



**RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH**

Warszawa, 6 lipca 2016 r.

**Adam Bodnar**

**II.517.3.2016.VV**

**Pan**  
**Zbigniew Ziobro**  
**Minister Sprawiedliwości**  
**Prokurator Generalny**

Z uwagą zapoznałem się z rządowym projektem ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 23 maja 2016 r. Projektowana ustawa w szerokim zakresie dotyka praw i wolności człowieka i obywatela. Działając na rzecz przestrzegania standardów praw człowieka wynikających z Konstytucji RP oraz z umów międzynarodowych, czuję się w obowiązku przedstawić stanowisko dotyczące projektowanej ustawy.

Opiniowany projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw oscyluje wokół kilku rozwiązań, które dotychczas nie były znane prawu polskiemu w projektowanym kształcie. Projekt zakłada bowiem m.in. wprowadzenie możliwości orzeczenia przypadku bez wyroku skazującego, możliwości orzeczenia przypadku przedsiębiorstwa nienależącego do sprawcy, przeniesienie ciężaru dowodu na oskarżonego (domniemanie przestępczego pochodzenia majątku), rozszerzenie przesłanek stosowania tzw. konfiskaty rozszerzonej. Kluczowe w projekcie są dwie proponowane zmiany, tj. proponowane dodanie do Kodeksu karnego art. 44a oraz modyfikacja brzmienia art. 45 k.k. Ponadto projekt zakłada wprowadzenie zmian na gruncie Kodeksu karnego skarbowego, Kodeksu postępowania karnego, Kodeksu karnego wykonawczego.

Nie powinno ulegać wątpliwości, że wprowadzenie bardziej skutecznych mechanizmów zwalczania przestępczości gospodarczej bądź każdej innej przestępczości przynoszącej chociażby pośrednie korzyści majątkowe dla ich sprawców jest zjawiskiem pożądanym. Dążenie ustawodawcy do osiągnięcia powyższego skutku nie może jednak odbywać się z naruszeniem praw i wolności obywatelskich, w szczególności prawa własności i wolności działalności gospodarczej. Szczegółowa analiza poszczególnych rozwiązań przewidzianych w projektowanej ustawie uprawnia do stwierdzenia, że stanowią one nieadekwatną i nieproporcjonalną reakcję w stosunku do zjawiska polegającego na czerpaniu korzyści z działalności przestępczej.

Moje wątpliwości ogniskują się wokół następujących rozwiązań przewidzianych w projektowanej ustawie:

1.

W art. 44a k.k. projektodawca zamierza uregulować konstrukcję dotąd nieznaną polskiemu prawu karnemu, a mianowicie przypadek składników i praw majątkowych przedsiębiorstwa, które służyło lub było przeznaczone do popełnienia przestępstwa, z którego sprawca osiągnął, chociażby pośrednio, korzyść majątkową znacznej wartości, a także w wypadkach przewidzianych w ustawie. Do takiego przypadku będzie mogło dojść także wtedy, gdy przedsiębiorstwo nie będzie własnością sprawcy, jeżeli właściciel przedsiębiorstwa lub inna osoba uprawniona przewidywała albo mogła przewidzieć, na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, że może ono służyć lub być przeznaczone do popełnienia przestępstwa. Orzeczenie przypadku na podstawie art. 44a k.k. ma być fakultatywne. Nadto, sąd nie będzie mógł orzec przypadku składników i praw majątkowych przedsiębiorstwa, jeżeli byłoby to niewspółmierne do wagi popełnionego przestępstwa lub stopnia zawinienia oskarżonego. Przepis ten należy rozpatrywać w związku z proponowanym art. 292a § 1 k.p.k. W art. 292a proponuje się uregulowanie konstrukcji zabezpieczenia grożącego przypadku składników i praw majątkowych przedsiębiorstwa przez ustanowienie przymusowego zarządu. Projektowany przepis stanowi, że zabezpieczenie grożącego przypadku składników i praw majątkowych przedsiębiorstwa następuje przez ustanowienie przymusowego zarządu. Zarządcę

przymusowego ma wyznaczać organ wydający postanowienie o zabezpieczeniu. Do zarządcy przymusowego mają być stosowane odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego.

Poważne wątpliwości w tym przepisie budzi oddzielenie sprawcy przestępstwa od majątku podlegającego konfiskacie. Zrozumiała jest intencja projektodawcy nakierowana na przeciwdziałanie wyzbywania się majątku przez sprawców przestępstwa, niemniej nie można zaakceptować formuły zaproponowanej w projekcie ustawy, która w poważny sposób narusza funkcję gwarancyjną prawa karnego. Składniki przedsiębiorstwa będą mogły ulec przypadkowi nawet wtedy, gdy nie tylko jego właściciel, ale nawet inna osoba uprawniona nie zachowa ostrożności wymaganej w danych okolicznościach i dopuści się niedbalstwa w odniesieniu do świadomości o przeznaczeniu składników przedsiębiorstwa do popełnienia przestępstwa. Projektodawca posługuje się tutaj najniższym standardem nieumyślności, tzw. niedbalstwem, który występuje w ustawie karnej, niemniej wiąże się z nim zazwyczaj stosunkowo niskie zagrożenie ustawowe. W przypadku art. 44a k.k. sankcja jest nieproporcjonalnie wysoka, ponieważ dotyczy przypadku składników i praw majątkowych przedsiębiorstwa.

