**Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego Warszawa, 10 września 2024 r.**

**Opinia dotycząca propozycji Ministerstwa Finansów**

**w/s zmian legislacyjnych w związku z koniecznością dostosowania**

**rodzimego systemu AML/CFT do standardów międzynarodowych**

**(Część A pisma/propozycji)**

1. **Wprowadzenie**

Z otrzymanego zlecenia (korespondencji) wynika, że przedmiotem oceny Ministerstwa Sprawiedliwości (Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości) mają być propozycje zmian zawarte w Części A pisma Ministerstwa Finansów z dnia 19 lutego 2024 r.

Odnosząc się do tych propozycji, przyjmując przy tym założenie dostępności i znajomości treści dokumentów związanych z tym zleceniem, należy wskazać, co następuje:

1. MONEYVAL to komitet ekspercki Rady Europy zajmujący się stałym i aktywnym monitoringiem standardów i prawnych regulacji dotyczących zwalczania prania pieniędzy i finansowania terroryzmu w państwach członkowskich. W grudniu 2023 r. MONEYVAL uchwaliło zakończenie 5. rundy i uchwaliło zasady następnej - 6. rundy ewaluacji w ww. przedmiocie.
2. MONEYVAL jest stowarzyszonym członkiem międzynarodowej organizacji FATF, zajmującej się globalnym monitoringiem standardów i prawnych regulacji zwalczania prania pieniędzy i finansowania terroryzmu. MONEYVAL prowadzi swoją działalność głównie w oparciu o rekomendacje sformułowane przez FATF (*The FATF Recommendations*).
3. W związku z powyższym, na marginesie należy wskazać, że Rekomendacje FATF ze stycznia 2012, zaktualizowane w listopadzie 2023 r., zostały zweryfikowane w czerwcu 2024 r. W wyniku tej ostatniej ewaluacji, RP nie znajduje się ani na tzw. czarnej liście (*call for action*), ani też na tzw. „szarej liście” (*under increased monitoring*), na której znajdują się m.in. państwa UE. Wynika z tego, że zastrzeżenia formułowane pod adresem RP, przynajmniej z punktu widzenia rekomendacji FATF, nie mają charakteru bezwzględnie wymaganych.
4. Przedmiotem rozpatrywanych zastrzeżeń są określone rekomendacje ewaluatorów MONEYVAL (wynikające z zakończonej 5. rundy ewaluacji), a w szczególności konkretne zalecenia odwołujące się do rekomendacji FATF.
5. Na tej podstawie, w lutym 2024 r. Ministerstwo Finansów zwróciło się do Ministerstwa Sprawiedliwości o zainicjowanie zmian legislacyjnych w zakresie ww. zaleceń, opisując je w formie 4 rekomendacji, które jednak zostały przedstawione stosunkowo ogólnie, albowiem ich opis zajmuje łącznie 1,5 strony, a ponadto nie mają one charakteru jasnego i uporządkowanego (wymagają klaryfikacji). W marcu 2024 r. Ministerstwo Sprawiedliwości odpowiedziało na powyższe wystąpienie, że kwestie te będą przedmiotem jego prac, jednak w tym zakresie konieczne jest sformułowanie przez wnioskodawcę „konkretnych propozycji legislacyjnych”. Ostatecznie jednak propozycje te nie zostały przedstawione.
6. Wobec powyższego, przedmiotem niniejszej ekspertyzy będą tylko ramowe 4 zalecenia sformułowane w tej sprawie przez Ministerstwo Sprawiedliwości. Odniesienie do nich z tego powodu również musi mieć charakter ogólny.
7. **Odnośnie do zalecenia nr 1, opartego na Rekomendacji 3 FATF, należy wskazać, co następuje:**
8. Po pierwsze, pod adresem przepisu art. 299 § 1 k.k. formułuje się zarzut, że zawiera on dysfunkcjonalny „wymóg istnienia potencjalnego skutku, wynikającego z działania sprawcy, w postaci udaremnienia lub znacznego utrudnienia stwierdzenia przestępnego pochodzenia korzyści majątkowych”.
9. Wobec tego należy stwierdzić, że ustawowe znamiona (sformułowanie): „czynności, które mogą udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie ich przestępnego pochodzenia lub miejsca umieszczenia, ich wykrycie, zajęcie albo orzeczenie przepadku,” stanowi ustawową okoliczność (modalną) czynności sprawczej określonej w art. 299 § 1 k.k. w sposób ogólny („inne czynności”). Okoliczność ta określa istotę stypizowanego tamże typu czynu zabronionego (przestępstwa prania pieniędzy) w omawianym zakresie. Wynika to interpretacji wskazanej w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2015 r. (I KZP 5/15). Brak tej dodatkowej ustawowej okoliczności sprawiłby, że czyn taki sprowadzałby się w istocie do zachowania zupełnie nieokreślonego.
10. Do tej pory, tak w praktyce, jak i teorii rodzimego prawa karnego nie zgłaszano godnych odnotowania zastrzeżeń o rozpatrywanej tutaj treści (w omawianym zakresie). W przeciwieństwie do innych elementów ustawowego opisu omawianego deliktu.
11. Typizacja przestępstwa prania pieniędzy rzeczywiście rodzi wiele istotnych, w większości uzasadnionych, zastrzeżeń, które były już uprzednio przedmiotem szerokiej i pogłębionej oceny ze strony dawnej Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości. W tym zakresie aktualne są tutaj propozycje Komisji wskazane w projekcie zmian Kodeksu karnego z dnia 5 listopada 2013 r. Dodać należy, że w propozycji tej, sformułowanie będące przedmiotem krytyki ewaluatorów zostało co do zasady utrzymane, jako normatywnie i funkcjonalnie właściwe.
12. Na koniec omawiania tego zagadnienia należy wskazać, że zgłoszone zalecenie nie znajduje podstawy formalnej w treści Rekomendacji 3 FATF (s. 38-39 *The FATF Recommendations*). Trudno na podstawie tej rekomendacji przyjąć, że przepis art. 299 § 1 k.k. zawiera sprzeczny z nią wymóg istnienia potencjalnego skutku, wynikającego z działania sprawcy, w postaci udaremnienia lub znacznego utrudnienia stwierdzenia przestępnego pochodzenia korzyści majątkowych.
13. Po drugie, pod adresem przepisu art. 299 § 1 k.k. formułuje się zarzut, że zawiera on znamię czynności sprawczej „wywozi za granicę”, zamiast „przemieszcza”.
14. Należy uznać, że jest to zarzut z kilku powodów merytorycznie całkowicie chybiony. I tak:
15. Abstrahując już od nietrafnie kazuistycznego wskazania przez ustawodawcę sposobów popełnienia omawianego przestępstwa, należy wskazać, że katalog ten nie jest wyczerpujący, ponieważ – zgodnie z treścią art. 299 § 1 k.k. - dotyczy on każdej czynności, która może udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie przestępnego pochodzenia środków finansowych lub miejsca ich umieszczenia, wykrycia, zajęcia albo orzeczenia ich przepadku. Uwaga ta dotyczy również postulowanej czynności „przemieszcza”.
16. Wymienione przez ustawodawcę, konkretne czynności sprawcze, takie jak: *używa, przekazuje lub wywozi za granicę, ukrywa, dokonuje ich transferu lub konwersji, pomaga do przenoszenia ich własności lub posiadania*, odnoszą się do zachowania, którego treścią faktyczną jest „przemieszczanie” środków finansowych.
17. Legislacyjna naprawa przepisu art. 299 § 1 k.k. nie może polegać na ujmowaniu lub dodawaniu kolejnych kazuistycznych czynności sprawczych, lecz na zastąpieniu ich wszystkich znamieniem syntetycznym, które znacznie poprawi funkcjonalność tego przepisu.
18. W związku z powyższym należy przypomnieć, że dawna Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego, w ramach projektu nowelizacji Kodeksu karnego z 5 listopada 2013 r., oficjalnie zaproponowała całkowicie nową - bardzo trafną i nadal aktualną – typizację tego deliktu, odwołując się m.in. właśnie do syntetycznego określenia sposobu jego popełnienia. Odpowiednik obecnego przepisu art. 299 § 1 k.k. (proponowany nowy art. 258a) otrzymałby następujące brzmienie:

