

Domniemanie przestępnego pochodzenia mienia

(jurydyczne ukształtowanie art. 45 § 2 k.k.)

1. Zagadnienia wstępne

Ustawą z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny i innych niektórych ustaw¹, wprowadzony został do polskiego porządku prawnego, nieznan dotychczas, nowy rodzaj przypadku potocznie nazywany „przypadkiem rozszerzonym”. W realiach polskiej ustawy karnej pojęcie to zbiorczo obejmuje w zasadzie dwa, zupełnie odmienne rodzaje przypadku, które zostały uregulowane odpowiednio w § 2 i 3 art. 45 k.k. Cel, jaki przyświecał Autorom niniejszego tekstu ogranicza się do dokonania kompleksowej, jurydycznej analizy regulacji art. 45 § 2 k.k., na mocy którego ustawodawca wprowadził do polskiego porządku prawa karnego instytucję domniemanie przestępnego pochodzenia mienia, które sprowadza się do możliwości orzeczenia przypadku mienia nie w sytuacji dowiedzenia jego nielegalnego pochodzenia ale w takim układzie faktycznym, w którym sprawca czynu nie wykazał legalnego źródła jego pochodzenia. Jakkolwiek swoiste odwrócenie ciężaru dowodu w realiach procesu karnego zawsze rodzi pewien uzasadniony niepokój to wprowadzone regulacje stanowią nie tylko realizację przez Polskę zobowiązań międzynarodowych, także tych wynikających z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej², ale także niejako przychylają się do postulowanych od dłuższego czasu sugestii znamienitych przedstawicieli doktryny, którzy wskazywali, iż pewna prawnie relewantna supozycja zakładająca przestępne pochodzenie mienia sprawców niektórych przestępstw odgrywa niebagatelną rolę w procesie zwalczania przestępczości zorganizowanej³. W ocenie Autorów próba ewaluacji kształtu przedmiotowego domniemanie stanowiąc może wyzwanie o znacznym ciężarze gatunkowym i jako takiemu należy poświęcić mu osobne opracowanie.

Mając na względzie, iż omawiane regulacje są w zasadzie swoistym *novum* to ich dogmatyczna analiza nie może sprowadzić się jedynie do omówienia ich jurydycznego

¹Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2017 poz. 768.

²Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 326.

³A. Marek, *Problemy penalizacji przestępczości zorganizowanej*, w: *Problemy nauk penalnych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*, red. L. Tyszkiewicz, Katowice 1996, s. 128 i n.; oraz E. W. Pływaczewski, *Wokół postulatu tzw. konfiskaty rozszerzonej (rozszerzonego przypadku mienia)*, w: *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. L. Pohl, Poznań 2009, s. 467 i n.

kształtu. W celu pokazania pełniejszego obrazu funkcjonowania regulacji art. 45 § 2 k.k. w toku czynionego wyводу Autorzy wskażą istotny dla wprowadzonych zmian kontekst międzynarodowy a także prawoporównawczy. Nie bez znaczenia dla analizowanej instytucji jest również wskazanie perspektywy konstytucyjnej dopuszczalności odwróconego ciężaru dowodu nie tylko w ujęciu konstytucyjnego standardu ponoszenia odpowiedzialności karnej (niezwykle istotnym jest również zagadnienie dotyczące charakteru przypadku *per se*⁴) czy dopuszczalności orzekania przypadku, ale także z perspektywy rudymenarnych dla prawa karnego zasad konstytucyjnych.

Niestety do chwili tworzenia niniejszego opracowania brak jest oficjalnych statystyk Ministerstwa Sprawiedliwości w zakresie stosowania art. 45 § 2 k.k. w brzmieniu ustalonym ustawą z dnia 23 marca 2017 r. Również z powodu dosyć krótkiego funkcjonowania omawianej regulacji nie zostały opublikowane żadne, adekwatne dla przedmiotowych rozważań, orzeczenia sądów powszechnych.

2. Perspektywa międzynarodowa

Wraz z przystępowaniem przez Polskę do kolejnych organizacji międzynarodowych istotnie zmienił się paradygmat postrzegania systemu prawa krajowego. W obecnych realiach polityczno-społecznych tradycyjnie rozumiany katalog źródeł prawa powszechnie obowiązującego tworzonego jedynie w oparciu o działalność polskiego parlamentu uległ istotnemu poszerzeniu o prawotwórczą działalność organizacji międzynarodowych⁵, wyrazem takiego podejścia do systemu prawa obowiązującego na polskim terytorium jest m. in. art. 9 Konstytucji⁶. Dokonująca się niejako na naszych oczach swoista konwergencja systemów prawa ma również niebagatelny wpływ na kształt instrumentów służących zwalczaniu przestępczości zorganizowanej i gospodarczej.

