości na zabezpieczenie, w 3 – hipoteczne, w 3 – wekslowe, zaś w 2 – w postaci przewłaszczenia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu mieszkalnego na zabezpieczenie). W przypadku pożyczek udzielanych przez podmioty zawodowo trudniące się tego typu działalnością w 8 przypadkach miały miejsce tzw. pożyczki na procent, zaś w 7 przypadkach w umowie pożyczki ustanowiono dodatkowo inne zabezpieczenie (w tym w 3 przypadkach w postaci przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie, w 2 – hipoteczne, w 1 – w postaci przewłaszczenia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu mieszkalnego na zabezpieczenie, w 1 – w postaci przewłaszczenia użytkowania wieczystego wraz z budynkami będącymi własnością użytkownika wieczystego na zabezpieczenie).

Odnotowano również, że w 8 przypadkach prowadzone były także postępowania cywilne, w których podstawą roszczeń był art. 388 k.c.

3.3. Sprawy, w których wniesiono do sądu akty oskarżenia

Z aktami oskarżenia trafiło do sądu **20 spraw** (1 spośród wszczętych w 2008 r., 9 spośród wszczętych w 2009 r., 10 spośród wszczętych w 2010 r.).

Środki zapobiegawcze zastosowano wobec 15 oskarżonych o przestępstwo z art. 304 k.k. (w 10 sprawach). Były to: tymczasowe aresztowanie – 8 przypadków, poręczenie majątkowe – 1 przypadek, poręczenie majątkowe i dozór policji – 1 przypadek, poręczenie majątkowe i dozór policji połączony z obowiązkiem stawiennictwa – 2 przypadki, dozór policji połączony z zakazem opuszczania kraju – 1 przypadek, dozór policji połączony z obowiązkiem stawiennictwa – 2 przypadki.

Zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa pochodziły zasadniczo bezpośrednio od pokrzywdzonych, w 1 przypadku zawiadomienie złożył syndyk masy upadłości spółki akcyjnej (pokrzywdzonej), w 1 – adwokat pełnomocnik reprezentujący pokrzywdzonego, w 1 – materiały wyłączono z innego postępowania, w 1 – wszczęcie postępowania nastąpiło w wyniku czynności operacyjnych policji. W 1 sprawie zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa złożył Generalny Inspektor Informacji Finansowej⁶⁶.

Miejsce popełnienia przestępstwa (miasto/wieś):

- wieś – 3 sprawy,
- miasto – 12 spraw,
- zarówno miasto, jak i wieś – 5 spraw.

W 20 sprawach, w których skierowano do sądów akty oskarżenia, wystąpiło łącznie 32 oskarżonych o czyny z art. 304 k.k. W 4 sprawach wystąpiło po 2 oskarżonych, którym zarzucano popełnienie przestępstwa lichwy, w 1 sprawie było 3 oskarżonych⁶⁷, w 1 zaś aż 7 oskarżonych⁶⁸. Ponadto w 8 sprawach występowali także oskarżeni o inne – niż z art. 304 k.k. – przestępstwa.

Charakterystyka sprawców (oskarżonych).

Wiek:

- 21–30 lat – 6 oskarżonych,
- 31–40 lat – 16 oskarżonych,
- 41–50 lat – 8 oskarżonych,
- 51–60 lat – 2 oskarżonych.

Płeć:

- kobiety – 5,
- mężczyźni – 27.

Obywatelstwo:

- polskie – 31,
- obce – 1 (obywatel Ukrainy).

Stan cywilny oskarżonych:

- kawaler/panna – 12,
- żonaty/mężatka – 17,
- rozwiedziony/na – 2,
- stanu wolnego – 1.

Posiadanie dzieci:

- posiada dzieci – 24,
- nie posiada dzieci – 8.

⁶⁶ VI Ds. 20/09/Spc w R.

⁶⁷ 2 Ds 27/10 w B.

⁶⁸ VI Ds. 20/09/Spc w R.

Karalność oskarżonych:

- karany – 17,
- niekarani – 15.

Wykształcenie:

- podstawowe – 4,
- zawodowe – 6,
- średnie – 12,
- niepełne wyższe – 2,
- wyższe⁶⁹ – 8.

Zawód:

Śród oskarżonych 5 z zawodu było mechanikami samochodowymi, pozostali mieli następujące zawody: jubiler, pielęgniarz-instrumentariuszka, operator pieca emalierskiego, technik odlewnik, hydraulik, ekonomista, nauczyciel, elektromonter, technik informatyk, filolog angielski, muzyk, ekonomista, radca prawny, technik hotelowy, technik rolnik, pośrednik obrotu nieruchomościami, modelarz odlewniczy, tokarz, inżynier ds. środowiska.

Bez zawodu – 3.

Brak danych co do zawodu – 5.

Zatrudnienie:

- pracujący – 26 (w tym 13 prowadzących własną działalność gospodarczą⁷⁰, 3 pracujących dorywczo),
- niepracujący – 4,
- rencista – 2.

Przyznanie się do winy:

- nie przyznał się do winy – 30⁷¹,
- przyznał się do winy – 2⁷².

⁶⁹ W tym 2 oskarżonych miało wykształcenie wyższe ekonomiczne, 1 – filologiczne (filologia angielska), 1 – prawnicze (radca prawny), 1 – inżynierskie; w pozostałych przypadkach brak było danych co do rodzaju wykształcenia wyższego.

⁷⁰ W 3 przypadkach działalność gospodarczą polegała na świadczeniu usług TAXI.

⁷¹ W sprawie I Ds. 265/10 w C. oskarżony nie przyznał się do popełnienia zarzucanych przestępstw, choć przyznał, że „osobom wymienionym w zarzutach udzielał pożyczek. Wiedział też, że pokrzywdzone zaciągają u niego pożyczki, bowiem znajdują się w bardzo trudnej sytuacji życiowej i nikt inny im pożyczek nie udzielił”.

⁷² W sprawie V Ds. 7/10 w Ł. jeden z oskarżonych początkowo nie przyznał się do zarzucanych czynów, ale następnie zmienił stanowisko przyznając, że „zdarzenia objęte zarzutami miały miejsce oraz taki przebieg jak to zostało opisane”. W sprawie VI Ds. 20/09/SpC w R. w stosunku do oskarżonego M.S., który przyznał się do winy, akt oskarżenia zawierał wnioski w trybie art. 335 § 1 k.p.k. M.S. został oskarżony o to, że: 1) (...) działając wspólnie i w porozumieniu z K.K., D.P., K.K. i P.B., wyzyskując przymusowe położenie M.P. i S.P., zawarł z nimi umowę sprzedaży mieszkania (...) aktem notarialnym (...) za cenę 120.000 zł, podczas gdy szacunkowa wartość nieruchomości wynosiła co najmniej 174.949,50 zł, nakładając na nich obowiązki świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym, albowiem razem z ww. udzielił im uprzednio pożyczki pieniężnej w kwocie łącznej 70.000 zł na pokrycie zobowiązania wobec W.P. aktem notarialnym (...), w ten sposób, że on wyłożył 40.000 zł, opłacił zaległy czynsz w spółdzielni mieszkaniowej w kwocie 962,37 zł, pokrył koszty notarialne i podatki w wysokości łącznej 33.579 zł, a następnie aktem notarialnym (...) zbył ww. mieszkanie na rzecz R.F. za kwotę 230.000 zł, z której kwotę 110.000 zł przekazał K.K. dla pozostałych ww., a kwotę 120.000 zł pozostawił dla siebie, uzyskując zysk około 45.458,63 zł, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności (...) za czyny z art. 46 ust. 1 ustawy z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179,

Pokrzywdzeni:

W 20 sprawach, w których wniesiono do sądów akty oskarżenia, wystąpiło 58 pokrzywdzonych czynem z art. 304 k.k., w tym 57 osób fizycznych i 1 osoba prawna – spółka akcyjna. W 11 sprawach wystąpił 1 pokrzywdzony, w 2 – 2 pokrzywdzonych, w 2 – po 3 pokrzywdzonych, w 3 – 5 pokrzywdzonych, w 2 – aż 11 pokrzywdzonych.

Kwalifikacja prawna i opis czynu

W 20 sprawach, które trafiły do sądów z aktem oskarżenia, sprawcom przedstawiono łącznie 77 zarzutów związanych bezpośrednio z przestępstwem wyzysku z art. 304 k.k. (w różnych kwalifikacjach): 23 sprawcom postawiono po 1 zarzucie popełnienia przestępstwa z art. 304 k.k., 3 sprawcom – po 2 zarzuty, 1 sprawca miał postawione 4 zarzuty, 1 – 5 zarzutów, 1 – 8 zarzutów, 1 – 11 zarzutów i 1 – aż 17 zarzutów popełnienia przestępstwa kwalifikowanego z art. 304 k.k. Dodatkowo 19 sprawcom postawiono zarzuty popełnienia jeszcze innych – niż z art. 304 k.k. – przestępstw (wystąpił rzeczywisty zbieg przestępstw).

Jeżeli chodzi o przyjętą w postawionych zarzutach kwalifikację prawną, to była ona następująca:

- art. 304 k.k. – 46 przypadków (zarzutów),
- art. 304 w zw. z art. 12 k.k. – 11 przypadków,
- art. 304 w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.k. – 4 przypadki,
- art. 304 w zw. z art. 12 w zw. z art. 64 § 1 k.k. – 3 przypadki,
- art. 304 w zw. z art. 64 § 1 k.k. – 2 przypadki,
- art. 18 § 3 w zw. z art. 304 k.k. – 1 przypadek,
- art. 18 § 3 w zw. z art. 304 w zw. z art. 64 § 1 k.k. – 1 przypadek.

W 7 przypadkach przyjęto następującą kumulatywną kwalifikację przypisu art. 304 k.k. z innymi, tj.:

- art. 286 § 1 w zw. z art. 294 § 1 i art. 304 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12 k.k. – 2 przypadki,
- art. 286 § 1 i art. 304 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12 k.k. – 2 przypadki,
- art. 286 § 1 i art. 304 w zw. z art. 11 § 2 k.k.,
- art. 304 w zw. z art. 282 w zw. z art. 284 § 1 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12 k.k.,
- art. 304 w zw. z art. 282 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12 k.k.

poz. 1485 ze zm.), dalej jako u.p.n., w zw. z art. 12 k.k., tj. o czyn z art. 304 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.; 2) w okresie (...) swoim zachowaniem ułatwił P.B. wyzyskanie przymusowego położenia S.M. i F.M. celem doprowadzenia ich do zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości (...), nakładając na nich obowiązek świadczenia niewspólnego ze świadczeniem wzajemnym w ten sposób, że przekazał P.B. kwotę co najmniej 50.000 zł i aktem notarialnym (...) dokonał zakupu ww. mieszkania za kwotę 80.900 zł, podczas gdy ww. posiadali zobowiązanie w kwocie 10.000 zł z tytułu pożyczki gotówkowej na podstawie aktu notarialnego (...), mocą którego P.B. udzielił pożyczki gotówkowej w wysokości 21.354,20 zł, a następnie na prośbę P.B. dokonał powrotnego przeniesienia własności ww. mieszkania na rzecz J.M. aktem notarialnym (...) za kwotę 83.000 zł, przy czym J.M. na ten zakup uzyskał kredyt hipoteczny (...) w wysokości 66.757,76 zł, z którego 65.000 zł zostało przebrane na jego rachunek, z tym że gotówkę w wysokości co najmniej 7000 zł przekazał J.M., przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności (...) za czyn z art. 46 ust. 1 u.p.n. w zw. z art. 12 k.k. (...), tj. o czyn z art. 18 § 3 w zw. z art. 304 w zw. z art. 64 § 1 k.k.

W sprawach, w których wystąpił rzeczywisty zbieg przestępstw z innymi niż kwalifikowane z art. 304 k.k. przestępstwami, najczęściej wchodziły w grę następujące przestępstwa pozostające w zbiegu rzeczywistym: wymuszenie zwrotu wierzytelności z art. 191 § 2 k.k. – w 5 sprawach, wymuszenie rozbójnicze z art. 282 k.k. – w 5 sprawach, oszustwa z art. 286 k.k. – w 5 sprawach, groźby karalne z art. 191 § 1 k.k. – w 2 sprawach, z art. 275 § 1 k.k. – w 2 sprawach, przywłaszczenia z art. 284 k.k. – także w 2 sprawach. Ponadto w jednostkowych przypadkach pojawiały się także przestępstwa: z art. 258 § 1 i 3, z art. 157 § 2, z art. 278, z art. 270, z art. 272, z art. 276, z art. 204 § 1, z art. 245 i z art. 157 § 1 k.k.

Gdy chodzi o **rodzaj umowy**, w której zastrzeżono obowiązek świadczenia niewspółmiernego, to w 17 sprawach chodziło o zawarcie umowy pożyczki (w tym w 3 przypadkach z zabezpieczeniem poprzez przeniesienie własności nieruchomości lub spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu⁷³, w 1 – poza umową pożyczki pokrzywdzeni doprowadzeni zostali do zawarcia umowy najmu przewłaszczonej uprzednio na zabezpieczenie pożyczki nieruchomości z nadmiernie wygórowanym czynszem). W 1 sprawie chodziło o umowę o świadczenie usługi, w 1 – o umowę dzierżawy nieruchomości, w 1 zaś – o zawarcie umowy cesji wierzytelności.

Jeżeli chodzi o znamię **niewspółmiernego świadczenia**, to w poszczególnych sprawach owa niewspółmierność przyjmowana była następująco:

- 1) pożyczka w kwocie 80.000 zł i nałożenie obowiązku zapłacenia w ciągu 16 miesięcy kwoty 224.000 zł odsetek od pożyczonej kwoty;
- 2) pożyczka w łącznej kwocie 30.000 zł i nałożenie obowiązku spłaty 10% kapitału w stosunku miesięcznym, stanowiącego odsetki od zaciągniętej pożyczki;
- 3) 11 pożyczek, w których zastrzeżono zwrot w ciągu miesiąca kwoty o 50% wyższej od pożyczonej (np. gdy pożyczka dotyczyła kwoty 100 zł, to obowiązek zwrotu obejmował 150 zł) lub dwukrotnie wyższej od pożyczonej; w sprawie tej kwoty pożyczek wynosiły od 30 zł do 1000 zł⁷⁴;
- 4) zastrzeżenie w umowie dzierżawy nieruchomości o pow. 29.692 m² i 2563 m² czynszu dzierżawnego wynoszącego w przeliczeniu na 1 m² dzierżawionej powierzchni 0,25 zł (w sytuacji gdy w innych umowach dzierżawy stawki te były kilkanaście razy większe), a dodatkowo zawarcie w umowie innych niekorzystnych dla wydzierżawiającego warunków⁷⁵;
- 5) w ramach działalności zorganizowanej grupy przestępczej udzielano pożyczek gotówkowych, zastrzegając: obowiązek spłaty odsetek w wysokości 15% w skali miesiąca od pożyczonej kwoty; pożyczka w kwocie

⁷³ W 1 sprawie umowa pożyczki miała charakter fikcyjny – faktycznie sprawca zobowiązał się spłacić zadłużenie pokrzywdzonej z innego tytułu w zamian za zawarcie takiej umowy pożyczki, w której pokrzywdzona uznała kwotę pożyczki za faktycznie otrzymaną (100.000 zł), podczas gdy zadłużenie, które oskarżony miał w jej imieniu spłacić, wynosiło 33.049,36 zł.

⁷⁴ 1 Ds. 265/10/Spc.

⁷⁵ Te dodatkowe niekorzystne warunki dotyczyły: oddania w dzierżawę całej nieruchomości, podczas gdy dla celów produkcyjnych dzierżawcy wykorzystywana była tylko niewielka część nieruchomości, co w rezultacie uniemożliwiło wydzierżawienie pozostałych części nieruchomości innym podmiotom według bardziej korzystnych stawek czynszowych; ustalenia terminu obowiązywania umowy na czas określony 10 lat, co uniemożliwiało jej wcześniejsze rozwiązanie; zawarcia w umowie prawa pierwokupu dla dzierżawcy po cenach obowiązujących na dzień zawarcia umowy dzierżawy, co spowodowało realne utrudnienia w zbyciu nieruchomości innemu podmiotowi, który w przypadku jej nabycia nie mógłby prowadzić żadnej działalności produkcyjno-przemysłowej aż do zakończenia okresu dzierżawy (sprawa Ds. 174/10/Sp (c) w K.).

- 3000 zł na 6 miesięcy z obowiązkiem spłaty odsetek w wysokości 1000 zł w skali miesiąca; odsetki w wysokości 10%, 20% lub 25% w skali miesiąca; pożyczka kwoty 5000 zł na 1 dzień z obowiązkiem spłaty odsetek w wysokości 2000 zł; pożyczka w kwocie 30.000 zł na okres miesiąca z obowiązkiem spłaty co najmniej 50.000 zł;
- 6) obowiązek spłaty odsetek w wysokości 5%, 10% i 15% w skali miesiąca;
 - 7) pożyczka w kwocie 19.300 zł z obowiązkiem zapłaty odsetek na poziomie 10.700 zł za okres trzech miesięcy;
 - 8) pożyczka kwoty 80.000 zł z żądaniem zwrotu 190.000 zł;
 - 9) cesja wierzytelności w wysokości 149.000 zł za kwotę 30.000 zł;
 - 10) obowiązek zapłaty 4% odsetek w stosunku miesięcznym od zaciągniętej pożyczki w kwocie 14.800 zł;
 - 11) pożyczki gotówkowe zabezpieczone przeniesieniem własności nieruchomości (przy czym w 2 przypadkach pokrzywdzone nie miały świadomości, że dochodzi do przeniesienia własności nieruchomości); pożyczki z nieustaloną stopą procentową, ale faktycznie nie mniejszą niż 100% wysokości zobowiązania, przy czym termin zwrotu pożyczek był na tyle krótki (od 3 miesięcy do 1 roku), że z góry było wiadomo, iż pokrzywdzeni nie będą mogli spłacić zobowiązań;
 - 12) oprocentowanie od pożyczek w kwocie 30.000 zł z obowiązkiem spłaty 3000 zł miesięcznie, od kwoty pożyczki 8000 zł – 800 zł miesięcznie, od kwoty pożyczki 9000 zł – 900 zł miesięcznie;
 - 13) pożyczka 70.000 zł, a zwrot nie mniej niż 26.800 zł w gotówce i nie mniej niż 81.635 zł w świadczeniach rzeczowych i poręczenie długu w wysokości 206.000 zł; pożyczka 280.000 zł z zabezpieczeniem przewłaszczeniem mieszkania i oprocentowaniem w wysokości 1,7% miesięcznie i doprowadzenie do zawarcia umowy najmu lokalu mieszkalnego o pow. 49 m² z ustaleniem czynszu płatnego przez pokrzywdzonych w wysokości 25.800 zł miesięcznie przez pierwsze 3 miesiące, a następnie 4000 zł miesięcznie⁷⁶;
 - 14) pożyczki w wysokości 20.000 zł ze zobowiązaniem do spłaty w terminie 1 miesiąca kwoty 30.000 zł i wydaniem 4 nowych laptopów; w wysokości 40.000 zł – z obowiązkiem spłaty w terminie miesiąca kwoty 100.000 zł; w wysokości 20.000 zł z obowiązkiem spłaty w terminie 2 miesięcy 30.000 zł i wydaniem 4 laptopów;
 - 15) żądanie kwoty 7076 zł za usługę usunięcia z drogi samochodu, której wartość zryczałtowana określona uchwałą rady powiatu wynosiła 800 zł;
 - 16) pożyczki pieniężne z zastrzeżeniem odsetek w wysokości 30% w stosunku miesięcznym i naliczanie odsetek od odsetek; zawieranie kolejnych pożyczek na kwoty stanowiące równowartość pożyczonych wcześniej i niezwróconych kwot;
 - 17) zapłata odsetek za zwłokę w zwrocie kwoty udzielonej pożyczki w wysokości 10% w stosunku miesięcznym oraz przeniesienie własności nieruchomości na zabezpieczenie;

⁷⁶ 1 Ds. 3704/09 w W.

- 18) pożyczka w kwocie nie niższej niż 5000 zł i żądanie zwrotu kwoty nie niższej niż 170.000 zł (przyjęcie tytułem spłaty kwoty nie niższej niż 100.000 zł);
- 19) pożyczki z ustaloną sumą oprocentowania na 10% w stosunku miesięcznym oraz doliczanie wysokości kwoty oprocentowania do kwoty głównej w przypadku niespłacenia pożyczki w terminie miesiąca, a następnie liczenie wysokości oprocentowania od tak ustalonej sumy;
- 20) pożyczki z zastrzeżeniem spłaty przekraczającym świadczenie wzajemne (pożyczka 20.000 zł – zobowiązanie do spłaty 92.400 zł; pożyczka 13.240 zł – zobowiązanie do spłaty 100.050 zł; pożyczka 33.049,36 zł – zobowiązanie do spłaty 100.000 zł) wraz z przeniesieniem własności nieruchomości na zabezpieczenie spłaty.

Jeśli chodzi o znamię **przymusowego położenia**, to zauważalne jest, że w opisie czynu w akcie oskarżenia często posługiwano się tylko ogólnym sformułowaniem „przymusowe położenie” (11 spraw), jednak bez wskazania, na czym ono konkretnie polegało; dopiero analiza uzasadnienia pozwalała na „odkodowanie” tego znamienia. W poszczególnych aktach oskarżenia przyjmowano, że przymusowe położenie polegało na:

- 1) braku możliwości uzyskania kredytów bankowych na sfinansowanie działalności zakładu produkcyjnego,
- 2) sytuacji, że „pokrzywdzony potrzebował gotówki na rozruch interesu polegającego na sprowadzaniu używanych samochodów zza granicy”⁷⁷,
- 3) trudnej sytuacji życiowej i materialnej (brak pracy, brak środków pieniężnych na jedzenie, lekarstwa, na zaspokojenie podstawowych potrzeb życiowych),
- 4) utracie płynności finansowej przez spółkę, co powodowało, że nie była w stanie regulować swojego zadłużenia przekraczającego kwotę 10.000.000 zł, nie posiadała środków na bieżące regulowanie zobowiązań i nie mogła kontynuować produkcji przemysłowej,
- 5) trudnej sytuacji i braku możliwości uzyskania pożyczki z innego źródła (zadłużenie w działalności, brak środków na utrzymanie),
- 6) trudnej sytuacji finansowej, braku zdolności kredytowej, braku środków na prowadzenie działalności gospodarczej,
- 7) posiadaniu przez pokrzywdzonych już wcześniej zadłużenia oraz na umieszczeniu ich danych w Biurze Informacji Kredytowej (BIK), przez co nie mieli „możliwości uzyskania pożyczki bądź kredytu w instytucjach finansowych”⁷⁸,
- 8) znalezieniu się w trudnej sytuacji finansowej z uwagi na nietrafne inwestycje gospodarcze,
- 9) braku wystarczających środków do egzystencji i leczenia męża pokrzywdzonej,
- 10) złej sytuacji finansowej, zadłużeniu, braku widoków na pozyskanie środków finansowych,
- 11) ciężkiej sytuacji finansowej pokrzywdzonych, niepozwalającej na zaciągnięcie kredytów czy pożyczek bankowych ze względu na brak zdolności

⁷⁷ W sprawie 4 Ds. 167/09/Spc sąd uniewinnił oskarżonych od zarzuconych im przestępstw z art. 3–4 k.k., choć skazani oni zostali za przestępstwa z art. 13 § 1 w zw. z art. 282 i art. 158 § 1 w zw. z art. 12 k.k., a jeden z nich także za przestępstwo z art. 191 § 2 w zw. z art. 12 k.k.

⁷⁸ 2 Ds. 10/10/s.

- kredytowej lub figurowanie w BIK; na posiadaniu zobowiązań i braku możliwości ich uregulowania,
- 12) trudnej sytuacji finansowej i odmowie kredytowania przez banki,
 - 13) zadłużeniu pokrzywdzonego u innych osób i podmiotów,
 - 14) uzależnieniu wydania samochodu ciężarowego wraz z ładunkiem płyt ceramicznych od uiszczenia kwoty 7076 zł za wykonaną usługę usunięcia z drogi tego samochodu,
 - 15) braku środków pieniężnych na utrzymanie siebie i małoletnich dzieci, na wyjazd za granicę, na utrzymanie, na spłatę kredytu, na zorganizowanie przyjęcia komunijnego, na naprawę samochodu; jako przymusowe położenie traktowano także zobowiązanie do spłaty pieniędzy wynikające z podpisanej wcześniej z oskarżonym umowy pożyczki,
 - 16) grożącym postępowaniu egzekucyjnym z nieruchomości,
 - 17) braku pieniędzy na towar do prowadzonego kiosku,
 - 18) kłopotach finansowych,
 - 19) posiadaniu przez pokrzywdzonych zadłużenia z innych tytułów przekraczającego ich realne możliwości finansowe (pułapka zadłużenia).

W jednej ze spraw brak było jakiegokolwiek wskazania na wystąpienie znamienia przymusowego położenia⁷⁹.

Jak widać, w większości spraw przymusowe położenie wynikać miało z trudnej sytuacji finansowej i stanu zadłużenia pokrzywdzonych, przy czym w 7 sprawach (które dotyczyły zawartych niekorzystnych umów pożyczek) podkreślano brak możliwości pozyskania kredytów i pożyczek w instytucjach finansowych (brak zdolności kredytowej) na sfinansowanie potrzeb pokrzywdzonych.

Wymiar kary:

Z 20 spraw, w których wniesiono akty oskarżenia, 8 postępowań było jeszcze w toku (nie zapadły orzeczenia kończące postępowania). Spośród oskarżonych 6 (w 5 sprawach) zostało uniewinnionych⁸⁰ od popełnienia zarzucanych im czynów z art. 304 k.k.

W 3 sprawach umorzono postępowania: w 2 na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. (czyn nie zawiera znamion przestępstwa), w 1 – na podstawie art. 17 § 1 pkt 5 k.p.k. (oskarżony zmarł).

Skazano 7 sprawców (w 4 sprawach). Wymierzono im następujące kary:

- po 3 miesiące pozbawienia wolności – za każde z 2 zarzuconych sprawcy przestępstw z art. 304 k.k. (następnie wymierzono karę łączną 2 lat pozbawienia wolności),
- 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem na 2 lata i 14 stawek dziennych grzywny po 50 zł,

⁷⁹ 2 Ds. 545/09 w Ł.

⁸⁰ W 1 sprawie wyrok uniewinniający od popełnienia przestępstwa z art. 304 k.k. (choć skazujący za inne przestępstwa pozostające w zbiegu) nie był jeszcze prawomocny (2 Ds. 545/09 w Ł.). Z kolei w sprawie 3 Ds. 213/09/2 sąd w I instancji skazał oskarżoną o 11 przestępstw z art. 304 k.k. B.N. za przestępstwo z art. 286 § 1 w zw. z art. 12 k.k. (zmiana kwalifikacji). Po ponownym rozpoznaniu sprawy (w wyniku uchylecia tego wyroku i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania) sąd wydał wyrok uniewinniający stwierdzając, że do wypełnienia znamion przestępstwa z art. 304 k.k. nie doszło z uwagi na brak przymusowego położenia pokrzywdzonej.

- 6 miesięcy pozbawienia wolności⁸¹ (następnie orzeczono karę łączną 3 lat),
- 6 miesięcy pozbawienia wolności (następnie wymierzono karę łączną 1 roku pozbawienia wolności),
- 10 miesięcy pozbawienia wolności oraz 100 stawek grzywny po 20 zł (następnie wymierzono karę łączną 1 roku, której wykonanie warunkowo zawieszono),
- rok pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania kary na okres próby wynoszący 3 lata i 150 stawek dziennych po 20 zł,
- rok pozbawienia wolności i grzywnę 180 stawek dziennych po 20 zł (a następnie wymierzono karę łączną 4 lat pozbawienia wolności i 400 stawek dziennych grzywny).

W 1 sprawie orzeczono środek karny przepadku równowartości osiągniętej korzyści.

Jak widać, wymierzano krótkoterminowe kary pozbawienia wolności (w wymiarze od 3 miesięcy do roku), przy czym wobec 3 sprawców (z 7 skazanych) orzeczono te kary z warunkowym zawieszeniem ich wykonania. W 4 przypadkach wymierzono – obok kary pozbawienia wolności – także kary grzywny, przy czym podstawą ich orzeczenia był art. 33 § 2 k.k.

4. UWAGI KOŃCOWE

Podsumowując wyniki przeprowadzonych badań spraw o przestępstwa z art. 304 k.k., stwierdzić należy, że przestępstwo lichwy nie odgrywa znaczącej roli w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Zdecydowanie większa liczba spraw kończy się już na etapie postępowania przygotowawczego, a tylko nieliczne – skierowaniem aktu oskarżenia do sądu. Z kolei spośród spraw, które trafiają wraz z aktami oskarżenia do sądów, stosunkowo niewiele kończy się skazaniem sprawcy. Z badanych spraw toczących się w latach 2008–2010 aż w 89,7% przypadków postępowanie umorzono bądź odmówiono wszczęcia postępowania (191 spraw). Tylko 20 spraw zakończyło się skierowaniem do sądów aktów oskarżenia. Przyczyny tego stanu rzeczy są złożone. Wydaje się, że wynika to przede wszystkim z ustawowej konstrukcji tego typu czynu zabronionego, który opiera się na znamionach ocennych: „wyzyskanie”, „przymusowe położenie”, „niewspółmierność świadczeń”. Nie ułatwiają też w praktyce stosowania przepisu art. 304 k.k. inne wątpliwości interpretacyjne, np. to, czy świadczenia zastrzeżone na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy powinny być brane pod uwagę w kontekście porównywania współmierności świadczeń stron. Konstrukcja typu przestępstwa lichwy z art. 304 k.k. wiąże się w praktyce także z koniecznością znajomości przepisów i instytucji z zakresu prawa cywilnego, bowiem nie jest możliwe stosowanie przepisu art. 304 k.k. bez właściwej interpretacji pojęć „zakorzenionych” w cywilistyce („umowa”, „świadczenie”), a które używane są w ustawie karnej. Lichwa stanowi zatem klasyczny przykład wzajemnego przenikania się dwóch gałęzi prawa (karnego i cywilnego), jako że stanowi z jednej strony podstawę odpowiedzialności karnej, z drugiej zaś – rodzi skutki na płaszczyźnie prawa cywilnego (art. 388 k.c.).

⁸¹ W sprawie 2 Ds. 27/10 w B. oskarżonemu zarzucono w akcie oskarżenia popełnienie 2 przestępstw z art. 304 k.k., sąd natomiast w wyroku przyjął kwalifikację czynu z art. 304 w zw. z art. 12 k.k.