***§ 1. Kto, w stosunku do wartości majątkowych pochodzących chociażby pośrednio z popełnienia czynu zabronionego przez inną osobę, podejmuje czynności mogące udaremnić lub utrudnić ich identyfikację lub odebranie przez uprawniony organ państwowy, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.***

1. Na koniec omawiania tego zagadnienia należy wskazać, że zgłoszone zalecenie nie znajduje podstawy formalnej w treści Rekomendacji 3 FATF (s. 38-39 *The FATF Recommendations*). Trudno na podstawie tej rekomendacji przyjąć, że przepis art. 299 § 1 k.k. zawiera sprzeczny z nią sposób popełnienia przestępstwa prania pieniędzy.
2. Po trzecie, w kontekście przepisu art. 299 § 1 k.k. (przestępstwa prania pieniędzy) formułuje się zarzut, iż treść tego przepisu rodzi „wątpliwości dotyczące objęcia zakresem kryminalizacji korzyści wynikających bezpośrednio z czynu zabronionego”.
3. Zarzut powyższy jest zupełnie bezzasadny w świetle treści przepisu art. 45 § 1 k.k., zgodnie z którym: jeżeli sprawca osiągnął z popełnienia przestępstwa, chociażby pośrednio, korzyść majątkową niepodlegającą przepadkowi przedmiotów wymienionych w art. 44 § 1 lub 6, sąd orzeka przepadek takiej korzyści albo jej równowartości. Wynika więc z niego, że określony w nim rodzaj przepadku odnosi się również do korzyści osiągniętych bezpośrednio z czynu zabronionego.
4. Po czwarte, w kontekście przepisu art. 299 § 1 k.k. (przestępstwa prania pieniędzy) formułuje się zarzut, że w obecnym stanie prawnym (ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary), odnoszącym się do karania podmiotów zbiorowych, funkcjonują podstawy, które sprawiają, że: „Na mocy ww. ustawy nie można pociągnąć do odpowiedzialności osoby prawnej, jeśli osoba fizyczna (wskazana w art. 3 tejże ustawy) nie może zostać zidentyfikowana, nawet w przypadku istnienia wyraźnych dowodów wskazujących na zawinienie osoby prawnej.”. W istocie zarzut ten sprowadza się do tradycyjnego już pod adresem RP ze strony różnych organizacji międzynarodowych, generalnego zarzutu, że polski model odpowiedzialności penalnej podmiotów zbiorowych (zwłaszcza w realiach praktyki organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości) jest zupełnie dysfunkcjonalny.
5. Należy w pierwszej kolejności wskazać, że zgłoszone zalecenie nie znajduje podstawy formalnej w treści Rekomendacji 3 FATF (s. 38-39 *The FATF Recommendations*). Trudno na podstawie tej rekomendacji sformułować ww. zarzut nie tylko pod adresem art. 299 § 1 k.k., ale również ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.
6. Należy jednak ponadto stwierdzić, że z merytorycznego punktu widzenia jest to zarzut, który – ujmowany generalnie - zasługuje na pozytywną uwagę. Należy tutaj poczynić następujące spostrzeżenia:
7. Na podstawie funkcjonującego w Polsce systemu prawnego obiektywnie niemożliwa jest sytuacja wskazana w zarzucie, że zgromadzono dowody na odpowiedzialność podmiotu zbiorowego, a nie ustalono odpowiedzialnej osoby fizycznej. W praktyce zazwyczaj jest odwrotnie. Jednak istotne jest to, że w obecnym modelu procesowym nie jest zasadniczo możliwe zgromadzenie dowodów winy podmiotu zbiorowego przed zidentyfikowaniem jego reprezentanta. Abstrahując już od tego, że odpowiedzialność podmiotu zbiorowego nie jest oparta na przesłance (zasadzie) winy (więc nigdy jej się nie ustala), to jednak obecny model wymaga najpierw ustalenia osoby fizycznej, aby następnie można było pociągnąć do odpowiedzialności penalnej podmiot zbiorowy.
8. Rozpatrywany zarzut zdaje się opierać na dosyć tradycyjnym w tym zakresie przekonaniu, że właściwym rozwiązaniem powinna być niezależna od odpowiedzialności reprezentanta – bezpośrednia odpowiedzialność karna podmiotu zbiorowego. Tymczasem byłoby to rozwiązanie zupełnie obce rodzimej tradycji i kulturze prawniczej, przez co – w praktyce – rodziłoby zbyt duże komplikacje.
9. Żaden model odpowiedzialności o charakterze penalnym podmiotu zbiorowego w obecnych warunkach praktyki procesu karnego nie może być funkcjonalny i efektywny.
10. Powyższy zarzut jest godny rozważenia z tego względu, że konieczne jest wprowadzenie nowego modelu odpowiedzialności penalnej podmiotu zbiorowego. Wydaje się, że właściwy byłby tutaj model odpowiedzialności karnej, ale pośredniej podmiotu zbiorowego, połączony z bezpośrednią odpowiedzialnością karną jego reprezentanta. Jednocześnie model taki, dla swojej funkcjonalności, musiałby opierać się na zupełnie innych założeniach (zasadach) niż model obecny. Właściwym rozwiązaniem mogłaby być tutaj na przykład odpowiedzialność karna podmiotu zbiorowego o charakterze równoległym (posiłkowym), stosowana łącznie (obligatoryjnie) do odpowiedzialności karnej sprawcy-reprezentanta. Wymagałoby to wprowadzenia ogólnej klauzuli odpowiedzialności karnej reprezentanta podmiotu zbiorowego, jak również określenia podstaw stosowania równoległych dolegliwości karnoprawnych wobec podmiotu zbiorowego.
11. Na koniec należy wskazać, że polski rząd już od ponad 20 lat próbuje bezskutecznie naprawić ten stan rzeczy, a jego kolejne projekty nie tylko nie są udane z prawnego punktu widzenia, lecz nie były nawet przedmiotem zaawansowanych prac legislacyjnych. Dodać należy, że wskazany problem powinien być priorytetowym projektem legislacyjnym dla Ministerstwa Sprawiedliwości.
12. **Odnośnie do zalecenia nr 2, opartego na Rekomendacji 4 FATF, należy wskazać, co następuje:**
13. Po pierwsze, w odniesieniu do przepisu art. 165a k.k. (przestępstwa finansowania terroryzmu) formułuje się zarzut, że konfiskata narzędzi wykorzystywanych do popełnienia tego przestępstwa „ma charakter wyłącznie uznaniowy”.
14. Wobec powyższego należy wskazać, że powyższe twierdzenie zasadniczo nie jest trafne. Zgodnie bowiem z art. 44 § 2 k.k., sąd może orzec, a w wypadkach wskazanych w ustawie orzeka, przepadek przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa. Wskazaną kompetencję sądu orzekającego w konkretnej sprawie trudno skwitować jako „wyłącznie uznaniową”. Niewątpliwie bowiem sąd w praktyce orzeknie taki przypadek, jeżeli będzie to konieczne w szczególnych okolicznościach danej sprawy.
15. Wskazana uzasadniona fakultatywność omawianego przepadku nie zmienia jednak faktu, że w świetle art. 44 § 7, jeżeli przedmioty wymienione w § 2 lub 6 nie stanowią własności sprawcy, ich przepadek można orzec tylko w wypadkach przewidzianych w ustawie. Zatem, na gruncie art. 165a K.k. możliwość taka jest wyłączona. Konieczne jest więc tutaj zastosowanie odpowiedniej klauzuli szczególnej.
16. W części szczególnej Kodeksu karnego klauzule omawianego rodzaju są rzadkie (zob. art.: 256, 269b i 316). Na ich podstawie można sformułować treść odpowiedniej klauzuli na użytek przestępstw z art. 165a k.k. W szczególności należałoby wprowadzić nowy przepis § 5 art. 165a o następującym brzmieniu:

***W razie skazania za przestępstwo określone w § 1-4, sąd może orzec przepadek przedmiotów, o których mowa w § 1, chociażby nie stanowiły własność sprawcy.***

Odnotować przy tym należy, że pojęcie „przedmiotu” użyte w proponowanym przepisie odnosi się również do dóbr niematerialnych w nim wskazanych.

