



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa, 10.01.17

Adam Bodnar

II.517.3.2016.MH

**Pan
Marek Ast
Poseł na Sejm RP
Przewodniczący
Komisji Ustawodawczej Sejmu RP**

Szanowny Panie Przewodniczący,

Z wielkim zainteresowaniem zapoznałem się z projektem ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, przyjętym przez Radę Ministrów w dniu 20 grudnia 2016 r., który wpłynął do Sejmu w dniu 30 grudnia 2016 r. Projekt ten zwany jest czasem potocznie projektem ustawy o „rozszerzonej konfiskacie”, choć wskazać należy, że obecnie zawiera on liczne rozwiązania dotyczące także postępowania cywilnego, funkcjonowania służb mundurowych, tajemnic prawnie chronionych i finansowania terroryzmu. Aktualnie tytuł ustawy może być zatem mylący.

Z zadowoleniem stwierdzam, że wnioskodawca (Minister Sprawiedliwości) pozytywnie odniósł się do wielu uwag zgłoszonych przez Rzecznika Praw Obywatelskich w toku konsultacji publicznych. W tym miejscu pragnę przypomnieć, iż Rzecznik postulował, m.in. wprowadzenie ograniczeń możliwości orzeczenia przepadku od osoby która nie popełniła przestępstwa, doprecyzowanie i urealnienie rozwiązań związanych z zabezpieczaniem przepadku przedsiębiorstwa poprzez ustanowienie zarządu przymusowego, a także rezygnację z wprowadzenia nowych typów przestępstw, które miały penalizować samo tylko posiadanie majątku pochodzącego z czynu zabronionego.

Tym niemniej, z przykrością odnotowałem, że istotna część podnoszonych przeze mnie wątpliwości, zachowuje swoją aktualność także na gruncie aktualnego projektu ustawy. Co więcej, do projektu wprowadzono także liczne dodatkowe przepisy, które także

powinny budzić niepokój w zakresie ich zgodności z Konstytucją oraz standardami ochrony praw i wolności człowieka.

1. Koncepcja przypadku przedsiębiorstwa podlegała powszechnej krytyce ze względu na swoją nieproporcjonalność – zarówno w sensie ogólnym, jako niespełniająca konstytucyjnych przesłanek ograniczenia prawa własności, jaki i w sensie ścisłym jako sankcja zbyt surowa względem czynu zabronionego, który wszak nie musiałby być nawet popełniony przez osobę dotkniętą przypadkiem.

Projekt ustawy przyjęty przez Radę Ministrów odnosi się w pewnym zakresie do tej drugiej formy proporcjonalności – proponowany art. 44a § 5 k.k. zawiera zastrzeżenie, że przypadku nie można orzec, jeśli "szkoda wyrządzona przestępstwem lub wartość ukrytej korzyści nie jest znaczna wobec rozmiaru działalności przedsiębiorstwa". O ile docenić należy starania wnioskodawcy o uregulowanie tej kwestii, zaznaczyć trzeba, iż wybrana forma regulacji nie jest optymalna. Przede wszystkim wątpliwości budzi zastosowanie pojęcia „znaczna szkoda lub wartość”. Termin „znaczna szkoda” został bowiem zdefiniowany w art. 115 § 5 w zw. z § 7 k.k. i oznacza szkodę w wysokości przekraczającej 200.000 zł. Wątpliwa wobec tego wydaje się możliwość odniesienia wysokości szkody do „rozmiaru działalności przedsiębiorstwa”. Proponowany nowy art. 115 § 24 k.k. wskazuje, że sąd bierze tu pod uwagę wartość przedsiębiorstwa. Konstrukcja tego przepisu (analogiczna jak art. 115 § 2 k.k.) sugeruje, że jest to jedyne kryterium, które sąd winien rozważyć – tym samym nie jest możliwe uwzględnienie innych okoliczności (takich jak obroty, przychody, dochody, liczba pracowników, liczba przedstawicielstw handlowych). Ponadto odczytując literalnie ten przepis należy dojść do wniosku, że sąd dokonuje oceny wartości przedsiębiorstwa w momencie orzekania, podczas gdy dla odpowiedniego stosowania normy projektowanego art. 44a § 5 k.k. miarodajny powinien być moment dokonania czynu zabronionego. W efekcie wydaje się, że tak sztywno zakreślona norma nie pozostawia wystarczającego pola do uwzględnienia konkretnej sytuacji danego przedsiębiorstwa, a zatem, pomimo pozornie elastycznej formuły użytej w art. 44a § 5 k.k. można mieć wątpliwości, czy jej wprowadzenie będzie wystarczające do zabezpieczenia

stosowania zasady proporcjonalności *sensu stricto* przy ewentualnym orzekaniu przypadku przedsiębiorstwa.