Liczba spraw, w których odmówiono wszczęcia postępowania lub postępowanie umorzono na tej podstawie, że albo czynu nie popełniono, albo czyn nie zawierał ustawowych znamion czynu zabronionego, tj. na podstawie art. 17 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. (łącznie 165 przypadków ze 191), świadczy o tym, że zgłaszane (w szczególności przez pokrzywdzonych) stany faktyczne nie kwalifikowały się pod stan wyzysku. Charakterystyczna jest także dość duża liczba spraw, w których podstawą odmowy wszczęcia lub umorzenia postępowania był art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. (przedawnienie karalności). Powyższe wynika z faktu, że przestępstwo lichwy, jako przestępstwo formalne, zostaje popełnione w momencie zawarcia umowy zastrzegającej niewspółmierne świadczenia, a biorąc pod uwagę zagrożenie – w przypadku przestępstwa z art. 304 k.k. – karą pozbawienia wolności do lat 3, karalność tego przestępstwa przedawnia się z upływem 5 lat od tego momentu (zawarcia umowy). Biorąc z kolei pod uwagę, że prawo cywilne przewiduje zasadniczo dłuższe – niż 5-letnie – terminy przedawnienia roszczeń (z wyjątkiem, gdy umowa jest zawierana pomiędzy przedsiębiorcami), to okoliczność ta nie pozostaje bez wpływu na poszukiwanie przez pokrzywdzonych ochrony prawnej na drodze postępowania karnego. Jak wynika z przeprowadzonych badań, z wyzyskiem mamy do czynienia najczęściej w związku z zawarciem umowy pożyczki. Roszczenia z tytułu pożyczki ulegają natomiast przedawnieniu po upływie 10 lat od dnia wymagalności świadczenia, a w przypadku pożyczki udzielonej w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą – po upływie 3 lat (art. 118 k.c.). Z badań wynika, że najczęściej zdarzało się tak, iż w przypadku pożyczek wysokooprocentowanych (albo z zastrzeżonymi wysokimi odsetkami na wypadek niespełnienia świadczenia w terminie) pożyczkodawcy nie byli zainteresowani szybkim dochodzeniem roszczeń przed sądem cywilnym (pozw-y mogły być wnoszone na krótko przed upływem terminu przedawnienia roszczeń). Pożyczkobiorcy natomiast dopiero z orzeczenia uwzględniającego roszczenie o zapłatę „dowiadawali się” o wysokości zadłużenia, które wówczas znacznie przewyższało kwotę udzielonej pożyczki. Poszukiwanie ochrony środkami prawa karnego okazywało się już nieskuteczne właśnie z uwagi na upływ terminu przedawnienia karalności ewentualnego czynu z art. 304 k.k.

Zauważyć także należy, że w przypadkach, w których podstawą odmowy wszczęcia lub umorzenia postępowania był brak znamienia przymusowego położenia pokrzywdzonego, powoływano się na większościowy pogląd doktryny, iż przymusowe położenie jest kategorią obiektywną, choć przyczyny jego powstania są obojętne i mogą być zawinione przez samego pokrzywdzonego. Co ciekawe, na gruncie prawa cywilnego wyzysk ma miejsce wtedy, gdy spełnione zostaną łącznie 3 przesłanki, w tym – podobnie jak na gruncie prawa karnego – przesłanka szczególnej sytuacji wyzyskanego rozumiana m.in. jako przymusowe położenie. Co do charakteru tej przesłanki w doktrynie prawa cywilnego prezentowane są różne stanowiska. Pierwsze przyjmuje, że jest to przesłanka o charakterze subiektywnym. Kolejne stanowisko zakłada, że przesłanka szczególnej sytuacji wyzyskiwanego w postaci m.in. przymusowego położenia ma mieszany charakter. Wynika to stąd, że stan osoby wyzyskanej w postaci przymusowego położenia musi istnieć obiektywnie, ale jednocześnie okoliczności te należy odnieść do sytuacji konkretnego wyzyskanego, a ocena, czy stan taki rzeczywiście zachodzi, musi być dokonana z punktu widzenia tej osoby. Z kolei w judykaturze zaprezentowano pogląd, że przesłanka przymusowego położenia ma charakter obiektywny. Należy jednak wskazać, że w doktrynie prawa karnego

przez M. Kulika prezentowany jest również pogląd, zgodnie z którym o przymusowości położenia decydować powinno subiektywne przekonanie o tym pokrzywdzonego. Autor wskazuje, iż „winien on znajdować się w tego rodzaju sytuacji, że – przynajmniej w swym subiektywnym odczuciu – jest zmuszony zawrzeć niekorzystną dla siebie umowę. Obojętne są przyczyny powstania takiego położenia”⁸².

Charakterystyczne dla przeprowadzonych badań jest to, że w większości spraw dotyczących przestępstwa lichwy przedmiotem postępowania były zawierane przez pokrzywdzonego umowy pożyczki (41 przypadków, jeżeli chodzi o sprawy, w których odmówiono wszczęcia postępowania; 63 przypadki, jeżeli chodzi o sprawy, w których postępowania umorzono; 17 przypadków, jeżeli chodzi o sprawy, w których wniesiono akty oskarżenia do sądów – łącznie 56,8% przypadków).

Pośród badanych spraw tylko w 20 skierowano do sądów akty oskarżenia i tylko w 4 sprawach zapadły wyroki skazujące, 6 sprawców uniewinniono, a 8 spraw toczących się przez sąd nie zostało jeszcze zakończonych. Oskarżeni to zazwyczaj mężczyźni (27 spośród 32 oskarżonych), w wieku 31–40 lat, żonaci, posiadający dzieci, o wykształceniu średnim bądź wyższym, pracujący, uprzednio karani i nieprzynajęcy się do winy. Niemal wszyscy pokrzywdzeni to osoby fizyczne – tylko w 1 sprawie jako podmiot pokrzywdzony występowała spółka akcyjna. W sprawach, które trafiły do sądów z aktami oskarżenia, w 17 (z 20) chodziło o umowy pożyczki (z reguły z zastrzeżonym wysokim oprocentowaniem). Jako przymusowe położenie traktowano zazwyczaj znalezienie się przez pokrzywdzonego w trudnej sytuacji finansowej (brak środków na utrzymanie, zadłużenie, brak zdolności kredytowej). W 20 sprawach, które trafiły do sądów z aktem oskarżenia, sprawcom przedstawiono łącznie 77 zarzutów związanych bezpośrednio z przestępstwem z art. 304 k.k. (w różnych kwalifikacjach), przy czym 23 sprawcom postawiono po jednym zarzucie popełnienia przestępstwa lichwy, 3 sprawcom – po 2 zarzuty, a pozostałym sprawcom po kilka zarzutów (w tym jednemu aż 17 zarzutów popełnienia przestępstwa kwalifikowanego z art. 304 k.k.). Dodatkowo 19 sprawcom postawiono zarzuty popełnienia jeszcze innych – niż z art. 304 k.k. – przestępstw (wystąpił rzeczywisty zbieg przestępstw).

W sprawach, w których sprawcy zostali skazani, wymierzano krótkoterminowe kary pozbawienia wolności (w wymiarze od 3 miesięcy do roku), przy czym wobec 3 sprawców (z 7 skazanych) orzeczono kary z warunkowym zawieszeniem ich wykonania. W 4 przypadkach wymierzono – obok kary pozbawienia wolności – także kary grzywny, przy czym podstawą ich orzeczenia był art. 33 § 2 k.k. W 1 tylko sprawie orzeczono środek karny przepadku równowartości osiągniętej korzyści. Z powyższego wynika więc, że sprawcy przestępstwa lichwy z art. 304 k.k. nie są traktowani szczególnie surowo na płaszczyźnie wymiaru kary.

Wyniki przeprowadzonych badań empirycznych pokazują, że skazania za przestępstwo lichwy występują niezwykle rzadko. Tendencje te potwierdzają statystyki zamieszczone na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości, z których wynika następująca liczba prawomocnych skazań za przestępstwo lichwy z art. 304 k.k. w poszczególnych latach: w 2004 r. – 6, w 2005 r. – 6, w 2006 r. – 2, w 2007 r. – 3, w 2008 r. – 1, w 2009 r. – 4, w 2010 r. – 0, w 2011 r. – 2, w 2012 r. – 2⁸³.

⁸² M. Kulik w: *Kodeks...*, s. 706.

⁸³ Por. <http://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/>.

5. WYBRANE STANY FAKTYCZNE

5.1. Prokuratura Rejonowa w M. (2 Ds. 500/10/s)

Do Komendy Policji w M. wpłynęło zawiadomienie A.T. w sprawie wyzyskania przymusowego położenia kontrahenta przez firmę E.–C. s.c. poprzez zawarcie z A.T. 9.04.2003 r. umowy pożyczki nakładającej na nią obowiązek świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym. Zawiadamiająca podnosiła, że w 2003 r. zawarła umowę pożyczki gotówkowej na kwotę 650 zł, której nie spłaciła w terminie. W wyniku zajęcia komorniczego renty spłaciła już 21.958,07 zł, a do spłaty pozostało jej jeszcze 52.614,85 zł i „kwota ta mimo spłacania codziennie jest wyższa”. W toku czynności sprawdzających ustalono, że istotnie 9.04.2003 r. A.T. zawarła z E.–C. umowę pożyczki gotówkowej na kwotę 650 zł. Zgodnie z regulaminem udzielenia pożyczki odsetki za zwłokę w spłacie pożyczki wynosiły 1% za każdy dzień. Pożyczkobiorca został zapoznany z tym regulaminem i był zobowiązany do spłaty pożyczki w terminie do 9.05.2003 r. w kwocie 650 zł. Pożyczkodawca tytułem udzielenia pożyczki pobierał opłatę w wysokości 150 zł. Po upływie tego terminu pożyczka nie została spłacona. Pomimo licznych wezwań i monitów A.T. nie podejmowała spłaty pożyczki. Wobec powyższego E.–C. s.c. wniosła pozew do sądu, który po jego rozpoznaniu wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, nakazując A.T. zapłatę kwoty 2671,50 zł wraz z odsetkami umownymi w wysokości 1% w stosunku dziennym od 29.03.2004 r. oraz kwoty 668,50 zł. Pozwana nie dokonała wpłaty powyższej kwoty ani nie wniosła sprzeciwu. Wobec powyższego wszczęto egzekucję. Niespłacona należność główna wraz z odsetkami umownymi osiągnęła 30.06.2010 r. kwotę 52.614,85 zł.

Postanowieniem w sprawie 2 Ds. 500/10/s odmówiono wszczęcia śledztwa w sprawie o czyn z art. 304 k.k. na zasadzie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. uznając, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego. W uzasadnieniu podniesiono, że nie można w niniejszej sprawie uznać, iż E.–C. s.c. wykorzystwała przymusowe położenie A.T. poprzez zawarcie z nią umowy nakładającej na nią obowiązek świadczenia niewspółmiernego. A.T. z zawartej umowy pożyczki w wysokości 650 zł otrzymała faktycznie kwotę 500 zł. Reszta kwoty – 150 zł – stanowiła opłatę tytułem udzielenia pożyczki. Pokrzywdzona zgodnie z umową zobowiązana była do zwrotu kwoty 650 zł w ciągu miesiąca od daty udzielenia pożyczki. „Należy stwierdzić, że przy poziomie dochodów pokrzywdzonej wynoszącym 2500 zł miesięcznie była ona w stanie pokryć zobowiązania z zawartej pożyczki. Zatem brak spłaty pożyczki nie wynikał z ciężkiej sytuacji materialnej, w jakiej znalazła się A.T., tylko z jej lekceważącej postawy wobec obowiązku spłaty zadłużenia, gdyż jak sama zeznała, głównym powodem braku spłaty pożyczki był fakt jej przebywania w odwiedzinach u syna w Niemczech. Wymieniona pomimo licznych wezwań oraz wydanego przez Sąd Rejonowy w M. nakazu zapłaty nie podjęła przez kilka lat jakichkolwiek działań mających na celu uregulowanie zaciągniętego zobowiązania. Narosła kwota zobowiązania jest zatem konsekwencją braku podjęcia spłaty pożyczki oraz zasądzonych przez Sąd odsetek za zwłokę”.

5.2. Prokuratura Rejonowa w R. (3 Ds. 1088/10)

Do Prokuratury Rejonowej w R. wpłynęło zawiadomienie z Sądu Rejonowego w R. Wydział I Cywilny, w którym zwrócono uwagę, że w sprawie z powództwa

H.S. prowadzonego przez ten sąd zaistniały okoliczności uzasadniające podejrzenie zawarcia umowy lichwiarskiej. W toku czynności sprawdzających ustalono, że pomiędzy H.S. jako pożyczkodawcą a A.F. jako pożyczkobiorcą została zawarta umowa pożyczki gotówkowej w wysokości 650 zł. Kontrakt przewidywał pożyczkę środków finansowych na okres od 27.12.2009 r. do 26.01.2010 r., przy czym pożyczkobiorca potwierdził odbiór gotówki oraz zobowiązany został do zwrotu kwoty pożyczki w następnym dniu po upływie terminu, na który opiewał okres pożyczki. Wobec braku spłaty pożyczki H.S. wniosła do sądu pozew, w którym domagała się zapłaty sumy pożyczki w kwocie 650 zł, a ponadto odsetek umownych w kwocie 65 zł za każdy dzień zwłoki, powołując się na postanowienia umowy, w której stwierdzono, że „za opóźnienie w zwrocie pożyczki pożyczkobiorca zobowiązany jest do zapłaty odsetek w wysokości 10% dziennej kwoty pożyczki”. Wyrokiem zaocznym Sąd Rejonowy zasądził od pozwanej A.F. na rzecz powódki H.S. kwotę 650 zł wraz z umownymi odsetkami w wysokości czterokrotności kredytu lombardowego NBP do 27.01.2010 r., natomiast w pozostałym zakresie powództwo oddalił.

Postanowieniem w sprawie 3 Ds. 1088/10 prokurator odmówił wszczęcia śledztwa w sprawie zawarcia umowy pożyczki przy wyzyskaniu przymusowego położenia A.F. oraz nałożeniu na podstawie wskazanego kontraktu cywilnego obowiązku świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym, tj. o czyn z art. 304 k.k., na podstawie art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. – z uwagi na okoliczność, iż brak jest znamion czynu zabronionego. Z uzasadnienia: „Analiza zebranych w sprawie materiałów nie daje podstaw do wszczęcia śledztwa w sprawie z zawiadomienia Sądu Rejonowego w R. z uwagi na braki strony przedmiotowej rozpatrywanego zachowania H.S. Podnieść należy, iż analiza przepisów przedmiotowej umowy pożyczki wskazuje, iż na pożyczkobiorcę nie został nałożony obowiązek umowny jakiegokolwiek świadczenia w okresie, na który kontrakt został przez strony przewidziany umową, a więc od 27.12.2009 r. do 26.01.2010 r. W przypadku terminowego uregulowania zobowiązania pożyczkobiorca nie zostałby więc obciążony niewspółmiernym świadczeniem. Pożyczkodawca, a następnie powódka w sposób nieuprawniony domagała się rażąco wysokich odsetek za opóźnienie przy zwrocie sumy pożyczki. Jako meritum niniejszego postępowania jawi się zatem «lichwiarski» charakter ustanowionych w kontrakcie karnych odsetek (...). Kary umowne oraz odsetki nie należą do świadczeń wzajemnych, dlatego też wyzysk związany z tymi instytucjami nie jest objęty zakresem przepisu art. 304 k.k. (...). Z przytoczonych powodów nie sposób się doszukać okoliczności świadczących o tym, że zawarcie umowy pożyczki gotówkowej z 27.12.2009 r. po stronie pożyczkodawcy wypełniło wszystkie znamiona występkę określonego mianem «lichwy»”.

5.3. Prokuratura Rejonowa w B. (3 Ds. 1004/08)

W wyniku zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa złożonego przez pełnomocnika W.K. zostało przeprowadzone śledztwo w sprawie zawarcia w 25.07.2005 r. w B. przez W.K. umowy pożyczki nakładającej na niego obowiązek świadczenia odsetek w wysokości niewspółmiernej ze świadczeniem wzajemnym, tj. o przestępstwo z art. 304 k.k.

Według przedmiotowego zawiadomienia mieli tego dokonać członkowie zarządu spółki D. z siedzibą w B., gdyż w 25.07.2005 r. zawarli w B. z W.K. umowę pożyczki na kwotę 500 zł, która to umowa przewidywała niewspółmiernie wysokie odsetki z tytułu zaległości w spłacie należności głównej.

Jak ustalono, umowa zakładała, iż po terminie 30-dniowym przewidywanym na zwrot pożyczki będą naliczane odsetki w wysokości 9% dziennie. Powyższa okoliczność, według zawiadamiającego, świadczy o wyczerpaniu znamion czynu przewidzianego w art. 304 k.k. i wyzyskaniu przymusowego położenia nie najlepiej sytuowanego materialnie, a posiadającego na utrzymaniu rodzinę W.K., w taki sposób, że nałożono na niego obowiązek świadczenia niewspółmiernego w stosunku do świadczenia wzajemnego. W ocenie zawiadamiającego pożyczka była oprocentowana w skali roku na 3285%.

W toku czynności procesowych śledztwa ustalono, że W.K. nie dokonał spłaty powyższego zobowiązania i 25.10.2005 r. Sąd Rejonowy w B. wydał nakaz zapłaty, a następnie zostało wszczęte postępowanie egzekucyjne. Zgodnie z informacją komornika W.K. pozostało do zapłaty z tytułu udzielonej pożyczki 65.375,08 zł.

W wyniku przesłuchania świadków powstały niejasności co do przebiegu zawarcia wspomnianej umowy pożyczki. T.K. (żona pokrzywdzonego) w trakcie przesłuchania przyznała, że to ona bez wiedzy współmałżonka jego imieniem i nazwiskiem podpisała rzeczoną umowę.

Wobec faktu, że W.K. nie dokonał przyjęcia na siebie zobowiązania wynikającego z umowy pożyczki z 25.07.2005 r., nie będąc obecnym przy podpisywaniu dokumentu, stwierdzono, iż nie można mówić o ewentualnym wyzysku przymusowego położenia pokrzywdzonego i tym samym brak jest wyczerpania znamion czynu z art. 304 k.k. W.K. nie brał bowiem udziału w zawarciu umowy, co wyklucza postanowienie tezy o wyzyskaniu jego przymusowego położenia, skoro nie uczestniczył w żadnej z faz sporządzania i konstruowania umowy cywilnoprawnej. Tym samym w ustalonym stanie faktycznym nie przypisano przedstawicielowi spółki zamiaru wyzyskania przymusowego położenia W.K., bowiem nie był poinformowany o okolicznościach udzielonej pożyczki, a sama pożyczka była przez żonę pokrzywdzonego zatajona. Wobec powyższego uznano, że w zakresie opisanego zdarzenia nie ujawniono znamion czynu zabronionego określonego w art. 304 k.k., jakim jest umyślność działania pożyczkodawcy w zakresie wyzyskania przymusowego położenia drugiej strony.

W przedmiotowej sprawie ponadto ustalono, że W.K., składając zeznania mające służyć za dowód w postępowaniu karnym, zeznał nieprawdę co do okoliczności zawarcia umowy pożyczki podając, że to on umowę podpisał i brał udział w jej zawarciu. Tymczasem z ustaleń przeprowadzonego śledztwa wynika, że umowa w wersji oryginalnej została zawarta przez jego żonę T.K., która w jej treści podpisała się imieniem i nazwiskiem męża.

Jednak w trakcie przesłuchania W.K. nie został pouczony o uprawnieniu wynikającym z treści art. 183 k.p.k. W związku z tym śledztwo w sprawie zeznania nieprawdy przez W.K. podczas przesłuchania w zakresie okoliczności zawarcia umowy pożyczki, tj. o czyn z art. 233 § 1 k.k., zostało umorzone na podstawie przepisu art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 233 § 3 k.k.

Natomiast śledztwo w sprawie wyzyskania przymusowego położenia W.K. przy zawarciu umowy pożyczki nakładającej na pokrzywdzonego obowiązek świadczenia

odsetek w wysokości niewspółmiernej ze świadczeniem wzajemnym, tj. o czyn z 304 k.k., zostało umorzone wobec braku znamion czynu zabronionego – art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.

5.4. Prokuratura Rejonowa w K. (4 Ds. 388/08)

W wyniku zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa złożonego przez pokrzywdzoną R.K. przeprowadzono śledztwo w sprawie wykorzystania 4.12.2007 r. przymusowego jej położenia przez prezesa spółki P., polegającego na zawarciu umowy pożyczki nakładającej na pokrzywdzoną obowiązek świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym, tj. o przestępstwo z art. 304 k.k.

W toku czynności procesowych śledztwa ustalono, że R.K. od 1992 r. prowadziła w miejscowości K. aptekę. Głównym źródłem, w którym zaopatrywała się w towar, była hurtownia leków w K. (spółka P.). Współpracę strony rozpoczęły w czerwcu 2007 r. W grudniu 2007 r. zadłużenie R.K. wobec hurtowni leków wynosiło 123.340,54 zł. Wobec tego R.K. w grudniu 2007 r. podpisała przygotowaną przez prezesa spółki P. umowę pożyczki na kwotę 70.000 zł. Kwota ta została przeksięgowana na poczet zaległości R.K. wobec hurtowni leków. Pożyczka miała zostać spłacona w 24 ratach wraz z odsetkami. Dodatkowo umowa pożyczki nakładała na R.K. obowiązek zakupu towarów w powyższej hurtowni na kwotę średnio 70.000 zł netto miesięcznie. Łączna wartość zakupionego towaru przez R.K. w związku ze wskazanym zapisem w umowie pożyczki przez okres jej trwania opiewać miała na kwotę nie mniejszą niż 1.680.000 zł. Dodatkowo obok umowy pożyczki strony zawarły dwie inne umowy, tj. warunkową umowę przewłaszczenia ruchomości i warunkową umowę cesji wierzytelności. W lutym 2008 r. doszło do rozwiązania umowy pożyczki. Prezes spółki P. zażądał zwrotu pozostałej kwoty pożyczki i kary umownej wynikającej z przedmiotowej umowy.

Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, ustalono, że M.Z. (prezes spółki P.) swoim zachowaniem nie wyczerpał znamion przestępstwa z art. 304 k.k. Wskazano, że przy takiej konstrukcji umowy pożyczki świadczenie polegające na comiesięcznym zakupie leków na kwotę średnio 70.000 zł, które zostało nałożone na R.K., w porównaniu do świadczenia wzajemnego (pożyczki) wskazywało, iż przekroczona została w obrocie dysproporcja. Jednak skoro ustawa nie określa niewspółmierności ani kwotowo, ani procentowo, należy ją ocenić według stosunków gospodarczych w czasie zawarcia umowy, przyjmując jako kryterium zasady i praktykę uczciwego obrotu gospodarczego. W prawie cywilnym przewidziana jest zasada swobodnego kształtowania treści umów. R.K. podpisała umowę pożyczki w takiej postaci, jaka jej została zaproponowana, bez negocjowania warunków, gdyż – jak sama zeznała – zależało jej na dalszej współpracy z hurtownią, bowiem oferowała na rynku towar po niskich cenach zakupu. Zauważono również, że w okresie przed zawarciem pożyczki R.K. dokonywała zakupów w tej hurtowni na kwotę od 19.000 zł do 66.000 zł miesięcznie, co stanowiło około 90% jej wszystkich zakupów.

Wskazano również, że nie doszło do wyczerpania znamion z art. 304 k.k., ponieważ obiektywną okolicznością należącą do istoty tego przestępstwa jest przymusowe położenie kontrahenta. Subiektywne przekonanie R.K. o istnieniu po jej stronie

takiego przymusowego położenia przed zawarciem umowy pożyczki nie uzasadnia odpowiedzialności na podstawie art. 304 k.k. W momencie podpisywania umowy sytuacja materialna R.K. nie wskazywała, że znajdowała się ona w przymusowym położeniu. Jak sama wskazała, miesięczne obroty w aptece kształtowały się na poziomie kwoty 7400 zł netto. Posiadała ona co prawda zobowiązanie wobec hurtowni w kwocie 123.340,54 zł, jednak prowadząc działalność gospodarczą, powinna była liczyć się z powstaniem tego typu zobowiązania i mogła temu przeciwdziałać znacznie wcześniej (np. ograniczając zamówienia towarów).

Ustalono także brak podstaw do przyjęcia, że R.K. została wezwana do natychmiastowego zapłacenia pieniędzy, bowiem w świetle zeznań świadków wątpliwości budziło stwierdzenie R.K., że postawiona została w sytuacji, w której nie miała prawa wyboru i tym samym została zmuszona do podpisania umowy pożyczki. Z zeznań świadków wynikało, że po pojawieniu się propozycji zawarcia umowy pożyczki to R.K. wykazywała zainteresowanie załatwieniem sprawy w taki sposób, w związku z czym został jej przedstawiony projekt umowy. Z zeznań R.K. nie wynikało także, aby podejmowała ona jakiegokolwiek konkretne działania mające na celu spłatę zadłużenia wobec hurtowni. Ponadto wskazano, że za przesłankami natury obiektywnej przemawia to, że R.K. w dalszym ciągu dokonywała zakupów w hurtowni w 2008 r., tj. po zawarciu umowy pożyczki, już za gotówkę na łączną kwotę 19.720,15 zł oraz spłacała raty pożyczki. Trudno zatem – jak podniesiono – przyjąć, że jej sytuacja materialna wskazywała, iż znajdowała się w przymusowym położeniu i zmuszona była do zawarcia umowy pożyczki. Umowę pożyczki zawarła tylko i wyłącznie z tego powodu, że – jak wskazano – zależało jej na dalszej współpracy z hurtownią.

W związku z powyższym śledztwo dotyczące wyzyskania przymusowego położenia R.K. poprzez zawarcie umowy pożyczki nakładającej na nią obowiązek świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym, tj. o czyn z art. 304 k.k., zostało umorzone wobec braku znamion czynu zabronionego – art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.

5.5. Prokuratura Rejonowa w W. (6 Ds. 271/08)

W wyniku zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa przeprowadzono śledztwo w sprawie usiłowania wyzyskania przymusowego położenia spółki P. przez złożenie jej propozycji odkupienia prawa z rejestracji znaku towarowego „S...” za kwotę nie mniejszą niż 350.000 zł w sytuacji wcześniejszego uzyskania prawa ochronnego na podobny znak towarowy przez W.J., tj. o czyn z art. 13 § 1 w zw. z art. 304 k.k. oraz w sprawie usiłowania doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem P. w kwocie nie mniejszej niż 350.000 zł poprzez wprowadzenie jej w błąd co do faktycznego prowadzenia przez W.J. działalności gospodarczej w zakresie usług hotelarsko-gastronomicznych w bliżej nieokreślonym miejscu i czasie, tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k.

W toku czynności procesowych śledztwa ustalono, że 7.05.2004 r. P. sp. z o.o. zgłosiła w Urzędzie Patentowym RP do ochrony znak towarowy „S... h...” w klasie 43 klasyfikacji nicejskiej. Następnie spółka ta została przekształcona w spółkę akcyjną P. Rzecznik patentowy działający w imieniu W.J. skierował 16.01.2007 r. do spółki pismo zawierające informację, że 7.01.2007 r. W.J. uzyskał

prawo ochronne na zgłoszony 11.02.2004 r. słowny znak towarowy „S...” w klasie 43. W piśmie tym zaproponował również ww. spółce odkupienie prawa z rejestracji znaku towarowego „S...” w klasie 43 argumentując, że nabycie przez spółkę tych praw prowadziłoby do usunięcia wszelkich przeszkód w uzyskaniu przez spółkę prawa ochronnego do znaku słowno-graficznego „S... h...”. Za przeniesienie na spółkę praw z rejestracji znaku towarowego „S...” jego właściciel zaproponował 500.000 zł, minimum 350.000 zł.

Zdaniem zawiadamiającego przedstawiona propozycja nosi znamiona usiłowania przestępstwa doprowadzenia do zawarcia przez spółkę niekorzystnej umowy przy wyzyskaniu przymusowego położenia spółki. W ocenie spółki W.J., mimo zarejestrowania przedmiotowego znaku, nie prowadzi żadnej działalności. Zdaniem spółki jedynym celem wystąpienia W.J. o uzyskanie prawa ochronnego przedmiotowego znaku towarowego w klasie 43 była chęć odsprzedaży tego prawa na rzecz przedsiębiorcy rzeczywiście świadczącego usługi hotelarsko-turystyczne.

Spółka wniosła 22.08.2007 r. do Urzędu Patentowego RP sprzeciw od przyznania prawa ochronnego podnosząc, że właściciel tego prawa działał w złej wierze, gdyż nie podjął i nie prowadził w okresie po otrzymaniu prawa ochronnego działalności gospodarczej w klasie 43, jednakże brak jest decyzji w tej sprawie.

Jak zaznaczono, analiza materiału dowodowego zebranego w sprawie wskazuje, że w działaniach W.J. brak jest znamion czynu zabronionego stypizowanego w art. 304 k.k. Na podstawie zeznań świadka ustalono, że 25.02.2004 r. spółka zleciła biurowi patentowemu poszukiwania w zasobach Urzędu Patentowego RP podobnych znaków do wybranych przez spółkę, w tym także „S... h...”. Biuro to stwierdziło brak identycznych nazw. Spółka 7.05.2005 r. zgłosiła znak towarowo-graficzny „S... h...”. Decyzja odmawiająca udzielenia prawa ochronnego na wskazany znak została wydana 27.06.2007 r., ze względu na podobieństwo tego znaku towarowego do znaku „S...” zgłoszonego 11.02.2004 r. Oznacza to, że spółka miała możliwość uniknięcia opisanej sytuacji formalno-prawnej związanej z rejestracją znaku i tym samym miała możliwość uniknięcia dodatkowych kosztów. Nie zważając na ryzyko związane z rejestracją przedmiotowego znaku, spółka inwestowała w znak, do którego nie miała przyznanego prawa ochronnego.

Z zeznań przesłuchanego w charakterze świadka W.J. wynikało, że znak towarowy „S....” wymyślił sam i była to nazwa planowanej przez niego działalności gospodarczej.

Jak ustalono, w przedmiotowej sprawie nie można mówić o przymusowym położeniu spółki, która świadomie przyjęła na siebie ryzyko inwestowania w znak towarowy, do którego nie posiadała praw. Spółka nie przeprowadziła badań ani rankingów rozpoznawalności znaku towarowego „S...” i nie sporządziła także biznesplanów, które dotyczyły samej marki „S...”. Jak wynika z zeznań przedstawicieli wskazanej spółki, po odrzuceniu oferty W.J. spółka nie prowadziła już żadnych negocjacji z właścicielem znaku towarowego, nie zaprzestała jednak inwestowania w użytkowany przez siebie znak.