W prawodawstwie międzynarodowym z możliwością przeniesienia ciężaru dowodu na oskarżonego w zakresie udowodnienia legalności pochodzenia posiadanego przez niego mienia spotykamy się w tekście uchwalonej już w 1988 r. Wiedeńskiej Konwencji Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi⁷. W art. 5 ust. 7 przywołanej konwencji umawiające się Strony wprost

⁴A. Płońska, *Charakter prawny instytucji przypadku po zmianach nowelizacyjnych wprowadzonych do Kodeksu karnego ustawą z dnia 20 lutego 2015 r.*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2015, t. 37, s. 91 i n.

⁵E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 4, s. 3 i n.

⁶Wyrok TK z 11 maja 2005 r., sygn. K 18/04, Legalis nr 68382.

⁷Wiedeńska Konwencja Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi z dnia 20 grudnia 1988 r., Dz. U. z dnia 20 lutego 1995 r., Nr 15, poz. 69.

przewidziały możliwość wprowadzenia do krajowych porządków prawnych takiego ukształtowania postępowania dowodowego dotyczącego przypadku aby to na oskarżonym ciążył obowiązek wykazania, iż posiadane przez niego mienie nabył na zgodnej z prawem drodze. Powyższe uregulowanie musi być jednak zgodne z zasadami wewnętrznego prawa krajowego.

Możliwość wprowadzenia do porządku prawnego regulacji zakładającej przeniesienie na sprawcę ciężaru wykazania legalności mienia pochodzącego z przestępstwa została przewidziana wprost w art. 12 ust. 7 i art. 31 ust. 8 odpowiednio: Konwencji Narodów Zjednoczonych z dnia 12 grudnia 2000 r. przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej⁸ oraz Konwencji Narodów Zjednoczonych z dnia 31 października 2003 r. przeciwko korupcji⁹. Wprowadzenie tych regulacji uzależnione zostało jednak od systemu prawa krajowego, który musi zezwalać na takie ukształtowanie przypadku. Jakkolwiek przywołane akty prawne mają jedynie charakter zaleceń dla Państw-Stron, to jednak wyraźnie podkreśla się w nich konieczność tworzenia wspólnych ram prawnych mających na celu przeciwdziałaniu patologicznym zjawiskom. Ponad powyższe, w Konwencji Rady Europy z dnia 16 maja 2005 r. o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa oraz finansowaniu terroryzmu¹⁰, wprowadzono w art. 3 ust. 4 kategorię wyrażoną normę, zgodnie, z którą koniecznym jest przedsięwzięcie przez Strony w stosunku do sprawców poważnych przestępstw wymogu wykazywania legalnego pochodzenia kwestionowanych dochodów.

Przedmiotowo relewantną działalność prawotwórczą można również zauważyć w funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Rozszerzenie możliwości orzekania przypadku w oparciu o specyficznym ukształtowany system domniemań zakładający przestępcze pochodzenie mienia pojawił się już w Decyzji Ramowej Rady 2005/212/WSiW z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie konfiskaty korzyści, narzędzi i mienia pochodzących z przestępstwa¹¹. Swoistym rozwinięciem postanowień przywołanej Decyzji Ramowej jest uchwalona w dniu 3 kwietnia 2014 r. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z

⁸Konwencja Narodów Zjednoczonych z dnia 12 grudnia 2000 r. przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, Dz. U. 2005 nr 18 poz. 158.

⁹Konwencja Narodów Zjednoczonych z dnia 31 października 2003 r. przeciwko korupcji, Dz. U. 2007 nr 84 poz. 563.

¹⁰Konwencja Rady Europy z dnia 16 maja 2005 r. o praniu ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa oraz finansowaniu terroryzmu, Dz. U. 2008 nr 165 poz. 1028.

¹¹Decyzji Ramowej Rady 2005/212/WSiW z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie konfiskaty korzyści, narzędzi i mienia pochodzących z przestępstwa, Dz. Urz. UE L 68.

przestępstwa w Unii Europejskiej¹², gdzie w art. 5 ust. 1 *expressis verbis* prawodawca europejski przewidział obowiązek przedsięwzięcia przez Państwa Członkowskie środków prawnych umożliwiających orzekanie przepadku w oparciu o konstrukcję domniemania przestępnego pochodzenia mienia. Zgodnie z art. 5 przywołanej Dyrektywy z 2014 r. instytucja przepadku rozszerzonego winna być skonstruowana w oparciu o przekonanie sądu, iż dane aktywa zostały uzyskane w wyniku przestępczej działalności sprawcy, znajdujące uzasadnienie w przeprowadzonych dowodach i okolicznościach faktycznych sprawy (przykładowo nieproporcjonalności posiadanego mienia do legalnych dochodów).