W tym kontekście odnotować należy starania projektodawcy o wprowadzenie dalszych instrumentów umożliwiających indywidualną ocenę przedsiębiorstwa w postaci projektowanego art. 44a § 6 k.k. Choć przepis ten może pełnić rolę wskazówki, że przypadek przedsiębiorstwa powinien stanowić ostateczność i być orzekany jedynie po wszechstronnym rozważeniu sytuacji przedsiębiorstwa i charakteru czynu zabronionego, odnieść można wrażenie, że stanowi on pewnego rodzaju *superfluum*. Orzeczenie przypadku określonego w art. 44a § 2 k.k. jest bowiem w każdym przypadku fakultatywne – wprowadzenie możliwości odstąpienia od niego (§ 6) nie stanowi więc w istocie ani ograniczenia możliwości stosowania tego środka, ani nie obliguje sądu do ustalenia nowych szczególnych okoliczności, bowiem te i tak muszą podlegać określeniu w toku podejmowania decyzji, czy zastosować instytucję z art. 44a § 2 k.k.

Idąc dalej, wątpliwości może budzić wprowadzenie możliwości orzeczenia nawiązki w przypadku, w którym sąd nie stosowałby przypadku z przyczyn wskazanych w projektowanym art. 44a § 4-6 k.k. (proponowany art. 48a k.k.). Trudno wyobrazić sobie, jakie przesłanki mogłyby przemawiać za orzeczeniem środka karnego w postaci nawiązki w stosunku do osoby, co do której sąd nie znalazł podstaw do orzeczenia przypadku przedsiębiorstwa albo jego równowartości. Ponadto konstrukcja taka potencjalnie umożliwia orzeczenie środka karnego wobec osoby, przeciwko której nie toczy się nawet postępowanie karne – właściciela przedsiębiorstwa będącego osobą trzecią.

Jeśli chodzi zaś o ocenę proponowanej regulacji z perspektywy zachowania zasady proporcjonalności rozumianej szeroko, tj. spełnienia konstytucyjnych przesłanek ingerencji w prawo własności, przywołać należy wymogi wypływające z dyrektywy 2014/42/UE, które niniejszy projekt ma *prima facie* realizować. Dyrektywa ta zawiera wymóg wprowadzenia przez państwa członkowskie przypadku korzyści i narzędzi od sprawców przestępstw (art. 4 ust. 1), natomiast w przypadku osób trzecich obliguje jedynie do ustanowienia możliwości przypadku korzyści (art. 6 ust. 1; wymóg ten zresztą już obecnie realizuje art. 45 § 3 k.k.). Przeciwnie, dyrektywa w swym art. 6 ust. 2 i motywie 24 wprost wskazuje, że prawa osób trzecich działających w dobrej wierze nie mogą być w żadnym

wypadku naruszane. Rozwiązania zaproponowane w projektowanym art. 44a k.k. należy więc oceniać w charakterze przepisów *strictae* krajowych, ich wprowadzenie nie znajduje bowiem uzasadnienia w przepisach dyrektywy 2014/42/UE.

Projektowany przepis art. 44a § 2 k.k. stanowi, że przepadek można orzec, jeśli przedsiębiorstwo zostało wykorzystane do popełnienia przestępstwa, zaś jego właściciel chciał tego lub się na to godził (tym samym warunek ten odpowiada konstrukcji winy umyślnej). W takim kontekście pojawia się jednak wątpliwość co do zgodności omawianej regulacji z zasadą *ne bis in idem* (wyrażoną m. in. w art. 4 ust. 1 protokołu nr 7 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz art. 50 Karty Praw Podstawowych UE). Wbrew argumentacji podniesionej w uzasadnieniu projektu, nie można bowiem zgodzić się z twierdzeniem, aby przepadek nie był środkiem należącym do sfery represyjnego prawa karnego tylko dlatego, że został przeniesiony do nowo wyodrębnionego działu Va k.k. Uzasadnienie wskazuje, że jest to środek o charakterze zarówno prewencyjnym, jak i represyjnym. Takie zaś właśnie są cechy sankcji prawnokarnych, w szczególności kary, która ma spełniać funkcję zarówno represyjną (sprawiedliwościową), jak i prewencyjną (w aspekcie indywidualnym i generalnym. Zob. A. Marek, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1997, s. 234-235; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 159).

Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, o tym czy sankcja ma w istocie charakter karny, a przez to aktualizuje zasadę *ne bis in idem*, przesądzają trzy czynniki: pierwszym z nich jest umiejscowienie jej w krajowym porządku prawnym, drugim – charakter naruszenia prawa, zaś trzecim – charakter i stopień rygoryzmu sankcji, która grozi zainteresowanemu (zob. w szczególności wyroki ETPC z dnia 8 czerwca 1976 r. w sprawie Engel i in. przeciwko Holandii, §§ 80–82; a także z dnia 10 lutego 2009 r. w sprawie Zolotukhin przeciwko Rosji, §§ 52, 53). Pierwszy warunek jest w sposób oczywisty spełniony – przepadek uregulowany jest bowiem w Kodeksie karnym. W zakresie warunku drugiego zaznaczyć należy, iż obecnie projektowane brzmienie art. 44a § 2 k.k. wymaga istnienia po stronie osoby, wobec której można orzec przepadek przedsiębiorstwa istnienia nastawienia mentalnego tożsamego z winą umyślną. Charakter naruszenia prawa jest więc zbliżony do czynu popełnionego przez samego sprawcę. Właściciel przedsiębiorstwa co prawda sam nie używa go jako narzędzia, ale umyślnie umożliwia to innej osobie. Jeśli zaś chodzi o warunek trzeci, zaznaczyć trzeba, że przepadek

przedsiębiorstwa może wiązać się ze znaczną dolegliwością dla osoby nim dotkniętej. Sama wartość skonfiskowanego przedsiębiorstwa może być bardzo wysoka, wielokrotnie przekraczająca maksymalną dopuszczalną wysokość grzywny określonej w art. 33 § 1 i 3 k.k., ponadto dla jego właściciela może wiązać się z utratą źródła utrzymania oraz nagłym i znacznym pogorszeniem sytuacji materialnej. Tak wysoki poziom dolegliwości sam w sobie uzasadnia uznanie przypadku za instrument o charakterze prawnokarnym (tak też: M. Hara, R. Kierzyńska, P. Kołodziejcki, *Ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 298. Autorzy odnoszą się tam co prawda do kary administracyjnej, lecz uwagi dotyczące surowości represji pozostają aktualne i w tym przypadku).

Nie ulega więc wątpliwości, że przypadek przedsiębiorstwa stanowi w istocie sankcję analogiczną do kary za przestępstwo. Z kolei fakt, że właściciel przedsiębiorstwa wiedział o tym, że jest ono wykorzystywane do popełnienia przestępstwa lub ukrycia korzyści należy rozpatrywać odpowiednio w kontekście pomocnictwa określonego w art. 18 § 3 k.k. lub przestępstwa stypizowanego w art. 239 § 1 k.k., tzw. „poplecznictwa”. Czymże innym jest bowiem umyślne udostępnienie przedsiębiorstwa sprawcy w celu popełnienia przestępstwa, niż dostarczeniem mu narzędzia. Wszak samo uzasadnienie projektowanej ustawy posługuje się często sformułowaniem, iż przedsiębiorstwo takie stanowi narzędzie popełnienia przestępstwa przez sprawcę dla uzasadnienia zasadności jego przypadku. Z kolei umyślne udostępnienie przedsiębiorstwa w celu ukrycia korzyści osiągniętej z przestępstwa nosi znamiona utrudniania postępowania karnego spenalizowanego w art. 239 § 1 k.k. W obu przypadkach wymagana jest umyślność właściciela przedsiębiorstwa, podobnie jak ma to miejsce w projektowanym art. 44a § 2 k.k. Jak już zaznaczono wyżej, nie można zgodzić się z tezą, jakoby przypadek nie był środkiem nienależącym do dziedziny prawa karnego. Istnieje więc realne niebezpieczeństwo, że osoba trzecia, wobec której zostanie orzeczony przypadek przedsiębiorstwa na podstawie art. 44a § 2 k.k. następnie sama zostanie pociągnięta do odpowiedzialności karnej. Takie rozwiązanie należy zaś ocenić jednoznacznie negatywnie z perspektywy prawa do sprawiedliwego procesu, którego jedną z emanacji jest zasada *ne bis in idem*.

Trudno wobec tego uznać, że w przypadku projektowanej normy spełniony jest warunek niezbędności regulacji oraz przydatności do obranego celu. Jak wskazała bowiem

powyższa analiza, już obecnie istnieją środki realizujące ten sam cel. Projektowane normy nie spełniają więc testu proporcjonalności także w sensie ogólnym.

2. Z powyższym zagadnieniem powiązana jest proponowana możliwość ustanowienia zabezpieczenia na przedsiębiorstwie na poczet ewentualnego przyszłego przypadku poprzez wprowadzenie zarządu przymusowego (art. 292a i 292b k.p.k.). Obecne brzmienie proponowanych przepisów uwzględnia szereg uwag, które zgłosiłem do poprzedniego tekstu projektu. Ono także nie jest jednak w pełni pozbawione powodów do zaniepokojenia.

Moje zastrzeżenia budzi przede wszystkim art. 292b k.p.k., który umożliwia dokonanie zabezpieczenia na przedsiębiorstwie należącym do podmiotu zbiorowego, podczas gdy projektowany art. 44a § 1 i 2 k.k. wskazują wprost, że przypadek przedsiębiorstwa możliwy jest jedynie, gdy należy ono do osoby fizycznej. Na takie ograniczenie wskazuje wprost także uzasadnienie projektowanej ustawy. Nie jest więc jasny cel takiego rozwiązania, zwłaszcza, że uzasadnienie projektu milczy na jego temat. Zasadna wydaje się zatem rezygnacja z projektowanego art. 292b k.p.k.