W toku postępowania została przeprowadzona wycena przedmiotowego znaku towarowego. Jak wynika z opinii z zakresu wyceny wartości niematerialnych, w procesie wyceny przedmiotowego prawa ochronnego na znak towarowy należy uwzględnić nie tylko możliwość wniesienia sprzeciwu do przyznania prawa

ochronnego wniesionego przez spółkę w sierpniu 2008 r., ale również możliwą sytuację odrzucenia tego sprzeciwu przez Urząd Patentowy RP w sytuacji, gdyby urząd wziął pod uwagę argument, że w przypadku starannego prowadzenia spraw spółka powinna w miarę szybko zorientować się, iż istnieje wcześniejsze zgłoszenie znaku słownego „S...” w klasie 43, co oznacza, że inwestując w rozwój kapitału marki, powinna liczyć się z potencjalnym roszczeniem ze strony podmiotu, który mógł uzyskać prawo ochronne na zasadzie pierwszeństwa zgłoszenia, a także fakt, że szybkie zajęcie miejsca na rynku dawało spółce szansę na ograniczenie ryzyka w przypadku, gdyby właściciel prawa ochronnego nie podjął jeszcze działalności w branży hotelarskiej, oznacza w istocie, iż działanie spółki ograniczyło lub wręcz uniemożliwiło właścicielowi tego znaku towarowego rozpoczęcie działalności hotelarskiej.

Biegły w opinii z zakresu wyceny wartości niematerialnych stwierdził, że wycena przedmiotowego prawa ochronnego wymaga dokonania dość trudnego oszacowania prawdopodobieństwa zajścia ważnych zdarzeń w przyszłości, do tego rozpatrując to prawdopodobieństwo w okresie składania ofert sprzedaży prawa ochronnego (styczeń–luty 2007 r.). Mając to na uwadze, biegły wycenił, że minimalna wartość prawa ochronnego wynosi 100.000 zł, nie jest zaś w stanie wskazać górnej granicy wartości tego prawa.

Ponadto – jak wskazano – strona przedmiotowa przestępstwa stypizowanego w art. 304 k.k. ograniczona jest do zamiaru bezpośredniego. Przeprowadzone w sprawie postępowanie dowodowe tego nie wykazało.

W związku z powyższym śledztwo w sprawie usiłowania wyzyskania przymusowego położenia spółki poprzez złożenie propozycji odkupienia prawa z rejestracji znaku towarowego „S...” za kwotę nie mniejszą niż 350.000 zł, tj. o czyn z art. 304 k.k., zostało umorzone wobec braku znamion czynu zabronionego – art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.

Z kolei śledztwo w sprawie usiłowania doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem spółki w kwocie nie mniejszej niż 350.000 zł poprzez wprowadzenie jej w błąd co do faktycznego prowadzenia przez W.J. działalności gospodarczej w zakresie usług hotelarsko–gastronomicznych w bliżej nieokreślonym miejscu i czasie, tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k., zostało umorzone wobec braku danych uzasadniających podejrzenie popełnienia przestępstwa – art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k.

5.6. Prokuratura Rejonowa w W. (2 Ds. 22/09)

W wyniku zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa złożonego przez Z.B. przeprowadzono postępowanie przygotowawcze w sprawie zawarcia 21.06.2005 r. w R. przez Z.B. umowy nakładającej na nią obowiązek świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym polegającego na poręczeniu weksla i podjęciu przez nią obowiązku spłaty za K.P. długu wobec W., poprzez wyzyskanie przez Z.O., reprezentującego K.P., przymusowego położenia Z.B., tj. o przestępstwo z art. 304 k.k.

W toku czynności procesowych śledztwa ustalono, że Z.B. od lutego 2005 r. pracowała jako księgowa w K.P., którą reprezentował Z.O. Jak twierdzi składająca doniesienie, w czerwcu 2005 r. Z.O. zażądał od niej, by poręczyła weksel mający

zabezpieczyć wierzytelność w wysokości 16.614 zł przysługującą W. względem K.P. Wskazała, że Z.O. zapewnił ją, iż poręczenie weksła miało stanowić jedynie formalność, bowiem K.P. w krótkim czasie miała pozyskać środki finansowe na spłatę zadłużenia, które – jak się później okazało – nie zostało spłacone. Z.B. twierdzi, że Z.O. w celu uzyskania na wekslu jej podpisu wykorzystał jej przymusowe położenie, bowiem w tamtym czasie znajdowała się ona w trudnej sytuacji życiowej, była w trakcie rozwodu, miała na utrzymaniu dwójkę dzieci, znaczne długi do spłaty i problemy psychiczne w związku z sytuacją, w jakiej się znalazła.

W toku postępowania przeprowadzono szereg czynności procesowych mających na celu ustalenie okoliczności, w jakich doszło do podpisania przez Z.B. przedmiotowego weksła stanowiącego poręczenie długu K.P. względem W., ustalenie, czy w chwili podjęcia zobowiązania miała ona zachowaną zdolność rozumienia podejmowanych czynności jak też czy w chwili podpisywania weksła znajdowała się w sytuacji przymusowej.

Z zeznań przesłuchanych w sprawie świadków nie wynikało, by w chwili podpisania weksła Z.B. była przez kogokolwiek zmuszana do jego podpisania. Jak ustalono, uczyniła to dobrowolnie, mając pełne rozeznanie, jaki dokument podpisuje, czego dokument ten dotyczy i jakie podejmuje zobowiązanie. Miała ona pełną świadomość, że podpisując ten dokument, w przypadku niewywiązania się dłużnika ze zobowiązania może zostać wezwana do spłaty za niego poręczonego przez nią długu wynoszącego około 16.000 zł. W toczącym się przed sądem cywilnym postępowaniu powołany został biegły, który stwierdził, że Z.B. nie jest chora psychicznie ani upośledzona umysłowo, a 21.06.2005 r. znajdowała się w stanie psychicznym pozwalającym jej na rozpoznanie znaczenia podejmowanych działań, w szczególności złożonych oświadczeń przez podpisanie deklaracji wekslowej oraz weksła *in blanco*.

Z dokumentacji zgromadzonej wynika, że w tamtym czasie Z.B. faktycznie była w trudnej sytuacji materialnej, ale pracowała u więcej niż jednego pracodawcy, uzyskując w ten sposób dochody pozwalające jej na zapewnienie środków niezbędnych do utrzymania siebie i rodziny. Fakt, że Z.B. posiadała zobowiązania finansowe, a jej dochody nie były znaczące, nie świadczy o tym, iż znajdowała się ona w trudnej i przymusowej sytuacji w czasie, gdy wyraziła zgodę na podpisanie weksła. Nie była ona bowiem zmuszana w żaden sposób do jego podpisania ani nie znajdowała się w stanie wyższej konieczności. Nie można zatem przyjąć, że w chwili podjęcia zobowiązania była ona w sytuacji przymusowej w rozumieniu art. 304 k.k.

W związku z powyższym śledztwo w sprawie zawarcia 21.06.2005 r. w R. przez Z.B. umowy nakładającej na nią obowiązek świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym polegającego na poręczeniu weksła i podjęciu przez nią obowiązku spłaty za K.P. długu wobec W. poprzez wyzyskanie przez Z.O. przymusowego położenia Z.B., tj. o czyn z art. 304 k.k., zostało umorzone wobec braku znamion czynu zabronionego – art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.

5.7. Prokuratura Rejonowa w W. (3 Ds. 12/10)

W wyniku zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa złożonego przez pełnomocnika małżonków B. zostało przeprowadzone postępowanie przygotowawcze

w sprawie niedopełnienia obowiązków przez pracowników G., którzy działając jako funkcjonariusze publiczni, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wyzyskując od 6.06.2007 r. do 6.03.2008 r. w W. przymusowe położenie małżonków B. w ten sposób, że zaproponowali im wykup należący do nich nieruchomości, informując ich jednocześnie, iż w przypadku niewyrażenia zgody na sprzedaż przedmiotowej nieruchomości za wskazaną cenę ze względu na ważny interes społeczny zostanie rozpoczęte postępowanie wywłaszczeniowe, zaś wskazana cena będzie aktualna przez okres jednego roku, nałożyli tym samym na małżonków B. obowiązek świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym, polegającego na przeniesieniu własności przedmiotowej nieruchomości za wskazaną cenę i doprowadzili do podpisania aktu notarialnego przenoszącego własność nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa, gdy tymczasem kwota ta była nieadekwatna do aktualnie obowiązującej ceny tej nieruchomości, czym działali na szkodę małżonków B., tj. o przestępstwo z art. 304 w zb. z art. 231 § 1 w zw. z art. 12 w zw. z art. 11 § 2 k.k.

W toku czynności procesowych śledztwa ustalono, że 6.06.2007 r. G. zwróciła się do małżonków B. z pisemną ofertą nabycia ich nieruchomości. Zaproponowana cena była wynikiem sporządzonego przez uprawnionego rzeczoznawcę operatu szacunkowego i obejmowała wartość gruntu i wszystkiego, co z gruntem było trwale związane. Pokrzywdzeni nie wyrazili zgody na sprzedaż nieruchomości z uwagi na zaproponowaną cenę, ich zdaniem nieadekwatną do wartości rynkowej. W odpowiedzi G. wskazała, że wycena ważna jest przez jeden rok od daty sporządzenia i ze względu na ważny interes społeczny zostanie rozpoczęte postępowanie wywłaszczeniowe. Następnie 31.08.2008 r. G. poinformowała pisemnie małżonków B. o wszczęciu procedury wywłaszczeniowej, wyznaczając im ostateczny termin zawarcia umowy. W związku z tym pokrzywdzeni na mocy aktu notarialnego dokonali przeniesienia własności nieruchomości za zaproponowaną cenę.

Analiza materiału dowodowego zebranego w sprawie nie dostarczyła podstaw do uznania, że doszło do popełnienia przestępstwa. Nie można w przedmiotowej sprawie mówić o wypełnieniu znamion art. 231 § 1 k.k. z uwagi na brak znamienia polegającego na niedopełnieniu uprawnień lub niedopełnieniu obowiązków. Należy wskazać, że operat szacunkowy dotyczący nieruchomości małżonków B. został sporządzony przed upływem roku od daty zawarcia umowy sprzedaży. Nie można również uznać, że pracownicy G. działali w celu pokrzywdzenia małżonków B. Ich postępowanie było zgodne z przepisami dotyczącymi wywłaszczenia nieruchomości, samo zaś postępowanie było poprzedzone rokowaniami w sprawie nabycia przedmiotowej nieruchomości. Zawarcie w pismach skierowanych do pokrzywdzonych informacji o wszczęciu postępowania wywłaszczeniowego stanowiło działanie wynikające z przepisów prawa i nie można doszukać się w tym sformułowaniu elementu usiłowania wymuszenia zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości na przedstawionych warunkach. Nie można mówić w niniejszej sprawie o wypełnieniu znamion z art. 304 k.k. Analiza zgromadzonych materiałów nie pozwala na przyjęcie, że pokrzywdzeni zostali w jakikolwiek sposób przymuszeni do zawarcia aktu notarialnego. Nie musieli oni godzić się na zawarcie umowy sprzedaży nieruchomości w zaproponowanej formie. Ponadto z pism małżonków B. kierowanych do G. można wywnioskować, że orientowali się oni w swej sytuacji

prawnej, nie można więc mówić o wykorzystaniu ich nieświadomości co do sytuacji prawnej, w jakiej się znajdowali.

W związku z powyższym śledztwo o czyn z art. 304 w zb. z art. 231 § 2 w zw. z art. 12 w zw. z art. 11 § 2 k.k. zostało umorzone wobec braku znamion czynu zabronionego – art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.

5.8. Prokuratura Rejonowa w W. (Ds. 173/10)

W wyniku zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa złożonego przez B.S. przeprowadzono postępowanie przygotowawcze w sprawie zawarcia z nim umowy factoringu przy wykorzystaniu przymusowego jego położenia i nałożenia na niego obowiązku świadczenia pieniężnego niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym, tj. o przestępstwo określone w art. 304 k.k.

W toku przeprowadzonego postępowania przygotowawczego ustalono, że 27.02.2006 r. w K. doszło do zawarcia pomiędzy B. sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej faktor) a B.S., prowadzącym własną działalność gospodarczą, umowy, w ramach której faktor zobowiązał się do stałego świadczenia usług factoringowych polegających na nabywaniu przez niego wierzytelności B.S. przysługujących jemu od odbiorców i spełniających kryteria określone w umowie oraz w standardowych warunkach świadczenia usług factoringu, a także świadczenia innych usług związanych z obsługą wierzytelności.

Na zabezpieczenie roszczeń faktora B.S. wystawił weksel własny *in blanco* z poręczeniem wekslowym swojej żony, która również wyraziła zgodę na zawarcie przedmiotowej umowy factoringu oraz deklarację wekslową.

B.S., wbrew warunkom umowy, dostarczył faktorowi tylko dwie faktury, dlatego faktor wypowiedział B.S. umowę ze skutkiem natychmiastowym. Zgodnie z art. 62 standardowych warunków świadczenia usług factoringu w przypadku rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym faktorowi przysługuje roszczenie o prowizję wynoszącą w przypadku B.S. 64.000 zł plus VAT oraz roszczenia o zwrot salda konta finansowania. B.S. był zobowiązany zapłacić m.in. prowizję minimalną z VAT w sytuacji, w której należny faktorowi za dany miesiąc procent od zgłoszonych wierzytelności, tj. przesłanych i zaakceptowanych faktur, nie przewyższałby sumy prowizji. Warunki te więc, w chwili zawarcia umowy, były przyszłe i niepewne. Gdyby zaś B.S. wywiązał się z umowy i przedstawił umówioną liczbę wierzytelności, to nie doszłoby do rozwiązania umowy, a procent od wierzytelności mógłby przewyższyć prowizję. Skoro zastrzeżone prowizje były uzależnione od zachowania B.S., a w zamian miał on otrzymywać płatności od faktora w miejsce swoich niesolidnych kontrahentów, to świadczenia tego nie można uznać za rażącą dysproporcję.

Z zebranego w toku śledztwa materiału dowodowego wynika, że spór powstały pomiędzy faktorem a B.S. ma charakter cywilny. Zeznania pokrzywdzonego nie wskazują na to, aby w chwili zawierania przedmiotowej umowy znajdował się on w przymusowym położeniu. Prowadził on bowiem przynoszącą zyski działalność gospodarczą i wcześniej już zawierał umowy kredytowe. W świetle zebranych dokumentów trudno też przyjąć, aby na B.S. nałożono obowiązek świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym.

W związku z powyższym śledztwo o czyn z art. 304 k.k. zostało umorzone wobec braku znamion czynu zabronionego – art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.

5.9. Prokuratura Rejonowa w R. (1 Ds. 2476/10)

W wyniku zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa przeprowadzono śledztwo w sprawie niedopełnienia obowiązków i przekroczenia uprawnień przez notariusza A.K., działającego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, podczas sporządzania aktu notarialnego 30.05.2001 r. dotyczącego umowy pożyczki kwoty 100.000 zł pomiędzy I.K. a J.T., która to umowa nakładała na I.K. świadczenie niewspółmierne ze świadczeniem wzajemnym, tj. o przestępstwo z art. 231 § 1 k.k., oraz w sprawie wyzyskania przez J.T. przymusowego położenia I.K. poprzez zawarcie w 30.05.2001 r. w formie aktu notarialnego umowy pożyczki kwoty 100.000 zł, która to umowa nakładała na I.K. świadczenie niewspółmierne ze świadczeniem wzajemnym, tj. o przestępstwo z art. 304 k.k.

Na podstawie zeznań świadków oraz załączonej do akt dokumentacji ustalono, że I.K. na początku roku 2001 r., w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, wystąpił do J.T. o pożyczkę w kwocie 45.000 zł. Obaj podpisali 30.05.2001 r. przygotowany przez notariusza A.K. akt notarialny umowy pożyczki. Notariusz poświadczył podpisy stron. W dokumencie wpisana została kwota pożyczki 100.000 zł, bowiem – jak oświadczył J.T. – 55.000 zł z tej kwoty to skapitalizowane odsetki za okres, na jaki pożyczył te pieniądze, tj. do 1.06.2008 r. Od kwoty 100.000 zł naliczano dalsze odsetki według zmiennej stawki WIBOR dla depozytów 12-miesięcznych powiększonej o marżę 3% do 1.06.2008 r. Ponadto J.T. zastrzegł odsetki karne wynoszące 1% w skali jednego dnia, czyli 30% w skali miesiąca, gdyby pożyczkobiorca nie zwrócił pożyczki. I.K. odsetki w ustalonej wysokości uważał za lichwiarskie. Jednak znajdując się w przymusowym położeniu w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą i odmową przez banki udzielenia kredytu, podpisał akt notarialny o takiej treści. Sąd Rejonowy w G. nadał 9.11.2004 r. klauzulę wykonalności aktowi notarialnemu z 30.05.2001 r., zaś 4.12.2004 r. komornik wszczął przeciwko I.K. postępowanie egzekucyjne. Do maja 2010 r. I.K. spłacił z tytułu pobranej pożyczki w wysokości 100.000 zł kwotę 460.000 zł. I.K. wystąpił 23.09.2010 r. do Sądu Okręgowego w R. z powództwem przeciwko J.T. o pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego. Orzeczenie sądu w tej sprawie nie zapadło, wyznaczony został kolejny termin rozprawy.

W toku dalszych czynności uzyskano informację NBP, że stawka WIBOR dla depozytów 12-miesięcznych 30.05.2001 r. wynosiła 15,93%. Ustalono również, że 30.05.2001 r. wysokość odsetek ustawowych od sumy pieniężnej wyrażonej w pieniądzu polskim wynosiła 13% w stosunku rocznym.

W wyniku analizy zebranego materiału dowodowego stwierdzono, że postępowanie notariusza A.K. nie wyczerpuje dyspozycji art. 231 § 2 k.k. Do podpisania aktu notarialnego doszło przed wprowadzeniem przepisów o odsetkach maksymalnych. Strony zastrzegły w umowie, że w razie niezapłacenia przez pożyczkobiorcę kwoty pożyczki w umówionym terminie miały być naliczane odsetki karne w wysokości 1% dziennie. Jednak czy tak określona wysokość odsetek była zawyżona i czy miała charakter lichwiarski, powinno być określone na drodze procesu cywilnego.

Ustalono, że wybór notariusza, przed którym została zawarta umowa pożyczki, był przypadkowy. Wyboru dokonał J.T., niemniej jednak ustalenia śledztwa nie pozwalają na wyprowadzenie wniosku, że J.T. znał wcześniej notariusza A.K. czy też że pozostawali oni w jakichkolwiek kontaktach towarzyskich czy służbowych. Tym samym brak podstaw do wysnucia wniosku, że A.K. działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej dla siebie, J.T. czy kogokolwiek innego. Wobec tego nie można mówić o zrealizowaniu przez notariusza A.K. znamion czynu z art. 231 § 2 k.k.

Rozważano również popełnienie przez J.T. przestępstwa z art. 304 k.k. Jak wskazano powyżej, w umowie ustalono odsetki karne w wysokości 1% od całości kapitału za każdy dzień zwłoki w spłacie każdej z rat, w wyniku czego J.T. pobrał od I.K. od listopada 2001 r. do maja 2010 r. łącznie kwotę co najmniej 400.000 zł, podczas gdy należność główna pozostawała do spłaty w całości. Należy jednak stwierdzić, że zaistniała negatywna przesłanka w postaci upływu czasu do prowadzenia postępowania w tym zakresie na skutek przedawnienia karalności czynu z art. 304 k.k.

W związku powyższym czynności śledztwa w niniejszej sprawie nie ujawniły, aby notariusz A.K. swoim działaniem wyczerpał dyspozycję przestępstwa określonego w art. 231 § 2 k.k., wobec czego przedmiotowe śledztwo w tej części postanowiono umorzyć wobec stwierdzenia braku znamion czynu zabronionego – art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. Z kolei w sprawie popełnienia przez J.T. przestępstwa przewidzianego w art. 304 k.k. z uwagi na upływ czasu dla kwestii odpowiedzialności karnej śledztwo w tej części postanowiono umorzyć wobec stwierdzenia, że nastąpiło przedawnienie karalności czynu – art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k.

5.10. Prokuratura Rejonowa w W. (1 Ds. 3 Ds. 213/09/s)

Aktem oskarżenia w sprawie 3 Ds. 213/09/s B.N. (lat 48, obywatelstwa polskiego, wykształcenie średnie, bez zawodu, zatrudniona w Komendzie Miejskiej w W., mężatka, matka jednego dziecka, niekarana) została oskarżona o 12 przestępstw popełnionych na szkodę K.D., w tym 11 kwalifikowanych z art. 304 k.k., zaś 1 z art. 191 § 2 k.k. Zarzuty z art. 304 k.k. obejmowały to, iż wyzyskując przymusowe położenie K.D., B.N. zawarła z K.D. w latach 2007–2009 szereg umów pożyczek (w sumie 11), na różne kwoty (od 500 zł do 3500 zł, zaś raz – 200 euro), nakładając na K.D. obowiązek świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym wyrażający się w ustaleniu oprocentowania pożyczek na 10% w stosunku miesięcznym oraz doliczaniu wysokości kwoty oprocentowania do kwoty głównej w przypadku niespłacenia pożyczki w terminie miesiąca, a następnie liczeniu wysokości oprocentowania od tak ustalonej sumy. Każdy z 11 czynów przypisanych oskarżonej został zakwalifikowany z art. 304 k.k. Dodatkowo akt oskarżenia obejmował zarzut, że w celu zmuszenia K.D. do zapłaty kwoty 12.500 zł, stanowiącej wierzytelność wynikającą z udzielonej pożyczki, stosowała groźbę bezprawną doprowadzenia do zwolnienia z pracy A.D., męża pokrzywdzonej K.D., która wzbudziła w K.D. uzasadnioną obawę spełnienia, tj. o czyn z art. 191 § 2 k.k. W uzasadnieniu aktu oskarżenia podniesiono, że B.N. „wykorzystała przymusowe położenie K.D. wyrażające się w przekonaniu o niemożliwości uzyskania środków pieniężnych na potrzeby

prowadzonej działalności gospodarczej, o którym wiedziała. K.D. podejmowała próby uzyskania środków pieniężnych w inny sposób, lecz z uwagi na odmowy banków nie była w stanie uzyskać środków pieniężnych. Była również przekonana o niemożności pożyczania pieniędzy od kogoś innego z rodziny. Dlatego też zachowanie B.N. zakwalifikowano z art. 304 k.k.". Wyrokiem Sądu Rejonowego w W. w sprawie III K 960/10 B.N. została uznana za winną tego, że „w okresie od miesiąca marca 2007 roku do miesiąca kwietnia 2009 r., w W. woj. (...) działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadziła K.N. do niekorzystnego rozporządzania swoim mieniem poprzez wprowadzenie jej w błąd co do okoliczności mających istotne znaczenia dla udzielenia pożyczki, w szczególności co do osoby pożyczkodawcy czym doprowadziła wyżej wymienioną do niekorzystnego rozporządzenia mieniem na szkodę co najmniej 20.000 zł, tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.”, i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. wymierzono jej karę roku pobawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono na okres próby 3 lat. Od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 191 § 2 k.k. sąd oskarżoną uniewinnił. W uzasadnieniu wyroku sąd podniósł, że „o ile w przedmiotowej sprawie nie możemy mówić o czynie z art. 304 k.k., o tyle już zachowanie oskarżonej wyczerpuje znamiona czynu z art. 286 k.k. Artykuł 304 k.k. dotyczy bowiem obrotu, zawartych umów i w tym kontekście rozpatrywania przymusowego położenia kontrahenta i niewspółmierności wzajemnych świadczeń pomiędzy stronami. Tymczasem z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, raz, że nie możemy mówić o zawartych umowach pożyczki, bowiem brak w porozumieniu zawartym pomiędzy oskarżoną a pokrzywdzoną *essentialia negotii* umowy pożyczki, tj. terminu, kiedy kwota główna powinna zostać oskarżonej oddana, a tym samym trudno jest rozpatrywać przedmiotową sprawę w kontekście odsetek należnych i ich wysokości. Umowa ustna pomiędzy stronami była tak niedookreślona, iż trudno w jej kontekście sprawdzić nawet jakiej faktycznie wysokości odsetki były pobierane i od jakich kwot, biorąc pod uwagę fakt, iż właściwie o wszystkim i to dowolnie decydowała oskarżona (...). Tymczasem przy art. 304 k.k. konieczne jest wnikliwe przeanalizowanie zawartych umów, a w przedmiotowej sprawie można nawet pokusić się o stwierdzenie, iż te umowy były tylko pozorne. Dwa nie można mówić o przymusowym położeniu pokrzywdzonej bowiem jej sytuacja materialna podczas trwania procedury była dobra, a pokrzywdzona pożyczka pieniądze od oskarżonej tylko dlatego, iż bała się przyznać do pożyczek mężowi, gdyż oskarżona zastraszała ją, iż jak ten się dowie to ją zostawi (...). Mylne subiektywne przekonanie wyzykiwanego o istnieniu przymusowego położenia nie uzasadnia odpowiedzialności na podstawie art. 304 k.k.". W wyniku rozpoznania apelacji prokuratora rejonowego w W. oraz obrońcy B.N. wyrokiem w sprawie IV Ka 113/11 Sąd Okręgowy w Ś. uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał sądowi I instancji do ponownego rozpoznania. Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Rejonowy w W. w sprawie III K 315/11 uznał B.N. winną popełnienia ciągu przestępstw z art. 304 w zw. z art. 91 § 1 k.k. (11 czynów przypisanych w akcie oskarżenia) i za to na mocy art. 304 k.k. wymierzył jej karę 1 roku pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono na okres 3 lat. Na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonej od tego wyroku Sąd Okręgowy w Ś. w sprawie IV Ka 293/12 zmienił

zaskarżony wyrok w ten sposób, że oskarżoną uniewinnił od przypisanych jej czynów. W uzasadnieniu Sąd podniósł, iż „należy przyjąć, że istotnie B.N. udzieliła K.D. od marca 2007 r. do kwietnia 2009 r. jedenaście pożyczek, na łączną kwotę przekraczającą 18.000 zł oraz 200 euro, zaś pokrzywdzona zwróciła jej w tym okresie ponad 50.000 złotych, a zatem sumę świadczącą o pobieraniu przez sprawczynię odsetek, które muszą być uznane za świadczenie niewspółmierne w rozumieniu art. 304 k.k. Powyższe nie jest jednak wystarczające dla utrzymania w mocy zaskarżanego wyroku. Dla bytu art. 304 k.k. konieczne jest także wykazanie, iż K.D. znajdowała się w przymusowym położeniu, które zmusiło ją do zaciągania pożyczek u oskarżonej z nader niekorzystnym oprocentowaniem. Taki też pogląd wyraził sąd rejonowy, a z tym sąd II instancji zgodzić się nie może i dlatego wydał rozstrzygnięcie tzw. reformatoryjne, uniewinniając oskarżoną. (...) sytuacja finansowa małżonków D. była wystarczająco dobra by pokrzywdzona nie musiała zaciągać pożyczek lichwiarskich u K.N. (...) Tak więc swoista nieporadność K.D. w prowadzeniu sklepu, jej w zasadzie nieuzasadniona obawa przed reakcją A.D. i w konsekwencji zaciągania u oskarżonej kolejnych pożyczek były spowodowane subiektywnymi odczuciami K.D., nie zaś obiektywną koniecznością. Wystarczyło przecież szczerze porozmawiać z mężem, z udzielonej pierwotnie pożyczki z banku «spłacić» oskarżoną, by nie popadać w pętlę zadłużeniową, która spowodowana została wyłącznie przekonaniem samej pokrzywdzonej, że nie ma innego wyjścia z sytuacji, choć ono (i to nie jedno) istniało”.

5.11. Prokuratura Okręgowa w R. (VI Ds. 20/09/Spc)

W przedmiotowej sprawie 7 z 8 oskarżonych oskarżono o przestępstwa z art. 304 k.k., przy czym 3 z nich oskarżono wyłącznie o przestępstwa z art. 304 k.k., natomiast pozostali zostali oskarżeni także m.in. o czyny z art. 297 § 1, art. 286 § 1, art. 270 § 1 k.k. Z uzasadnienia aktu oskarżenia: „Mechanizm działania sprawców we wszystkich przypadkach przebiegał według pewnego schematu. Pokrzywdzeni znajdując się w ciężkiej sytuacji finansowej, nie pozwalającej im na zaciągnięcie kredytów czy pożyczek bankowych ze względu na brak zdolności kredytowej lub figurowanie w BIK, nadto posiadający często liczne i wysokiego rzędu 10 tys. zł a nawet 100 tys. zł zobowiązania, szukali możliwości uzyskania środków pieniężnych przede wszystkim pozwalających im na codzienną egzystencję oraz na pokrycie ciężących na nich zobowiązań. Osoby te nie miały jednak możliwości uregulować w ogóle lub w krótkim terminie czasu tych nowych zobowiązań. Żadna instytucja kredytowa czy bank w takiej sytuacji nie zgadzały się na udzielenie takim osobom pożyczek czy kredytów. Wówczas trafiali oni do osoby tzw. «dobrego wujka», który zgadzał się im pomóc. Zachowanie jego nie było jednak odruchem dobrego serca. Pomoc ta nakładała na pokrzywdzonych kolejne dalekosiężne w skutkach zobowiązanie. Pożyczkodawca wykorzystując lukę w przepisach prawa cywilnego udzielał pożyczki gotówkowej, ale zabezpieczeniem jej zwrotu było przeniesienie własności posiadanej przez pokrzywdzonych nieruchomości lokalowej lub gruntowej. W dwóch przypadkach stwierdzono, że pokrzywdzone nie miały świadomości, że dochodzi do przeniesienia własności nieruchomości, o czym pożyczkodawca doskonale wiedział. Zaznaczyć należy, iż pożyczki te miały formalnie nieustaloną

stopę procentową, ale faktycznie pokrzywdzeni każdorazowo mieli zwracać 100% odsetek, przy czym odsetki te były wkalkulowane w kwotę udzielanej pożyczki, np. pożyczka dotyczyła kwoty 12 tys. zł, a do zwrotu pokrzywdzony miał 30 tys. zł przy czym na zabezpieczenie przeniesiona była własność mieszkania wartego 150 tys. zł. Dodać należy, iż termin zwrotu tych pożyczek był stosunkowo krótki, bo od 3 miesięcy do 1 roku, i z góry wiadomym było, że pokrzywdzeni nie będą mogli spłacić tego zobowiązania. Typowym było także, iż «dobry wujek» pozwalał tym pokrzywdzonym nadal zamieszkiwać w danym lokalu, łudząc ich możliwością powrotnego przeniesienia własności w przypadku zwrotu długu. Jednakże warunkiem zamieszkiwania w nim było płacenie przez pokrzywdzonych czynszu miesięcznego za wynajem rzędu około 1 tys. zł. Po upływie terminu do zwrotu długu, którego pokrzywdzeni nie uregulowali, «dobry wujek» przystępował do dalszego etapu swojego schematu działania. Nieruchomość trafiała do dalszego obrotu. Dochodziło do jej zbycia za kwotę zwykle stanowiącą dwukrotność kwoty, która figurowała jako wartość nieruchomości w umowie pożyczkowej. Nabywcą była bądź osoba w dobrej wierze bądź jak w większości przypadków z tym wtórnym nabyciem wiązało się popełnienie kolejnego przestępstwa. Nabywca bowiem, który nie mając zdolności kredytowej z uwagi na brak zatrudnienia, musiał na zakup tej nieruchomości uzyskać kredyt bankowy. Aby to się stało musiał w banku przedłożyć zaświadczenia o zarobkach i zatrudnieniu, które jak ustalono okazywało się podrobione lub poświadczające nieprawdę. W konsekwencji dochodziło do wyłudzenia kredytu bankowego. Ustalono, że takim «dobrym wujkiem» był P.B., który (...) prowadził nieewidencjonowaną działalność gospodarczą polegającą na udzielaniu osobom fizycznym pożyczek gotówkowych o nieustalonej stopie procentowej, ale w wysokości nie mniejszej niż 100% zobowiązania. (...) M.K. miała dostęp do list osób zadłużonych i przekazywała je P.B. Osoby na tych listach to byli ludzie, którzy nie posiadali zdolności kredytowej albo byli tak zadłużeni, że wartość rat przekraczała ich dochody i w żadnej instytucji kredytowej nie uzyskałyby kredytu czy pożyczki. P.B. mówił do K.K., że jest w posiadaniu list takich osób, którym pożyczka pieniądze i bardzo dobrze mu się z tego żyje. Mówił także «przykładowo, że jak ktoś ma 7 kredytów albo jest w BIK-u to my mu pożyczamy taką kwotę, aby mógł spłacić długi lub wyczyści historię w BIK-u, my się zabezpieczymy przez przeniesienie własności nieruchomości albo wpisemy, że kupujemy. Następnie ta osoba weźmie sobie kredyt w celu odkupu z powrotem tej nieruchomości z zyskiem dla nas». Oprocentowanie takich pożyczek na papierze było zgodne z prawem, natomiast faktycznie było inaczej, «np. jak osoba brała 60 tys. zł pożyczki to na papierze było wpisane, że bierze 90 tys. zł i taką kwotę wyższą wraz z odsetkami musiała oddać. Było to celowe aby uniknąć zarzutu lichwiarskiego procentu». W trakcie przeprowadzania badań sprawa ta nie została jeszcze zakończona.