Tak surowa dolegliwość, jaką może być przypadek orzekany na podstawie projektowanego art. 44a k.k. niesie poważne ryzyko dla swobody działalności gospodarczej.

W opinii Rzecznika Praw Obywatelskich za niewystarczającą należy uznać ochronę praw przedsiębiorcy w przypadku zabezpieczenia przez ustanowienie przymusowego zarządu nad przedsiębiorstwem (proponowany art. 292a k.p.k.). Dyrektywa 2014/42/UE nakłada na państwa członkowskie obowiązek podjęcia niezbędnych środków w celu zapewnienia należytego zarządzania zabezpieczonym mieniem, a takie gwarancje nie zostały przewidziane w projektowanych przepisach. Odesłanie w tym zakresie do odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu postępowania cywilnego (art. 292a § 2 *in fine*) nie jest wystarczające.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż należyte zarządzanie zabezpieczonym przedsiębiorstwem zdaniem prawodawcy europejskiego oznacza takie zarządzanie, które nie doprowadzi do utraty jego wartości ekonomicznej. Z przedłożonego projektu oraz uzasadnienia projektowanych zmian nie wynika, aby cel ten był wzięty pod uwagę przez

autorów nowelizacji. Nie chodzi bowiem o „sprawne” zarządzanie (str. 20 uzasadnienia projektu ustawy), lecz zarządzanie profesjonalne, odpowiadające rynkowym standardom - słowem takie, które zapewni co najmniej zachowanie wartości przedsiębiorstwa do czasu wydania wyroku. W art. 10 ust. 1 dyrektywy jako przykład gwarancji należytego zarządzania wymienia się m.in. ustanowienie krajowych scentralizowanych urzędów ds. zarządzania mieniem, grupy wyspecjalizowanych urzędów lub równoważnych mechanizmów. Tymczasem art. 292a k.p.k. poprzestaje na odesłaniu w odniesieniu do zarządcy przymusowego do przepisów k.p.c., które nie wymagają szczególnych kwalifikacji od osoby, która ma być ustanowiona zarządcą.

Ponadto, w cywilnym postępowaniu zabezpieczającym chodzi o uzyskanie dochodów z wykonywania zarządu przymusowego, które stanowią przedmiot zabezpieczenia. Z oczywistych względów, zabezpieczenie na gruncie k.p.k. spełnia inne cele, dlatego tak istotne jest wskazanie, iż przymusowo zarządzane przedsiębiorstwo powinno w dalszym ciągu funkcjonować na rynku w sposób konkurencyjny i być profesjonalnie zarządzane. Art. 292a k.p.k. jednak nie tylko nie zawiera wskazania co do należytego zarządzania przedsiębiorstwem z gospodarczego punktu widzenia, lecz wskazuje jako cel zarządu przymusowego - zatrzymanie rzeczy i dokumentów mogących stanowić dowód w sprawie oraz ustalenie składników mienia, które mogą podlegać przypadkowi (proponowany art. 292a § 3 k.p.k.). Pełnienie przez zarządcę ustanowionego na mocy k.p.k. dwojakiej funkcji – z jednej strony, zarządcy przedsiębiorstwem, z drugiej – podmiotu gromadzącego dowody w postępowaniu karnym, wydaje się być trudne do pogodzenia. Konsekwencje błędnych decyzji zarządcy w toku wykonywania jego obowiązków mogą być nieodwracalne - w skrajnych przypadkach przedsiębiorstwo nie będzie mogło funkcjonować na rynku w sposób konkurencyjny lub stanie się niewypłacalne. To w konsekwencji rodzić może odpowiedzialność odszkodowawczą Skarbu Państwa w razie upadku zabezpieczenia w wyniku uniewinnienia oskarżonego lub umorzenia postępowania.

Należy ponadto podkreślić, że w przypadku tak daleko idącego ograniczenia praw majątkowych, zabezpieczenie przez ustanowienie zarządu przymusowego powinno mieć tymczasowy charakter. Proponowane zmiany nie zapewniają mechanizmów gwarantujących, że zabezpieczenie nie będzie utrzymywane dłużej niż jest to konieczne do zapewnienia dostępności mienia na wypadek ewentualnego przypadku.