Jednocześnie pragnę przypomnieć uprzejmie, że wszelkie środki służące zabezpieczeniu wykonania kary, winny być z natury rzeczy tymczasowe. Celem zabezpieczenia nie jest wyrządzenie dolegliwości osobie, wobec której jest stosowane, przeciwnie powinno odbywać się z jak najmniejszym stopniem niedogodności dlań i trwać tylko tak długo, jak jest to niezbędne do tego, by uniknąć ewentualnego uniemożliwienia egzekucji. Stąd wydaje się zasadne określenie ścisłych ram czasowych utrzymywania zabezpieczenia na przedsiębiorstwie.

3. Projekt przewiduje dalej możliwość orzeczenia przypadku w razie umorzenia postępowania ze względu na śmierć sprawcy lub jego niewykrycie, a także w wypadku zawieszenia postępowania spowodowanego jego chorobą psychiczną lub inną ciężką chorobą (art. 45a k.k. i art. 43a k.k.s.). Do umożliwienia orzeczenia przypadku w razie choroby lub ucieczki podejrzanego istotnie obliguje Polskę art. 4 ust. 2 dyrektywy 2014/42/UE. Dyrektywa ta milczy jednak o sytuacji śmierci oskarżonego, zatem w tym

zakresie proponowana regulacja stanowi autonomiczną domenę prawodawcy krajowego. Uzasadnienie projektu stwierdza w tym przedmiocie, że nie ma powodu, by spadkobiercy sprawcy korzystali z nabytego po nim w drodze spadkobrania majątku. Tymczasem powodem tym jest ochrona dobrej wiary takich osób oraz konstytucyjna zasada ochrony prawa własności i dziedziczenia (art. 21 ust. 1, art. 64 ust. 1 Konstytucji RP). Orzeczenie przepadku mienia, które zostało już nabyte w drodze dziedziczenia – co następuje w chwili śmierci spadkodawcy (art. 922 § 1, art. 924, art. 925 k.c.) – w sposób oczywisty narusza konstytucyjnie gwarantowane prawa tychże spadkobierców, wprowadzając w istocie odpowiedzialność zbiorową (spadkobiercy nieuczestniczący w żaden sposób w przestępczym procederze odpowiadają bowiem swoim majątkiem za czyn spadkodawcy), niedopuszczalną na gruncie prawa karnego.

4. Kolejną kwestią, na którą pragnę zwrócić uwagę jest przerzucenie na oskarżonego ciężaru dowodu oraz retroaktywność projektowanych regulacji. Zgodnie z proponowanym brzmieniem art. 45 § 2 k.k., w przypadku skazania sprawcy wszelkie mienie, które nabył on w okresie 5 lat przed wydaniem orzeczenia traktowane byłoby jak korzyść pochodząca z przestępstwa i podlegało przepadkowi. Jak przyznaje sam wnioskodawca w uzasadnieniu projektu, chodzi o wprowadzenie fikcji prawnej, jakoby cały majątek sprawcy nabyty w ciągu 5 lat przed skazaniem pochodził z innych, nieujawnionych przestępstw. Jako gwarancję obrony jego praw wnioskodawca przywołuje możliwość przedstawienia dowodu przeciwnego przez skazanego.

Taka konstrukcja budzi głębokie zastrzeżenia z punktu widzenia obowiązywania zasady domniemania niewinności będącej podstawą funkcjonowania systemów prawnych państw demokratycznych i wyrażonej chociażby w art. 6 ust. 2 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, art. 14 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, art. 3 i 6 ust. 1 dyrektywy (UE) 2016/343 w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym¹, a także w art. 42 ust. 3 Konstytucji RP. Przerzuca ona bowiem na oskarżonego ciężar udowodnienia legalnego pochodzenia majątku, w istocie

¹ Dz. Urz. UE, seria L, nr 65 z dn. 11 marca 2016 r. str. 1

ciężar udowodnienia niewinności, i to nie nawet w zakresie czynu będącego przedmiotem postępowania, lecz domniemanych, abstrakcyjnych przestępstw, których oskarżyciel nie musi nawet określać.

Uzasadnienie projektowanej ustawy przywołuje w tym kontekście liczne orzeczenia ETPC, które stwierdzają, iż sama instytucja zobowiązania sprawcy do udowodnienia legalnego pochodzenia majątku nie narusza art. 6 EKPC. Wspólną cechą tych orzeczeń jest jednak wskazanie, iż aby domniemanie przestępczego pochodzenia majątku mogło stanowić podstawę przepadku, organy ścigania muszą najpierw uprawdopodobnić to przestępcze pochodzenie. Wnioskodawca zaś proponuje instytucję prawną, która zwalnia organy ścigania od wykazania jakiegokolwiek prawdopodobieństwa, że mienie pochodzi z przestępstwa, przenosząc ciężar dowodu w całości na oskarżonego. Proponowane rozwiązania umożliwiają przepadek całości mienia sprawcy, nabytego w okresie 5 lat, bez jakiegokolwiek badania ze strony sądu skąd faktycznie ono pochodzi.