5.12. Prokuratura Okręgowa w W. (Ds. 43/09)

Prokuratura Okręgowa w W. prowadziła śledztwo I Ds. 7/04, w toku którego przyjęto zawiadomienie o przestępstwie od osób pokrzywdzonych zawarciem umów pożyczek, zabezpieczeniem zwrotu których były przewłaszczenia czy hipoteki na nieruchomościach. Przedmiotowe postępowanie zakończono wniesieniem

w 2005 r. aktu oskarżenia przeciwko P.G., J.R., J.R i A.W. Ze sprawy tej materiały przeciwko M.M. zostały wyłączone do odrębnego postępowania, które następnie zawieszono, bowiem wymieniony nie przebywał w kraju i ukrywał się przed organami ścigania.

Po podjęciu postępowania M.M (lat 38, wykształcenie niepełne średnie, z zawodu tokarz, aktualnie pozostający na utrzymaniu rodziców, kawaler, bezdzietny, niekarany) został oskarżony o to, że 13.02.2002 r. w W., działając wspólnie i w porozumieniu z P.G., znając przymusowe położenie S.O. oraz mając świadomość grożącego mu postępowania egzekucyjnego ze stanowiącej jego własność nieruchomości położonej w W. i jego możliwości finansowe, wyzyskując jego przymusowe położenie, doprowadzili do zawarcia z nim 13.02.2002 r. mocą aktu notarialnego sporządzonego w kancelarii notarialnej notariusza MJS niekorzystnej dla niego umowy pożyczki oraz aktu notarialnego pełnomocnictwa z 13.02.2002 r., nakładających na S.O. obowiązek świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym – zobowiązujących w przypadku niemożności zwrotu w terminie określonym w umowie pożyczki kwoty 13.000 zł do zapłaty odsetek za zwłokę w wysokości 10% w stosunku miesięcznym oraz do przeniesienia na rzecz M.M. własności nieruchomości położonej w W. wartości około 114.000 zł, którą to nieruchomość M.M. przewłaszczył, a następnie aktem notarialnym z 14.11.2003 r. zbył P.G., a ponadto ustnie uzgadniając z S.O. dodatkowe oprocentowanie udzielonej pożyczki na poziomie 10% miesięcznie, liczonych od 13.02.2002 r., czym działali na szkodę S.O., tj. o przestępstwo z art. 304 k.k.

W uzasadnieniu aktu oskarżenia podniesiono, że J.T. i P.G. prowadzili lombardową działalność gospodarczą. Pokrzywdzony S.O. był właścicielem nieruchomości położonej w W., na której ustanowiono hipotekę dla zabezpieczenia kredytów zaciągniętych przez S.O. Sytuacja majątkowa S.O. była trudna, groziła mu utrata jego majątku i nieruchomości, w której zamieszkiwał i z której się utrzymywał, czerpiąc pożytki ze sprzedaży owoców. Z nieruchomości tej bowiem komornik wszczął egzekucję, którą S.O. starał się powstrzymać, kierując wnioski do komornika i sądu, wskazując na przyczyny niemożności spłaty zadłużenia, tj. wyjątkowo trudną sytuację materialną, konieczność leczenia chorej matki, brak dochodów spowodowany klęską nieurodzaju w sadzie. Celem uzyskania pożyczki na spłatę długów S.O. zgłosił się do lombardu P.G. Ten, znając sytuację majątkową pokrzywdzonego, zaproponował mu udzielenie pożyczki w kwocie 13.000 zł „pod hipotekę”. Miała to być pożyczka na okres 3 miesięcy, po upływie których pokrzywdzony miał zapłacić P.G. dodatkowo 3900 zł, co dawało 10% w skali miesięcznej tytułem odsetek, czyli łącznie miał zwrócić 16.900 zł. W umowie jako pożyczkodawca miał wystąpić pracownik P.G. – M.M. Z uzasadnienia aktu oskarżenia: „Niewątpliwie zawarta z S.O. umowa pożyczki (...) i ustanowione w niej zabezpieczenie oraz podana wysokość oprocentowania z uwagi na wysokość kwoty pożyczki (...) nakładały na pokrzywdzonego obowiązek świadczenia niewspółmiernego w postaci ustalonego w akcie i uzgodnionego też ustnie oprocentowania i przeniesienia własności nieruchomości wartej 99.000 zł w przypadku niespłacenia pożyczki w terminie. Świadczenia te ustanowione umową przekraczały granice wyznaczone przez zasady uczciwego obrotu. Porównanie wartości majątkowych wzajemnych świadczeń wskazuje na przekroczenie dopuszczalnych dysproporcji na niekorzyść pokrzywdzonego S.O.”.

Wyrokiem w sprawie II K 655/09 Sąd Rejonowy w W. uznał M.M. za winnego czynu z art. 304 k.k. i wymierzył mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 2 lat próby. Na podstawie art. 33 § 2 k.k. wymierzył grzywnę w wysokości 14 stawek dziennych po 50 zł.

5.13. Prokuratura Rejonowa w L. (1 Ds. 1156/08)

L.M. (lat 40, obywatel polski, wykształcenie średnie, z zawodu elektromechanik samochodowy, kawaler, żyjący w konkubinacie, ojciec jednego dziecka, prowadzący działalność gospodarczą – firma przewozowa, niekarany), został oskarżony o to, że 10.04.2006 r. w L. zawarł umowę pożyczki z małżonkami P., wyzyskując ich przymusowe położenie i nakładając na nich świadczenie niewspółmierne za świadczeniem wzajemnym, tj. zapłaty 4% odsetek w stosunku miesięcznym od zaciągniętej pożyczki w kwocie 14.800 zł, tj. o czyn z art. 304 k.k.

W uzasadnieniu aktu oskarżenia wskazano, że małżonkowie P. na początku 2006 r. znajdowali się w bardzo trudnej sytuacji finansowej – żona była bezrobotna, otrzymywała zasiłek z ośrodka pomocy społecznej w kwocie 120 zł miesięcznie, a mąż był zatrudniony jako mechanik samochodowy z pensją ok. 1400 zł netto, miał na utrzymaniu czteroosobową rodzinę i zobowiązany był płacić 350 zł miesięcznie tytułem alimentów na dziecko z poprzedniego związku. Małżonkowie posiadali dom o pow. 80m² oraz samochód osobowy Polonez Caro o wartości 1200 zł. Małżonkowie P. mieli wówczas szereg nieuregulowanych zobowiązań finansowych zaciągniętych w poprzednich latach wobec kilku banków, czego następstwem było wszczęcie kilku postępowań egzekucyjnych. Wiedząc, że żaden bank nie udzieli im pożyczki, pani P. skontaktowała się z osobą ogłaszającą się w gazecie „Anonse” jako pośrednik w pozyskiwaniu kredytów hipotecznych. Małżonkowie P. spotkali się w swoim domu z ogłoszeniodawcą D.K., któremu dokładnie opisali swoją sytuację finansową. D.K. nie udało się znaleźć banku, który zawarłby z małżonkami P. umowę pożyczki, toteż zaproponował im pożyczanie pieniędzy od osoby prywatnej. Sam skontaktował ich ze swoim znajomym L.M. Małżonkowie P. zawarli z L.M. umowę pożyczki w formie aktu notarialnego na następujących warunkach: pożyczka w wysokości 14.800 zł na okres 2 lat z odsetkami 4% w stosunku miesięcznym (czyli 48% w skali roku), raty pożyczki miały być uiszczane w wysokości po 1200 zł do 15. dnia każdego miesiąca, zaś przy szybszej spłacie odsetki nie mogły wynieść mniej niż 7400 zł. Zabezpieczeniem spłaty miała być hipoteka zwykła w wysokości 14.800 zł na nieruchomości małżonków. Z uwagi na fakt, że małżonkowie P. nie spłacali regularnie rat pożyczki, L.M. złożył do sądu pozew, w wyniku którego został wydany nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym kwoty 13.800 zł z umownymi odsetkami 4% miesięcznie. Aby spłacić zadłużenie, małżonkowie zdecydowali się sprzedać nieruchomość. Przeszkodą w sprzedaży była hipoteka zabezpieczająca umowę pożyczki. Wobec powyższego L.M. sporządził promesę, w której wyraził zgodę na zwolnienie zabezpieczenia po spłacie całości zadłużenia, które wynosić miało 42.000 zł. Małżonkowie P. po sprzedaży nieruchomości przelali na rzecz L.M. tę kwotę.

Postanowieniem w sprawie III K 3/09 Sąd Rejonowy w L., z urzędu na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 i art. 632 pkt 2 k.p.k., postanowił umorzyć postępowanie w sprawie L.M. oskarżonego o czyn z art. 304 k.k. Z uzasadnienia postanowienia sądu: „Brak

jest podstaw do przyjęcia, iż w sprawie niniejszej doszło do wyczerpania przez L.M. znamion zarzucanego przestępstwa (...). Nie można bowiem zasadnie twierdzić, że małżonkowie P. w dacie zawarcia umowy pożyczki znajdowali się w położeniu przymusowym w rozumieniu art. 304 k.k. Nie zmienia tej oceny okoliczność, iż znajdowali się w trudnej sytuacji finansowej, jak również to, że posiadali zadłużenie w kilku bankach z tytułu wcześniej zaciągniętych kredytów. Okoliczność, iż w dacie zawarcia umowy małżonkowie P. posiadali inne zobowiązania nie oznacza, że znajdowali się w przymusowym położeniu i że to położenie oskarżony wyzyskał dla osiągnięcia własnych celów. Brak płynności finansowej nie jest równoznaczny z przymusowym położeniem, o czym mowa w art. 304 k.k. (...) Abstrahując na jaki cel małżonkowie P. zaciągnęli pożyczkę, nie była ona jedynym sposobem uzyskania środków pieniężnych. Jak wynika z akt sprawy małżonkowi posiadali w tym czasie określony majątek, tj. nieruchomości (...) z obiektywnego punktu widzenia sytuacja materialna pokrzywdzonych przedstawiała się dość dobrze. (...) Analiza dowodów zgromadzonych w sprawie wskazuje natomiast, że L.M. nie orientował się dokładnie w sytuacji pożyczkobiorców, w szczególności nie posiadał wiedzy na temat ciężących zobowiązań oraz tego, iż figurują w BIK. (...) O problemach finansowych dowiedział się już po podpisaniu umowy. Dodał, iż gdyby znał rzeczywistą sytuację finansową kontrahentów nie zgodziłby się na udzielenie pożyczki (...) Nieświadomość położenia finansowego kontrahentów – pomijając, iż nie można go uznać za przymusowe o czym była mowa – powoduje w konsekwencji brak umyślności działania w formie zamiaru bezpośredniego po stronie oskarżonego, jak wymaga przepis art. 304 k.k.”.

Summary

Patrycja Kozłowska-Kalisz, Agnieszka Szczekala – *The offence of usury (in the light of empirical research)*

This article discusses the offence of usury (exploitation) from the point of view of empirical research. Behaviours in which the features of usury are displayed are a focus of interest for both criminal law (Art. 304 of the Criminal Code, CC) and civil law (Art. 388 of the Civil Code). The subject-matter of our research was criminal proceedings in cases involving offences under Art. 304 CC, which were conducted in Poland in 2008–2010. Both prosecution and court files were examined. The research covered all prosecution service units and courts in Poland, with a total of 213 cases.

The results of examination of cases involving offences defined in Art. 304 CC lead to the conclusion that usury does not play an important role in the practice of the administration of justice. The vast majority of cases end as soon as at the stage of pre-trial proceedings with only a minority being followed by submission of an indictment to the court. On the other hand, among the cases which are referred to courts relatively few end with a conviction of the indicted person. In as many as 89.7% of the examined cases, investigations were discontinued or initiation of proceedings was refused (191 cases) and only in 20 cases was an indictment submitted to court. Among the cases where an indictment was submitted to court, only four ended with convictions: short-term prison sentences ranging from 3 months to one year were given and three out of seven offenders were given suspended sentences. It follows from the above that perpetrators of the offence of usury defined in Art. 304 CC are not given particularly harsh sentences.

What was typical in the conducted examinations was also the fact that in the majority of cases involving the offence in question the subject-matter of assessment on the grounds of criminal law was the loan agreements concluded by the alleged victims (in total in 56.8% of cases).

Konrad Buczkowski, Katarzyna Drapała*

Porwania rodzicielskie – analiza umorzeń i odmów wszczęcia postępowania w sprawach o przestępstwo z art. 211 k.k.

1. WSTĘP

W ostatnich latach w polskich mediach często poruszany jest problem tzw. porwań rodzicielskich. Dominuje pogląd, że polskie prawo jest niewystarczające dla ochrony małoletnich dzieci przed uprowadzeniami ze strony rodziców lub opiekunów oraz że nie przewiduje adekwatnych sankcji karnych za dokonanie takiego czynu. Wskazuje się przy tym na znaczną skalę tego zjawiska.

Badanie będące podstawą niniejszego opracowania miało na celu ustalenie, czy powyższa teza jest słuszna i czy polskie prawo karne w istocie nie zapewnia prawidłowej ochrony instytucji opieki lub nadzoru. Raport składa się z dwóch części¹.

W pierwszej części dokonano analizy ustawowych znamion art. 211 k.k., typizującego przestępstwo uprowadzenia lub zatrzymania małoletniego albo osoby nieporadnej. Ze względu na problematykę niniejszego opracowania w analizie zwrócono uwagę przede wszystkim na te elementy, które dotyczą możliwości popełnienia tego występku przez osobę sprawującą opiekę lub nadzór nad osobą małoletnią do lat 15. Wskazano na węzłowe problemy interpretacyjne i propozycję ich rozwiązania.

W części drugiej skoncentrowano się na analizie spraw prawomocnie zakończonych na etapie postępowania przygotowawczego. Zaplanowano, że badanie akt spraw sądowych zostanie przeprowadzone odrębnie, w późniejszym terminie. Działając zgodnie z tymi założeniami, analizie poddano 520 spraw (tj. wszystkie) z art. 211 k.k. rozpoznawanych w prokuraturach w 2012 r., w których prokuratury odmówiły wszczęcia dochodzenia bądź umorzyły postępowanie prowadzone w kierunku wskazanego wyżej występku. Przedmiotem badania były (szeroko pojmowane) tzw. porwania rodzicielskie i dlatego też skupiono się w nim na 416 przypadkach, które dotyczyły uprowadzenia bądź zatrzymania małoletniego przez osobę

* Dr Konrad Buczkowski jest adiunktem w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości oraz Instytucie Nauk Prawnych PAN. Mgr Katarzyna Drapała jest asystentką w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości w Warszawie.

¹ Autorem części dotyczącej analizy ustawowych znamion czynu z art. 211 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), dalej jako k.k., jest Konrad Buczkowski, natomiast opis wyników przeprowadzonego na potrzeby niniejszego opracowania badania jest autorstwa Katarzyny Drapały. Badanie akt przeprowadzili: Katarzyna Drapała, Konrad Buczkowski i Paweł Bachmat.

bliską dziecku bądź na jej prośbę. Nie poddawano więc analizie takich czynów z art. 211 k.k., których przedmiotem była osoba nieporadna ze względu na stan psychiczny lub fizyczny. Badaniem nie objęto również przypadków, w których sprawcą uprowadzenia małoletniego była osoba mu obca oraz takich, w których stroną składającą wniosek o ściganie była instytucja, np. młodzieżowy ośrodek wychowawczy, któremu objęcie opieki lub nadzoru nad małoletnim utrudniała rodzina dziecka.

Skoncentrowano się zatem na sytuacjach najbardziej typowych, gdyż najczęściej sprawcami czynów z art. 211 k.k. są właśnie osoby bliskie małoletnim. Takie przypadki stanowiły bowiem około 80% wszystkich, co wykazało niniejsze badanie.

2. USTAWOWE ZNAMIONA CZYNU Z ART. 211 K.K.

2.1. Uwagi wstępne

Przestępstwo zatrzymania lub uprowadzenia małoletniego jest znane polskiemu systemowi prawa karnego już od czasów kodeksu karnego z 1932 r.² Czyn ten penalizowany był w art. 199 i polegał na uprowadzeniu lub zatrzymaniu, wbrew woli osoby mającej prawo opieki lub nadzoru, nieletniego poniżej lat 17 albo osoby znajdującej się pod opieką lub nadzorem z powodu nienormalności lub nieprzytomności. Za jego popełnienie groziła kara więzienia do lat 5.

Występek ten włączono również do kodeksu karnego z 1969 r.³ w rozdziale XXV „Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży”. Przepis art. 188 k.k. z 1969 r. przewidywał mianowicie odpowiedzialność sprawcy, który wbrew woli osoby powołanej do opieki lub nadzoru uprowadza lub zatrzymuje małoletniego albo osobę nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny. Czyn ten zagrożony był karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5. W kodeksie karnym z 1969 r. w stosunku do poprzedniej regulacji dokonano zmian nie tylko o charakterze redakcyjnym, ale również rozszerzono zakres funkcjonowania przepisu, obejmując nim wszystkich małoletnich, a nie jedynie osoby do lat 17⁴. W piśmiennictwie zmiana ta oceniana była jednak jako błędna⁵.

W obecnie obowiązującym kodeksie karnym w art. 211 k.k. (umieszczonym również w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko rodzinie i opiece) zawężono w stosunku do poprzedniej regulacji zakres kryminalizacji uprowadzenia

² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571 ze zm.).

³ Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94 ze zm.), dalej jako k.k. z 1969 r.

⁴ Zgodnie z brzmieniem art. 10 § 1 ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.), dalej jako k.c., pełnoletnim jest ten, kto ukończył lat 18. Przez zawarcie małżeństwa małoletni uzyskuje pełnoletność. Nie traci jej w razie unieważnienia małżeństwa (art. 10 § 2 k.c.).

⁵ Zob. V. Konarska-Wrżosek, *Uprowadzenie lub zatrzymanie osoby małoletniej lub nieporadnej*, w: *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, J. Warylewski (red.), Warszawa 2012, t. 10, s. 989–990. Autorka zwróciła uwagę, iż „w tym wieku (chodzi o małoletnich zbliżających się do pełnoletności – przyp. aut.) uprowadzenia lub zatrzymania często są inicjowane przez samego małoletniego i zgodnie z jego wolą, przy czym pojawiają się w związku z zakochaniem oraz na tle konfliktów rodzice – dzieci. Są więc typowym zjawiskiem i problemem wieku dorastania (...). Nie są one zatem bezpośrednio wymierzone przeciwko opiece i nadzorowi osób do tej roli powołanych i jednocześnie uprawnionych. Wymykanie się spod kontroli rodziców i opiekunów przez małoletnich w starszych grupach wiekowych i włączanie w to innych osób jest faktem społecznym mającym związek z dojrzewaniem i nie powinien być oceniany w kategoriach prawnokarnych.”

lub zatrzymania małoletniego do czynów skierowanych przeciwko osobom, które w chwili czynu nie ukończyły lat 15, a także obniżono górną granicę kary przewidzianej za popełnienie tego przestępstwa do lat 3. W pozostałym zakresie ustawowe znamiona typu czynu zabronionego pozostały bez zmian.

Tym samym obecnie obowiązujący przepis art. 211 k.k. przewiduje odpowiedzialność karną sprawcy, który – wbrew woli osoby powołanej do opieki lub nadzoru – uprowadza lub zatrzymuje małoletniego poniżej lat 15 albo osobę nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny.

2.2. Przedmiot ochrony

Określenie dobra chronionego przepisem art. 211 k.k. jest w doktrynie przedmiotem rozbieżnych poglądów.

L. Gardocki wskazuje, że „przepis ten chroni (...) dobro osób poddanych opiece lub nadzorowi (głównie rodziców osób małoletnich) przy istnieniu ogólnego założenia, że nie mogą one samodzielnie decydować o sobie wbrew woli osób sprawujących opiekę lub nadzór”⁶. Podobnie uważa V. Konarska-Wrżosek, dzieląc pogląd Z. Krauzego i J. Śliwowskiego, i wskazuje, że „przepis art. 211 k.k. mając na względzie dobro dzieci (młodszych małoletnich) i osób bezradnych, chroni wykonywanie opieki i nadzoru nad nimi przez osoby do tego powołane, przed takimi poważnymi zamachami jak uprowadzenie lub zatrzymanie”⁷.

Z kolei Z. Siwik uważa, że „celem art. 211 k.k. jest zapewnienie prawidłowych warunków opieki i nadzoru, ochrona przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem podopiecznego wbrew woli osoby powołanej do faktycznej opieki lub nadzoru. Ochronie podlega dobro osoby sprawującej opiekę lub nadzór”⁸.

A. Wąsek wskazuje natomiast, że nie można przyjąć poglądów dotyczących ochrony praw opiekunów i podopiecznych, gdyż zgodnie z treścią art. 211 k.k. warunkiem odpowiedzialności sprawcy jest działanie wbrew woli osoby powołanej do opieki lub nadzoru, a zatem zachowanie sprawcy polega na nieposzanowaniu tej woli. Nie ma zatem – według tego autora – znaczenia, czy sprawca działał za zgodą osoby małoletniej lub nieporadnej, czy bez jej zgody, ponieważ przepis ten nie chroni wolności takiej osoby, a dobra osób małoletnich lub nieporadnych w tym zakresie podlegają ochronie przez inne przepisy zawierające typy przestępstw, np. pozbawienia wolności czy zmuszania⁹.

Z poglądem A. Wąska zgadza się S. Hypś, który podkreśla, iż „wydaje się, że omawiany czyn zabroniony odnosi się nie tylko do sposobu realizacji określonych praw. Sprawca atakuje bowiem podstawy tego prawa, a nie ich wypełnianie. Podstawą tych praw jest natomiast sama instytucja opieki i nadzoru oraz możliwość jej wykonywania zgodnie z interesem osób uprawnionych i podopiecznych, natomiast w kontekście rodziny jej funkcja opiekuńczo-wychowawcza”¹⁰.

⁶ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2013, s. 286.

⁷ V. Konarska-Wrżosek, *Uprowadzenie...*, s. 990.

⁸ Z. Siwik w: *Kodeks karny. Komentarz*, O. Górniok (red.), Warszawa 2006, s. 695.

⁹ Zob. A. Wąsek w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–221*, A. Wąsek (red.), Warszawa 2004, t. 2, s. 1061, za S. Hypś w: *Kodeks karny. Komentarz*, A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), Warszawa 2012, s. 970.

¹⁰ S. Hypś w: *Kodeks...*, s. 971.

Powyższe stanowisko, zgodnie z którym dobrem chronionym przepisem art. 211 k.k. jest instytucja opieki i nadzoru nad małoletnim poniżej lat 15 albo osobą nieporadną, podzielane jest przez większość przedstawicieli doktryny prawa karnego (M. Mozgawa, R.A. Stefański, A. Ratajczak, A. Marek, M. Szewczyk¹¹). Znalazło ono też swój wyraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który – na podstawie poprzednio obowiązującego stanu prawnego – stwierdził, iż „nie ulega wątpliwości, że przedmiotem ochrony prawnej (...) nie jest wolność osoby uprowadzonej lub zatrzymanej, jak również nie jest przedmiotem tej ochrony treść orzeczeń sądowych dotyczących sprawowania opieki lub nadzoru nad tą osobą, lecz instytucja owej opieki lub nadzoru”¹². Stanowisko to spotkało się jednak z krytyką V. Konarskiej-Wrzošek jako niemożliwe do zaakceptowania¹³.

2.3. Pojęcie opieki i nadzoru

W art. 211 k.k., typizującym przesłanki tego przestępstwa, posłużono się dwoma pojęciami, których wyjaśnienie wymaga sięgnięcia do regulacji prawa cywilnego, a w szczególności prawa rodzinnego¹⁴, tj. pojęciami opieki i nadzoru. Są one zbliżone, jednak nie tożsame w swojej istocie. Ponadto, na gruncie prawa karnego nie odnoszą się wyłącznie do instytucji prawa rodzinnego, ale obejmują wszystkie te sytuacje, z których wynika obowiązek opieki lub nadzoru¹⁵.

Prawo do wykonywania opieki wiąże się przede wszystkim z władzą rodzicielską sprawowaną przez biologicznych rodziców dziecka, rozumianą jako obowiązek i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do wychowania dziecka, z poszanowaniem jego godności i praw (art. 95 § 1 k.r.o.). Taki sam stosunek, jak między rodzicami a dziećmi, powstaje poprzez przysposobienie pomiędzy przysposabiającym a przysposobionym (art. 121 k.r.o.).

Obowiązek opieki może ponadto powstać na drodze orzeczenia sądu opiekuńczego o ustanowieniu opieki, gdy tylko poweźmie on wiadomość, że zachodzi po temu prawny powód (art. 145 § 2 k.r.o.). Ponadto opiekę ustanawia się dla małoletniego w wypadkach przewidzianych w tytule II k.r.o. (art. 145 § 1 k.r.o.).

¹¹ Zob. M. Mozgawa w: *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, M. Mozgawa (red.), Kraków 2006, s. 409; R.A. Stefański, *Przestępstwo uprowadzenia małoletniego (art. 211 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 1999/9, s. 58; A. Ratajczak, *Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży w systemie polskiego prawa karnego*, Warszawa 1980, s. 223; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 478; M. Szewczyk w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, A. Zoll (red.), Warszawa 2008, t. 2, s. 758.

¹² Postanowienie SN z 18.12.1992 r. (I KZP 40/92), „Wokanda” 1993/2, s. 9.

¹³ Autorka ta stwierdza, iż „wskazywanie przez niektórych autorów, że art. 211 k.k. chroni wyłącznie instytucję opieki i nadzoru, nie chroniąc interesów osób uprowadzonych lub zatrzymanych – jest niemożliwe do zaakceptowania. Pogląd ten podważa zasadniczy sens samej instytucji opieki i nadzoru, która powołana jest specjalnie po to, by właśnie zabezpieczać interesy osób niesamodzielnych. Akcentowanie ochrony samej instytucji opieki lub nadzoru – co znajdowało w jakiejś mierze swoje uzasadnienie z powodu nieco innego ujęcia omawianego typu przestępstwa na gruncie art. 199 k.k. z 1932 r., który wskazywał na uprowadzenie lub zatrzymanie wbrew woli osoby «mającej prawo» opieki lub nadzoru – może niesłusznie sugerować jak gdyby w przepisie art. 211 k.k. chodziło o prawnokarne zagwarantowanie nienaruszalności czyjegoś prawa do sprawowania opieki lub nadzoru nad drugą osobą, podczas gdy kwestia najistotniejsza jest przeciwdziałanie dla dobra podopiecznego dowolności w zakresie dysponowania sprawami opieki lub nadzoru” – zob. V. Konarska-Wrzošek, *Uprowadzenie...*, s. 991.

¹⁴ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 788 ze zm.), dalej jako k.r.o.

¹⁵ Zob. S. Hypś w: *Kodeks...*, s. 972.

Obowiązek opieki może również wynikać z umowy (umowa o pracę czy umowa cywilnoprawna o innym charakterze), na mocy której określona osoba podejmuje się sprawowania opieki nad osobą małoletnią poniżej lat 15 (np. przedszkolanka nad powierzonymi jej dziećmi) lub osobą nieporadną (np. pielęgniarka nad osobą niedołązną czy chorą).

Obowiązek nadzoru – rozumiany jako pozwalanie lub niepozwalanie na określone zachowania podopiecznego – może wynikać z przepisu prawa, orzeczenia sądu lub umowy. Na podstawie art. 109 k.r.o. sąd może m.in. skierować małoletniego do organizacji lub instytucji powołanej do przygotowania zawodowego albo do innej placówki sprawującej częściową pieczę nad dziećmi, jak również zarządzić umieszczenie małoletniego w rodzinie zastępczej, rodzinnym domu dziecka albo w instytucjonalnej pieczy zastępczej albo powierzyć tymczasowo pełnienie funkcji rodziny zastępczej małżonkom lub osobie, niespełniającym warunków dotyczących rodzin zastępczych, w zakresie niezbędnych szkoleń, określonych w przepisach o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. W każdym z tych przypadków powstaje obowiązek opieki lub nadzoru nad małoletnim. „Powołanie do nadzoru może wynikać ze szczególnych kompetencji osób uprawnionych, np. zarządzających domami dziecka lub zakładami wychowawczymi”¹⁶.

Zgodzić się należy z S. Hysiem, że „w rozumieniu przepisu art. 211 k.k. osobą powołaną do sprawowania opieki lub nadzoru będzie również osoba, której ta opieka lub nadzór został powierzony w sposób faktyczny przez osobę do tego uprawnioną. (...) Nie wydaje się jednak, że powołanie do opieki lub nadzoru zamyka się tylko w odpowiednim tytule prawnym”¹⁷. Byłoby to stanowisko zbyt ograniczające odpowiedzialność sprawcy, w szczególności gdy należałoby podjąć szybką decyzję o ściganiu za takie przestępstwo. Często bowiem się zdarza, że dziecko może pozostać pod opieką lub nadzorem swojej babci sprawującej opiekę lub nadzór bez wymaganego tytułu prawnego. W tym wypadku zatrzymywanie dziecka wbrew woli babci, która działa na mocy udzielonego jej faktycznego powierzenia przez osobę uprawnioną, byłoby bezkarne, przynajmniej do czasu wypowiedzenia się w tej kwestii prawowitego opiekuna. Sprawa komplikowałaby się jeszcze bardziej w przypadku utrudnionego kontaktu z rzeczywistym rodzicem lub opiekunem dziecka, np. na skutek wyjazdu zagranicznego. W lepszym interesie dziecka byłoby zatem przyjęcie szerszego kręgu osób powołanych do opieki lub nadzoru”¹⁸.