1. Na marginesie należy wskazać, że odpowiednik takiej klauzuli powinien znaleźć się również w art. 299 k.k., o czym będzie mowa poniżej.
2. Po drugie, formułuje się zarzut, że „mienie podlegające konfiskacie nie obejmuje wartości niematerialnych i prawnych”. Przy czym, na podstawie zalecenia (treści zarzutu) nie można jednoznacznie wskazać, czy jest on formułowany w odniesieniu do art. 165a k.k. albo art. 299 k.k., czy też pod adresem ogólnie instytucji przepadku w polskim prawie karnym. Jest to o tyle istotne, że nie pozwala ustalić, czy zarzut ten formułowany jest w związku ze, wskazanymi w art. 165a i 299 k.k., enumeratywnie i kazuistycznie stypizowanymi przedmiotami służącymi do popełnienia tych przestępstw, czy z odpowiednio określonymi przedmiotami podlegającymi przepadkowi w Rozdziale Va K.k. (oczywiście w kontekście ww. rodzajów przestępstw, albowiem generalnie to właśnie do nich odnoszą się rozpatrywane zarzuty i rekomendacje).
3. W pierwszej kolejności i w każdym wariancie rozważań należy wskazać, że twierdzenie z zarzutu, iż „mienie podlegające konfiskacie nie obejmuje wartości niematerialnych i prawnych” stanowi swoisty skrót myślowy, ponieważ definicja pojęcia prawnego „mienia” (zob. art. 44 k.c.) obejmuje również prawa majątkowe do dóbr o charakterze niematerialnym (np. majątkowe prawa autorskie). Wydaje się zatem, że zarzut najprawdopodobniej dotyczył praw majątkowych na dobrach niematerialnych. Należy przy tym zastrzec, że treść przywołanej rekomendacji nie pozwala tutaj na wyklarowanie rozważanej wątpliwości. Konieczne jest też tutaj odnotowanie, że w art. 165a i art. 299 k.k. ustawodawca wymienił m.in. prawa majątkowe, jako jeden z „przedmiotów” służących do popełnienia przestępstwa.
4. W drugiej kolejności i w każdym wariancie rozważań należy wskazać, że w rozpatrywanym zarzucie używa się ogólnego i pozakarnego pojęcia „konfiskata”, w związku z czym nie sposób jednoznacznie rozstrzygnąć - jakiego konkretnie rodzaju przepadku zarzut ten dotyczy.
5. W powyższym kontekście należałoby rozpatrzyć problematykę przepadku praw majątkowych do dóbr niematerialnych, w zakresie ogólnej instytucji karnoprawnego przepadku oraz przepadku określonego w przepisach art. 165a i art. 299 k.k., w odniesieniu do dwóch rodzaju przepadku, które w praktyce jawią się jako najistotniejsze, tj. przepadku przedmiotów przeznaczonych do popełnienia przestępstwa oraz przepadku korzyści pochodzących z przestępstwa.
6. W pierwszym przypadku (przepadku przedmiotów przeznaczonych do popełnienia przestępstwa) ustawodawca przewiduje ogólną regulację w art. 44 § 2 k.k. Jakkolwiek w przepisie tym pojęcie „przedmiotu” używa się w ujęciu tradycyjnym (materialnym), to jednak ustawodawca przewidział w § 4 art. 44 k.k. możliwość orzeczenia również przepadku równowartości takiego przedmiotu (jeżeli nie jest możliwe orzeczenie przepadku przedmiotu określonego w art. 44 § 2 k.k.). Ustawodawca nie przewidział w tym zakresie szczególnych regulacji w odniesieniu do art. 165a i 299 k.k. Jednakże powyżej wskazano na konieczność odpowiedniej interwencji legislacyjnej. Zmiany takie umożliwiłyby orzeczenie przepadku wszystkich przedmiotów służących do popełnienia przestępstw z art. 165a i art. 299 k.k., w tym również „przedmiotów” o charakterze niematerialnym (praw majątkowych).
7. Należy jednak zauważyć, że o ile w przypadku art. 165a nie zachodzi konieczność wprowadzenia obligatoryjnego przepadku, to jednak zachodzi ona w przypadku art. 299 K.k.
8. **Wynika z powyższego, że w omawianym zakresie konieczna byłaby nowelizacja w zakresie art. 165a i 299 k.k. (zgodnie z propozycją wskazaną powyżej w pkt III.4). W odniesieniu do art. 299 k.k. należałoby dodać nowy przepis § 7a o następującym brzmieniu:**

***W razie skazania za przestępstwo określone w § 1 lub 2, sąd orzeka przepadek przedmiotów, o których mowa w § 1, chociażby nie stanowiły własność sprawcy.***

Także tutaj, podobnie jak przy powyższej propozycji, odnotować należy, że pojęcie „przedmiotu” użyte w proponowanym przepisie odnosi się również do dóbr (np. praw majątkowych) niematerialnych w nim wskazanych.