Powyższe konstatacje skłaniają do przyjęcia, że ustawodawca wprowadza w zasadzie odpowiedzialność karną solidarną, tj. figurę do tej pory nieakceptowalną na gruncie prawa represyjnego. W tym kontekście warto także odwołać się do art. 46 Konstytucji RP, który – po pierwsze – wskazuje się, że Konstytucja nie pozwala na orzekanie przepadku całego majątku, co powoduje, że orzeczenie przepadku wszystkich składników i majątku przedsiębiorstwa budzi poważne wątpliwości natury konstytucyjnej (T. Sroka, *Komentarz do art. 46*, (w:) L. Bosek, M. Safjan (red.), *Konstytucja. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1160). Po drugie, ograniczenie uregulowań przepadku do formy ustawowej wiąże się ściśle z wymiarem gwarancyjnym ustawy. Oznacza to, że Konstytucja wymaga nie tylko dochowania formy ustawowej, ale także precyzji językowej, która powinna istotowo wiązać się z aktem w randze ustawy.

Trzeba także wskazać, że propozycje Ministra Sprawiedliwości znacznie wykraczają poza zakres dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy: „Państwa członkowskie podejmują niezbędne środki w celu umożliwienia konfiskaty korzyści lub innego mienia, którego wartość odpowiada korzyściom, jeżeli takie korzyści lub inne mienie podejrzany lub oskarżony przekazał, bezpośrednio lub pośrednio, osobom trzecim lub jeżeli osoby trzecie nabyły je od podejrzanego lub oskarżonego, przynajmniej w przypadkach, gdy te osoby trzecie wiedziały lub powinny były wiedzieć – na podstawie konkretnych faktów i okoliczności, takich jak przekazanie lub nabycie nieodpłatne lub za kwotę znacznie niższą niż wartość rynkowa danego mienia – że celem przekazania lub nabycia było uniknięcie konfiskaty”. Jednak, jak stanowi dyrektywa w art. 6 ust. 2, powyższe nie może naruszać praw osób trzecich działających w dobrej wierze. Rozwiązania projektowane przez Ministra Sprawiedliwości znacznie wykraczają zatem poza wyznaczony dyrektywą zakres ingerencji w prawo własności i wolność działalności gospodarczej.

Należy w tym miejscu podkreślić, że prawnokarna instytucja przepadku mienia nie jest wyjęta spod testu proporcjonalności, wymaganego na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W wyroku z dnia 29 czerwca 2005 r., sygn. SK 34/04, Trybunał Konstytucyjny zgodził się z opinią, że: "Uregulowanie art. 46 Konstytucji zostało usytuowane pośród wolności i

praw osobistych, a zatem praw silniej chronionych przez ustrojodawcę niż prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne, wśród których zawarte zostało prawo do własności. Tym samym za nielogiczne należałoby uznać, iż w przypadku przepadku mienia, dla konstytucyjności tego wkroczenia w prawo własności, wystarczyłoby spełnienie jedynie przesłanek formalnych (podstawa ustawowa i prawomocne orzeczenie sądu) z pominięciem przesłanek materialnych, zawartych w art. 64 ust. 3 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji".

Analizując proporcjonalność ograniczenia praw konstytucyjnych przewidzianego przez projektowany art. 44a § 1 k.k., należy mieć na względzie przepisy wdrażanej dyrektywy 2014/42/UE. Wprawdzie, jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy, implementacja dyrektywy jest tylko jednym z jej celów. Jednak warto pamiętać, że przyjęte w dyrektywie i wypracowane na poziomie unijnym rozwiązania służą temu samemu celowi, co projektowana ustawa. Ma ona stworzyć mechanizmy pozbawiające przestępców korzyści majątkowych uzyskiwanych z działalności niezgodnej z prawem. Przepisy dyrektywy – chociażby z uwagi na potrzebę harmonizacji – powinny być zatem punktem odniesienia dla rozwiązań przyjętych w ustawie.

Oceniając projektowaną instytucję „przepadku narzędzia” w kontekście pierwszego aspektu testu proporcjonalności, a mianowicie – kryterium racjonalności, należy wskazać, że rozwiązanie to z całą pewnością nie służy implementacji dyrektywy 2014/42/UE. Dyrektywa wyróżnia odrębne sankcje: konfiskatę korzyści uzyskanych z przestępstwa, w tym tzw. konfiskatę rozszerzoną oraz konfiskatę narzędzia popełnienia przestępstwa. O ile wobec sprawców przestępstwa może zostać zastosowany każdy z tych środków (art. 4 i 5 dyrektywy), o tyle odpowiedzialność osoby trzeciej powinna ograniczać się do możliwości konfiskaty korzyści – jeśli zostały one przekazane tej osobie przez podejrzanego lub oskarżonego. Jak wynika z uwag wprowadzających dyrektywy (uwaga 24), sprawcy często unikają konfiskaty korzyści pochodzących z przestępstwa poprzez przekazanie majątku osobie trzeciej – celem rozwiązania przyjętego w art. 6 dyrektywy jest zatem utrudnienie takich praktyk. Dodatkowo, w regulacjach dyrektywy podkreśla się, że: „Nie powinny być naruszane prawa osób trzecich działających w dobrej wierze”.