Wskazane wyżej regulacje prawa międzynarodowego wprost dopuszczają możliwość takiego ukształtowania przepisów regulujących przepadek aby to na osobie skazanej za pewną, odpowiednio ukształtowaną kategorię przestępstw możliwym było odwrócenie ciężaru dowodu w przedmiocie wykazania legalnego pochodzenia mienia, co ma służyć zwiększeniu efektywności w stosowaniu tego środka. Warty wskazać są również opublikowane na stronie Komisji Nadzoru Finansowego rekomendacje Grupy Specjalnej ds. Przeciwdziałania Praniu Pieniądzy, gdzie w punkcie 4. sekcji B znów podkreślono istotną rolę stosowania, stanowiącego przedmiot rozważań niniejszego opracowania domniemania, które jednak może być wprowadzone jedynie z poszanowaniem zasad rządzących systemem prawa wewnętrznego¹³.

3. Ratio legis wprowadzonych zmian

Motywy jakie przyświecały ustawodawcy dla wprowadzanych zmian można podzielić na dwie kategorie: pragmatyczno-aksjologiczne oraz formalne. Pewnej przyczyny funkcjonowania w porządku prawnym koncepcji domniemania nielegalnego pochodzenia mienia, która *per se* stanowi istotę rozszerzonego przepadku, należy doszukiwać się w konieczności usprawnienia, przy pomocy stosownego konwencjonalnego instrumentarium, funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, któremu przychodzi mierzyć się z coraz bardziej zaawansowanymi przypadkami przestępczości gospodarczej lub finansowej. W tym ujęciu wprowadzone zmiany normatywne mają stanowić skuteczny środek zniesienia podstaw majątkowych takiej przestępczości. Obniżenie standardów dowodowych polegające na wprowadzeniu domniemania przestępnego pochodzenia korzyści ma stanowić skuteczne

¹²Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE L 127.

¹³Rekomendacja FATF - Międzynarodowe Standardy Przeciwdziałania Praniu Pieniądzy i Finansowaniu Terroryzmu oraz Proliferacji,
<https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Rekomendacje_FATF_40223.pdf>

instrumentarium minimalizujące ryzyko zachowania przez sprawcę przestępstwa jakichkolwiek korzyści z niego pochodzących¹⁴. Uzasadnione aksjologicznie przeświadczenie zakładające, iż niedopuszczalne jest pomnażanie majątku w oparciu o niezgodną z prawem aktywność a obowiązkiem państwa jest takie ukształtowanie przepisów aby uczynić działalność przestępczą nieopłacalną dla podmiotów nieprzestrzegających prawa zostało także wprost wyrażone w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 2004 r.¹⁵

Niejako wychodząc na przeciw zaprezentowanemu stanowisku oraz biorąc pod uwagę fakt, iż coraz częściej w praktyce wymiaru sprawiedliwości dochodzi do sytuacji w których jego organy mierzą się z poważną, międzynarodową przestępczością działającą w zasadzie niezależnie od istnienia granic, prawodawca europejski zdecydował się na względną harmonizację przepisów dotyczących przepadku i zabezpieczenia mienia na terenie Unii Europejskiej. Wprowadzanie bowiem nowych typów czynów zabronionych oraz coraz większa ich uproszczoność i represyjność, czyli działania oparte o teorie prewencji generalnej zdają się nie zdawać testu praktycznej aplikacji i są często oceniane jako działania populistyczne¹⁶. Efektem przerzucenia ciężaru walki ze zorganizowaną przestępczością z płaszczyzny poszerzania zakresu kryminalizacji i coraz surowszej punitowności przepisów karnych na płaszczyznę uczynienia z działalności przestępczej aktywności nieopłacalnej, jest właśnie przedmiotowa dyrektywa, która w oparciu o zasady harmonizacji minimalnej określa pewien standard przepisów dotyczących przepadku, jaki musi być implementowany¹⁷. Zgodnie z uregulowaniami dyrektywy pozytywne skutki w obszarze walki z przestępczością czerpiącą duże zyski ma przynieść właśnie wprowadzenie instytucji domniemania przestępczego pochodzenia mienia oraz rozluźnienie faktycznego związku przestępczości uzyskanych korzyści z konkretnym czynem zabronionym. Na Państwach Członkowskich ciąży tym samym obowiązek takiego ukształtowania wewnętrznego porządku prawnego aby był on zgodny z postanowieniami dyrektywy 2014/42/UE, gdyż takie ukształtowanie przepisów może przynieść pozytywne skutki w sferze zwalczania przestępczości zorganizowanej.