1. W drugim przypadku (przepadku korzyści pochodzących z przestępstwa) ustawodawca przewiduje ogólną regulację w art. 45 k.k., zgodnie z którą: jeżeli sprawca osiągnął z popełnienia przestępstwa, chociażby pośrednio, korzyść majątkową, sąd orzeka przepadek takiej korzyści albo jej równowartości, za korzyść majątkową osiągniętą z popełnienia przestępstwa uważa się także pożytki z rzeczy lub praw stanowiących tę korzyść (§ 1 i 2). Przy czym, zgodnie z art. 45 § 3 k.k.: jeżeli mienie stanowiące korzyść uzyskaną z popełnienia przestępstwa zostało przeniesione na osobę fizyczną, prawną lub jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, faktycznie lub pod jakimkolwiek tytułem prawnym, uważa się, że rzeczy będące w samoistnym posiadaniu tej osoby lub jednostki oraz przysługujące jej prawa majątkowe należą do sprawcy, chyba że na podstawie okoliczności towarzyszących ich nabyciu nie można było przypuszczać, że mienie to, chociażby pośrednio, pochodziło z czynu zabronionego. Oznacza to, że omawiany przepadek korzyści odnosi się do sytuacji, w której korzyści nie stanowią własności sprawcy. Jest przy tym bezsporne, że omawiana korzyść majątkowa odnosi się również do prawa majątkowego do dobra niematerialnego. W odniesieniu do przestępstwa z art. 299 k.k. ustawodawca przewidział regulację szczególną, zgodnie z którą sąd orzeka przepadek „korzyści z tego przestępstwa lub ich równowartości, chociażby nie stanowiły one własności sprawcy” (art. 299 § 7 k.k.). W porównaniu do przepisów art. 45 k.k., przepis art. 299 § 7 k.k. dotyczy węższego zakresu przypadków (przepadków), bo nie odnosi się do korzyści uzyskanych nawet pośrednio z popełnionego przestępstwa. Należy zatem uznać go za dysfunkcjonalne *superfluum*. W odniesieniu do art. 165a k.k. ustawodawca nie przewidział tutaj regulacji szczególnej. Dodać należy, że w kontekście treści przepisów art. 45 k.k. byłaby ona zbędna.
2. Wynika z powyższego, że w omawianym zakresie obowiązujący stan karnoprawny jest prawidłowy, a w szczególności odpowiada wymogom rozpatrywanego zalecenia (zarzutu).
3. **Zatem w odniesieniu do najbardziej koniecznych rodzajów przepadku (korzyści i przedmiotów przeznaczonych do popełnienia przestępstwa) konieczna byłaby nowelizacja, poprzez dodanie nowego przepisu § 5 art. 165a k.k. oraz nowego przepisu § 7a art. 299 k.k.**
4. Nowelizacja ta ma jednak charakter bardziej kompleksowy i tylko przy okazji realizuje rozpatrywaną tutaj rekomendację (zarzut). W pierwszej kolejności załatwiłaby ona, obecnie istniejący, systemowy problem przepadku odnośnie do omawianych przestępstw.
5. Konieczne jest ponadto rozpatrzenie możliwości orzeczenia przepadkuprzedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa (art. 44 § 1 k.k.). Jest to przy tym przypadek (przepadek) mniej typowy dla rozważanych tutaj przestępstw. W praktyce bowiem zachodzi zazwyczaj konieczność konfiskaty „narzędzi” i „owoców” przestępstwa, co było przedmiotem powyższych rozważań (zob. art. 44 § 2 i art. 45 k.k.). Odnośnie do omawianego przypadku należy w pierwszej kolejności wskazać na przepis § 4 art. 44, zgodnie z którym: jeżeli orzeczenie przepadku przedmiotu pochodzącego bezpośrednio z przestępstwa nie jest możliwe, sąd może orzec przepadek jego równowartości. W odniesieniu do przestępstwa z art. 299 k.k. ustawodawca przewidział regulację szczególną, zgodnie z którą sąd orzeka przepadek „przedmiotów pochodzących bezpośrednio albo pośrednio z przestępstwa” (art. 299 § 7 k.k.). W porównaniu do przepisów art. 44 § 1 k.k., przepis art. 299 § 7 k.k. dotyczy szerszego zakresu przypadków (przepadków), ponieważ odnosi się również do przedmiotów pochodzących tylko pośrednio z przestępstwa. Jest to w istocie nowy szczególny rodzaj przepadku, który wydaje się zbędny. Obowiązujący model instytucji karnoprawnego przypadku opiera się bowiem na słusznym założeniu, że przedmioty wskazane w art. 44 i 45 k.k. wypełniają wszystkie możliwe i konieczne przypadki przepadku. Nie przewidują one przepadku rzeczy pochodzących pośrednio z przestępstwa, ponieważ trafnie identyfikuje wszystkie „owoce” przestępstwa jako rzeczy pochodzące z niego bezpośrednio albo jako korzyści pochodzące z niego, nawet pośrednio. W związku z tym wydaje się, że obecny przepis § 7 art. 299 k.k. w omawianym zakresie jest wadliwy i wymaga korekty negatywnej (całkowitego uchylenia). W odniesieniu do art. 165a k.k. ustawodawca nie przewidział tutaj regulacji szczególnej. Dodać należy, że w kontekście treści przepisów art. 44 i 45 k.k. byłaby ona zbędna.
6. W związku z powyższym, już tylko na marginesie należy wskazać, że przepis § 7 art. 299 k.k. można interpretować w ten sposób, że wskazany w nim przepadek przedmiotów pochodzących z przestępstwa może dotyczyć również przedmiotów, które nie stanowiły własności sprawcy, czego nie przewidują przepisy art. 44 (§ 1) k.k. Nawet jednak przyjmując taką interpretację należy wtedy wskazać na przepis § 4 art. 44 k.k., zgodnie z którym: jeżeli orzeczenie przepadku omawianych przedmiotów nie jest możliwe, sąd może orzec przepadek ich równowartości. Oznacza to, że w ostatecznej ocenie przepis § 7 art. 299 k.k., w omawianym zakresie, nadal należy uznać za zbędny.
7. Powyższa konstatacja, zgodnie z którą przepisy art. 44 i 45 k.k. wyczerpująco przewidują możliwe i konieczne przypadki przepadku, mogłaby wydawać się sprzeczna z ww. propozycją koniecznej nowelizacji w przepisach art. 165a i 299 k.k. Jest ona uzasadniona z następujących istotnych powodów:
8. W zakresie art. 299, przepis art. 44 § 2 k.k. wskazuje na przepadek tylko fakultatywnie, tymczasem ww. propozycja sprowadza się do obligatoryjnego przepadku, co wydaje się konieczne w odniesieniu do omawianych przestępstw.
9. Zgodnie z art. 44 § 7 k.k., przepadek przedmiotów przeznaczonych do popełnienia przestępstwa, a niebędących własnością sprawcy, wymaga wskazania tego w ustawie.
10. Jak już wskazano, wskazany w art. 44 § 2 k.k., przepadek przedmiotów, które służyły do popełnienia przestępstwa, identyfikuje się tradycyjnie jako przepadek odnoszący się do rzeczy materialnych. Tymczasem w art. 165a i 299 k.k. wymienia się również przedmioty służące do ich popełnienia, które takiego charakteru nie mają.
11. Ponadto, na kanwie art. 44 § 2 możliwa jest interpretacja, zgodnie z którą w przepisach tych wymienia się przedmiot czynu zabronionego, który *ex definitione* wyklucza ich status jako narzędzia przestępstwa.