Przepadki składników i praw majątkowych przedsiębiorstwa, które nigdy nie należało do sprawcy przestępstwa i nie zostało uzyskane w drodze przestępstwa, nie

pozostaje zatem w żadnym funkcjonalnym związku z regulacją art. 6 dyrektywy; tego rodzaju przepadek przewiduje art. 4 dyrektywy, jednak wyłącznie w stosunku do sprawcy przestępstwa.

Wątpliwe wydaje się także spełnienie drugiego elementu testu proporcjonalności, tzn. niezbędności – skoro prawodawca unijny uznał za wystarczające (dla zwalczania poważnej przestępczości) pozbawienie samego sprawcy narzędzi służących popełnianiu przestępstw, to trudno przyjąć, że dodatkowa odpowiedzialność osób trzecich jest niezbędna w polskim ustawodawstwie, z uwagi na specyfikę lokalnej przestępczości.

W dalszej kolejności należy wskazać, że projektowane brzmienie art. 44 a § 1 k.k. nie spełnia także warunku proporcjonalności *sensu stricto*, bowiem nakładane przez ten przepis ciężary są zdecydowanie zbyt wielkie.

Oceniając podobną regulację w powołanym wyżej wyroku sygn. SK 34/04 Trybunał Konstytucyjny wskazał, że: „Orzeczenie przepadek narzędzi służących do popełnienia przestępstwa, które nie stanowią własności sprawcy, tylko własność osoby trzeciej, która na dodatek nie przyczyniła się ani nie mogła zapobiec popełnieniu przestępstwa, nie ma skutku prewencyjnego, a osiągnięty efekt fiskalny jest nieproporcjonalny do ciężaru nałożonego na właściciela, ponieważ w skrajnych przypadkach może prowadzić nawet do zawieszenia albo zakończenia działalności gospodarczej (...) Równocześnie ciężar nałożony na skarżącą – pozbawienie jej środka prowadzenia działalności gospodarczej (...) – jest nieproporcjonalny do efektu uzyskanego przez państwo w wyniku sprzedaży narzędzi, które służyło popełnieniu przestępstwa”. Wprawdzie w sytuacji przewidzianej przez projektowany art. 44 a § 1 k.k. zachodzi pewna przyczynowość pomiędzy działaniem osoby trzeciej a zaistnieniem przestępstwa (niezachowanie ostrożności wymaganej w danych okolicznościach), jednak należy zauważyć, że jest to sankcja analogiczna do tej, jaka spotyka właściwego sprawcę przestępstwa. Już samo zrównanie sankcji za czyn popełniony umyślnie oraz za czyn powodowany niedbalstwem (*de facto* stanowiący błąd w zarządzaniu przedsiębiorstwem) świadczyć może o złamaniu zasady proporcjonalności.

W kontekście dalszej analizy projektowanej regulacji pod kątem zasady proporcjonalności *sensu stricto* wspomnieć należy, że wolność działalności gospodarczej i prawo własności są wartościami chronionymi przez Kartę Praw Podstawowych UE (art. 16 i

17), stanowią także istotny element funkcjonowania wspólnego rynku UE. Pozbawienie osoby trzeciej, jedynie pośrednio związanej z przestępstwem, istotnego składnika majątkowego (przedsiębiorstwa) powinno znajdować mocne uzasadnienie w celach polityki unijnej, a także oparcie w europejskim ustawodawstwie. Tymczasem, jak była o tym mowa wyżej, oparcia takiego trudno doszukiwać się szczególności w przepisach dyrektywy 2014/42/UE.

W tym kontekście odwołać się należy również do pojęcia „przedsiębiorstwa” użytego w projektowanym art. 44a k.k., które nie jest definiowane w prawie karnym. Choć projektodawca nie czyni wyraźnego odesłania do prawa cywilnego, to zgodnie z powszechnie stosowanymi regułami wykładni przyjąć należy, że posługuje się tym pojęciem w sposób zdefiniowany w Kodeksie cywilnym. W myśl art. 55<sup>1</sup> k.c. przedsiębiorstwo obejmuje nazwę przedsiębiorstwa, własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości, prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych; wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne; koncesje, licencje i zezwolenia; patenty i inne prawa własności przemysłowej; majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne; tajemnice przedsiębiorstwa; księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. Projektowana regulacja nie rozstrzyga, czy wszystkie wymienione składniki przedsiębiorstwa mogą ulec przypadkowi czy tylko niektóre z nich.