W tym miejscu należy odnotować pogląd V. Konarskiej-Wrzosek, która wskazuje, że „operowanie na gruncie przepisu art. 211 k.k. terminami «prawo do opieki lub nadzoru», jak również pojęciem «instytucji opieki» jest nieodpowiednie, a niekiedy nawet błędne. O prawie do opieki i nadzoru można właściwie mówić tylko w relacji rodzice–dzieci i jest ono równoznaczne z uprawnieniem do wykonywania pieczy nad dzieckiem własnym oraz przysposobionym i do wychowywania go. «Prawo»

¹⁶ Z. Siwik w: *Kodeks...*, s. 696.

¹⁷ Odmienne R.A. Stefański, *Przestępstwo...*, s. 63.

¹⁸ S. Hys w: *Kodeks...*, s. 973. Podobnie uważa V. Konarska-Wrzosek, która stwierdza, że „przyjęcie w przepisie art. 211 k.k. dość szeroko zakreślonego grona osób, których wola ma znaczenie dla oceny prawnej czynu sprawcy wkraczającego w sferę opieki lub nadzoru ma niewątpliwie znaczenie z punktu widzenia stopnia zabezpieczania małoletnich i nieporadnych przed uprowadzeniami, w tym – co jest niezmiernie istotne – stwarza możliwość szybszego uruchomienia interwencji w przypadkach bezprawnych uprowadzeń lub zatrzymań osób małoletnich lub nieporadnych” – zob. V. Konarska-Wrzosek, *Uprowadzenie...*, s. 994.

do opieki lub nadzoru pozostaje w ścisłym związku z instytucją opieki lub nadzoru i powinno kojarzyć się wyłącznie z władzą rodzicielską, bądź formalnie z ustanowioną opieką lub nadzorem nad małoletnim lub inną osobą. Natomiast we wszystkich innych, możliwych układach personalnych między opiekunem czy inną osobą sprawującą nadzór nad małoletnim lub osobą nieporadną w grę wchodzi nie tyle prawo, co raczej obowiązek tych osób z tytułu przyjętych na siebie zobowiązań w zakresie opieki lub nadzoru”¹⁹.

2.4. Podmiot czynu zabronionego

Czyn z art. 211 k.k. ma charakter powszechny. Oznacza to, że jego sprawcą może być każdy, kto w danym momencie nie ma przymiotu osoby sprawującej opiekę lub nadzór nad małoletnim do lat 15 lub osobą nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny.

W doktrynie (A. Ratajczak, V. Konarska-Wrzošek, M. Szewczyk, A. Marek, M. Mozgawa, S. Hypś, R.A. Stefański) dominuje pogląd, że podmiotem czynu zabronionego mogą być rodzice dziecka, również każde z nich z osobna, jedynie w przypadku, gdy zostali pozbawieni władzy rodzicielskiej lub nastąpiło jej zawieszenie lub ograniczenie. W sytuacji zaś, gdy oboje rodzice wykonują wspólnie władzę rodzicielską i jedno z nich, wbrew woli drugiego, zabiera lub zatrzymuje dziecko, nie wypełni ono znamion czynu zabronionego z art. 211 k.k., gdyż ma w stosunku do dziecka takie same prawa jak drugie z rodziców²⁰.

Jak stwierdził Sąd Najwyższy: „Oddzielne zamieszkiwanie rodziców i wykonywanie czasowej opieki i nadzoru nad małoletnim dzieckiem przez rodzica, u którego dziecko mieszka w wyniku decyzji sądu wydanej w trybie art. 443 § 1 k.p.c.²¹, nie pozbawia, nie ogranicza, jak również nie zawiesza władzy rodzicielskiej drugiego z rodziców. W niczym też nie zmienia zakresu tej władzy w stosunku do dziecka. Powierzenie władzy jednemu z małżonków – stron w procesie o rozwód – może nastąpić dopiero w wyroku orzekającym rozwód, przy czym nie jest wykluczone, że władza rodzicielska będzie ewentualnie przyznana temu z małżonków, który w czasie procesu o rozwód w wyniku konieczności tymczasowego uregulowania sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej nie sprawował bezpośredniej pieczy nad małoletnim dzieckiem w następstwie postanowienia sądu wydanego na podstawie art. 443 § 1 k.p.c.”²².

Podobnie w innym postanowieniu Sąd Najwyższy uznał, że „jeżeli sąd w trybie art. 443 § 1 k.p.c. powierza w toku procesu o rozwód tymczasowo małoletnie wspólne dziecko poniżej lat 15 pieczy jednego z rodziców, to drugi z rodziców, który uprowadza lub zatrzymuje to dziecko, nie może być podmiotem przestępstwa z art. 211 k.k., chyba że uprzednio ograniczono już jego władzę rodzicielską albo w trybie art. 443 § 1 k.p.c. rozstrzygnięto co do sprawowania pieczy przez drugiego z rodziców w sposób podobny do ograniczenia władzy rodzicielskiej, nie

¹⁹ V. Konarska-Wrzošek, *Uprowadzenie...*, s. 991.

²⁰ Zob. uchwała SN z 21.02.1979 r. (VI KZP 15/79), OSNKW 1980/1, poz. 2.

²¹ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.), dalej jako k.p.c.

²² Postanowienie SN z 18.12.1992 r. (I KZP 40/92), „Wokanda” 1993/2, poz. 8.

zawężając tej decyzji do samego powierzenia pieczy nad dzieckiem i nakazu wydania go danemu rodzicowi, a odebranie dziecka spod pieczy godzi w to ograniczenie lub ograniczający władzę rodzicielską sposób sprawowania pieczy”²³.

Jednak – jak zauważa V. Konarska-Wrzošek – „nie każde ograniczenie władzy rodzicielskiej wobec dziecka łączy się z wyłączeniem sprawowania nad nim bieżącej pieczy, w tym możliwości swobodnego zmieniania miejsca pobytu dziecka lub z jakimś konkretnym limitowaniem czasu zatrzymania go przy sobie. Jednak, gdy ograniczenie władzy rodzicielskiej jest na tyle daleko idące, że powierza się jej wykonywanie tylko jednemu z rodziców (...), a drugiemu określa się obowiązki wobec dziecka i dość wąsko zakreśla uprawnienia w stosunku do niego (...) lub gdy powierza się sprawowanie bieżącej pieczy nad dzieckiem rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej z powodu zagrożenia dobra dziecka (na podstawie art. 109 § 2 pkt 5 k.r.o.) – to rodzic może być sprawcą przestępnego uprowadzenia lub zatrzymania swojego dziecka”²⁴.

Warto również przytoczyć interesujący pogląd wyrażony w oparciu o analizę przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, a w szczególności art. 97 § 1 k.r.o., który to przepis stwierdza, iż w przypadku gdy władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom, każde z nich jest obowiązane i uprawnione do jej wykonywania, z zastrzeżeniem wynikającym z art. 97 § 2 k.r.o., wskazującym, że rodzice mający pełną władzę rodzicielską o istotnych sprawach dziecka (takich jak miejsce pobytu) rozstrzygają wspólnie. Odnosząc się do tego przepisu, M. Mozgawa, M. Kulik i A. Szczekała wskazują, że w przypadku uprowadzenia małoletniego przez rodzica posiadającego pełnię praw rodzicielskich bez zgody drugiego z rodziców, a tym samym uniemożliwienie temu rodzicowi jako uprawnionemu sprawowania opieki nad dzieckiem (naruszenie jego prawa do opieki), możliwe będzie poniesienie odpowiedzialności na podstawie art. 211 k.k. przez rodzica, który takiego uprowadzenia dokonał. Rodzice bowiem są zobligowani do wspólnego decydowania o miejscu pobytu małoletniego, który powinien przebywać w miejscu odpowiadającym woli obojga rodziców mających pełnię praw rodzicielskich. Przyjęcie przeciwnego stanowiska dawałoby bezkarność skłóconym rodzicom co najmniej do chwili pozbawienia lub ograniczenia władzy rodzicielskiej choćby jednego z nich²⁵.

Podobnie rzecz będzie się miała z możliwym poniesieniem odpowiedzialności na podstawie art. 211 k.k. przez rodzica mającego pełną władzę rodzicielską nad małoletnim, który dokonuje zatrzymania swojego dziecka. Taka sytuacja może mieć miejsce np. w przypadku braku powrotu małoletniego z wakacji w uzgodnionym z drugim rodzicem mającym pełnię praw rodzicielskich terminie. Wówczas bowiem rodzic (również mający pełnię takich praw), który dokonał zatrzymania dziecka wbrew woli drugiego rodzica na okres przekraczający ustalony czas wypoczynku, może odpowiadać za popełnienie występku z art. 211 k.k. Zatrzymanie jest bowiem możliwe również w sytuacji, gdy małoletni znalazł się pod opieką sprawcy

²³ Postanowienie SN z 9.12.2003 r. (III KK 116/03), LEX nr 83761 – teza częściowo nieaktualna.

²⁴ V. Konarska-Wrzošek, *Uprowadzenie...*, s. 995.

²⁵ M. Mozgawa, M. Kulik, A. Szczekała, *Przestępstwo uprowadzenia lub zatrzymania małoletniego lub osoby nieporadnej – art. 211 k.k. (ze szczególnym uwzględnieniem tzw. uprowadzeń rodzicielskich)*, „Prawo w Działaniu” 2013/16, s. 18.

początkowo legalnie, a następnie nie został przekazany do opieki drugiej osobie uprawnionej, działając tym samym wbrew jej woli²⁶.

Argumenty przedstawione powyżej wydają się przekonujące, gdyż tak daleko idące naruszenie praw rodzicielskich jednego z rodziców przez drugie, nawet w sytuacji, gdy obojgu z nich przysługują pełne prawa do małoletniego, nie powinno pozostać bez reakcji prawnokarnej.

2.5. Czynność sprawcza

W art. 211 k.k. przewidziano dwa alternatywne znamiona określające czynność sprawczą: uprowadzenie albo zatrzymanie. Uprowadzenie może wystąpić samodzielnie lub być powiązane z zatrzymaniem, natomiast zatrzymanie osoby może nastąpić zupełnie samodzielnie.

Uprowadzenie obejmuje zabranie osoby małoletniej poniżej lat 15, albo osoby nieporadnej pozostającej pod opieką lub nadzorem w inne miejsce, wbrew woli sprawującego opiekę lub nadzór, i tym samym pozbawienie go możliwości sprawowania opieki lub nadzoru. Uprowadzenie polega na zachowaniu aktywnym, które może być realizowane w różny sposób. Obejmować ono może „porywanie, zabieranie lub zwykle przemieszczanie podopiecznego z dotychczasowego miejsca pobytu w inne miejsce”²⁷.

Uprowadzenie nie jest zależne od woli osoby pozostającej pod opieką. Do realizacji znamion czynu określonego w art. 211 k.k. dochodzi również wówczas, gdy zabranie małoletniego czy osoby nieporadnej nastąpiło za jej zgodą.

Zatrzymanie to sytuacja, w której „sprawca skłania lub zmusza podopiecznego do pozostania w miejscu dotychczasowego pobytu wbrew woli osób uprawnionych do sprawowania opieki lub nadzoru. (...) Oznacza to, że znamię zatrzymania jest spełnione również wtedy, gdy podopieczny znalazł się w miejscu zatrzymania początkowo legalnie”²⁸, jednak wskutek np. zaniechania przerodziło się ono w zachowanie realizujące znamię czynu zabronionego. Zatrzymanie może być realizowane zatem zarówno przez działanie, jak i przez zaniechanie. Zachowanie czynne sprawcy może polegać na różnego rodzaju działaniach skłaniających małoletniego albo osobę nieporadną do pozostania w miejscu pobytu albo zmuszających je do tego.

Przestępne uprowadzenie lub zatrzymanie stypizowane w art. 211 k.k. musi zaistnieć wbrew woli osoby powołanej do opieki lub nadzoru, co oznacza, iż będzie ono miało miejsce zarówno wtedy, gdy działanie wbrew jej woli nastąpi na drodze wyraźnego lub dorozumianego oświadczenia woli w tym zakresie, ale i wówczas, gdy można domniemywać, że zachowanie danego rodzaju jest z taką wolą niezgodne²⁹.

2.6. Skutek

Przestępstwo z art. 211 k.k. ma charakter materialny. Skutkiem jest w tym przypadku

²⁶ M. Mozgawa, M. Kulik, A. Szczekala, *Przestępstwo...*, s. 30.

²⁷ Z. Siwik w: *Kodeks...*, s. 695.

²⁸ Z. Siwik w: *Kodeks...*, s. 696.

²⁹ Zob. V. Konarska-Wrżosek, *Uprowadzenie...*, s. 993.

pozbawienie możliwości wykonywania opieki lub nadzoru nad małoletnim do lat 15 albo nad osobą nieporadną przez osoby do tego powołane. „Dokonanie tego przestępstwa następuje wraz z rzeczywistym przerwaniem dotychczasowej opieki lub nadzoru albo rzeczywistym uniemożliwieniem ich podjęcia przez osobę do nich uprawnioną”³⁰.

Według R.A. Stefańskiego „skutkiem jest uprowadzenie osoby poddanej opiece lub nadzorowi albo jej zatrzymanie, czyli w wypadku uprowadzenia – zmiana miejsca pobytu osoby poddanej nadzorowi, a przy zatrzymaniu – pozostanie jej w miejscu pobytu”³¹.

Nie wydaje się prawidłowe powiązanie skutku występku z art. 211 k.k. wyłącznie ze zmianą miejsca pobytu podopiecznego (przy uprowadzeniu) lub jej brakiem (przy zatrzymaniu). Konieczne jest bowiem w tym przypadku uwzględnienie faktu utraty możliwości sprawowania opieki lub nadzoru nad małoletnim lub osobą nieporadną przez osoby do tego powołane czy zmian w sprawowanej opiece lub nadzorze. Dopóki taki skutek nie nastąpi, można mówić co najwyżej o usiłowaniu dokonania przestępstwa z art. 211 k.k. Sama zmiana miejsca pobytu czy też pozostanie podopiecznego w określonym miejscu jest istotą czynności wykonawczych określonych w art. 211 k.k., a nie skutkiem działania sprawcy³².

2.7. Przedmiot bezpośredniego działania

Przedmiotem bezpośredniego działania jest osoba w wieku poniżej 15 lat pozostająca pod opieką lub nadzorem, albo osoba nieporadna ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny, również pozostająca pod takim nadzorem lub opieką.

Osoba w wieku poniżej 15 lat jest małoletnim w rozumieniu art. 10 k.c., gdyż zgodnie z treścią tego przepisu pełnoletnim jest ten, kto ukończył lat 18.

Osobą nieporadną będzie taka, która nie jest w stanie bez pomocy innych osób czy środków technicznych dawać sobie sama rady w życiu. Będą to m.in. osoby starsze, w ciężkim stanie zdrowia fizycznego lub psychicznego, o poważnym stopniu kalectwa. Do tego grona mogą również zostać zaliczone te, w stosunku do których zachodzą podstawy do ubezwłasnowolnienia całkowitego (art. 13 k.c.³³) albo do ubezwłasnowolnienia częściowego (art. 16 k.c.³⁴).

2.8. Znamiona strony podmiotowej

Czyn z art. 211 k.k. jest występkiem umyślnym, który może zostać popełniony zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym. „Zamiar ewentualny występuje wówczas, gdy sprawca zdaje sobie sprawę, że jego zachowanie może być

³⁰ Z. Siwik w: *Kodeks...*, s. 696.

³¹ R.A. Stefański, *Przestępstwo...*, s. 66.

³² Zob. V. Konarska-Wrzosek, *Uprowadzenie...*, s. 993.

³³ Art. 13 § 1 k.c.: „Osoba, która ukończyła lat trzynaście, może być ubezwłasnowolniona całkowicie, jeżeli wskutek choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego rodzaju zaburzeń psychicznych, w szczególności pijaństwa lub narkomanii, nie jest w stanie kierować swym postępowaniem”.

³⁴ Art. 16 § 1 k.c.: „Osoba pełnoletnia może być ubezwłasnowolniona częściowo z powodu choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego rodzaju zaburzeń psychicznych, w szczególności pijaństwa lub narkomanii, jeżeli stan tej osoby nie uzasadnia ubezwłasnowolnienia całkowitego, lecz potrzebna jest pomoc do prowadzenia jej spraw”.

uprowadzeniem lub zatrzymaniem podopiecznego (wbrew woli osoby powołanej do opieki lub nadzoru) i na tę ewentualność godzi się³⁵.

„Brak świadomości sprawcy chociażby co do jednego z przedmiotowych znamion czynu zabronionego z art. 211 k.k. spowoduje wyłączenie odpowiedzialności karnej sprawcy za uprowadzenie lub zatrzymanie danej osoby, gdyż k.k. nie przewiduje karalności tego typu zachowań o charakterze nieumyślnym. Z tego też względu brak przestępności czynu będzie miał miejsce zarówno wtedy, gdy błąd sprawcy co do cech osoby będącej przedmiotem czynności wykonawczej lub co do woli osoby powołanej do opieki lub nadzoru będzie usprawiedliwiony, jak i wtedy gdy będzie nieusprawiedliwiony³⁶.”

Motywacja sprawcy uprowadzającego lub zatrzymującego małoletniego poniżej 15. roku życia lub osobę nieporadną wbrew woli osoby uprawnionej do opieki lub nadzoru nie należą do znamion czynu art. 211 k.k. Jednak mogą one mieć wpływ na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu sprawcy, a tym samym wymiar wymierzonej mu kary. Zawsze wtedy, gdy motywacja działania sprawcy będzie wskazywała, że uprowadzenie lub zatrzymanie osoby wymienionej w art. 211 k.k. miało służyć ochronie dóbr tej osoby, sąd powinien wziąć to pod uwagę. W szczególności powinien rozpatrzyć możliwość zastosowania wobec niego warunkowego umorzenia postępowania (art. 66 § 1 k.k.), odstąpienia od wymierzenia kary (art. 59 k.k.) czy orzeczenia kar nieizolacyjnych (art. 58 § 3 k.k.).

W przypadku jednak gdy sprawca podjął swoje działania w celu ochrony dziecka przed istotnym zagrożeniem jego dóbr ze strony rodziców lub opiekunów, których działania podejmowane wobec niego realizują znamiona czynu zabronionego (np. znęcania się nad nim), jego zachowanie (uprowadzenie czy zatrzymanie) należy oceniać w kategoriach stanu wyższej konieczności (art. 26 k.k.). Dobro dziecka należy ocenić bowiem jako wartość wyższą od wykonywania władzy rodzicielskiej czy instytucji opieki. Jednak w takim przypadku sprawca działający w ramach kontraktu może przetrzymywać dziecko tylko przez czas niezbędny dla jego ochrony³⁷.

2.9. Zbieg przepisów ustawy

Przestępstwo uprowadzenia lub zatrzymania małoletniego lub osoby nieporadnej może na tle konkretnych stanów faktycznych pozostawać w zbiegu kumulatywnym:

- z art. 156 § 1 lub art. 157 § 1 lub 2 k.k., jeżeli w trakcie uprowadzenia nastąpił skutek w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia o charakterze lekkim lub średnim; kwalifikacja kumulatywna;
- z art. 156 § 2 lub art. 157 § 3 k.k., wystąpi również w przypadku, gdy sprawca czynów z art. 156 § 1 lub art. 157 § 1 lub 2 k.k. działa nieumyślnie, jak też w przypadku, gdy następstwem czynu z art. 156 § 1 k.k. jest śmierć człowieka – przy zastosowaniu art. 156 § 3 k.k.;
- z art. 191 § 1 k.k., jeżeli uprowadzenie lub zatrzymanie połączone było ze stosowaniem przemocy lub groźby bezprawnej wobec osoby

³⁵ Z. Siwik w: *Kodeks...*, s. 697.

³⁶ V. Konarska-Wrzošek, *Uprowadzenie...*, s. 996.

³⁷ Tak S. Hypś w: *Kodeks...*, s. 974.

uprawnionej do sprawowania opieki lub nadzoru bądź wobec osoby podlegającej opiece lub nadzorowi;

- z art. 282 i art. 252 § 1 k.k. – w przypadku uprowadzenia podopiecznego dla okupu, a jeżeli czyn ten łączył się ze szczególnym udręczeniem ofiary – z art. 252 § 2 k.k.;
- z art. 217 k.k. w przypadku naruszenia nietykalności cielesnej uprowadzonego lub zatrzymanego;
- z art. 160 § 1 lub 2 k.k., jeżeli uprowadzenie lub zatrzymanie naraziło ofiarę na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu;
- z art. 189 § 1, 2 lub 3 k.k., jeżeli uprowadzenie lub zatrzymanie łączyło się z pozbawieniem ofiary wolności.

We wszystkich podanych przypadkach w podstawie prawnej skazania sprawcy należy przywołać art. 11 § 2 k.k.

2.10. Wymiar kary i środków karnych

Przestępstwo z art. 211 k.k. zagrożone jest karą pozbawienia wolności do lat 3.

Oznacza to, że w stosunku do sprawcy tego występkę możliwe jest zastosowanie warunkowego umorzenia postępowania przy spełnieniu przesłanek przewidzianych dla tej instytucji (art. 66 § 1 i 2 k.k.). Wraz z warunkowym umorzeniem postępowania sąd może nałożyć na sprawcę pewne obowiązki probacyjne, a w szczególności określone w art. 72 § 1 pkt 7a k.k., tj. powstrzymania się od kontaktowania się z pokrzywdzonym lub innymi osobami w określony sposób lub zbliżania się do pokrzywdzonego lub innych osób.

Na podstawie art. 58 § 3 k.k. możliwe jest orzeczenie wobec sprawcy zamiennej – wobec kary pozbawienia wolności – kary ograniczenia wolności albo kary grzywny.

Przy spełnieniu przesłanek określonych w art. 69 k.k. możliwe jest warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej wobec sprawcy czynu z art. 211 k.k. kary.

Wydaje się, że w stosunku do sprawcy przestępstwa uprowadzenia lub zatrzymania małoletniego do lat 15 albo osoby nieporadnej, gdy był nim rodzic pozbawiony władzy rodzicielskiej, którego władza została zawieszona albo ograniczona w poważnym stopniu albo którego działalność lub zawód łączy się z opieką lub nadzorem nad innymi osobami, możliwe będzie orzeczenie następujących środków karnych:

- zakazu zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej, na okres od roku do lat 10 (art. 39 pkt 2, art. 41 § 1 i 2 oraz art. 43 § 1 k.k.),
- zakazu prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi, na okres od roku do lat 15 (art. 39 pkt 2a oraz art. 43 § 1 k.k.),
- obowiązku powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakazu kontaktowania się z określonymi osobami, zakazu zbliżania się do określonych osób lub zakazu opuszczania

określonego miejsca pobytu bez zgody sądu, na okres od roku do lat 15 (art. 39 pkt 2b, art. 41a § 1 oraz art. 43 § 1 k.k.)³⁸.

Sąd powinien również zawiadomić właściwy sąd rodzinny celem podjęcia odpowiednich decyzji w przedmiocie praw rodzicielskich, jeżeli sprawcą przestępstwa z art. 211 k.k. był rodzic (art. 51 k.k.).

2.11. Tryb ścigania

Występek z art. 211 k.k. ścigany jest w trybie publicznoskargowym z urzędu.

3. OPIS WYNIKÓW BADANIA

Badaniem objęto 520 spraw (tj. wszystkie) z art. 211 k.k., w których w 2012 r. wydano prawomocne postanowienie o niewszczynianiu dochodzenia bądź o jego umorzeniu. Celem była analiza tzw. porwań rodzicielskich i dlatego do obliczeń przyjęto jako podstawę 416 przypadków, które dotyczyły uprowadzeń bądź zatrzymań popełnionych przez członka rodziny lub na jego prośbę. Tego typu czyny stanowiły 80% wszystkich badanych spraw z art. 211 k.k.³⁹

W 94% przypadków zawiadomienie o przestępstwie zgłosił rodzic, któremu odebrano możliwość sprawowania opieki nad dzieckiem. W tym tylko w 14 przypadkach zawiadomienie złożono poprzez adwokata (4% zgłaszających rodziców). Dziadkowie zawiadomili o uprowadzeniu bądź zatrzymaniu dziecka w 3% przypadków, kurator w 1%, a inne osoby w 2% spraw⁴⁰.

Tabela 1. Czas od uprowadzenia bądź zatrzymania małoletniego do zgłoszenia tego czynu		
Czas od popełnienia czynu do jego zgłoszenia	Liczba	Procent
Nie popełniono czynu, zgłoszono tylko przypuszczenie jego popełnienia	10	2,4
Zgłoszono w dniu popełnienia czynu	63	15,1
Zgłoszono na drugi dzień	34	8,2
Zgłoszono między 3. a 7. dniem	82	19,7
Zgłoszono pomiędzy 8. a 14. dniem	34	8,2
Zgłoszono pomiędzy 15. a 30. dniem	44	10,6
Zgłoszono po ponad 30 dniach	77	18,5
Nie ustalono okresu od popełnienia czynu do jego zgłoszenia	72	17,3
Ogółem	416	100

³⁸ Por. V. Konarska-Wrzošek, *Uprowadzenie...*, s. 998.

³⁹ Pozostałe 20% spraw dotyczyło przypadków, w których domniemanym sprawcą była osoba obca lub instytucja (taka jak młodzieżowy ośrodek wychowawczy), która zgłaszała zatrzymanie małoletniego, ponieważ nie mogła objąć dziecka opieką, bądź też przypadków, w których uprowadzenie lub zatrzymanie dotyczyło osoby nieporadnej ze względu na stan psychiczny bądź fizyczny.

⁴⁰ Do innych osób zaliczono w 3 przypadkach opiekunów prawnych, w kolejnych 3 – sąd rodzinny i w 1 przypadku – kierownika urzędu stanu cywilnego.

W 344 sprawach (83%) udało się ustalić czas, jaki minął od uprowadzenia bądź zatrzymania dziecka do zgłoszenia tego faktu organom ścigania. W ponad połowie zbadanych przypadków (52%), w których okres taki udało się ustalić, reagowano w ciągu tygodnia od zniknięcia dziecka.

Wśród 179 osób zgłaszających przestępstwo w okresie 7 dni, 35% dokonało tego już tego samego dnia, w którym dziecko zostało uprowadzone. Około 19% „pokrzywdzonych”, którzy zareagowali w ciągu 7 dni, zgłosiło się z informacją o zaginięciu małoletniego na drugi dzień po odkryciu tego zdarzenia. Dość liczna grupa zgłaszających uprowadzenie w pierwszym tygodniu od jego popełnienia (46%) zawiadomiła o tym fakcie policję w ciągu od 3 do 7 dni.

Dłużej niż tydzień, ale krócej niż miesiąc, czekało z zawiadomieniem o przestępstwie 78 osób (23% wszystkich zgłaszających o przestępstwie). Tylko 77 „pokrzywdzonych” zgłosiło popełnienie przestępstwa w okresie dłuższym niż miesiąc (22%). Zastanawiające jest zwłaszcza to, że w grupie osób, które czekały dłużej niż miesiąc, aby zawiadomić organ ścigania lub wymiaru sprawiedliwości o popełnieniu przestępstwa, 14 osób zwlekało aż rok lub dłużej. Dziać się tak mogło z wielu powodów. Niekiedy już wcześniej zgłoszono uprowadzenie małoletniego organom ścigania, jednak konsekwencje tego zawiadomienia nie satysfakcjonowały osoby zgłaszającej. W innych przypadkach szukano uprzednio pomocy w sądzie rodzinnym i zawiadamiano o problemie policję dopiero po jej nieuzyskaniu.

Tabela 2. Domniemani sprawcy uprowadzenia bądź zatrzymania małoletniego		
Domniemany sprawca	Liczba	Procent
Matka dziecka ¹	197	47,4
Ojciec dziecka ²	181	43,5
Dziadkowie dziecka ze strony matki	19	4,6
Dziadkowie dziecka ze strony ojca	9	2,2
Rodzeństwo rodzica dziecka (ciotki, wujkowie)	5	1,2
Obecny partner rodzica	2	0,5
Znajomy rodzica	3	0,7
Ogółem	416	100

¹ W grupie oskarżonych matek 5 dokonało uprowadzenia bądź zatrzymania dziecka przy udziale innych osób, z czego w 4 przypadkach współdziałały one z dziadkami dziecka.

² W grupie oskarżonych ojców 6 dokonało przestępstwa z artykułu 211 k.k. przy udziale innych osób, w tym w 3 przypadkach oskarżono również o uprowadzenie bądź zatrzymanie dziadków.

Jak wynika z danych zamieszczonych w tabeli 2, w 91% przypadków domniemanym sprawcą uprowadzenia bądź zatrzymania był rodzic. Wśród 378 przypadków, gdzie domniemanym sprawcą uprowadzenia był rodzic, około 3% zabrało dziecko przy pomocy innej osoby, zazwyczaj pomagali im przy tym dziadkowie małoletniego. W grupie 378 oskarżonych rodziców ponad połowę (52%) stanowiły matki. W 10% spraw domniemanym sprawcą uprowadzenia bądź zatrzymania dziecka był inny członek rodziny. Wśród krewnych wskazanych jako domniemany sprawca czyny z art. 211 k.k. znaczną grupę (74%) stanowili dziadkowie małoletniego.

Domniemani sprawcy przestępstwa z art. 211 k.k. w większości (91%) byli byłymi partnerami osób „pokrzywdzonych” tym czynem. Około 7% osób wskazywanych jako domniemani sprawcy uprowadzenia bądź zatrzymania było krewnymi dziecka, nie zawsze spokrewnionymi z rodzicem uprawnionym do opieki. Tylko 1% domniemanych sprawców tego przestępstwa nie był spokrewniony z dzieckiem, ale zabrał dziecko na prośbę jednego z rodziców⁴¹.

W 378 sprawach, w których domniemanym sprawcą uprowadzenia bądź zatrzymania małoletniego był jeden rodzic, a „pokrzywdzonym” drugi, 33% stanowiły osoby po rozwodzie. Drugą dość liczną grupę (około 30%) stanowiły osoby, których nieformalny związek (konkubinat) został zakończony. Najczęściej jednak (tj. w 35% przypadków) do zgłoszenia uprowadzenia małoletniego dochodziło w sytuacjach, w których rodzice dziecka nadal formalnie byli małżeństwem, ale postanowili, że się rozstaną. Tylko 2% rodziców było w formalnej separacji.

Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że do złożenia zawiadomienia wobec drugiego rodzica dochodzi zazwyczaj wtedy, gdy nie ma do końca ustalonych zasad kontaktów i opieki nad dzieckiem. Można zatem przypuszczać, że tak jak przy rozpadzie konkubinatu czy małżeństwa bez orzeczonego rozwodu, rodzice nie porozumieli się co do sprawowania opieki nad dzieckiem. Gdy analizujemy łącznie grupę osób, których nieformalny związek uległ zakończeniu, i małżonków, którzy faktycznie się rozstali, lecz nie dopełnili w tym celu prawnych formalności, to uzyskujemy grupę aż 65% osób, których związek zakończył się w niedalekim czasie przed oskarżeniem byłego partnera o popełnienie czynu z art. 211 k.k.

W 240 sprawach, gdzie doszło do rozpadu konkubinatu lub związku małżeńskiego bez jego formalnego zakończenia, tj. rozwodu bądź separacji, sprawowanie opieki ustalono jedynie w 32% przypadków. Kwestia ta nie została ustalona sądownie w 68% spraw. Wśród 77 rodzin, w których doszło do sądowego ustalenia sprawowania opieki, w ponad połowie (52%) przypadków dziecko powierzono matce. Tylko w 23% przypadków sąd rodzinny przyznał opiekę nad dzieckiem ojcu. W 22% przypadków opiekę nad małoletnim powierzono obojgu rodzicom. W 3% spraw dziecko miało opiekuna prawnego, który sprawował nad nim pieczę.

W grupie 240 spraw, w których doszło do rozpadu konkubinatu bądź związku małżeńskiego bez jego formalnego zakończenia tylko w 36% przypadków sądownie ustalono miejsce zamieszkania dziecka. Pozostałe 64% rodziców, których wspólne pożycie się zakończyło, nie miało tej kwestii uregulowanej prawnie. Przez fakt, że w tej grupie spraw nie sformalizowano jeszcze rozpadu związku, w aż 73% przypadków nie doszło również do ustalenia sposobu realizacji kontaktów z dzieckiem przez rodzica, który z małoletnim nie mieszka.

Proporcja ta jest już inna w sytuacji, w której doszło do formalnego rozwodu bądź separacji. Wśród 132 spraw, w których małżeństwo rodziców dziecka zostało formalnie zakończone, w aż 86% ustalono sądownie sprawowanie opieki. Tylko w 14 przypadkach sąd nie ustalił tej kwestii. Wśród 114 przypadków, w których doszło do sądowego ustalenia opieki, również najczęściej, bo w 56% spraw, małoletniego powierzano matkom. Ojcom sprawowanie opieki sąd rodzinny nakazał

⁴¹ Chociaż domniemanym sprawcą jest osoba obca, to jej działania są związane z wolą jednej z osób uprawnionych do opieki nad małoletnim.

tylko w 14% przypadków. Obojgu rodzicom opiekę nad małoletnim powierzono w 30% spraw. W większości przypadków rodzin (72%), w których rozpad związku został uregulowany prawnie, sąd ustanowił również kontakty dziecka z jednym z rodziców. W takim postanowieniu precyzyjnie ustala się dni i godziny, w których osoba niepełniająca bezpośredniej opieki nad dzieckiem ma prawo do widywania się z małoletnim.

Podsumowując, do nieporozumień między rodzicami odnośnie do sprawowania opieki nad dzieckiem bądź też realizowania kontaktów z dzieckiem dochodzi najczęściej tuż po rozpadzie ich związku. Jest to okres, gdy wiele ważnych dla małoletniego kwestii nie jest jeszcze uregulowanych prawnie, a negatywne emocje niejednokrotnie powodują, że zamiast próbować ustalić między sobą zasady sprawowania opieki, rodzice zgłaszają przestępstwo z art. 211 k.k.

W 80% przypadków uprowadzenie bądź zatrzymanie dotyczyło jednego małoletniego, w 17% dwojga dzieci, a w 3% trojga lub więcej.

W analizowanych sprawach uprowadzenie bądź zatrzymanie zgłoszono ogółem w stosunku do 521 małoletnich. Zbadane sprawy w 30% dotyczyły dzieci w wieku od 4 do 6 lat, w 23% – od 7 do 10 lat, w 21% – do 3 lat, w 17% – od 11 do 14 lat. Tylko w 2% spraw zgłoszono uprowadzenie lub zatrzymanie osoby, która miała już ukończone 15 lat. W 7% spraw nie było danych na temat wieku małoletnich.

Interesujący jednak jest fakt, że tylko w 121 przypadkach (29%) usiłowano dociec, co na temat zaistniałej sytuacji myśli małoletni. Z uzyskanych informacji wynika zaś, że ponad połowa dzieci (59%) chciała zostać z domniemanym sprawcą, 28% było dziećmi do 1. roku życia, które oczywiście nie umiały jeszcze mówić. Tylko 7% małoletnich chciało wrócić do pokrzywdzonego rodzica. W pozostałych 6% przypadków sytuacja ta wyglądała inaczej: małoletni chciał zazwyczaj przez krótki czas pobyc z domniemanym sprawcą porwania, a potem wrócić do osoby, która uważała się pokrzywdzoną przestępstwem z art. 211 k.k.

Osoba zgłaszająca przestępstwo z art. 211 k.k. w 370 przypadkach wiedziała, gdzie przebywa dziecko, w tym aż w 75% spraw znała dokładny adres.

Największy odsetek (35 spraw) stanowiły osoby, które zabrały dziecko z miejsca zamieszkania do innego lokalu znajdującego się w tej samej miejscowości. Bardzo często, bo aż w 27% przypadków, uprowadzano dziecko poza granice kraju, w którym dotychczas mieszkało. W niespełna 18% spraw wywieziono małoletniego do innej miejscowości. W 11% przypadków nie ustalono miejsca, do którego zabrano małoletniego. W pozostałych 9% spraw nie doszło do wywiezienia dziecka z jego miejsca zamieszkania⁴².

„Odebranie” dziecka drugiemu rodzicowi przybierało bardzo różnorodne formy. Sposób działania udało się ustalić w 414 przypadkach, tj. niemal we wszystkich. Najczęściej, bo w nieco ponad 33% przypadków, w których udało się ustalić sposób zabrania dziecka, małoletni był odbierany przy okazji widzenia się z rodzicem. Formy takiego kontaktu były różne, ale najczęściej osoba „pokrzywdzona” wyrażała zgodę na krótkotrwały wyjazd dziecka z domniemanym sprawcą. Zdarzały

⁴² Są to sprawy, w których dziecko zostało zatrzymane przez osobę sprawującą opiekę w celu utrudnienia byłemu partnerowi kontaktu z małoletnim (27 przypadków) oraz takie, gdzie zgłoszono podejrzenie popełnienia przestępstwa bądź tylko jego usiłowanie (14 przypadków).

się jednak również sytuacje, w których rodzic kontaktował się z dzieckiem poza miejscem jego zamieszkania i nie odprowadzał go do rodzica sprawującego opiekę. W 27% przypadków, w których ustalono sposób odebrania (tj. 414 spraw), osoba sprawująca opiekę zmieniła tylko miejsce zamieszkania – swoje i dziecka. Uczyniła to jednak bez porozumienia z byłym partnerem, nie dając mu szansy na wyrażenie zgody na zmianę miejsca zamieszkania dziecka. Zgłaszający uprowadzenie na policję był jednak często informowany przez osobę, która zabrała dziecko, o nowym adresie, pod którym dziecko przebywa. Około 10% sprawców zabrało natomiast małoletniego bez zgody osoby uprawnionej do opieki podczas jej nieobecności – najczęściej z miejsca edukacji lub zabawy, gdzie dziecko przebywało pod opieką innych osób, ale zdarzały się też przypadki, że zabierano je z domu. Doniesienia o popełnieniu przestępstwa z art. 211 k.k. zdarzały się (6% przypadków) również wtedy, gdy dziecko przebywało przez krótki czas poza miejscem zamieszkania z rodzicem bądź osobą, której sprawujący opiekę powierzył małoletniego, np. pojechali na wakacje, wycieczkę lub też poszli na spacer. Spośród 414 spraw 5% stanowiły takie, w których zachowanie domniemanego sprawcy polegało jedynie na uniemożliwieniu uprawnionej osobie kontaktu z dzieckiem. Również w 5% spraw to dziecko samo przyszło do domniemanego sprawcy i chciało z nim zostać. W 4% spraw uznano, że dziecko zostało odebrane drugiemu rodzicowi przy użyciu siły. W 2% spraw nie doszło do zabrania małoletniego, zostało zgłoszone tylko podejrzenie usiłowania popełnienia przestępstwa z art. 211 k.k. W 1% przypadków sam „pokrzywdzony” wydał dziecko domniemanemu sprawcy w celu sprawowania przez niego opieki, a później mimo to złożył zawiadomienie.

Doniesienia składano nawet w przypadkach, w których osoba odbierająca dziecko realizowała postanowienie sądu (1%) lub spotkała się z dzieckiem w terminie innym niż wyznaczony przez sąd (1%). W 4% przypadków miały miejsce inne pojedyncze zachowania.

W badaniu zwrócono uwagę również na to, czy osoba opiekująca się dzieckiem mogła sprowokować byłego partnera do działania, które później uznano za przejaw przestępstwa z art. 211 k.k. Zwrócono zatem uwagę, czy rodzic sprawujący opiekę nad dzieckiem utrudniał kontakt drugiemu. Z 378 spraw, w których osobą zarówno „pokrzywdzoną”, jak i krzywdzącą był rodzic, tylko w 22% przypadków dochodziło do utrudniania kontaktów z dzieckiem. W 69% tych spraw takie zachowanie nie miało miejsca (co wyraźnie zaznaczono w aktach sprawy), a w 9% przypadków nie było w aktach informacji odnośnie do utrudniania kontaktów z dzieckiem.

W 345 przypadkach (83% wszystkich spraw) ustalono przybliżony powód uprowadzenia bądź zatrzymania dziecka. Najliczniejszą grupę (24%) stanowiły osoby, które sprawowały opiekę nad dzieckiem i z jakiegoś powodu zmieniły swoje i dziecka stałe miejsce zamieszkania.

W grupie osób, które zmieniły miejsce zamieszkania, większość (63%) wyjechała z dzieckiem za granicę w celu podjęcia pracy. Około 28% osób z tej grupy zmieniło stałe miejsce zamieszkania, ale zostało w kraju, w którym do tej pory małoletni przebywał. Tylko 9% rodziców wywiozło małoletniego w miejsce nieznanie osobie, która złożyła zawiadomienie.

Tabela 3.

Przyczyny domniemanego uprowadzenia bądź zatrzymania małoletniego

	Liczba	Procent
Zmiana miejsca zamieszkania	83	20,0
Chęć sprawowania opieki nad dzieckiem	79	19,0
Dobro dziecka ¹	55	13,2
Chęć kontaktu z dzieckiem lub jego przedłużenia ²	41	9,9
Krótkotrwały pobyt poza stałym miejscem zamieszkania dziecka ³	31	7,5
Zemsta na byłym partnerze	25	6,0
Realizacja postanowienia sądu rodzinnego	10	2,4
Dla uzyskania czegoś od drugiego z rodziców	9	2,1
Osoba wskazana w zawiadomieniu opiekowała się dzieckiem na prośbę jednego z rodziców	4	1,0
Dziecko samo przyszło i chciało zostać u domniemanego sprawcy	3	0,7
Inne przyczyny	3	0,7
Dziecka nie zabrano (usiłowanie)	2	0,5
Brak danych	71	17,0
Ogółem	416	100

¹ W tej kategorii mieściły się 23 sprawy, w których chciano ochronić dziecko przed przemocą bądź molestowaniem. W pozostałych 32 przypadkach osoba, którą oskarżano o uprowadzenie bądź zatrzymanie, uważała, że zajmie się małoletnim w lepszy sposób niż osoba, która do tej pory sprawowała opiekę.

² W 24 przypadkach oskarżono rodzica z art. 211 k.k., ponieważ spotkał się z dzieckiem bez zgody osoby sprawującej opiekę nad dzieckiem, a w 17 przypadkach za przedłużenie kontaktu z dzieckiem.

³ W większości przypadków chodziło o wyjazd jednego z rodziców z dzieckiem na wakacje. Zdarzały się też jednak takie sprawy, gdzie oskarżono rodzica o uprowadzenie dziecka, ponieważ pojechał on na jednodniową wycieczkę bądź poszedł na spacer. Swoiste *curiosum* stanowiło oskarżenie znajomej matki dziecka z art. 211 k.k. przez ojca, gdy ta, za zgodą osoby sprawującej opiekę nad dzieckiem, odebrała małoletniego ze świetlicy szkolnej, aby spędził u niej popołudnie, bawiąc się z jej dzieckiem.

Spośród wskazanych powyżej 345 spraw, gdzie znano motyw zabrania dziecka, w około 23% przypadków powodem uprowadzenia bądź zatrzymania małoletniego była chęć sprawowania nad nim opieki. W 55 przypadkach (16%) osoba, która uprowadziła bądź zatrzymała małoletniego, kierowała się jego dobrem. Wśród osób, które uznały, że dziecko będzie miało lepiej pod ich opieką, aż 42% jako powód działania podało ochronę małoletniego przed przemocą lub molestowaniem. Około 12% zatrzymało bądź uprowadziło małoletniego z chęci zaspokojenia potrzeby kontaktu z dzieckiem bądź jego wydłużenia. W 9% spraw powodem zabrania dziecka od osoby sprawującej opiekę był krótkotrwały wyjazd z dzieckiem poza jego miejsce zamieszkania – na wycieczkę, wakacje lub spacer. Około 7% domniemanych sprawców popełniło, jak stwierdzono w doniesieniu, czyn z art. 211 k.k., chcąc w ten sposób zemścić się na byłym partnerze. W około 3% przypadków uprowadzeniem nazwano realizowanie postanowienia sądu, kiedy osoba pomówiona o ten czyn miała prawo do tymczasowej opieki nad dzieckiem, z tym zaś nie mógł się pogodzić drugi rodzic. W około 3% spraw zabranie dziecka miało służyć uzyskaniu od byłego partnera jakichś korzyści. Spośród oskarżonych o zatrzymanie bądź uprowadzenie

1% sprawował opiekę nad dzieckiem na prośbę jednego z rodziców. W kilku przypadkach (1%) dzieci same przyszły do osoby, którą oskarżono o popełnienie przestępstwa z art. 211 k.k. W pozostałych przypadkach (1%) odnotowano innego typu powody rzekomego uprowadzenia bądź zatrzymania małoletniego.

W aktach prokuratorskich 410 spraw (98% wszystkich) zawarta była informacja, czy osoba pokrzywdzona przestępstwem z art. 211 k.k. usiłowała odebrać dziecko.

Większość (65%) nie próbowała odebrać małoletniego przed zgłoszeniem przestępstwa z art. 211 k.k. Wśród tych 265 osób aż 62% nie znało dokładnego miejsca pobytu uprowadzonego, a 35% musiałoby udać się po małoletniego poza granice kraju. Tylko 3% „pokrzywdzonych” nie działało w taki sposób.

Około 35% osób, co do których w aktach zawarta była taka informacja, usiłowało odebrać dziecko od domniemanego sprawcy.

Pośród 145 takich spraw najczęściej, bo w 61% przypadków, korzystano z pomocy policji, natomiast w 26% rodzic samodzielnie, bez korzystania z jakiegokolwiek pomocy, próbował odzyskać małoletniego. O pomoc w odzyskaniu dziecka zwrócono się natomiast do kuratora w 3% spraw. W 2% takich spraw korzystano z pomocy znajomego lub członka rodziny. Tylko w 1% przypadków zwrócono się o pomoc do sądu rodzinnego. W pozostałych 7% przypadków rodzic starał się uzyskać pomoc z różnych źródeł jednocześnie⁴³.

W 97 przypadkach (67% spraw, w których usiłowano odebrać dziecko) udało się uzyskać informacje o zachowaniu się osoby przetrzymującej małoletniego przy próbie jego odebrania. Najczęściej (28% przypadków) domniemany sprawca uprowadzenia wpuszczał do domu osoby chcące odzyskać dziecko, ale nie pozwalał im na jego odebranie. Interwencje policji w domu domniemanego sprawcy przebiegały zaś z reguły następująco: funkcjonariusze stwierdzali, że dziecku nie dzieje się krzywda i zostawiali je na miejscu, ponieważ przebywało ono z osobą uprawnioną do opieki. Około 27% domniemanych sprawców przy próbie odzyskania dziecka udawało, że nie ma ich w domu lub też nie otwierało drzwi osobom, które usiłowały odzyskać małoletniego. W 22% przypadków domniemany sprawca sam odwiózł dziecko do osoby uprawnionej do opieki. W 16% przypadków domniemani sprawcy zachowywali się w sposób agresywny. W pozostałych 7% spraw doszło do innych, mniej istotnych zachowań przy próbie odebrania dziecka.

Podczas analizy materiału empirycznego uznano, że w 328 sprawach (tj. niemal 80%) rodzic, który zabrał dziecko, nie miał do tego prawa⁴⁴. Ponad połowa (56%) tego typu przypadków dotyczyła sytuacji, w których nie była sądownie ustalona opieka nad małoletnim oraz jego miejsce zamieszkania. W pozostałych 44% spraw zabrano dziecko osobie uprawnionej do sprawowania nad nim opieki.

W większości przypadków (61%) dziecko nie zostało zwrócone osobie „pokrzywdzonej”. W 31% spraw małoletni wrócił pod opiekę osoby, która zawiadomiła o jego uprowadzeniu bądź zatrzymaniu. W 8% spraw nie było na ten temat informacji w aktach.

⁴³ Najczęściej korzystano jednocześnie z pomocy policji i kuratora bądź policji i sądu rodzinnego (po 3 przypadki), w 2 sprawach zwrócono się o pomoc jednocześnie do policji i osoby znajomej, w 1 przypadku pomocy szukano u kuratora i sądu rodzinnego i w 1 przypadku poruszono wszystkie organy, tj. policję, kuratora oraz sąd rodzinny.

⁴⁴ W pozostałych 21% przypadków oskarżono z art. 211 k.k. osobę, która miała sądownie przyznane prawo do sprawowania opieki nad małoletnim.

Kwestię odzyskania małoletniego w rozbiciu na przypadki, w których opieka i miejsce zamieszkania były ustalone bądź nie, przedstawiono w tabeli 4.

Tabela 4. Odzyskanie małoletniego w toku postępowania						
	Dziecko wróciło do „pokrzywdzonego”		Dziecko nie wróciło do „pokrzywdzonego”		Brak danych	
	liczba	procent	liczba	procent	liczba	procent
Sądowo ustalona opieka i miejsce zamieszkania	74	70%	76	38%	15	58%
Nieustalona opieka i miejsce zamieszkania	31	30%	123	62%	11	42%
Ogółem	105	100%	199	100%	26	100%

W badaniu zwrócono również uwagę na motywy, jakie kierowały zgłaszającymi przestępstwo. Intencje były różnorodne i złożone.

Tabela 5. Powód zgłoszenia czynu		
Powód	Liczba	Procent
Ograniczony kontakt z dzieckiem	119	28,6
Zmiana miejsca zamieszkania	72	17,3
Niepokój o dziecko	49	11,8
Odebranie dziecka osobie sprawującej opiekę	107	25,7
Naruszenie prawa o współdecydowaniu o ważnych sprawach w życiu dziecka	14	3,4
Chęć przejęcia opieki nad dzieckiem	11	2,6
Odwet, zemsta na byłym partnerze	9	2,2
Naruszenie postanowienia sądu	18	4,3
Inne powody	13	3,1
Brak danych	4	1,0
Ogółem	416	100

Najliczniejszą grupę (29% zgłaszających przestępstwo) stanowili ci, którzy uznawali, że ich kontakt z dzieckiem jest mocno ograniczany przez osobę sprawującą opiekę nad małoletnim. Wśród 119 przypadków, 68% nie miało osobistego kontaktu z dzieckiem. Pozostali (32%) uznawali, że ich kontakty z małoletnim są zbyt rzadkie i mocno ograniczane, twierdząc, że zła wola osoby sprawującej opiekę nad dzieckiem jest głównym powodem utrudniania spotkań rodzica z dzieckiem.

Kolejną dość liczną grupę (26%) stanowiły osoby, które do momentu odebrania im dziecka sprawowały nad nim opiekę. Około 17% „poszkodowanych” zgłosiło uprowadzenie dziecka ze względu na fakt, iż rodzic sprawujący opiekę nad

małoletnim zmieniał stałe miejsce zamieszkania swoje i dziecka. W tych przypadkach zmiana ta wynikała raczej z potrzeby znalezienia pracy bądź poprawy warunków życia niż ze złej woli i chęci utrudniania kontaktu dziecka z rodzicem. Osoba pokrzywdzona była zresztą zazwyczaj poinformowana o nowym miejscu zamieszkania dziecka. Należy jednak podkreślić, że osoba, która uznała się za „pokrzywdzoną”, w takim wypadku miała do tego prawo, gdyż uniemożliwiono jej współdecydowanie o ważnych kwestiach dotyczących dziecka, do których niewątpliwie należy wybór jego miejsca zamieszkania. Około 12% zgłaszających uprowadzenie zawiadomiło o przestępstwie z powodu niepokoju o dziecko, ponieważ nie wiedzieli, co się stało i gdzie małoletni przebywa. Byli również tacy (4%), którzy zgłaszali przestępstwo, ponieważ uznali, że naruszono postanowienie sądu rodzinnego. Dotyczyło to zazwyczaj kontaktu z dzieckiem w innym terminie niż wyznaczony przez sąd. Około 3% „pokrzywdzonych” zgłosiło uprowadzenie dziecka uznając, że zostały naruszone ich prawa o współdecydowaniu o ważnych sprawach w życiu dziecka. Tyle samo (3%) rodziców chciało poprzez takie zgłoszenie uzyskać możliwość sprawowania opieki nad dzieckiem. Inne powody zgłoszenia przestępstwa miało 3% badanych. Tylko 2% zgłaszających uprowadzenie zrobiło to, chcąc się odegrać na byłym partnerze. W około 1% przypadków nie udało się zaś ustalić motywów, jakie kierowały osobą zgłaszającą przestępstwo.

W 48 sprawach (11%) osoby, które składały zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa uprowadzenia, oskarżały byłego partnera również o inny czyn. Wśród nich ponad połowę (56%) stanowili ci, którzy zarzucali byłemu partnerowi znęcanie się nad rodziną. Ponad 10% rodziców oskarżała swojego byłego partnera o molestowanie dziecka. W pozostałych 33% spraw zarzucano byłym partnerom rozmaite przestępstwa, takie jak kradzież, groźba karalna, nękanie lub zaniedbanie małoletniego.

W aktach prokuratorskich bardzo rzadko (4% przypadków), znajdowała się opinia psychologiczna dotycząca relacji rodziców z dziećmi. Opinia taka była wydawana na potrzeby sądu rodzinnego i tylko dołączona do akt w badanej sprawie karnej. To samo dotyczyło wywiadów środowiskowych, przeprowadzanych zazwyczaj przy ustalaniu w sądzie opieki nad małoletnim. Takich informacji było już naprawdę bardzo mało, bo niecałe 2%.

Prokuratura w większości przypadków (81%) podjęła tylko czynności sprawdzające. Postępowanie wszczęto w 18% przypadków, a przedstawiono zarzuty tylko 1% osób oskarżanych przez osobę pokrzywdzoną. Wśród ogółu przypadków 65% dotyczyło domniemanego uprowadzenia, a 30% – zatrzymania małoletniego. Pozostałe 5% to zarówno domniemane uprowadzenie, jak i zatrzymanie.

W 397 sprawach ustalono, jaki czas upłynął od zgłoszenia popełnienia przestępstwa do wydania decyzji o jego zakończeniu. Ponad połowa (57%) spraw trwała do miesiąca. W ciągu tygodnia zakończono czynności lub postępowanie w 21% przypadków. Dwa, trzy miesiące zajęło prokuraturze załatwienie 15% spraw. Tylko w 7% przypadków trwało to dłużej niż dwa, trzy miesiące⁴⁵.

Czynności podjęte przez organy ścigania w 81% spraw zakończyły się postanowieniem o odmowie wszczęcia dochodzenia, w 19% przypadków zaś umorzeniem

⁴⁵ Do pół roku trwało 17 spraw, do roku – 10, w 2 przypadkach postępowanie trwało ponad rok.

postępowania. Podstawą niewszczyniania lub umorzenia postępowania w 83% przypadków był przepis art. 17 § 1 pkt 2 kodeksu postępowania karnego⁴⁶, który stanowi, że nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego albo ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa. W około 10% przypadków podstawą niewszczyniania bądź umorzenia postępowania był brak danych uzasadniających podejrzenie popełnienia przestępstwa. W 5% spraw uznano, że przestępstwa nie popełniono. W pozostałych 2% odwołano się do innej podstawy prawnej.

Tylko w 159 przypadkach (38%) prokurator uzasadnił, dlaczego nie wszczyna postępowania bądź je umarza. W znacznej większości (76%) podstawą decyzji było stwierdzenie, że rodzic, który ma pełną władzę rodzicielską, nie może być sprawcą przestępstwa z art. 211 k.k. Powoływano się przy tym na orzeczenie Sądu Najwyższego z 9.12.2003 r.⁴⁷, w którym stwierdzono, że podmiotem tego przestępstwa może być jedynie rodzic, któremu wcześniej odebrano lub ograniczono prawa rodzicielskie. W 10% spraw stwierdzono, że nie można uznać danego przypadku za uprowadzenie bądź zatrzymanie małoletniego, ponieważ to sąd rodzinny ustalił, że małoletni ma przebywać z osobą, co do której złożono zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z art. 211 k.k. W kolejnych 8% przypadków uznano, że dziecku nie dzieje się krzywda, w 4% doszło do porozumienia stron i małoletni wrócił do osoby uprawnionej do sprawowania opieki. Tylko w 2% spraw stwierdzono, że czyn nie zawiera znamion przestępstwa, bo małoletni ma skończone 15 lat.

Jak wynika z przedstawionych powyżej rezultatów badania, w praktyce organów ścigania w sprawach, w których umorzono postępowanie lub odmówiono jego wszczęcia, przeważa pogląd, że nie można uznać rodzica, który ma pełną władzę rodzicielską, za sprawcę czynu z art. 211 k.k., gdyż może on decydować o miejscu pobytu dziecka. Wydaje się jednak, że praktyka taka nie może zostać zastosowana wobec wszystkich przypadków, w których dochodzi do naruszenia pełnej władzy rodzicielskiej jednego z rodziców przez drugiego z nich – również posiadającego takie prawa, gdyż takie działanie sprawcy może niekiedy narazić drugiego rodzica na niemożność sprawowania opieki nad małoletnim lub współdecydowania o ważnych dla niego sprawach, a tym samym ograniczać go w wykonywaniu przysługującej mu władzy rodzicielskiej.

4. PODSUMOWANIE I WNIOSKI

Rekapitulując przedstawiony powyżej materiał empiryczny, można podzielić opinię V. Konarskiej-Wrzošek, że przestępstwo uprowadzenia bądź zatrzymania małoletniego utraciło swój typowo kryminalny charakter, stając się w istocie bardziej problemem prawa rodzinnego i opiekuńczego niż prawa karnego⁴⁸. Prawie połowa zgłoszeń popełnienia przestępstwa wynikała raczej z braku ustaleń pomiędzy rodzicami co do istotnych kwestii w życiu dziecka, a zwłaszcza braku rozstrzygnięcia na gruncie prawa rodzinnego i opiekuńczego kwestii sprawowania pieczy nad

⁴⁶ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej jako k.p.k.

⁴⁷ Postanowienie SN z 9.12.2003 r. (III KK 116/03).

⁴⁸ V. Konarska-Wrzošek, *Uprowadzenie...*, s. 999.

małoletnim (49%) oraz jego miejsca zamieszkania (44%). Składano wówczas zazwyczaj zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa wobec rodzica, który faktycznie podjął się opieki nad dzieckiem. W takiej sytuacji właściwsze wydaje się jednak poprzestanie na rozstrzygnięciu istotnych kwestii dotyczących małoletniego przy wykorzystaniu instytucji prawa rodzinnego.

Drugą grupę, która powinna dojść do porozumienia w trakcie trwania postępowania rodzinno-opiekunczego, stanowili rodzice (12%), którzy zgłosili zatrzymanie dziecka, ponieważ rodzic sprawujący bezpośrednią opiekę nad małoletnim nie pozwalał im na kontakt z dzieckiem lub nie zgadzał się z postanowieniem sądu rodzinnego odnośnie do tego, kto ma sprawować pieczę nad małoletnim. Wydaje się, że problemy te mogłaby z kolei rozwiązywać mediacja pomiędzy rodzicami prowadzona w trakcie postępowania przed sądem rodzinnym.

Niekiedy jednak konieczne jest zastosowanie prawa karnego. Dotyczy to 11% analizowanych spraw, w których „pokrzywdzony” rodzic nie miał w ogóle żadnego kontaktu z dzieckiem. W przypadkach tych bowiem niewszczywanie postępowania bądź jego umarzanie tylko dlatego, że osoba, która nie dopuszcza do spotkań między rodzicem i małoletnim, ma pełną władzę rodzicielską, wydaje się niesłuszne.

W świetle przeprowadzonej analizy za trafny należy uznać pogląd, że jeżeli „jedno z rodziców, mając pełnię władzy rodzicielskiej, uprowadza dziecko, czyli zmienia jego miejsce pobytu bez zgody drugiego z rodziców i tym samym uniemożliwia mu jako uprawnionemu wykonywanie jego prawa do pieczy nad dzieckiem i kierowania nim (narusza jego prawo do opieki), to swoim zachowaniem wypełnia znamiona przestępstwa z art. 211 k.k. (...) Wydaje się również, że możliwe jest popełnienie czynu zabronionego z art. 211 k.k. w postaci zatrzymania małoletniego przez rodzica mającego pełną władzę rodzicielską”⁴⁹. Należy jednak podkreślić, że każdy przypadek uprowadzenia bądź zatrzymania dziecka przez rodzica mającego pełną władzę rodzicielską należy rozpatrywać *in concreto*, z dużą ostrożnością, dbając przede wszystkim o dobro dziecka⁵⁰.

Do niejednoznacznych należą przypadki, w których rodzic sprawujący pieczę nad dzieckiem zmienił swoje i małoletniego miejsce zamieszkania na znajdujące się w innym kraju. W każdej takiej sytuacji należałoby bowiem ustalić, na ile takie zachowanie podyktowane jest innymi względami niż chęć ograniczenia lub uniemożliwienia kontaktu z dzieckiem drugiemu z rodziców. Wiadomo przecież, że osoba zabierająca małoletniego poza granice kraju powinna uzyskać zgodę drugiego rodzica, a w omawianych przypadkach do opuszczenia kraju doszło bez uzyskania takiej zgody. Jednak w większości tego typu spraw osoba opiekująca się dzieckiem poinformowała później „pokrzywdzonego” rodzica o swoim nowym miejscu zamieszkania.