Z powyższych powodów warto i należy wprowadzić proponowane klaryfikujące przepisy szczególne.

1. Po trzecie, formułuje się zarzut o następującej treści: „konfiskata mienia pochodzącego z prania pieniędzy nie jest wyraźnie przewidziana w odpowiednich przepisach”.
2. Przyjmując, że zarzut ten w istocie dotyczy braku uregulowania przepadku korzyści majątkowej osiągniętej z popełnienia przestępstwa z art. 299 k.k., należy uznać, że – abstrahując już od ww. problematyki i obowiązywania przepisu art. 299 § 7 k.k. - jest on całkowicie bezzasadny w świetle przepadku uregulowanego w art. 45 k.k.
3. Po czwarte, formułuje się zarzut o następującej treści: „brak jest w polskim systemie prawnym kompleksowego mechanizmu przechowywania zajętego lub skonfiskowanego mienia i zarządzania nim”. Trudno ten jednozdaniowy zarzut odnieść do treści konkretnych instytucji prawa karnego. W związku z powyższym należy jedynie lakonicznie wskazać, że status i zarządzanie przedmiotami objętymi przepadkiem dokładnie i właściwie określają odpowiednie przepisy k.k.w. (zob. art. 187-195c).
4. **Odnośnie do zalecenia nr 3, opartego na Rekomendacji 5 FATF, należy wskazać, co następuje:**
5. Zalecenie to składa się zaledwie z kilku zdań i jednocześnie zawiera kilka zupełnie lakonicznych zarzutów. W szczególności nie zawiera ono nie tylko uzasadnienia, lecz konkretnych propozycji. Z tego powodu nie jest możliwe merytoryczne odniesienie się do rozważanego zalecenia. Jednocześnie jego autorzy podkreślają, że właśnie to zalecenie (rekomendacja nr 5 FATF) jest najważniejsze, co sprawia, iż jego spełnienie będzie decydujące przy końcowej ocenie dostosowania polskiego prawa karnego do ww. rekomendacji. W pełni akceptując tę uwagę i odnosząc się do niej konstruktywnie, należy wskazać na pilną konieczność sformułowania konkretnych i uzasadnionych propozycji zmian legislacyjnych w omawianym zakresie. I tak, odnosząc się już tylko ogólnie do zgłoszonych zarzutów, należy wskazać, jak poniżej.
6. Po pierwsze, formułuje się zarzut następującej treści: „Nie wszystkie czyny, które stanowią przestepstwo w rozumieniu traktatów wymienionych w załączniku do Konwencji o zwalczaniu finansowania terroryzmu, są objęte definicją przestępstwa finansowania terroryzmu”.
7. Przyjmując, że chodzi tutaj o Międzynarodową Konwencję o Zwalczaniu Finansowania terroryzmu ONZ z dnia 9.09.1999 r., definiuje się w niej przestepstwo terroryzmu (zob. art. 2) przede wszystkim odsyłając do 9 aneksowanych dokumentów. Przyjmując zaś, że chodzi o Konwencję Rady Europy o Zapobieganiu Terroryzmowi z dnia 16.05.2005 r., definiuje się w niej przestepstwo terroryzmu (zob. art. 1 ust. 1) odsyłając do 11 aneksowanych dokumentów. W obu przypadkach konieczne jest dokładne wskazanie, która definicja przestępstwa terroryzmu (i z którego dokumentu i w jaki sposób) nie odpowiada definicji określonej w art. 115 § 20 K.k. Następnie konieczne jest sformułowanie odpowiedniej zmiany legislacyjnej z uzasadnieniem.
8. Po drugie, odnośnie do art. 165a k.k., formułuje się zarzut, że: „nie obejmuje on wyraźnie pośredniego finansowania i częściowego wykorzystania funduszy/majątku”.
9. Jest to uwaga bardzo lakoniczna. Analiza treści przepisów art. 165a § 1-4 k.k. pozwala jednak *prima facie* uznać, że jest ona całkowicie bezzasadna. Typizacja czynów zabronionych z art. 165a k.k. nie daje bowiem podstaw do formułowania tego rodzaju zarzutu. Wprost przeciwnie, na podstawie wykładni logicznej *a maiori ad minus*, daje ona podstawę do wniosku przeciwnego, a mianowicie, że odnosi się ona również do czynności sprawczych, których istota sprowadza się do pośredniego i częściowego wykorzystania środków.
10. Po trzecie, odnośnie do art. 165a k.k., formułuje się zarzut, że: „nie odnosi się on wprost do legalnego lub nielegalnego źródła funduszy lub aktywów”.