Zastrzeżenia te jedynie pogłębia brzmienie art. 24 projektowanej ustawy, który stanowi, że ww. zasady stosuje się także do czynów popełnionych przed datą jej wejścia w życie, wprost wyłączając stosowanie art. 4 k.k. i art. 2 § 2 k.k.s. Rozwiązanie to jest w sposób oczywisty sprzeczne zasadą *nulla poena sine lege* określoną w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP. Za skrajnie nietrafne należy uznać w tym zakresie wywody zawarte w uzasadnieniu projektu, jakoby zmiana ta nie zaostrzała odpowiedzialności za czyn zabroniony z mocą wsteczną z tego powodu, że przepadek nie jest środkiem o wyłącznie represyjnym charakterze. Jak już wskazywałem (zob. pkt. 1), wszystkie środki prawnokarne, oprócz funkcji represyjnej (sprawiedliwościowej), pełnią także inne funkcje, w tym prewencyjną. Podobnie powołany przez wnioskodawcę wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawie SK 44/03 wskazuje, że zasada *lex retro non agit* nie dotyczy elementów polityki karnej (w orzeczeniu tym za taki została uznana instytucja przedawnienia). Trybunał jednak skonstrastował elementy tej polityki z prawami konstytucyjnie chronionymi, a do takich praw należy wszak prawo własności (art. 21 ust. 1 Konstytucji RP). *A contrario* przyjąć trzeba, iż w przypadku praw przewidzianych w Konstytucji nie są możliwe zabiegi, które byłyby dopuszczalne w przypadku instytucji będących jedynie wyrazem aktualnej polityki karnej. Odnosząc się wreszcie do powołanego przez wnioskodawcę orzeczenia ETPC w sprawie *Gogitidze przeciwko Gruzji*, zaznaczyć

należy, że Trybunał faktycznie uznał tam, iż system przepadku wprowadzonego w Gruzji, w tym w odniesieniu do majątku nabytego przed wejściem w życie ustawy, nie narusza art. 1 Protokołu nr 1 do EKPC, jednak podstawą tego orzeczenia był fakt, że przepisy te odnosiły się do funkcjonariuszy publicznych, zaś już przed wejściem w życie kwestionowanej ustawy obowiązywały przepisy, które regulowały odpowiedzialność majątkową takich funkcjonariuszy (§§ 99 wyroku). Projektowany art. 45 § 2 k.k. odnosiłby się zaś do potencjalnie nieograniczonego kręgu osób, co do których nie istniały wcześniej obowiązki związane z wyjawieniem majątku. Rozstrzygnięcie ETPC w sprawie *Gogitidze* nie uzasadnia więc projektowanych rozwiązań, bowiem zapadło na podstawie odmiennego stanu faktycznego i prawnego.

Z całą mocą chciałbym więc podkreślić, że zaproponowana zmiana art. 45 § 2 k.k., jak również proponowany zakres temporalny jej obowiązywania, są nie do pogodzenia z konstytucyjnymi i międzynarodowymi standardami domniemania niewinności, zaś argumenty podniesione na ich uzasadnienie dotyczą w istocie innych instytucji prawnych. Tym samym wątpliwości budzi także stwierdzenie, że projekt „jest zgodny z prawem Unii Europejskiej”, w szczególności z wskazaną wyżej dyrektywą (UE) 2016/343. Jej art. 14 ust. 1 przewiduje co prawda, że państwa członkowskie muszą ją wdrożyć do dnia 1 kwietnia 2018 r., tym niemniej już od dnia przyjęcia dyrektywy (9 marca 2016 r.) ciąży na nich obowiązek niepodejmowania działań, które byłyby sprzeczne z jej celami. Wynika to zasady lojalnej współpracy określonej w art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE (np. wyroki z dnia 18 grudnia 1997 r. w sprawie C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie ASBL* oraz z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie C-422/05 *Komisja Europejska przeciwko Belgii*). Projektowane brzmienie art. 45 § 2 k.k., zamiast realizować przepisy tej dyrektywy przyjmuje rozwiązania sprzeczne z jej duchem i celem.