Zakładając, że przypadkowi mogą ulec wszystkie ww. składniki przedsiębiorstwa należy zauważyć, iż prawu polskiemu nie jest znana możliwość ingerencji sądu karnego w stosunki administracyjnoprawne wynikające z decyzji administracyjnych (koncesje, licencje, zezwolenia, decyzje o udzieleniu praw własności przemysłowej). W projekcie nie zawarto norm, które regulowałyby sposób wykonania wyroku sądu karnego orzekającego przepadek uprawnień przyznanych decyzją administracyjną. Zasadą prawa administracyjnego jest, że wydanie nowej decyzji jest jedynym sposobem całkowitego lub częściowego pozbawienia decyzji jej ostatecznej mocy obowiązującej (wyrok WSA w Kielcach z 28 maja 2010 r., sygn. akt II SA/Ke 166/10). Uchylenie, zmiana lub stwierdzenie nieważności ostatecznej decyzji administracyjnej albo wznowienie postępowania



zakończono taką decyzją jest możliwe jedynie w przypadkach przewidzianych w Kodeksie postępowania administracyjnego lub ustawach szczególnych. W Kodeksie postępowania karnego trudno wskazać regulacje, które mogłyby znaleźć zastosowanie do wykonania wyroku orzekającego przepadek uprawnienia wynikającego z decyzji. Również w ustawie z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2013 r. poz. 1410, z późn. zm.) nie przewiduje się w takich sytuacjach możliwości wygaśnięcia czy unieważnienia patentu (art. 89 i 90 ww. ustawy). Proponowany mechanizm mógłby zatem godzić w utrwaloną na gruncie prawa administracyjnego zasadę trwałości decyzji ostatecznych i zasadę ochrony praw nabytych.

Projekt nie odpowiada również na pytanie, co w sytuacji, w której uprawnionymi do wykonywania praw własności przemysłowej lub majątkowych praw autorskich czy też majątkowych praw pokrewnych są, poza przedsiębiorstwem, inne podmioty. Orzeczenie przepadku praw przysługujących wspólnie kilku podmiotom lub praw, które są przedmiotem umowy licencyjnej, mogłoby prowadzić do naruszenia praw osób trzecich. Wątpliwości te można odnieść również do wspólników spółek kapitałowych. O ile bowiem wspólnik spółki z o.o. posiada uprawnienie do kontroli działalności spółki (art. 212 k.s.h.), o tyle akcjonariusz spółki akcyjnej nie ma wpływu na bieżące funkcjonowanie spółki. Zasadą działania spółki akcyjnej jest rozdział kapitału od zarządzania. Jeżeli zatem orzeczenie przepadku ma się opierać na zarzucie kierowanym wobec członków zarządu spółki, że przedsiębiorstwo służyło lub mogło służyć do popełnienia przestępstwa, to wątpliwości budzi przeniesienie konsekwencji majątkowych tego faktu na akcjonariuszy.

W wyroku z dnia 29 czerwca 2005 r. o sygn. SK 34/04 Trybunał Konstytucyjny oceniając konstytucyjność przepadku narzędzi, które służyły do popełnienia czynu zabronionego bez wiedzy i zgody ich właściciela, stwierdził, że sąd karny orzekający w imieniu demokratycznego państwa prawnego, winien mieć możliwość, ale i obowiązek badania, czy właściciel mienia miał jakikolwiek związek z popełnionym za jego pomocą przestępstwem. Mogą istnieć sytuacje, w których sprawca przestępstwa celowo posługuje się przedmiotami stanowiącymi cudzą własność i czyni to za wiedzą i zgodą właściciela. Mogą też mieć miejsce wypadki, w których właściciel narzędzi czerpie zyski z przestępczej działalności osób trzecich, posługujących się nimi. W takich sytuacjach przepadek tych przedmiotów byłby w pełni uzasadniony, musi być jednak poprzedzony stosownym

postępowaniem dowodowym. W innym wypadku – gdyby wina właściciela nie została dowiedziona – mogłoby dojść do złamania zasady *nulla poena sine crimine*, a zatem do karania podmiotu, któremu nie udowodniono jakiegokolwiek udziału w przestępstwie.

Reasumując, w moim przekonaniu, projektowany art. 44 a § 1 k.k. bardzo poważnie ingeruje w prawa majątkowe osób trzecich, które nie są sprawcami przestępstwa. Przepadek składników i praw majątkowych przedsiębiorstwa należącego do osoby innej niż sprawca – nawet jeśli jest to sankcja za posłużenie się przedsiębiorstwem przy popełnieniu przestępstwa – jest sankcją zbyt surową i nieproporcjonalną.

2.

Niewątpliwie dobrem, z którym mogą kolidować rozwiązania zaproponowane w projekcie nowelizacji jest prawo własności. Prawo własności jest jednym z fundamentalnych praw podstawowych, ustanowionym w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i szeregu regulacji międzynarodowych. Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej. Już w art. 21 Konstytucji RP wskazuje się, że Rzeczpospolita Polska chroni własność i prawo dziedziczenia. Na własności prywatnej oparta jest także społeczna gospodarka rynkowa stanowiąca podstawę ustroju gospodarczego państwa (art. 20). Własność jest też prawem człowieka, jednym z najważniejszych w części dotyczącej praw i wolności ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych. Zgodnie z art. 64 Konstytucji każdy ma prawo do własności, innych praw majątkowych oraz prawo dziedziczenia. Prawa te podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej. Jednocześnie Konstytucja przewiduje wprost możliwość ograniczenia własności, przy czym może to nastąpić tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności. Jak wskazuje się w literaturze, sam art. 64 ust. 3 Konstytucji nie jest wystarczający do uzasadnienia konstrukcji przepadku, która może w istotny sposób kolidować z prawem własności, w tym nawet naruszać jego istotę (T. Sroka, Komentarz do art. 64, (w:) L. Bosek, M. Safjan (red.), Konstytucja. Komentarz, Warszawa 2016, s. 1154). Ustrojodawca niewątpliwie akceptował samą konstrukcję przepadku, dlatego zdecydował się na wprowadzenie art. 46 Konstytucji

RP: „Przepadek rzeczy może nastąpić tylko w przypadkach określonych w ustawie i tylko na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu”.