11. Jest to również uwaga bardzo lakoniczna. Także w tym przypadku, analiza treści przepisów art. 165a § 1-4 k.k. pozwala uznać, że uwaga ta jest całkowicie bezzasadna. Typizacja omawianych czynów zabronionych nie daje bowiem podstaw do formułowania tego rodzaju zarzutu. Wprost przeciwnie, również na podstawie wykładni logicznej *a maiori ad minus*, daje ona podstawę do wniosku przeciwnego, a mianowicie, że odnosi się ona również do przedmiotu czynności sprawczych, które mają charakter (pochodzenie) tak legalne, jak i nielegalne.
12. Po czwarte, odnośnie do art. 165a k.k., formułuje się zarzut, że określone w nim przestępstwo: „nie obejmuje gromadzenia funduszy/aktywów na rzecz organizacji terrorystycznych i indywidualnych terrorystów w dowolnym celu, w którym to kontekście terminologia użyta do zdefiniowania „organizacji terrorystycznej” i „terrorysty” nie jest w pełni zgodna z glosariuszem FATF”.
13. Pozostawiając na boku brak pełnej jasności co do istoty tego zarzutu, należy wskazać, że rzeczywiście – przepis art. 165a § 1 k.k. dotyczy m.in. gromadzenia środków w zamiarze finansowania przestępstwa […], a nie w dowolnym celu. Taką konstrukcję przyjął rodzimy ustawodawca. Otwiera się w tym miejscu szeroka problematyka trafności typizacji omawianego przestępstwa. W znacznej części byłaby ona uzasadniona, ponieważ można sformułować pod adresem rozważanego przepisu poważne zastrzeżenia. Nie ma jednak podstaw i miejsca do referowania jej w ramach niniejszego opracowania. Jego celem jest bowiem ocena zarzutów i propozycji, a nie samodzielna i kompleksowa weryfikacja trafności analizowanych przepisów i formułowanie postulatów *de lege ferenda*.
14. Po piąte, odnośnie do art. 165a k.k., formułuje się zarzut o następującej treści: „restrykcyjna interpretacja elementu „zamiaru” przez praktyków i sędziów wymaga, aby takie przestępstwa zawsze były powiązane z konkretnym aktem terrorystycznym”.
15. Wydaje się, że obawa stojąca u podstaw rozważanego zarzutu, a odwołująca się do określonej praktyki, nie jest uzasadniona. Przyjmując, że znamię „zamiaru” określa tutaj stronę podmiotową czynu sprawcy (jego nastawienie psychiczne), to dla karalności sprawcy wystarczy, że będzie ono obejmowało jedynie konieczne elementy przestępstwa terroryzmu, o którym mowa w art. 115 § 20 k.k. Można wyobrazić sobie, że przestepstwo takie nie będzie sprowadzało się do konkretnego aktu terrorystycznego, lecz do zachowania jedynie znamiennego dla takiego rodzaju aktu.
16. Pozostawiając już na boku zasadność wspomnianej oceny praktyki stosowania omawianego przepisu, przyznać należy, że użyte w nim znamiona: „w zamiarze sfinansowania przestępstwa” rzeczywiście rodzą uzasadnione wątpliwości interpretacyjne. Chociażby z tego względu, że narusza to tradycyjną zasadę legislacyjną, zgodnie z którą pojęcie „zamiaru” definiuje umyślną stronę podmiotową (art. 9 § 1 k.k.), a nie ustawowy opis typu czynu zabronionego (nawet, gdyby przyjąć, że odnosi się on tylko do strony podmiotowej, co w rozważanym przypadku może budzić wątpliwości). Nie zmienia tej oceny (słusznej zasady) sporadyczne (i zawsze dyskusyjne) użycie tego znamienia w odmienny sposób (zob. art. 118a, art. 216 § 1, 255a § 1). Jednak również w tym miejscu należałoby poczynić uwagę, że niniejsze opracowanie nie może stanowić podstawy do formułowania propozycji trafnego ujęcia przestępstwa z art. 165a k.k.
17. Po szóste, odnośnie do art. 165a k.k., formułuje się zarzut o następującej treści: „finansowanie podróży osób w celu odbycia szkolenia terrorystycznego oraz w celu jego dostarczenia bez związku z zamiarem popełnienia aktu terrorystycznego nie jest objęte tym przepisem”.
18. Odnosząc się do powyższego zarzutu, wydaje się, że jest on bezpodstawny w świetle przepisów § 2 i 3 art. 165a k.k. Kryminalizują one bowiem szerokie spektrum funkcjonowania terrorystów przygotowujących się do aktu terrorystycznego.
19. Po siódme, formułuje się zarzut następującej treści: „kara za czyny przewidziane w art. 165a § 3 Kodeksu karnego nie ma charakteru proporcjonalnego i odstraszającego”.