5. Projektowana ustawa przewiduje także rozszerzenie katalogu przestępstw, w odniesieniu do których dozwolone jest stosowanie kontroli operacyjnej (w szczególności rozciągnięcia go na czyny polegające na składaniu fałszywych zeznań i poplecznictwie), a także dopuszczenie jej stosowania jedynie w celu ujawnienia majątku zagrożonego

przepadkiem (modyfikacja art. 237 k.p.k.). Rozwiązanie to istotnie poszerza zakres osób, co do których dopuszczalna będzie inwigilacja. Na uwagę zasługuje w szczególności fakt, że poplecznictwo (art. 239 § 1 k.k.) może odnosić się do każdego innego przestępstwa stypizowanego w Kodeksie karnym lub Kodeksie karnym skarbowym. Dopuszcza to możliwość pośredniego stosowania kontroli operacyjnej wobec osoby, co do której nie byłoby to możliwe zgodnie z art. 237 k.p.k. z uwagi na to, że przypisywany jej czyn nie jest w tym przepisie wymieniony. Z kolei umożliwienie stosowania kontroli operacyjnej w przypadku przestępstwa fałszywych zeznań określonego w art. 233 § 1 i 1a k.k. umożliwia pośrednią inwigilację stron postępowania i ich pełnomocników. Otwiera możliwość sformułowania przez oskarżyciela publicznego zarzutów naruszenia art. 233 k.k. wobec np. świadka w toczącym się postępowaniu w tym jedynie celu, aby umożliwić kontrolę osób niebędących stronami postępowania lub pośrednio kontrolować oskarżonego lub podejrzanego, wobec którego osobiście ta kontrola byłaby niedopuszczalna.

Umożliwienie kontroli operacyjnej w jedynie w celu ujawnienia majątku (proponowany art. 237 § 3a k.p.k.) zagrożonego przypadkiem potencjalnie umożliwia inwigilację każdej osoby. Zgodnie z art. 45 § 2 i projektowanym art. 44a § 2 k.k. majątek taki nie musi być przecież własnością sprawcy – może należeć do osoby niebiorącej udziału w postępowaniu.

Propozycje te budzą istotne wątpliwości w zakresie poszanowania prawa do prywatności i życia w rodzinie określonego w art. 8 EKPC oraz art. 47 Konstytucji RP. Nie bez znaczenia jest w tym kontekście niedawna nowelizacja kodeksu karnego wprowadzona ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw², która wprowadziła karalność składania fałszywych zeznań z obawy przed odpowiedzialnością grożącą świadkowi lub osobie najbliższej (art. 233 § 1a k.k.). Takie rozwiązanie nie tylko godzi w prawo do uniknięcia samooskarżania (art. 14 ust. 3 lit. g MPPOiP, art. 7 ust. 2 dyrektywy (UE) 2016/343), ale także dopuszcza stosowanie niezwykle intruzywnych środków w postaci kontroli operacyjnej w stosunku do osób podejmujących takie działania. Ponadto tak szeroko zakreślone pole do prowadzenia kontroli operacyjnej znacznie zwiększa niebezpieczeństwo zapoznania się przez organy ścigania z informacjami objętymi bezwzględną tajemnicą na podstawie art. 178 pkt 1 k.p.k.

² Dz. U. poz. 437

Co prawda przepisy regulujące działanie służb uprawnionych do prowadzenia kontroli operacyjnej zawierają przepisy nakazujące niezwłoczne zniszczenie takich informacji (np. art. 19 ust. 15f pkt 1 ustawy o Policji), jednak obowiązek ten nie zmienia faktu, że ich funkcjonariusze już zapoznali się z tymi informacjami i ta wiedza może wpływać na ich dalsze działania. Wskazane jest zatem ograniczenie możliwości wystąpienia takiego „przypadkowego” dostępu do informacji objętych tajemnicą, nie zaś, jak to przewiduje omawiany projekt, drastyczne ich rozszerzanie. Nie można w tym kontekście nie zauważyć, iż na podstawie obecnego brzmienia art. 168a k.p.k., informacje uzyskane z naruszeniem bezwzględnie obowiązującej tajemnicy obrończej mogą zostać użyte jako dowody w postępowaniu karnym. Kumulacja tych przepisów godzi w zasadę zaufania będącą podstawą stosunku obrończego (§ 51 Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu), a tym samym w samą istotę prawa do obrony wyrażonego w art. 6 ust. 3 lit c EKPC, art. 14 ust. 3 lit. d MPPOiP oraz art. 42 ust. 2 Konstytucji RP.

Gwarancje, na które wskazuje projekt ustawy są całkowicie iluzoryczne – trudno bowiem w kategoriach ograniczenia odczytywać stwierdzenie, że ABW, SKW, CBA i SWW będą mogły stosować kontrolę operacyjną tylko w przypadku czynów leżących w ich kompetencjach. Podobnie odwołanie do czynów wskazanych w art. 45 § 2 k.k. i art. 32 § 2 k.k.s. nie stanowi żadnego ograniczenia stosowania kontroli operacyjnej, bowiem to właśnie w przypadku tych czynów można orzec przepadek mienia osoby trzeciej. Krąg podmiotów potencjalnie podlegających inwigilacji pozostaje więc nieograniczony.