Rozważając problematykę przypadku rozszerzonego warto zwrócić zatem uwagę na zagadnienie domniemania niewinności. W tym kontekście przywołuje się przede wszystkim art. 6 ust. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Mając na uwadze, że przypadek dotyczy osób, których wina została udowodniona, trudno jest przyjąć, że domniemanie niewinności odrywa się od sprawcy, ale nie od jego majątku. Nawet, jeżeli przyjąć, z czym trudno się zgodzić, że domniemania z art. 45 § 2 i 3 k.k. mogą w jakimś zakresie interferować z zakazem domniemania winy wypowiedzianym w art. 42 ust. 3 Konstytucji RP i w art. 6 ust. 2 EKPC, to wątpliwe jest przyjęcie, że dochodzi do naruszenia tego zakazu, zwłaszcza gdy wskazane domniemania można obalić. Projektodawca, odwołując się do orzecznictwa ETPC (sprawa 12954/87 *Raimondo przeciwko Włochom*, sprawa 17440/90 *Welch przeciwko Wielkiej Brytanii*, sprawa 41661/98 *Butler przeciwko Wielkiej Brytanii*, sprawa 54024/99 *Arcuri przeciwko Włochom*, sprawa 75909/01 *Sud Fondi i inni przeciwko Włochom*, sprawy połączone 19955/05 i 15085/06 *Grayson i Barnham przeciwko Wielkiej Brytanii*), zauważa, że przeniesienie ciężaru dowodu samo w sobie nie narusza Konwencji. Warunkiem dopuszczalności takiego rozwiązania jest umożliwienie oskarżonemu wykazania w toku procesu legalności pochodzenia mienia. W sprawie *Grayson i Barnham przeciwko Wielkiej Brytanii* Europejski Trybunał Praw Człowieka wyraził pogląd wskazujący, że nie jest niezgodne z zasadą uczciwego procesu karnego, a więc z zasadą sprawiedliwości proceduralnej, takie nałożenie ciężaru dowodu na oskarżonych, które uczyni ich odpowiedzialnymi za wyjaśnienie swojej sytuacji finansowej. Sprawy finansowe oskarżonych są najlepiej znane im samym, a więc związany z tym ciężar ich przedstawienia przed sądem i wykazania zgodnego z prawem nabycia nie powinien budzić trudności, o ile do nabycia doszło rzeczywiście w sposób legalny.

Także wcześniej w sprawie *Raimondo przeciwko Włochom* (12954/87) Trybunał nie zakwestionował samej instytucji konfiskaty, nie dopatrywał się także jej niezgodności z EKPC. Do naruszenia artykułu 1 Protokołu nr 1 do EKPC dochodzi wtedy, gdy nie są zapewnione stosowne warunki proceduralne. Fundamentalnym wymogiem jest powiązanie przypadku z prawomocnym wyrokiem w sprawie. Nie można zaakceptować orzeczenia przypadku w braku takiego rozstrzygnięcia lub innego równorzędnego orzeczenia. W

orzeczeniu podkreślono: „Trybunał jest w pełni świadomy trudności napotykanym przez Włochy w walce przeciwko mafii. Wskutek jej nielegalnej działalności, w szczególności handlu narkotykami, i jej międzynarodowych powiązań, ta <organizacja> ma bardzo duży dochód, który jest następnie inwestowany, między innymi, w sektor nieruchomości. Konfiskata, której celem jest powstrzymanie takich procesów z udziałem podejrzanego kapitału, jest skutecznym i koniecznym środkiem walki z tym rakiem. Wygląda to na środek proporcjonalny do obranego celu (...)”. W tym miejscu warto przywołać jeszcze rozstrzygnięcie ETPC w sprawie *Aboufadda przeciwko Francji* (28457/10). Trybunał większością głosów odrzucił skargę. W uzasadnieniu, odnosząc się do merytorycznego aspektu sprawy, ETPC zauważył, że państwa mają przestrzeń swobody w regulowaniu prawa własności w związku z interesem publicznym. Trybunał wyraził zrozumienie dla władz państwowych, które wyciągają daleko idące konsekwencje wobec osób popełniających poważne przestępstwa. Nie można nie zauważyć, że „konfiskata mienia pozyskanego w wyniku popełnienia przestępstwa ma istotne znaczenie zarówno w systemie prawnym państwa członkowskich Rady Europy i w prawie międzynarodowym”.