20. **Zasadniczo jest to zarzut jest warty rozważanie. Przestępstwo z art. 165a § 3 k.k. określa przestępstwo umyślnego finansowania grupy terrorystycznej i jest zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 3, czyli taką samą jak przestępstwo nieumyślnego finansowania zamachu terrorystycznego z § 4. Tymczasem przestępstwo umyślnego finansowania zamachu terrorystycznego jest zagrożone znacznie surowej niż to pierwsze, ponieważ zawiera zagrożenie karą pozbawienia wolności do lat 15 (a zgodnie z ostatnią propozycją Komisji Kodyfikacyjnej – do lat 12). Wynika z tego, że w istocie zachodzą podstawy do rozważenia, aby przestępstwo z § 3 było zagrożone surowszą sankcją (np. karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8).** Już na marginesie należy odnotować, że ustawodawca przewiduje wiele zbrodni gospodarczych, a w zakresie karnoprawnego zwalczania terroryzmu – nie przewiduje w ogóle zbrodni.
21. Po ósme, formułuje się zarzut następującej treści: „zakres odpowiedzialności karnej jest ograniczony przez wymóg uprzedniej odpowiedzialności karnej osoby fizycznej”.
22. **Zasadniczo jest to zarzut trafny. Jednak odnosi się on do znacznie szerszego systemowego problemu właściwego uregulowania modelu odpowiedzialności penalnej podmiotu zbiorowego. Aktualne są tutaj uwagi poczynione powyżej (zob. pkt II.13-14).**
23. **Dodatkowe uwagi ogólne**
24. Porównując wnikliwie treść rekomendacji FATF oraz konwencji zwalczających terroryzm do polskiego prawa karnego, nasuwa się generalne spostrzeżenie, że karnoprawna implementacja wynikających z niej zaleceń na grunt prawa polskiego, wymaga kompleksowej i pogłębionej weryfikacji. Można bowiem odnieść wrażenie, że implementacja ta nie została przeprowadzona na płaszczyźnie prawa karnego w sposób pełny i właściwy. W każdym razie, nie sprawdza się dotychczasowa maniera legislacyjna, polegająca na dostosowywaniu polskiego prawa karnego do wymogów prawa międzynarodowego *ad* *hoc* i *ad casu*.
25. Porównując treść przepisów karnych w omawianym zakresie (art. 165a i 299 k.k.) do ustawy *o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu* z dnia 1 marca 2018 r., nasuwa się kolejne generalne spostrzeżenie, że rozwiązania te wymagają również kompleksowej i pogłębionej weryfikacji. Zawierają one bowiem regulacje w znacznej części nieracjonalne i niespójne, co osłabia skuteczność karnoprawnego zwalczania ww. patologii. I tak, dla przykładu:
26. W ramach ww. ustawy szczególnej trafnie w sposób syntetyczny definiuje się wszelkie środki związane z praniem i terroryzmem jako „wartości majątkowe” (zob. art. 2 ust. 2 pkt. 27). Tymczasem w art. 165a i 299 k.k. nietrafnie wymienia się takie środki w sposób kazuistyczny. Nie sposób przy tym uniknąć wrażenia, że zastosowanie w Kodeksie karnym wymienionego syntetycznego pojęcia mogłoby usunąć niejedną wątpliwość sformułowaną chociażby w rozpatrywanych powyżej zarzutach.
27. W ramach ww. ustawy szczególnej nietrafnie przyjęto, że podstawowe dla niej pojęcia, tj. „finansowanie terroryzmu” (zob. art. 2 ust. 2 pkt 6) oraz „pranie pieniędzy” (zob. art. 2 ust. 2 pkt 14), są definiowane w Kodeksie karnym, odpowiednio w przepisach art.: 165a i 299. Jest to rozwiązanie wadliwe z dwóch istotnych powodów. Po pierwsze, to właśnie wskazana ustawa szczególna powinna definiować takie pojęcia, a nie zasadnicza ustawa karna. Po drugie, ustawa karna w ww. przepisach obiektywnie nie definiuje tych pojęć, ponieważ typizuje ona czyny zabronione pod groźbą kary kryminalnej, związanej z praniem i terroryzmem. Nie zmienia powyższych konkluzji obowiązywanie art. 115 k.k. (zwłaszcza § 20). Również i w tym przypadku nie sposób uniknąć wrażenia, że właściwe zdefiniowanie tych dwóch pojęć w ustawie szczególnej, a dopiero następnie odpowiednie ujęcie w zasadniczej ustawie karnej, usunęłoby niejedną wątpliwość sformułowaną w ww. zarzutach.
28. **Podsumowanie**