6. Pragnę tu odnieść się także do znacznego rozszerzenia uprawnień różnych służb mundurowych związanych z dostępem do informacji prawnie chronionych, które omawiana ustawa przewiduje. Szczególną uwagę należy zwrócić na nowe uprawnienia Policji – będzie miała ona dostęp do danych chronionych różnymi rodzajami tajemnicy (proponowana zmiana art. 20 ustawy o Policji) bez jakiegokolwiek kontroli ze strony niezależnego organu. Projekt przewiduje bowiem, że wniosek o udostępnienie informacji objętych tajemnicą w przypadku szerokiego katalogu danych wydają funkcjonariusze Policji (proponowany art. 20 ust. 5a ustawy o Policji). Co więcej, wniosek taki nie wymaga nawet uzasadnienia (proponowany art. 20 ust. 6a ustawy o Policji). Rozwiązania te stanowią szeroki wyłom w

obowiązywaniu tajemnicy prawem chronionej, w szczególności tajemnicy bankowej, ubezpieczeniowej i skarbowej. Policja uzyskałaby właściwie nieograniczony dostęp do danych o obywatelach w tym zakresie, bez żadnej kontroli sądu i bez podawania jakiegokolwiek uzasadnienia. Zmiana taka nie znajduje usprawiedliwienia, trudno bowiem za takie uznać lakoniczne stwierdzenie w uzasadnieniu projektu, sprowadzające się w istocie do przyjęcia, że wymaga tego wygoda działania Policji.

Niezwykle szerokie uprawnienia nabywa w związku z projektowaną ustawą Żandarmeria Wojskowa. Uzyskuje bowiem analogiczny, jak opisany wyżej w odniesieniu do Policji, dostęp do informacji objętych tajemnicą. Podobnie, jak miałyby to miejsce w przypadku Policji, udostępnienie szerokiego katalogu danych następuje bez kontroli sądu, na żądanie funkcjonariusza ŻW oraz bez konieczności podania uzasadnienia (projektowany art. 40b ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych). Ponadto projekt dodaje Żandarmerię Wojskową do listy instytucji, które mogą żądać informacji objętych tajemnicą bankową, a także tajemnicą określoną w ustawie o giełdach towarowych, ustawie o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi, ustawie o obrocie instrumentami finansowymi, ustawie o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych oraz ustawie o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Rozszerzenie uprawnień ŻW jest bardzo znaczące, tymczasem uzasadnienie projektu nie odnosi się do tej kwestii. Skonstatować należy więc, iż zmiana ta nie znajduje uzasadnienia.

Szczególnie niepokojąca jest proponowana zmiana art. 34a ust. 1 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu dotyczącego dostępu do informacji objętych tajemnicą. Zgodnie z projektem, z przepisu tego usunięte zostają słowa „w zakresie swojej właściwości”; wskazuje to, że intencją wnioskodawcy jest, aby ABW miała dostęp do informacji objętych tajemnicą nawet w sprawach pozostających poza zakresem jej właściwości. W istocie trudno znaleźć *ratio legis* dla takiego rozwiązania, natomiast uzasadnienie projektu pomija tą regulację.

Dodać należy, iż powiązana zmiana art. 105 ustawy – Prawo bankowe rozszerza także katalog przestępstw, w przypadku których banki są obowiązane udzielić informacji objętych tajemnicą bankową prokuratorowi.

Wszystkie ww. zmiany odczytywane łącznie, a także w kontekście innych niedawno przyjętych przepisów, w szczególności ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw³ i ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych⁴ stanowią bardzo poważny wyłom w samej instytucji tajemnicy prawnie chronionej, zaś w połączeniu z opisanymi w pkt. 5 nowymi możliwościami prowadzenia kontroli operacyjnej dają olbrzymie pole do uzyskiwania przez służby informacji o obywatelach, w tym w wielu przypadkach poza jakąkolwiek kontrolą niezależnego organu.

7. Należy odnieść się do proponowanej zmiany art. 165a k.k. penalizującego finansowanie terroryzmu poprzez dodanie § 2 przewidującego sankcję karną także dla osoby, która nie ma zamiaru finansowania czynu terrorystycznego lub osoby należącej do grupy terrorystycznej, ale przekazuje, gromadzi lub oferuje środki „w okolicznościach wzbudzających uzasadnione podejrzenie”, że zostaną użyte do tego celu lub przekazane takiej osobie. Konstrukcja ta oparta jest na brzmieniu art. 299 § 2 k.k., który przewiduje podobnie określone badanie ostrożności sprawcy czynu zabronionego.