Większe trudności może powodować zaakceptowanie w tym kontekście brzmienia przepisu art. 45 § 3 k.k., niemniej podkreślić trzeba, że te same wątpliwości można podnieść także na gruncie obecnie obowiązującego brzmienia tej regulacji.

W projekcie ustawy przewidziano także modyfikacje zakresu kryminalizacji. Uwagę zwracają przede wszystkim proponowane dwa nowe typy czynów zabronionych. Po pierwsze propozycja dodania art. 258a k.k. o następującym brzmieniu: „§ 1. Kto biorąc udział w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, albo utrzymując stałe kontakty z osobą uczestniczącą w takiej grupie lub związku, posiada mienie niezajdujące pokrycia w ujawnionych źródłach lub pochodzące ze źródeł nieujawnionych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 2. Sąd może orzec przepadek mienia określonego w § 1, chociażby nie stanowiło ono własności sprawcy.”. Po drugie, projektowany art. 292a i związany z nim art. 293 § 2: „Art. 292a. Kto posiada rzecz uzyskaną za pomocą czynu zabronionego, albo rzecz, o której na podstawie towarzyszących okoliczności powinien i może przypuszczać, że została uzyskana za pomocą czynu zabronionego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”; „Art. 293 § 2. Sąd może

orzec przepadek rzeczy określonej w § 1 oraz w art. 291, 292 i 292a, chociażby nie stanowiła ona własności sprawcy.”. Wprowadzenie możliwości fakultatywnego orzeczenia przez sąd przepadku rzeczy, choćby nie stanowiła ona własności sprawcy nie jest konstrukcją dotąd nieznaną polskiej ustawie karnej. Projektodawca rozszerza tylko zakres art. 293 § 2 k.k. o nowy typ czynu zabronionego z art. 292a i w art. 258a § 2 dodaje możliwość orzeczenia przepadku w przypadku popełnienia nowego przestępstwa z art. 258a § 1. Konstrukcja ta nawiązuje do art. 44 § 7 k.k., który *expressis verbis* wskazuje, że jeżeli przedmioty wymienione w art. 44 § 2 lub § 6 nie stanowią własności sprawcy, ich przepadek można orzec tylko w wypadkach przewidzianych w ustawie. Wątpliwości powstają jednak na gruncie projektowanego art. 258a § 2. Przepadek przedmiotów nienależących do właściciela będący przedmiotem regulacji w art. 44 § 2 i § 6 w zw. z art. 44 § 7 k.k. dotyczy przedmiotów służących lub przeznaczonych do popełnienia przestępstwa oraz przedmiotów, których sprzedaż, obrót, przesyłanie, przenoszenie lub przewóz jest zakazany. Artykuł 258a § 2 dotyczy natomiast mienia posiadanego przez osobę określoną w projektowanym art. 258a § 1, którego pochodzenia osoba ta nie jest w stanie wyjaśnić. Jak się wydaje, państwo powinno w pierwszej kolejności podjąć wysiłek ustalenia właściciela tego mienia, gdyż pozbawienie go posiadania danej rzeczy mogło nastąpić nielegalnie i tym samym korzystanie z niego przez osobę trzecią może się odbywać wbrew jego woli.

Projektodawca zakłada wprowadzenie analogicznych rozwiązań do Kodeksu karnego skarbowego. Pewną nowością w stosunku do projektowanych zmian jest proponowane brzmienie art. 132 § 2 k.k.s.: „W razie popełnienia przestępstwa, o którym mowa w art. 33 § 2, zabezpieczenie nie upada w przypadku umorzenia postępowania z powodu niewykrycia sprawcy, jego śmierci lub niepoczytalności w chwili czynu albo przedawnienia karalności, a także w przypadku zawieszenia postępowania w sprawie, w której nie można ująć oskarżonego, albo nie może on brać udziału w postępowaniu z powodu choroby psychicznej lub innej ciężkiej choroby, chyba że osoba zainteresowana wykaże legalność pochodzenia mienia i środków służących do jego nabycia. Po upływie 3 lat od prawomocnego umorzenia lub wydania postanowienia o zawieszeniu postępowania zabezpieczone mienie przechodzi na własność Skarbu Państwa. O przejściu własności orzeka sąd na wniosek prokuratora. Przepisy o likwidacji niepodjętych depozytów stosuje się odpowiednio”. Pojawia się tutaj