Badanie nie objęło przypadków, w których w oparciu o art. 211 k.k. skierowano do sądów akty oskarżenia⁵¹. Wydaje się jednak, że – na podstawie obecnie obowiązującego przepisu kodeksu karnego – możliwe jest ściganie sprawców tzw. porwań rodzicielskich. Przeprowadzona analiza pokazuje bowiem, że w części

⁴⁹ M. Mozgawa, M. Kulik, A. Szczekała, *Przestępstwo...*, s. 29–31.

⁵⁰ M. Mozgawa, M. Kulik, A. Szczekała, *Przestępstwo...*, s. 30.

⁵¹ Badanie spraw zakończonych orzeczeniem sądowym jest w toku realizacji.

przypadków naruszenie władzy rodzicielskiej jednego z rodziców posiadającego pełnię praw rodzicielskich przez drugiego z nich – posiadającego taki sam zakres uprawnień w stosunku do małoletniego – powinno być ścigane. Wystarczający dla tego celu wydaje się art. 211 k.k. w obecnie obowiązującym brzmieniu. Będzie to dotyczyć sytuacji, w których zmiana miejsca pobytu małoletniego lub jego zatrzymanie skutkować będzie uniemożliwieniem drugiemu rodzicowi realizowania władzy rodzicielskiej i tym samym naruszy jego prawo do opieki nad dzieckiem. W każdym jednak pojedynczym przypadku niezbędna będzie dokładna analiza wszystkich okoliczności sprawy, aby reakcja prawnokarna następowała wyłącznie tam, gdzie jest niezbędna.

5. PRZYKŁADY SPRAW

5.1. Sprawy dotyczące utrudniania kontaktów z dzieckiem

Przypadek 1 (1DS 710/12)

Do Prokuratury Rejonowej w Sopocie wpłynęło 12.01.2012 r. zawiadomienie ojca dziecka, który oskarżył byłą żonę o utrudnianie mu kontaktów z małoletnim.

Rodzice 14.03.2011 r. uzyskali rozwód. W postanowieniu sąd rodzinny przyznał opiekę nad dzieckiem obojgu rodzicom, jednak miejsce zamieszkania małoletniego ustanowiono przy matce. Wyznaczono również terminy kontaktów ojca z dzieckiem.

Pokrzywdzony zeznał, że od momentu wyroku rozwodowego jego była żona wielokrotnie nie pozwalała mu na spotkanie z córką w dni wyznaczone przez sąd.

Dnia 20.08.2012 r. wydano postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania, ponieważ stwierdzono, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego (art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.), przy czym powołano się na postanowienie Sądu Najwyższego z 18.12.1992 r. (I KZP 40/92), „Wokanda” 1993/2, poz. 8. Uznano, że matka dziecka nie może być sprawcą zatrzymania małoletniego, bo jest osobą uprawnioną do sprawowania nad nim opieki.

Przypadek 2 (3Ds 306/12)

Do Prokuratury Rejonowej w Warszawie 11.05.2012 r. złożono zawiadomienie: matka oskarżyła ojca dziecka o utrudnianie jej realizowania kontaktów z małoletnim.

Małżeństwo rodziców małoletniego zostało rozwiązane 24.02.2011 r. Sąd rodzinny powierzył opiekę nad dzieckiem ojcu i jednocześnie ograniczył władzę rodzicielską matki do decydowania o istotnych sprawach dziecka. Uznano również, że miejscem zamieszkania dziecka będzie miejsce zamieszkania ojca. Wyznaczono terminy kontaktów matki z synem.

Matka zeznała, że jej były mąż wielokrotnie nie pozwolił jej na kontakt z dzieckiem. Ojciec uznał, że nie chce, aby była żona ingerowała w jego obecne życie. Stworzył dla ich dziecka nową rodzinę i odwiedziny byłej partnerki wprowadzały niepokój. Dlatego odmawiał matce kontaktów z dzieckiem.

Prokuratura wydała 22.06.2012 r. postanowienie o umorzeniu dochodzenia stwierdzając, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego. Stanowiska tego nie uzasadniono.

5.2. Sprawy, w których zawiadomienie o przestępstwie było oczywiście bezzasadne

Przypadek 3 (1Ds 1460/12)

Do Prokuratury Rejonowej w Piotrkowie Trybunalskim 3.08.2012 r. wpłynęło zawiadomienie złożone przez ojca, że matka uprowadziła ich małoletnie dziecko.

Rodzice dziecka rozwiedli się 20.10.2010 r. i mają pełną władzę rodzicielską. Podczas rozprawy rozwodowej ustalono, że miejscem zamieszkania dziecka będzie miejsce zamieszkania matki, która będzie sprawować nad nim pieczę. Zostały również ustalone kontakty ojca z małoletnim.

Matka dziecka, która sprawowała nad nim pieczę, wyjechała z nim na wakacje. Upřednio o swoich planach poinformowała ojca dziecka oraz oznajmiła mu, że będzie się mógł zobaczyć z synem po 20 sierpnia. Mimo to były mąż oskarżył ją o uprowadzenie dziecka.

Dnia 8.08.2012 r. wydano postanowienie o odmowie wszczęcia dochodzenia, ponieważ stwierdzono, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego. Uzasadnienie postanowienia nie zostało sporządzone.

Przypadek 4 (2Ds 3492/12)

Do Prokuratury Rejonowej w Gdańsku wpłynęło 4.12.2012 r. zawiadomienie, w którym matka dziecka oskarżała swojego konkubenta, niebędącego biologicznym ojcem małoletniego, o jego uprowadzenie.

Podczas podróży samochodem z dwuletnim synem doszło do kłótni pomiędzy partnerami. Prowadzący samochód zatrzymał się na stacji benzynowej, żeby uzupełnić paliwo. Wtedy jego konkubina wysiadła z samochodu i pobiegła w kierunku lasu (kobieta liczyła, że partner pobiegnie za nią). Po zatankowaniu konkubent odjechał wraz z dzieckiem do domu i zostawił swoją partnerkę na stacji. Ona, nie sprawdzając, czy dziecko dotarło bezpiecznie do miejsca zamieszkania, zawiadomiła policję o jego uprowadzeniu. Po pogodzeniu się z partnerem od razu wycofała swoje zeznanie. Czyn ten niewątpliwie miał być zemstą na konkubencie, który zachował się w inny sposób, niż kobieta oczekiwała.

5.3. Sprawy, w których doszło do opuszczenia kraju

Przypadek 5 (1Ds 705/12/s)

Do Prokuratury Rejonowej w Wałbrzychu 14.07.2012 r. wpłynęło zawiadomienie o uprowadzeniu dziecka złożone przez ojca – obywatela Belgii. Oskarżył on żonę, że bez jego zgody wywiozła ich wspólną córkę z Belgii do Polski.

Wcześniej, 30.03.2012 r., belgijski sąd przyznał władzę rodzicielską obojgu rodzicom, a miejsce zamieszkania dziecka ustalił przy ojcu. Nakazał również bezwzględny powrót małoletniej do Belgii.

Wystąpiono z wnioskiem o wydanie dziecka w trybie konwencji haskiej. Sąd Rejonowy w Wałbrzychu oddalił wniosek, ponieważ uznał, „że oddanie dziecka pod wyłączną opiekę ojca, jak i rozłąka z matką, narazi małoletnią na szkodę fizyczną i psychiczną oraz spowoduje u niej sytuację nie do zniesienia”. Do takiego rozstrzygnięcia przyczyniła się m.in. opinia psychologa, który uznał, że dla małoletniej

osobą spełniającą wiodącą rolę jest matka i rozłąka z nią mogłaby doprowadzić dziewczynkę do braku zaspokojenia potrzeby bezpieczeństwa. Ponadto matka dziecka nie utrudniała kontaktów ojca z dzieckiem.

Prokuratura 22.09.2012 r. odmówiła wszczęcia dochodzenia z powodu braku znamion czynu zabronionego.

Przypadek 6 (3Ds 893/12)

Matka dziecka zgłosiła 10.07.2012 r. jego uprowadzenie przez ojca.

Rodzice pozostawali w separacji od 14.02.2011 r., oboje mieli pełną władzę rodzicielską. Sąd rodzinny ustalił miejsce zamieszkania dziecka przy matce, której również powierzono sprawowanie pieczy. Wprawdzie prawnie nie zostały zabezpieczone kontakty ojca z małoletnim, lecz – jak wynika z akt – matka pozwalała synowi na widywanie się ze swoim byłym mężem. Mężczyzna po raz kolejny wziął od matki syna, aby pojechać z nim na ferie zimowe. Nie odwiózł jednak dziecka w ustalonym terminie. Dziecko przebywa u ojca w Anglii i chodzi tam do szkoły oraz utrzymuje sporadycznie kontakt telefoniczny z matką.

Dnia 10.07.2012 r. wydano postanowienie o odmowie wszczęcia dochodzenia, ponieważ nie stwierdzono znamion czynu zabronionego. Przesłanką niewszczęcia postępowania był wiek dziecka – chłopiec miał ukończone 15 lat i sam chciał zamieszkać z ojcem na terenie Wielkiej Brytanii.

Przypadek 7 (2Ds 161/12)

Do Prokuratury Rejonowej w Gdyni 27.12.2011 r. wpłynęło zawiadomienie od ojca małoletniego, że jego była żona miała odwiedzić ich córkę do niego do domu 25.12.2011 r., czego nie uczyniła.

Małżeństwo rodziców małoletniej zostało rozwiązane 18.07.2011 r. Władzę rodzicielską sąd pozostawił obojgu rodzicom, a miejsce pobytu dziecka wyznaczył przy ojcu. Kontakty matki z córką zostały uregulowane. W sprawie tej została złożona apelacja i dlatego wyrok był nieprawomocny.

Do domniemanego uprowadzenia dziecka doszło podczas realizacji kontaktu. Ojciec dobrowolnie wydał matce córkę, ponieważ dziewczynka miała z nią spędzić Wigilię i wrócić do niego w pierwszy dzień świąt. Matka nie dotrzymała jednak słowa i nie odwiozła dziecka w wyznaczonym terminie. Gdy pokrzywdzony rodzic pojechał do miejsca zamieszkania byłej żony, dowiedział się, że ani jej, ani dziecka nie ma w domu. Dziewczynka została wywieziona w nieznane miejsce. Ojciec przypuszczał, że mogła zostać zabrana poza granice Polski, ponieważ matka dziecka jest cudzoziemką. Zarówno policji, jak i pokrzywdzonemu nie udało się skontaktować z matką uprowadzonej małoletniej.

Dnia 3.02.2012 r. wydano postanowienie o umorzeniu dochodzenia. Stwierdzono, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego. Podstawą decyzji był pogląd, że rodzic wykonujący władzę rodzicielską nie może być podmiotem tego przestępstwa.

Umorzenie dochodzenia w tej sprawie jest jednak niepokojące, ponieważ fakty wskazują na to, że matka, chcąc sprawować opiekę nad dzieckiem, uprowadziła je prawdopodobnie za granicę. Ukrywając się przed wymiarem sprawiedliwości, doprowadzi do tego, że ojciec nie będzie miał kontaktu z małoletnim.

5.4. Sprawy, w których motywem popełnienia czynu z art. 211 k.k. była ochrona dziecka przed krzywdzeniem, np. przed przemocą lub molestowaniem

Przypadek 8 (3Ds 733/12)

Do Prokuratury Rejonowej w Kłodzku wpłynęło 19.06.2012 r. zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa z art. 207 § 1, art. 210 i art. 211 k.k. Ojciec dzieci jako sprawcę tego czynu wskazał matkę małoletnich.

Rodzice dziecka byli po rozwodzie, w trakcie którego doszło do ustaleń w kwestii sprawowania pieczy nad ich dziećmi. Sąd uznał, że miejsce zamieszkania małoletnich powinno być przy matce, która będzie sprawować pieczę. Ojcu ograniczono władzę rodzicielską do współdecydowania o istotnych sprawach małoletnich i wyznaczono terminy kontaktów z dziećmi.

Ojciec zgłosił do prokuratury zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa z art. 211 k.k., ponieważ matka zostawiła młodszego syna na 3 tygodnie pod opieką swojej matki, która mieszka na terytorium Niemiec. Ojciec uznał to za utrudnianie realizowania kontaktów z małoletnim. Matka poprosiła babcię dziecka o pomoc, ponieważ sama nie mogła sprawować opieki nad synem, była bowiem zajęta szukaniem pracy. Ten fakt był powodem oskarżenia byłej żony o porzucenie małoletniego. Straszy syn przebywał w tym czasie pod opieką ojca. Po ustabilizowaniu sytuacji była żona zabrała dzieci do siebie.

Prokuratura umorzyła dochodzenie, ponieważ stwierdzono, że brak jest danych uzasadniających podejrzenie popełnienia przestępstw. W toku dochodzenia stwierdzono, że matka, decydując się na wywiezienie syna poza granice kraju, nie poinformowała o tym fakcie ojca i nie uzyskała na to jego zgody. Uznano jednak, że celem wywiezienia dziecka było zapewnienie mu opieki na czas szukania pracy i mieszkania przez matkę na terytorium Polski, a nie chęć utrudniania byłemu partnerowi kontaktu z dzieckiem. Liczba przestępstw, które zarzuca matce były partner, świadczyć może zresztą o tym, że nie chodziło mu w istocie o dobro małoletnich, a raczej o odegranie się na byłej partnerce. Chociaż ojciec dzieci zarzucił matce znęcanie się nad nimi, to w aktach nie ma informacji, co – jego zdaniem – na to wskazywało.

Przypadek 9 (1Ds 253/12)

Do Prokuratury Rejonowej w Gdańsku 6.02.2012 r. wpłynęło zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa z art. 211 k.k. Ojciec małoletniego oskarżał matkę o jego uprowadzenie.

Rodzice dziecka byli w związku małżeńskim, w którym dochodziło do awantur połączonych z przemocą fizyczną. Oboje mieli pełną władzę rodzicielską. Przed Sądem Rodzinnym w Gdańsku toczy się postępowanie o orzeczenie separacji.

Małoletni zostali uprowadzeni przez ich matkę po kłótni domowej 28.01.2012 r., podczas której interweniowała policja. Ojciec dzieci nie wiedział, gdzie żona z dziećmi się udała, zawiadomiła go jednak SMS-em, że małoletni są bezpieczni i spokojni.

Prokuratura odmówiła wszczęcia dochodzenia 6.03.2012 r. Powodem był fakt, że rodzic mający pełną władzę rodzicielską nie może być sprawcą przestępstwa z art. 211 k.k., oraz to, że matka, zabierając dzieci, kierowała się ich dobrem.

Ponadto 28.02.2012 r. sąd rodzinny wydał postanowienie o tymczasowym pobycie dzieci u matki. Ojciec ma zapewniony kontakt z małoletnimi, który jest realizowany, uznano więc, że czyn nie wyczerpuje znamion czynu zabronionego.

Przypadek 10 (2Ds 1262/12)

Do Prokuratury Rejonowej w Gdańsku 6.05.2012 r. wpłynęło zawiadomienie ojca dziecka o tym, że matka przetrzymuje małoletniego w swoim mieszkaniu, mimo że sąd rodzinny postanowił, aby opiekę nad córką sprawował jej ojciec. Matka miała ograniczoną władzę rodzicielską.

Prokuratura odmówiła wszczęcia dochodzenia 8.05.2012 r., ponieważ uznała, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego. Powołano się przy tym na fakt, że matka dziewczynki zeznała, iż jej były mąż molestuje seksualnie dziecko, o czym zawiadomiła wcześniej prokuraturę. Okoliczność tę uznano za stan wyższej konieczności, ponieważ zatrzymanie dziecka miało je chronić przed dalszym wyrządzaniem mu krzywdy.

Summary

Konrad Buczkowski, Katarzyna Drapała – Parental kidnapping – analysis of cases involving offence under Art. 211 of the Criminal Code in which proceedings were discontinued or refused

The article consists of two parts. The first one analyses the statutory features described in Art. 211 CC, which defines the offence of abduction or retention of a minor or a helpless person, with special emphasis on those elements which concern the possibility of this misdemeanour being committed by a person who provides care to, or has control over, a minor up to 15 years of age. The key interpretation problems are identified and solutions are proposed.

In the second part, an analysis is conducted of 520 cases (i.e. all of them) under Art. 211 CC that were examined in prosecution service units in 2012, in which cases prosecutors refused to initiate investigation or discontinued investigations concerning the aforementioned misdemeanour. The examination concerned the so-called parental kidnapping (in the broad sense) and thus the focus was on the 416 cases concerning abduction or retention of a minor by a relative or at the relative's request.

The examination shows that the offence of abduction or retention of a minor lost its typically criminal nature and in essence it became a problem of family and guardianship law rather than criminal law. Nearly half of the crime reports resulted rather from lack of arrangements between the parents as to important issues in the child's life, especially lack of determination on the grounds of family and guardianship law of the issue of care of the minor (49%) and the minor's place of residence (44%). The second largest group which should have reached agreement during proceedings before the family and guardianship court were parents (12%) who reported child retention, because the parent who was the minor's primary carer prevented them from contacts with the child or disagreed with the family court's decision as to who the minor's carer should be.

Sometimes, however, it is necessary to apply criminal law. This concerns the cases where the 'wronged' parent did not have any contact with the child. In these cases it seems unfair to refuse to initiate investigation or discontinue it only because to the person who prevents meetings of the parent and the child has full parental authority.

In the light of the analysis, one should agree with the standpoint of M. Mozgawa, M. Kulik and A. Szczekala, who say that if 'the parent who has full parental authority abducts the child, that is, changes the child's place of residence without the other parent's consent and

thus prevents that parent from exercising his/her right to provide care to the child and make decisions concerning the child (infringing his/her right of custody), this behaviour displays all the features of the offence under Art. 211 CC.' It should, however, be stressed that each case of abduction or retention of a child by a parent who has full parental authority must be examined in concreto, with great caution, having regard to the child's best interests. The study did not cover the cases in which indictments were submitted to courts under Art. 211 CC. It seems, however, that it is possible – on the basis of the current version of the Criminal Code provision – to indict the perpetrators of the so-called parental kidnapping. The conducted analysis shows that in some cases an infringement of the parental authority of one parent having full parental rights by the other parent having the same scope of rights over the minor should be prosecuted. What seems sufficient for this purpose is Art. 211 CC in its current wording. This will concern situations in which change of the minor's place of residence or retention of the minor results in the other parent being prevented from exercising parental authority and thus infringes his/her right to provide care to the child. But in every instance all facts of the case have to be analysed in detail so that criminal law reaction takes place only when it is indispensable.

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 gospodarczemu 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 zaistnienia 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 wydostaną 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 występkę. 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.

Znamie 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 spieniewierzenie 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 (bezsukrowy). 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 kopalin 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. Wprowadźcie 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 zamiar celu działania sprawcy, nie zaś zamiar 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 szlacheńskich, 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 napotykają 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.

Znamień „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.

Pośród 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 otwarczenia 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 wprowadzić 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 zestawień 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. Ohiński, *Prawo...*, komentarz do art. 171 nb 2. Odmienne 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 wiecieć 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. Odmienne 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 parabankowej (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: „powszechne 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 przeznacza 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 zmiany 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. Kornarska-Wróżek, *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; aprobując R. Zawłocki, *Przestępstwa...*, s. 126, a także B. Kolasieński, *Kara grzywny w kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1999/3 s. 32–33.

⁸⁰ W. Wróbel, *Grzywna w nowym kodeksie karnym*, „Nowa Kodyfikacja Karna. 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 kategorycznego 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 przypadku: 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 przypadku 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 parbankowej 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 przestępstwu wieloczynowemu, 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 zaostrzenia 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-Wrżosek, *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-Wrżosek, *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 popełniania 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 dopatrzili 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 rozdziły skójarzenie 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. pożyczała 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 zb. 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 czynie były najczęściej: zawiadomienie złożone przez osobę, która czuła się pokrzywdzona w wyniku utraty zainwestowanych pieniędzy (19 przypadków), oraz artykuł prasowy, w wyniku którego prokuratura wszczyniała 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.

Spśród 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 zaszczość 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 rozwinieciem: 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 wypadłoby 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 zwielokrotnionym 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. Towarzystwo 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 nieznanomość prawa 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 wprowadzie 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 wiodących 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 kontrastie 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).

Marek Kulik*

Glosa do wyroku SN z 24.10.2013 r. (III KK 311/13), LEX nr 1379928

Zarówno przy przestępstwach rozciągniętych w czasie, wieloczynowych, trwałych, jak i o charakterze ciągłym, za czas popełnienia takich przestępstw traktować należy ostatni moment działania sprawcy, w tym czas dokonania ostatniego z czynów składających się na realizację przestępstwa ciągłego. Tym samym nie jest tu istotne, w jakim momencie pokrzywdzony powziął wiedzę o osobie sprawcy odnośnie i odrębnie co do poszczególnych zachowań składających się na czyn ciągły, lecz moment, kiedy przekazuje organowi ścigania informację o sprawcy ostatniego z tych zachowań wchodzących w skład czynu ciągłego.

Teza glosowanego wyroku jest tylko częściowo trafna. W sprawie, w której zapadł, sprawca dopuścił się dwóch czynów zabronionych, rozciągniętych w czasie. Pierwszy czyn o charakterze ciągłym, wypełniający znamiona art. 212 § 1 kodeksu karnego¹, miał miejsce od stycznia 2006 r. do 5.05.2006 r. Drugi, wypełniający znamiona czynu zabronionego przez art. 216 § 1 k.k., miał miejsce od kwietnia 2004 r. do 5.05.2006 r. Oba czyny ścigane są z oskarżenia prywatnego, jednak w odniesieniu do obu przestępstw nastąpiło objęcie ściganiem z urzędu na podstawie art. 60 § 1 kodeksu postępowania karnego² w maju 2006 r.

Rozstrzygając w sprawie, Sąd Najwyższy (dalej jako SN) stanął zatem przed dwoma problemami prawnymi. Pierwszy z nich da się sprowadzić do pytania, czy prokurator działający na podstawie art. 60 § 1 k.p.k. jest związany terminem rocznym, od kiedy pokrzywdzony, a nie on, dowiedział się o osobie sprawcy, czy też wiąże go wyłącznie termin roczny. Drugi pozwala stwierdzić, od kiedy termin ten biegnie, niezależnie od tego, jaka jest jego długość. Dodam, że pierwszy z tych problemów SN uznał za oczywisty, bowiem nie sformułował w tym zakresie tezy. W odniesieniu do drugiego ze wskazanych problemów SN wypowiedział się wprost, formułując dwa stwierdzenia.

Rozstrzygnięcie w zakresie pierwszego zagadnienia uważam za trafne, chociaż wątpliwe kryminalnopolitycznie. Jak wiadomo, w wypadku przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego istnieją dwa terminy przedawnienia karalności. Jeden z nich biegnie od dnia, kiedy pokrzywdzony dowiedział się o osobie sprawcy, drugi – od czasu popełnienia czynu. Pierwszy termin wynosi rok, drugi – 3 lata, chociaż

* Dr Marek Kulik jest adiunktem w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii UMCS w Lublinie.

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), dalej jako k.k.

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej jako k.p.k.

moim zdaniem można mieć poważne, wątpliwości co do zasadności utrzymywania rocznego terminu, w dodatku liczonego od dnia, kiedy pokrzywdzony dowiedział się o osobie sprawcy³. Nie wydaje się, aby za utrzymywaniem go przemawiały poważniejsze racje kryminalnopolityczne, a istnienie i takie określenie początku jego biegu rodzi wiele niedogodności praktycznych, w tym także i tę, o której mowa w głosowanym wyroku. Obejmując przestępstwo prywatnoscargowe ściganiem z urzędu, prokurator jest związany terminem rocznym, liczonym od czasu, kiedy nie on, ale pokrzywdzony dowiedział się o osobie sprawcy. Pogląd wyrażony w głosowanym wyroku jest w doktrynie i orzecznictwie większościowy⁴. Istnieje co prawda także i pogląd odmienny – że prokurator jest związany tylko terminem trzyletnim, a nie rocznym⁵. Jednak racje przemawiające za jego akceptacją są dosyć wątpliwe. Przede wszystkim jest nią względ na *ratio legis* przepisu⁶. Jest on pomyślany jako swego rodzaju narzędzie dyscyplinowania pokrzywdzonego, stąd można uważać, że wiąże jego, a nie wiąże prokuratora. Przemawia za nim także względ funkcjonalny – trudno racjonalnie wytłumaczyć, dlaczego prokurator miałby być związany czasem, w którym pokrzywdzony powziął daną wiedzę. Ostatecznie przecież zwykle prokurator dowiaduje się o osobie sprawcy później niż pokrzywdzony. Względy, o których mowa, a które przemawiałyby przeciwko zaakceptowaniu poglądu wyrażonego przez SN, nie są wystarczające. Mocne zaś są argumenty za przyjęciem wykładni prezentowanej przez SN. Przede wszystkim przemawia za nią względ na materialnoprawny charakter przedawnienia karalności przestępstwa. Po upływie roku od czasu, kiedy pokrzywdzony dowiedział się o osobie sprawcy, karalność przestępstwa ustaje i jest to skutek o charakterze materialnoprawnym⁷. Ustanie karalności przestępstwa jest obiektywnym następstwem upływu czasu. Nie można uznać, że w układzie procesowym, w którym prokurator obejmuje przestępstwo prywatnoscargowe ściganiem z urzędu, karalność nie ustaje mimo upływu terminu

³ M. Kulik, *Przedawnienie karalności przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego*, „Prokuratura i Prawo” 2013/7–8, s. 143; M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2014, s. 245–246. Podzielał w tym zakresie pogląd W. Daszkiewicza – zob. W. Daszkiewicz, *Oskarżyciel w polskim procesie karnym*, Warszawa 1960, s. 424; W. Daszkiewicz, *Glosa do postanowienia SN z 19.04.1981 r. (VI KZP 6/81)*, „Państwo i Prawo” 1982/8, s. 149.

⁴ W. Daszkiewicz, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów z 20.08.1965 r. (VI KO 53/64)*, „Państwo i Prawo” 1966/4–5, s. 845; K. Marszał, *Przedawnienie w prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 139; K. Marszał, *Ingerencja prokuratora w ściganie przestępstw prywatnoscargowych w polskim procesie karnym*, Warszawa 1980, s. 100; K. Marszał, *Glosa do uchwały SN z 24.05.1971 r. (III KR 21/71)*, OSPiKA 1972/6, poz. 112; K. Marszał, *Glosa do wyroku z 13.12.2000 r. (II KKN 199/98)*, „Przegląd Sądowy” 2001/11–12, s. 266; E. Bieńkowska w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, G. Rejman (red.), Warszawa 1999, s. 1298; N. Kłaczynska w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, J. Giezek (red.), Warszawa 2007, s. 652; M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie...*, s. 319; A. Sakowicz w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 32–116*, M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), Warszawa 2010, t. 2, s. 818–819; R. Koper, K. Sychta, J. Zagrodnik, *Karnomaterialne aspekty instytucji przedawnienia (zagadnienia wybrane)*, w: *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego*, Z. Cwiakalski (red.), G. Artymiak (red.), Warszawa 2009, s. 208–209; uchwała SN z 20.08.1965 r. (VI KO 53/64), OSNKW 1965/12, poz. 144; uchwała SN z 20.08.1965 r. (VI KO 53/64), OSNKW 1965/12, poz. 144; wyrok SN z 24.05.1971 r. (III KR 21/71), OSNKW 1971/11, poz. 170; wyrok SN z 12.03.1979 r. (I KR 24/79), OSNKW 1979/7–8, poz. 80; uchwała SN z 15.10.1992 r. (I KZP 28/92), OSNKW 1992/11–12, poz. 76; wyrok SN z 1.06.1994 r. (II KRN 79/94), OSNKW 1994/7–8, poz. 47; wyrok SN z 13.12.2000 r. (I KKN 199/98), OSNKW 2001/3–4, poz. 19.

⁵ A. Zoll w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, A. Zoll (red.), Warszawa 2007, s. 1097; L. Wilk w: *Kodeks karny. Komentarz*, M. Filar (red.), Warszawa 2010, s. 524.

⁶ L. Wilk, *Kodeks...*, s. 524.

⁷ N. Kłaczynska w: *Kodeks...*, s. 652; A. Sakowicz w: *Kodeks...*, t. 2, s. 818; M. Kulik, *Przedawnienie karalności przestępstw...*, s. 132; M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie...*, s. 250.

rocznego. Można byłoby to uzasadniać, gdyby przyjąć, że przedawnienie karalności nie jest instytucją materialną, ale wyłącznie przeszkodą procesową, a zatem okolicznością wyłączającą ściganie⁸. Jednak przy uznaniu, że jest to okoliczność materialnoprawna, trudno uważać, iż układ procesowy wpływa na to, czy termin upłynął, czy nie. Przypadki, kiedy wpływa on na upływ terminu przedawnienia karalności, np. w razie spoczywania czy przerwania biegu terminu, są wyraźnie wskazane w ustawie. Dlatego pogląd SN, że prokurator jest związany nie tylko terminem trzyletnim, biegnącym od czasu popełnienia przestępstwa, ale także terminem rocznym, biegnącym od czasu, kiedy pokrzywdzony dowiedział się o osobie sprawcy, uważam za trafny.

W odniesieniu do drugiego z problemów analizowanych przez SN sprawa jest nieco bardziej skomplikowana. Jak wskazano wyżej, w odniesieniu do tego zagadnienia SN wypowiedział się wprost. Stwierdził, że przy przestępstwach rozciągniętych w czasie, wieloczynowych, trwałych oraz przy przestępstwach o charakterze ciągłym, za czas popełnienia takich przestępstw należy uznać ostatni moment działania sprawcy, w tym czas dokonania ostatniego z czynów składających się na realizację przestępstwa ciągłego. Tym samym nie jest tu istotne, w jakim momencie pokrzywdzony powziął wiedzę o osobie sprawcy odnośnie i odrębnie co do poszczególnych zachowań składających się na czyn ciągły, lecz moment, kiedy przekazuje organowi ścigania informację o sprawcy ostatniego z tych zachowań wchodzących w skład czynu ciągłego. Pogląd ten nie do końca przekonuje. Przy jego analizie należy przyrzeć się dwóm szczegółowym stwierdzeniom wyrażonym przez SN. Po pierwsze, należy odnieść się do poglądu, że czasem popełnienia przestępstw rozciągniętych w czasie, wieloczynowych, trwałych, ciągłych jest czas podjęcia ostatniego zachowania. Po drugie – do poglądu, że dla oceny, od kiedy biegnie termin przedawnienia karalności, istotny jest nie moment powzięcia przez pokrzywdzonego wiedzy o poszczególnych składowych czynu, lecz czas przekazania organowi ścigania informacji o osobie sprawcy ostatniego z zachowań wchodzących w skład czynu.