Należy jednak zaznaczyć, że obowiązująca norma z art. 299 § 2 k.k. skierowana jest do zamkniętego kręgu podmiotów profesjonalnych (pracowników i osób działających w imieniu lub na rzecz banku, instytucji finansowej lub kredytowej lub innego podmiotu, na którym na podstawie przepisów prawa ciąży obowiązek rejestracji transakcji i osób dokonujących transakcji), zaś ocena „okoliczności wzbudzających uzasadnienie podejrzenie” dotyczy wydarzeń z przeszłości, tj. ewentualnego faktu przestępnego pochodzenia środków płatniczych, instrumentów finansowych itd. Skontrastować to należy z proponowanym brzmieniem art. 165a § 2 k.k., który wprowadza przestępstwo powszechne, a zatem każda osoba będzie zobowiązana do dokonania oceny okoliczności, a ponadto ocena ta dotyczyć ma okoliczności przyszłych i niepewnych, rzec można, hipotetycznych. Rozwiązanie to w istocie nakłada na każdą osobę obowiązek przeprowadzenia badania, czy okoliczności nie uzasadniają podejrzenia późniejszego przekazania funduszy lub mienia na cele terrorystyczne podczas dokonywania każdej

³ Dz. U. poz. 147

⁴ Dz. U. poz. 904

operacji majątkowej, finansowej czy nawet rzeczowej (np. darowizny). Co więcej, analiza ta jest wymagana także od osób, które nie mają żadnych przesłanek do dokonania jej w sposób racjonalny, wszechstronny i wyczerpujący. Praktyczną konsekwencją wprowadzenia w życie projektowanej normy będzie zatem niewątpliwie w wielu przypadkach dokonywanie takiej oceny na podstawie domysłów, pogłosek i stereotypów. Efekt proponowanego przepisu może się okazać zatem wręcz odwrotny od wyrażonego w uzasadnieniu, ponadto zaś może pośrednio doprowadzić do wzrostu uprzedzeń i niechęci społecznej na tle rasowym, etnicznym, narodowościowym, czy religijnym.

Należy także zaznaczyć, iż takie sformułowanie wprowadza szerokie pole do nadużyć. Ocena, czy wystąpiły „okoliczności budzące uzasadniające podejrzenie” jest bowiem każdorazowo indywidualna i poniekąd arbitralna. Można łatwo wyobrazić sobie, że ocena przeprowadzona przez organy ścigania będzie diametralnie inna, niż przez osobę, której postawiony będzie zarzut popełnienia omawianego czynu. O ile konstrukcja taka jest do zaakceptowania w przypadku art. 299 § 2 k.k. który, jak wspomniano, dotyczy profesjonalistów, od których można wymagać rzetelności prowadzonej analizy, wydaje się nie do przyjęcia w przypadku normy skierowanej do ogółu społeczeństwa. Zaznaczyć także należy, iż rozwiązanie przewidziane w art. 299 § 2 k.k. jest krytykowane w doktrynie, jako „pomyłka legislacyjna”; przestępstwo tam określone bowiem jest umyślne i sprawca musi swą umyślnością obejmować wszelkie okoliczności czynu, w tym pochodzenie funduszy (A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II*, Warszawa 2004, s. 1107). Powielanie tej pomyłki nie znajduje uzasadnienia.

Warto także podnieść, iż omawiane rozwiązanie nie jest przydatne do deklarowanego w uzasadnieniu celu. Zgodnie z lakonicznym uzasadnieniem wprowadzenia tej regulacji, ma ona stanowić reakcję na przypadki, w których „sprawca” nie ma wprawdzie na celu sfinansowania konkretnego przestępstwa o charakterze terrorystycznym, lecz przeznaczeniem gromadzonych, oferowanych lub przekazywanych środków jest finansowanie działalności terrorystycznej. Zagadnienie było już przedmiotem zainteresowania ustawodawcy – ustawa z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw⁵ rozszerzyła zakres penalizacji określony w art.

⁵ Dz. U. poz. 1855

165a k.k. Znamię celu zostało zastąpione znamieniem zamiaru, spenalizowano także przekazywanie funduszy grupom terrorystycznym lub pojedynczym terrorystom w jakimkolwiek celu. Tym samym działanie polegające na przekazywaniu funduszy terrorystom lub grupom terrorystycznym w dowolnym celu, bez zamiaru sfinansowania konkretnego przestępstwa terrorystycznego już obecnie podlega penalizacji.

W związku z powyższym, skonstatować należy, że proponowana zmiana art. 165a k.k. nie znajduje uzasadnienia i nie spełnia konstytucyjnego testu proporcjonalności.

W świetle przedstawionej argumentacji zwracam się do Pana Przewodniczącego z uprzejmą prośbą o rozważenie wprowadzenia do projektu ustawy niezbędnych poprawek w celu zagwarantowania zgodności proponowanych rozwiązań z Konstytucją RP oraz wiążącymi Polskę normami prawa międzynarodowego i unijnego.

Z poważaniem.