dogmatyczna niezręczność, ponieważ osoba niepoczytalna w chwili czynu nie może popełnić przestępstwa, dlatego przepis powinien raczej zaczynać się frazą „W razie popełnienia czynu zabronionego”. W pozostałym zakresie należy zauważyć, że jest to po części konstrukcja analogiczna do obowiązującego już art. 45a k.k. Niemniej może ona budzić pewne wątpliwości. Przepis ten nie tylko wskazuje na możliwość orzeczenia przepadku w sytuacjach analogicznych do tych wskazanych w art. 45a k.k., które wydają się uzasadnione, ale rozszerza ten katalog. W tym zakresie projektodawca nie gwarantuje oskarżonemu możliwości złożenia wyjaśnień. Stwarza to poważne ryzyko naruszenia zasady sprawiedliwości proceduralnej. Należy także zauważyć, że przepis ten w sposób znaczny wykracza poza regulację wspomnianej wyżej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady. Zgodnie z art. 4 ust. 2 dyrektywy: „Jeżeli nie jest możliwe przeprowadzenie konfiskaty na podstawie ust. 1, przynajmniej w sytuacji, gdy niemożność ta wynika z choroby lub ucieczki podejrzanego lub oskarżonego, państwa członkowskie podejmują niezbędne środki w celu umożliwienia konfiskaty narzędzi i korzyści w przypadkach, gdy wszczęte zostało postępowanie karne w odniesieniu do przestępstwa, które może być źródłem – w sposób bezpośredni lub pośredni – korzyści majątkowych, i takie postępowanie mogło doprowadzić do wydania wyroku skazującego, gdyby podejrzany lub oskarżony był w stanie stanąć przed sądem”.

Jeżeli chodzi o możliwość stosowania konfiskaty rozszerzonej bez wyroku skazującego, w dyskursie prawniczym towarzyszącym projektowanej nowelizacji podnoszony jest argument, że instytucja ta istnieje także w innych państwach należących do Unii Europejskiej. W dyskusji publicznej najczęściej powoływany jest przykład Włoch jako kraju, którego ustawodawstwo niejako w oderwaniu od samej kwestii odpowiedzialności karnej, to jest bez konieczności uzyskania wyroku skazującego, zezwala na zastosowanie konfiskaty. W tym kontekście pamiętać jednak należy, że w ustawodawstwach przewidujących tego typu rozwiązania, najczęściej konfiskata nie ma charakteru karnego i stosowana jest przez specyficzny organ administracji. Tymczasem projektowana ustawa zakłada wprowadzenie konfiskaty rozszerzonej do samego prawa karnego, na gruncie którego niedopuszczalne jest stosowanie jakichkolwiek środków o charakterze penalnym wyłącznie w oparciu o kategorie prognostyczno-prewencyjne. Nie chodzi tu o negację samej możliwości uniezależnienia konfiskaty od kwestii odpowiedzialności karnej, lecz o

wskazanie na konieczność rozważenia przeniesienia tak rozumianej konfiskaty rozszerzonej do innej niż prawo karne gałęzi prawa. Prawo karne winno bowiem stanowić reakcję na szkodę już dokonaną i udowodnioną za pomocą prawnoprocesowego instrumentarium, jakim gałąź ta dysponuje, nigdy zaś nie może stanowić reakcji na szkodę domniemaną. Tak więc oderwanie konfiskaty karnej od istoty prawa karnego stanowi zabieg pozostający w sprzeczności z naturą tej gałęzi. Przytaczane przez autorów projektu ustawy twierdzenie, że często odpowiedzialność karna oparta jest wyłącznie na pewnym wycinku czasu całej działalności kryminalnej sprawcy i w związku z tym znaczna część korzyści materialnych pochodzących z przestępstwa pozostaje nieobjęta zakresem wyroku skazującego zapewne nie jest zupełnie pozbawione racji. Tym niemniej niedopuszczalne z punktu widzenia podstawowych założeń państwa prawa jest wprowadzenie możliwości orzeczenia środka penalnego jako odpowiedź na faktyczną niemożność udowodnienia pochodzenia posiadanego majątku bądź jego poszczególnych składników. Należałoby się bowiem zastanowić, czy fakt, że dana osoba nie jest w stanie udowodnić czy też uprawdopodobnić pochodzenia swojego majątku oznacza koniecznie, że majątek ten pochodzi z działalności kryminalnej. Ponadto nie wydaje się, aby argument, że tego typu regulacje istnieją w innych państwach europejskich przemawiał za koniecznością wprowadzenia jej do prawa polskiego.

3.

Zgodnie z obowiązującym obecnie art. 293 § 1 k.p.k.: „Postanowienie o zabezpieczeniu majątkowym wydaje sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator”. Jakkolwiek na postanowienie w przedmiocie przysługuje zażalenie, to należałoby postulować przyznanie sądowi wyłącznej właściwości w zakresie orzekania o zabezpieczeniu. Takie rozwiązanie byłoby bardziej zbliżone do standardu sprawiedliwości proceduralnej.

Konkludując, projekt, we wskazanych wyżej częściach, budzi wątpliwości dotyczące zachowania proporcjonalności pomiędzy celem, jaki ustawodawca chce zachować tj. zwalczaniem przestępczości gospodarczej bądź każdej innej przestępczości przynoszącej

choćby pośrednie korzyści majątkowe dla ich sprawców a należyтым zagwarantowaniem prawa własności i wolności działalności gospodarczej.

Wyrażam zatem nadzieję, że wskazane wyżej wady proponowanej nowelizacji, powodujące zagrożenie dla praw i wolności obywatelskich, zostaną skorygowane podczas dalszych prac nad projektem.

Podpis na oryginale