Odnosząc się do pierwszego stwierdzenia, chcę zgłosić pogląd odmienny. Uważam, że czasem popełnienia przestępstw rozciągniętych w czasie jest nie czas podjęcia ostatniej czynności, ale cały czas, w którym sprawca dopuszczał się zabronionego działania lub zaniechania. Co prawda pogląd odmienny od prezentowanego przeze mnie, a zbieżny z poglądem SN, jest wypowiedzany w doktrynie i orzecznictwie⁹,

⁸ Szczegółowo na ten temat M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie...*, s. 77.

⁹ Wyrok SN z 29.01.1992 r. (II KRN 423/91), OSNKW 1992/5–6, poz. 39; wyrok SN z 15.04.2002 r. (II KKN 387/01), LEX nr 52943; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 19.12.2003 r. (II AKa 257/053), KZS 2004/4, poz. 37; postanowienie SN z 27.09.2011 r. (III KK 89/11), OSNKW 2012/2, poz. 12, z glosą krytyczną M. Gałązki, „Prokuratura i Prawo” 2013/1, s. 174; A. Zoll w: *Kodeks...*, s. 97; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 129; J. Kostarczyk-Gryszka, *Problem granic realnego zbiegu przestępstw*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze” 1968/37, s. 1250; T. Bojarski, *Przestępstwo ciągłe*, „Państwo i Prawo” 1995/3, s. 36; A. Marek, J. Lachowski, *Niektóre problemy wynikające z „jednoczynowości” przestępstwa ciągłego*, „Prokuratura i Prawo” 2004/11–12, s. 8; J. Giezek w: *Kodeks karny. Część ogólna*. Komentarz, J. Giezek (red.), Warszawa 2007, s. 59–60; J. Giezek w: M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004, s. 243; B. Namysłowska-Gabrysiak w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–31*, M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), Warszawa 2010, t. 1, s. 349. Tak też P. Kardas, *Zasady odpowiedzialności za przestępstwo popełnione w warunkach ciągłości w świetle regulacji nowego polskiego kodeksu karnego z 1997 r.*, „Zasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999/1, s. 98, który poddał jednak następnie swój pogląd pewnej modyfikacji, o czym niżej. Por. P. Kardas w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, A. Zoll (red.), Warszawa 2007, s. 181.

jednak prezentowany jest także i pogląd zbiezny z wyrażonym tutaj, czyli że czasem popełnienia czynu ciągłego (trwałego, wieloczynowego itp.) jest okres otwierający się rozpoczęciem pierwszego zachowania sprawcy, a zamykający się zakończeniem ostatniego¹⁰. Przyjęcie, że czasem popełnienia czynu jest czas ostatniego zachowania sprawcy powoduje, iż musimy uznać, że wyłącznie ten czas wchodzi w grę (jeżeli ma się ostać założenie, że czas popełnienia przestępstwa jest zawsze jeden) – w odróżnieniu od liczby miejsc, których może być w wypadku jednego i tego samego przestępstwa kilka. Konsekwentnie należałoby więc twierdzić, że w czasie rozpoczęcia pierwszego zachowania sprawca nie popełniał czynu zabronionego, a także że nie popełniał go aż do momentu zakończenia ostatniego zachowania. Zwykła obserwacja rzeczywistości pozwala stwierdzić, że tak nie jest. Z kolei w wypadku przestępstwa trwałego dochodzi do wywołania i utrzymania stanu sprzecznego z prawem, który trwa przez pewien czas, a przerwanie go zależy od sprawcy¹¹. Także w tym przypadku uważam za czas popełnienia czynu cały czas utrzymywania przez sprawcę stanu sprzecznego z prawem¹², co zresztą nie ma moim zdaniem znaczenia dla ustalenia początku biegu terminu przedawnienia. Skoro bowiem przestępstwa trwale polegają na wywołaniu stanu sprzecznego z prawem, a stan ten można chyba bez większych wątpliwości uznać za skutek przestępny, to oznacza, że przestępstwa trwale są przestępstwami skutkowymi¹³. Skoro tak, to termin przedawnienia biegnie

¹⁰ Tak wyrok SN z 14.01.2010 r. (V KK 235/09), OSNKW 2010/6, poz. 50; M. Kulik, *Glosa do wyroku SN z 14.01.2010 r. (V KK 235/09)*, LEX nr 141911; P. Kardas w: *Kodeks...*, s. 181; M. Gałązka, *Glosa do postanowienia SN z 27.09.2011 r. (III KK 89/11)*, „Prokuratura i Prawo” 2013/1, s. 179.

¹¹ I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 252; J. Bafia, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989, s. 1989; J. Makarewicz, *Kodeks karny. Komentarz*, Lwów 1939, s. 151; S. Sliwiński, *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 402; W. Wolter, *Prawo karne – zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, Warszawa 1947, s. 86, 389; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 351; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 219–220; J. Waszczyński w: *Prawo karne w zarysie. Nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, J. Waszczyński (red.), Łódź 1992, s. 117–118; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 396; A. Gubiński, *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1996, s. 124–125; A. Gubiński, *Wykroczenia ciągłe i wykroczenia trwałe*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1962/3, s. 34; G. Rejman w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, G. Rejman (red.), Warszawa 1999, s. 81; L. Tyszkiewicz, *O przestępstwie trwałym i jego desygnatach*, w: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, L. Leszczyński (red.), E. Skrętowicz (red.), Z. Holda (red.), Lublin 2005, s. 359–361; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 67; J. Kulesza, *Glosa do postanowienia SN z 29.06.2010 r. (I KZP 7/10)*, „Prokuratura i Prawo” 2011/6, s. 165; M. Kulik, *Glosa do postanowienia SN z 25.03.2010 r. (IV KK 315/09)*, LEX nr 141909; M. Olszewski, *Wykroczenia trwałe*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1989/3, s. 26. Por. też uchwała SN z 20.12.1972 r. (VI KZP 61/72), OSNKW 1973/2–3, poz. 23; wyrok SN z 20.12.1975 r. (II KRN 46/75), OSNKW 1976/2, poz. 27; uchwała SN z 10.07.1987 r. (VI KZP 8/87), OSNKW 1987/11–12, poz. 97; wyrok SN z 13.08.1993 r. (WR 107/93), OSNKW 1993/11–12, poz. 74; uchwała SN z 24.06.1994 r. (I KZP 13/94), OSNKW 1994/7–8, poz. 42; uchwała SN z 7.09.2000 r. (I KZP 22/00), OSNKW 2000/9–10, poz. 79; postanowienie SN z 25.03.2010 r. (IV KK 315/09), OSNKW 2010/8, poz. 67.

¹² W. Wolter, *Prawo karne...*, s. 389–390; K. Czajkowski, *Problematyka czasu popełnienia przestępstwa*, „Palestra” 1966/12, s. 104; J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1975, s. 116; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 82; A. Gubiński, *Zasady...*, s. 125; L. Gardocki, *Prawo...*, s. 67; M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie...*, s. 278. Uchwała SN z 17.03.2000 r. (I KZP 58/99), OSNKW 2000/3–4, poz. 23, z głową aprobującą J. Cieszkowskiej, „Prokuratura i Prawo” 2001/2, s. 108; por. W. Grzeszczyk, *Glosa do uchwały SN z 10.07.1987 r. (VI KZP 8/87)*, „Problemy Praworządności” 1988/8–9, s. 107; uchwała SN z 7.09.2000 r. (I KZP 22/00), OSP 2000/12, poz. 190; A. Marek, „Prokuratura i Prawo” 2001/1 (głos krytyczny), s. 108; D. Wysocki, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2001/12, poz. 182 (głos aprobujący). Odmienne J. Kostarczyk-Gryszka, *Problem...*, s. 1250; M. Filar w: *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, A. Marek (red.), Warszawa 1989, s. 29; J. Śliwowski, *Prawo...*, s. 45; I. Andrejew, *Polskie...*, s. 240; B. Namysłowska-Gabrysiak w: *Kodeks...*, t. 1, s. 349.

¹³ W. Wolter, *Prawo...*, s. 86; W. Świda, *Prawo...*, s. 245; J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2007, s. 271; L. Tyszkiewicz, *O przestępstwie...*, s. 361. Tak też postanowienie SN z 29.06.2010 r. (I KZP 7/10), OSNKW 2010/9, poz. 75; M. Kulik, *Glosa do postanowienia z 25.03.2010 r...*; M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie...*, s. 278. Przyznaje, że odmienne stanowisko zajmują A. Gubiński,

w ich wypadku nie od czasu popełnienia przestępstwa, ale od czasu wystąpienia skutku¹⁴. Skutek w danym wypadku zaczyna występować z momentem wywołania stanu sprzecznego z prawem, a przestaje z momentem zaprzestania tego podtrzymywania¹⁵. Wydaje się, że nie jest relevantny pierwszy moment wystąpienia skutku, lecz moment ostatni. Jest to bowiem ostatni moment, w którym można powiedzieć, że skutek występuje, wreszcie jest to też moment, którym skutek zostaje skompletowany (pojawia się w ostatecznym kształcie), we wszystkich bowiem czasach poprzedzających ten moment nie można było ocenić skutku jako całości¹⁶. Zatem w wypadku przestępstwa trwałego termin przedawnienia biegnie od czasu zaprzestania podtrzymywania stanu sprzecznego z prawem, ale nie dlatego, że jest to czas popełnienia przestępstwa, lecz dlatego, że jest to czas wystąpienia skutku.

W odniesieniu do czynu ciągłego (a tego dotyczył glosowany wyrok) aktualność zachowuje spostrzeżenie poczynione wyżej. Trudno przecież przyjąć, że w czasie przed ostatnim zachowaniem sprawca tego czynu nie popełniał. Ponadto pogląd przeze mnie akceptowany dobrze oddaje istotę ciągłości, podczas gdy odmienny nie ma takiej zalety¹⁷. Zachowania wchodzące w skład czynu ciągłego tracą tożsamość w sensie ontologicznym, co jest oczywiste¹⁸, jednak nie oznacza to, że tracą ją w sensie czasowym, co jest konieczną konsekwencją uznania, że cały czyn ciągły jest popełniony w czasie ostatniego z zachowań wchodzących w jego skład¹⁹. Każde

Zasady..., s. 125; A. Wąsek, *Odpowiedzialność karna za nieprzeszkodzenie przestępstwu*, Warszawa 1973, s. 113–114; A. Wąsek, *Zaniechanie i obrona konieczna w prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G”, 1972/19, s. 202; J. Kulesza, *Glosa...*, s. 167. Niemniej jednak także i ci autorzy (których poglądu zresztą nie podzielam) uważają bezskutkowy charakter przestępstwa trwałego za wyjątek, wypowiedź swą odnosząc do czynu zabronionego przez art. 162 k.k. Mam w tym zakresie wątpliwość – por. M. Kulik, *Glosa do postanowienia z 25.03.2010 r...* Nie budzi jej formalny charakter czynu, lecz to, czy można go uznać za rozciągnięty w czasie. Nie wydaje mi się, by można było uznać ten czyn za polegający na wywołaniu stanu sprzecznego z prawem i utrzymywaniu. Sprawca nie wykonuje obowiązku przez krótszy lub dłuższy czas, ale istotowo niekoniecznie wiąże się to z wywołaniem jakiegokolwiek stanu przeciwnego. Czyn polega na nieudzieleniu pomocy w czasie, kiedy sprawca może jej udzielić, a zatem w czasie, który może być krótszy lub dłuższy. Możliwe jest, że sytuacja, w której sprawca może udzielić pokrzywdzonemu pomocy, trwa tylko przez chwilę. Wówczas nieudzielenie pomocy będzie aktem jednorazowym. Skoro będą istniały sytuacje jednorazowe, trudno uznać przestępstwo za trwałe z samej swej istoty. Można chyba prezentować pogląd, że zachowanie sprawcy nie musi rodzić żadnego stanu sprzecznego z prawem, gdyż – po pierwsze – możliwość wykonania obowiązku może trwać tylko przez chwilę, po drugie – pokrzywdzony już znajduje się w stanie zagrożenia, a po trzecie – stan zagrożenia ze swej natury niekoniecznie jest spreczny z prawem (choć oczywiście można bronić poglądu, że stan, w którym pokrzywdzonemu nie jest udzielana pomoc, jest spreczny z prawem; skonstatowanie wszystkich tych okoliczności nakazuje pozostawić problem do dalszych badań w przyszłości, obecnie zastrzegając, że skutkowy charakter przestępstwa trwałego, nawet jeżeli nie jest pewnikiem, to na pewno regułą). Najistotniejsza w moim odczuciu jest okoliczność, że w wypadku przestępstwa trwałego mamy do czynienia nie tylko z podtrzymywaniem stanu sprzecznego z prawem (czego uzasadnienie na gruncie art. 162 k.k. jest trudne, jeżeli w ogóle możliwe), lecz z sytuacją, w której to nie ten czyn tego sprawcy wywołał stan zagrożenia. To mógł być czyn tego samego sprawcy, ale jednak był to inny czyn. W wypadku przestępstwa trwałego sprawca wywołuje stan spreczny z prawem i podtrzymuje go stabilną decyzją woli. Tego elementu w moim odczuciu brakuje; por. M. Kulik, *Glosa do postanowienia z 25.03.2010 r...*

¹⁴ Por. M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie...*, s. 277.

¹⁵ M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie...*, s. 281.

¹⁶ M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie...*, s. 300; por. M. Mozgawa, *Odpowiedzialność karna za bezprawne pozbawienie wolności (art. 165 k.k.)*, Lublin 1994, s. 300.

¹⁷ M. Kulik, *Glosa do wyroku z 14.01.2010 r...*; tak też M. Gałązka, *Glosa...*, s. 179; por. P. Kardas, *Okoliczności wyłączające przestępstwo lub karalność zachowania a konstrukcja czynu ciągłego*, „Prokuratura i Prawo” 2008/1, s. 26.

¹⁸ Por. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Czyn ciągły i ciąg przestępstw w kodeksie karnym z 1997 r.*, Warszawa 1998, s. 60; P. Kardas, *Okoliczności...*, s. 15; A. Marek, J. Lachowski, *Niektóre...*, s. 11; M. Kulik, *Glosa do wyroku z 14.01.2010 r...*; M. Gałązka, *Glosa...*, s. 179; uzasadnienie uchwały SN z 15.06.2007 r. (I KZP 15/07), OSNWK 2007/7–8, poz. 55; wyrok SN z 5.02.2009 r. (II KK 250/08), OSNWK 2009/1, poz. 325; uzasadnienie wyroku SN z 14.01.2010 r. (V KK 235/09), OSNWK 2010/6, poz. 50.

¹⁹ Por. M. Kulik, *Glosa do wyroku z 14.01.2010 r...*

z zachowań wchodzących w skład czynu ciągłego jest nadal popełnione w czasie, w którym faktycznie zostało popełnione. Rozciągnięcie czynu ciągłego w czasie jest dla tej konstrukcji naturalne, a zatem ustalenie jednego punktu czasowego zawsze będzie sztuczną. Sztuczności nie da się całkowicie uniknąć w odniesieniu do bytu normatywnego, jakim jest czyn ciągły. Jednak w analizowanym wypadku nie ma potrzeby uciekania się do sztuczności. Można w naturalny sposób uznać za czas popełnienia czynu odcinek czasowy między rozpoczęciem pierwszego, a zakończeniem ostatniego zachowania sprawcy włącznie.

Uważam zatem, że w odniesieniu do wszystkich przestępstw, których popełnianie jest rozciągnięte w czasie, w tym trwałych, ciągłych, wieloczynowych, czasem popełnienia jest nie punkt na osi czasu, ale jej odcinek. Pogląd, że czasem tym jest czas zakończenia ostatniego aktu sprawczego jest przyjmowany nie ze względu na swą adekwatność, lecz m.in. z powodu potrzeby obrania konkretnego punktu czasowego, od którego można byłoby liczyć bieg terminu przedawnienia karalności²⁰. Gdyby od tej sztuczności zależało tylko określenie początkowego terminu biegu przedawnienia karalności, można byłoby się z nią pogodzić. Jednak w grę wchodzi także i inne skutki, np. ocena sytuacji, kiedy sprawca część czynu ciągłego popełnia jako nieletni, część jako dorosły. Zaakceptowanie wspomnianej sztuczności mogłoby prowadzić do wniosku, że powinien ponieść odpowiedzialność także i za tę część czynu ciągłego, którą popełnił przed ukończeniem 17 lat życia²¹. Przyjęcie poglądu tu zaakceptowanego nie pozostawia wątpliwości, że część czynu popełnioną przed ukończeniem 17 lat życia należy wyeliminować z jego ustawowego opisu²². Wreszcie nie wydaje się, aby konieczność rozwiązania kwestii szczegółowych, a taką jest ustalenie początku biegu terminu przedawnienia karalności, musiała w konieczny sposób wpływać na sposób rozumienia kwestii ogólniejszych, i to w ten sposób, że narzucałyby ich rozumienie w sposób sztuczny. Dlatego sprzeciwiam się pogładowi wypowiedzianemu przez Sąd Najwyższy i uważam, że czasem popełnienia wszystkich wskazanych czynów nie jest czas podjęcia ostatniego zachowania, ale czas, którego początek wyznacza pierwsze zachowania, a koniec – ostatnie, chociaż oOczywiste jest, że dla potrzeb m.in. ustalenia początku biegu terminu przedawnienia karalności należy przyjąć jeden punkt czasowy²³. Termin przedawnienia karalności nie może przecież biec od odcinka czasowego, musi biec od punktu w czasie.

Przyjmując ostatecznie, że czasem popełnienia czynu ciągłego jest czas od pierwszego do ostatniego zachowania uważam, że da się wyznaczyć jeden moment, od którego biegnie termin przedawnienia jego karalności. Tak jak czyni to Sąd Najwyższy w głosowanym wyroku, za czas ten uważam moment ostatniego zachowania sprawcy²⁴.

²⁰ A. Marek, J. Lachowski, *Niektóre...*, s. 8.

²¹ Zatem sztuczność, jaką jest uznanie za czas popełnienia całego czynu czasu ostatniego zachowania, prowadziłaby do kolejnej – odpowiedzialności nieletniego za przestępstwo.

²² Należy jednak przyznać, że nawet opowiadając się za stanowiskiem zbieżnym z wyrażonym w głosowanym wyroku, można należycie uzasadnić wyeliminowanie z ustawowego opisu zachowań popełnionych przed ukończeniem przez sprawcę 17 lat życia –; por. P. Kardas w: *Kodeks...*, s. 183–194.

²³ P. Kardas, *Zasady...*, s. 98; A. Marek, J. Lachowski, *Niektóre...*, s. 8; wyrok SN z 15.11.2005 r. (IV KK 258/05), „Biuletyn Prawa Karnego” 2005/11, poz. 1.2.6.; M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie...*, s. 286.

²⁴ M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie...*, s. 286; K. Marszał, *Przedawnienie...*, s. 133–134; B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, G. Rejman (red.), Warszawa 1999, s. 376–377; E. Biełkowska w: *Kodeks...*, s. 1297; L. Gardocki, *Prawo...*, s. 152; A. Gaberle, *Postępowania szczególne w kodeksie postępowania karnego z 1997 r.*, Kraków 1998, s. 28; M. Mozgawa, *Odpowiedzialność...*,

Wprawdzie art. 101 § 1 k.k. używa terminu „popelnienie przestępstwa” i od niego każe liczyć termin przedawnienia karalności, a w wypadku czynu ciągłego czas ten jest rozciągnięty. Jednak jeżeli z kolei popatrzeć na czas popelnienia przestępstwa ustalony na podstawie art. 6 § 1 k.k. i stwierdzić, że czas ten jest rozciągnięty, to można przyjąć i takie rozumienie tych przepisów (art. 12, art. 101 § 1 i art. 6 § 1 k.k.), iż czyn ciągle popelniany był przez cały czas od pierwszego do ostatniego zachowania, a w momencie jego zakończenia przestał być popelniany. Zatem ostatnim momentem, w którym był jeszcze popelniany, był moment jego zakończenia. I ten właśnie moment jest relewantny dla ustalenia początku biegu terminu przedawnienia karalności²⁵.

Pogląd, że dopiero z popelnieniem ostatniego zachowania można mówić o „popelnieniu” przestępstwa²⁶ jest słuszny, ale wymaga doprecyzowania. Należy dodać, że w czasie, w którym sprawca popelnia ostatnie zachowanie wchodzące w skład czynu ciągłego, czyn ten jest **jeszcze** popelniany²⁷. Sprawca popelniał go przez cały czas od pierwszego do ostatniego zachowania. Skoro jednak popelniał czyn m.in. w czasie ostatniego zachowania, to od tego momentu biegnie termin przedawnienia karalności czynu. Jest tak nie tylko w razie uznania (z czym się nie zgadzam), że czasem popelnienia czynu ciągłego jest czas ostatniego zachowania sprawcy, ale i w razie uznania za czas popelnienia czynu ciągłego całego czasu przestępczej aktywności sprawcy. Niezależnie od przyjętej koncepcji ustalenia czasu popelnienia przestępstwa ciągłego, czy w ogóle jakiegokolwiek rozciągniętego w czasie, termin przedawnienia karalności biegnie od czasu podjęcia ostatniego zachowania, ściślej – od ostatniego momentu, w którym sprawca realizował jeszcze ustawowe znamiona czynu. To, że termin przedawnienia karalności biegnie od czasu ostatniego zachowania nie oznacza przeniesienia czasu popelnienia czynu ciągłego na czas ostatniego zachowania, co czyni SN w glosowanym wyroku.

Jak wskazano wyżej, oceniając drugi z poglądów wypowiedzianych przez SN należy odnieść się do dwóch elementów. Pierwszym jest kwestia oceny czasu popelnienia przestępstwa. Drugim jest stwierdzenie SN, że dla oceny, od kiedy biegnie termin przedawnienia karalności, istotny jest nie moment powzięcia przez pokrzywdzonego wiedzy o poszczególnych składowych czynu zabronionego rozciągniętego w czasie, lecz czas przekazania organowi ścigania informacji o osobie sprawcy ostatniego z czynów wchodzących w skład czynu. Wydaje się, że wypowiedź

s. 131; wyrok SN z 22.12.1975 r. (II KRn 46/75), OSNKW 1976/2, poz. 27; wyrok SN z 15.11.1976 r. (III KR 162/76), OSNKW 1977/3, poz. 19; wyrok SN z 5.07.1985 r. (Rw 592/85), OSNKW 1986/3–4, poz. 26; uchwała SN z 30.09.1985 r. (U 1/85), OSNKW 1986/1–2, poz. 3; wyrok SN z 29.01.1992 r. (II KRn 423/91), OSNKW 1992/5–6, poz. 39; postanowienie SN z 24.11.1993 r. (I KZP 26/93), „Wokanda” 1994/1, s. 11; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 22.11.1994 r. (II AKz 245/94), OSA 1995/3, poz. 15; wyrok SN z 15.11.2005 r. (IV KK 258/05), „Biuletyn Prawa Karnego” 2005/11, poz. 1.2.6.; uzasadnienie wyroku SN z 14.01.2010 r. (V KK 235/09), OSNKW 2010/6, poz. 50. Początek biegu terminu przedawnienia na ten moment ustalają, niezależnie od przyjętego sposobu ujmowania czasu popelnienia takiego przestępstwa, także A. Zoll w: *Kodeks...*, s. 121; A. Wąsek w: O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2004, t. 1, s. 307; R. Koper, K. Sychta, J. Zagrodnik, *Karnomaterialne...*, s. 207; Z. Cwiąkałski, *Wybrane zagadnienia przedawnienia przestępstw*, w: *Czas i jego znaczenie w prawie karnym*, J. Warylewski (red.), Gdańsk 2010, s. 96; N. Kłaczyńska w: *Kodeks...*, s. 627; A. Sakowicz w: *Kodeks...*, t. 2, s. 820.

²⁵ M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie...*, s. 286.

²⁶ Tak S. Żółtek w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–31*, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2010, t. 1, s. 510.

²⁷ M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie...*, s. 286–287.

ta jest niezupełnie precyzyjna, a co za tym idzie – myląca, chociaż SN wydaje się iść we właściwym kierunku. Otóż dla oceny, od kiedy biegnie termin przedawnienia karalności, moim zdaniem nie ma najmniejszego znaczenia, kiedy pokrzywdzony przekazał informacje organowi ścigania. Sąd Najwyższy wypowiada się w tym miejscu nieprecyzyjnie, pragnąc zapewne rozwinąć słuszną skądinąd myśl, że dla rozpoczęcia biegu terminu przedawnienia karalności nie ma znaczenia, kiedy pokrzywdzony dowiedział się o poszczególnych zachowaniach wchodzących w skład czynu ciągłego. Jest to trafne spostrzeżenie i dobrze, że SN je wypowiada. Skoro bowiem czyn ciągły składa się z szeregu zachowań podjętych w różnym czasie, o których pokrzywdzony może się sukcesywnie dowiadywać, można byłoby odnieść wrażenia, że karalność tych poszczególnych zachowań ulega przedawnieniu właśnie sukcesywnie, po upływie terminu rocznego, od kiedy pokrzywdzony dowiedział się o konkretnej składowej. Wrażenie takie byłoby mylne. Czyn ciągły stanowi jeden czyn zabroniony i jedno przestępstwo. Jego karalność może ulec przedawnieniu zatem tylko raz. Nie jest więc dopuszczalne stwierdzenie, że przedawnieniu ulega karalność kolejnych zachowań wchodzących w skład czynu ciągłego²⁸. Skoro tak, nie mogą mieć znaczenia także i terminy, w których pokrzywdzony dowiedział się o konkretnej składowej czynu ciągłego i osobie sprawcy tej składowej. Skoro jednak te terminy nie wchodzi w grę, należy stwierdzić, jaki termin w grę wchodzi. Sąd Najwyższy, jak się wydaje, uznał milcząco, że jest możliwa sytuacja, kiedy pokrzywdzony w pewnym sensie zdecyduje o zakończeniu czynu ciągłego w ten sposób, że złoży zawiadomienie o przestępstwie i zamknie ciągłość. Nawet jednak jeżeli przyjąć, że taki pogląd jest dopuszczalny, należy pamiętać, iż to nie czas przekazania organowi ścigania wiadomości jest miarodajny, lecz czas, kiedy pokrzywdzony powziął wiadomość o sprawcy czynu rozumianego jako całość. W danym wypadku najczęściej oznacza to czas, kiedy pokrzywdzony otrzymuje wiadomość o popełnieniu ostatniego zachowania wchodzącego w skład czynu ciągłego. Dopiero wówczas bowiem mamy do czynienia z jego wiedzą na temat czynu i jego sprawcy w całości. Oznacza to, że czasem, od którego biegnie termin przedawnienia karalności, będzie nie czas złożenia zawiadomienia, lecz nieco wcześniejszy czas, w którym pokrzywdzony dowiedział się o ostatnim zdarzeniu wchodzącym w skład ciągłości i o jego sprawcy. Pogląd wypowiedziany przez SN w głosowanym wyroku oceniam zatem jako niesłuszny.

Dodać należy, że samo założenie, które legło u jego podstaw, może być kwestionowane. Otóż, jak wskazano wyżej, pogląd zreferowany wyżej da się utrzymać tylko przy założeniu, że pokrzywdzony może decydować o zakończeniu czynu ciągłego w ten sposób, że składa zawiadomienie o przestępstwie i zamyka ciągłość. Jednak założenie to może być kwestionowane. Nie ma problemu w sytuacji, kiedy sprawca po złożeniu przez pokrzywdzonego zawiadomienia o przestępstwie nie dopuści się żadnego zachowania objętego pierwotnym zamiarem i mieszczącego się w ramach ciągłości. Trudniejsza do oceny jest sytuacja, w której pokrzywdzony czynem ciągłym wyczerpującym ustawowe znamiona przestępstw prywatnoscargowego

²⁸ Por. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Czyn...*, s. 60; P. Kardas, *Okoliczności...*, s. 15; A. Marek, J. Lachowski, *Niektóre...*, s. 11; M. Kulik, *Glosa do wyroku z 14.01.2010 r...*; uzasadnienie uchwały SN z 15.06.2007 r. (I KZP 15/07), OSNKW 2007/7–8, poz. 55; wyrok SN z 5.02.2009 r. (II KK 250/08), LEX nr 486552; uzasadnienie wyroku SN z 14.01.2010 r. (V KK 235/09), OSNKW 2010/6, poz. 50.

składa zawiadomienie o przestępstwie, a sprawca następnie popełnia kolejne zachowania wchodzące w skład czynu ciągłego. Nie wydaje się, by można było uznać, jak zdaje się milcząco czynić SN, że w takim wypadku mamy do czynienia już z nowym czynem zabronionym. Przecież zastosowanie konstrukcji z art. 12 k.k. jest obligatoryjne²⁹. Jeżeli więc sprawca działa w wykonaniu tego samego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, atakując dobro osobiste tego samego pokrzywdzonego, trudno uznać, że nie jest to ten sam czyn ciągły, o którym pokrzywdzony złożył zawiadomienie. Przyjmując pogląd SN, że momentem, od którego biegnie termin przedawnienia karalności, jest czas złożenia zawiadomienia o przestępstwie, musielibyśmy albo pogodzić się z sytuacją, kiedy przestępstwo jest jeszcze popełniane, a termin przedawnienia jego karalności już biegnie, albo *contra legem* uznać, że nie jest to ten sam czyn ciągły. Dlatego odrzucam drugi z wyrażonych przez SN poglądów w całości.

Reasumując, uważam, że słusznie SN zakłada związanie rocznym terminem przedawnienia karalności prokuratora obejmującego przestępstwo prywatnoskargowe ściganiem z urzędu. Jednak poglądy wypowiedziane w tezie głosowanego wyroku oceniam krytycznie. Uważam, że czasem popełnienia czynu rozciągniętego w czasie nie jest czas ostatniego zachowania, ale odcinek czasowy od pierwszego do ostatniego zachowania. Uważam też, że chociaż SN słusznie stwierdza, iż początek biegu terminu przedawnienia karalności czynu ciągłego wyczerpującego znamiona przestępstwa prywatnoskargowego nie może być łączony z powzięciem przez pokrzywdzonego wiedzy o konkretnych składowych czynu ciągłego, to początek biegu terminu określa wadliwie. Nie jest nim bowiem czas przekazania informacji o czynie organowi ścigania, lecz czas powzięcia przez pokrzywdzonego wiadomości o ostatnim zachowaniu wchodzącym w skład czynu. Czas ten może wypaść przed czasem przekazania informacji, a nawet po tym czasie.

²⁹ P. Kardas w: *Kodeks...*, s. 176–177.

Summary

Marek Kulik – *Commentary on Supreme Court judgment of 24 October 2013 (III KK 311/13), LEX No. 1379928*

With respect to offences which continue a period of time, offences involving multiple acts, lasting and continuing offences, what should be considered the time when they were committed is the last moment of activity of the perpetrator, including the time when the last act forming part of a continuing offence was committed. Hence, for this purpose it is not important at what time the wronged party became aware of who the perpetrator was with respect to, separately, each individual behaviour of which a continuing act is composed, but the moment when the wronged party informs the prosecution authority about the perpetrator of the last of the behaviours that make up a continuing act.