**W podsumowaniu należy wskazać, że rozpatrywane zalecenia (zarzuty) są zbyt ogólne, aby mogły stanowić przedmiot właściwej merytorycznej oceny karnoprawnej. W ramach pobieżnej analizy, *prima facie*, w części zarzuty te zdają się być wstępnie uzasadnione, a w pozostałej części – zupełnie niezasadne.**

**Na bazie przeprowadzonej analizy można jednak wskazać, że:**

1. **Konieczne jest gruntowne, systemowe zweryfikowanie krajowej implementacji międzynarodowych zaleceń w zakresie karnoprawnego zwalczania prania pieniędzy i wspierania terroryzmu.**
2. **Konieczne jest pilne opracowanie nowego modelu odpowiedzialności penalnej podmiotów zbiorowych.**
3. **Zachodzi potrzeba generalnej weryfikacji obecnie przyjętego sposobu kryminalizacji i penalizacji w zakresie przepisów art. 165a (przestępstw związanych z terroryzmem) oraz art. 299 k.k. (przestępstw związanych z praniem). Zabieg ten powinien również obejmować art. 255a, który określa przestępstwa związane z terroryzmem.**
4. **Na gruncie obecnych przepisów zachodzą podstawy do rozważenia wprowadzenia nowych przepisów o wyżej wskazanej treści (art. 165a § 5 oraz art. 299 § 7a), połączone z uchyleniem obecnego przepisu § 7 art. 299 k.k. Zabieg ten, związany z wprowadzeniem syntetycznej i właściwej klauzuli obligatoryjnego przepadku przedmiotów, powinien być również zastosowany w art. 316 k.k.**

***W razie skazania za przestępstwo określone w § 1 lub 2, sąd orzeka przepadek przedmiotów, o których mowa w § 1, chociażby nie stanowiły własność sprawcy.***

Opracował: prof. dr hab. Robert Zawłocki