Do chwili uchwalenia przepisów stanowiących przedmiot rozważań niniejszego opracowania, polskie prawo karne nie było wyposażone w instrumenty pozwalające na

¹⁴K. Szczucki, *Komentarz do art. 45 k.k., teza 3. w: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1-116.* M. Królikowski, R. Zawłocki, Legalis.

¹⁵Wyrok TK z 13 lipca 2004 r., sygn. P 20/03, Legalis nr 63839.

¹⁶T. Kaczmarek, *Racjonalny ustawodawca wobec opinii społecznej a populizm penalny*, [w:] Z. Sienkiewicz i R. Kokot, *Populizm penalny i jego przejawy w Polsce-materiały z Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Prawa Karnego, Szklarska Poręba 24 - 27 września 2008 r.*, Wrocław 2009, s. 34.

¹⁷T. Kaczmarek, *Racjonalny...*

stosowanie przypadku rozszerzonego¹⁸ i wobec tego podjęcie stosownych kroków legislacyjnych wymagane było nie tylko z perspektywy pragmatycznej, ale stanowiło również konieczność wynikającą z wiążącego Polskę prawa międzynarodowego, co wprost zostało wskazane w uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej¹⁹.

4. Charakter prawny instytucji przypadku w polskim k.k.

W celu oczyszczenia przedpola dla dalszych rozważań poświęconych instytucji przypadku rozszerzonego koniecznym jest, w ocenie Autorów, zdefiniowanie czym *in genere* jest przypadek. Do materialnoprawnej, systemowej zmiany charakterystyki przypadku doszło w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz innych niektórych ustaw²⁰. W wyniku tych normatywnych zmian przypadek został wykreślony z katalogu środków karnych i wraz z obowiązkiem naprawienia szkody lub zadośćuczynieniem za krzywdę i nawiązką został umieszczony w nowopowstałym rozdziale Va k.k., który od tamtej chwili nosi tytuł „Przypadek i środki kompensacyjne”.

Przyczynę tego zabiegu legislacyjnego można odnaleźć w uzasadnieniu do ustawy nowelizującej, gdzie projektodawca wprost wskazał, iż nie jest możliwym uzasadnienie karnego charakteru przypadku oraz środków kompensacyjnych, gdyż mają one typowo cywilistyczny charakter²¹. Wydaję się jednak, że w przeciwieństwie do środków kompensacyjnych, sprowadzonych w zasadzie do cywilistycznej, bo wynikającej wprost z art. 46 § 1 k.k., restytucji za wyrządzone czynem zabronionym szkody albo krzywdy, w wypadku przypadku nie jest możliwe kateryczne stwierdzenie, iż jest to środek absolutnie pozbawiony jakichkolwiek funkcji penalnych²². Co więcej, nowelizacja wchodząca w życie 1 lipca 2015 r. spowodowała daleko idącą niekonsekwencję jurydycznej kwalifikacji przypadku²³ - o ile na gruncie prawa karnego powszechnego został on wyłączony z katalogu

¹⁸A. H. Ochnio, *Konfiskata korzyści z przestępstwa - nowe rozwiązania w prawie Unii Europejskiej (część I)*, „Prokuratura i Prawo” 2016, z. 4, s. 83-85.

¹⁹Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny i innych niektórych ustaw, druk 1186, Sejm VIII kadencji, dostępny na stronie internetowej pod adresem < <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1186> >, s. 3-9.

²⁰Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz innych niektórych ustaw, Dz. U. 2015 poz. 396.

²¹Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny, „Czasopismo prawa karnego i nauk penalnych” 2013, z. 4, s. 56.

²²M. Melezini, w: *System prawa karnego. Tom 6. Kary i inne środki prawnokarnej reakcji*, red. M. Melezini, Warszawa 2016, s. 484-485.

²³J. Raglewski, w: A. Zoll, W. Wróbel, *Kodeks karny - część ogólna. Komentarz do art. 1-52*, Warszawa 2016, s. 836.

środków karnych to na płaszczyźnie prawa karnego skarbowego i prawa wykroczeń pozostał środkiem karnym oraz środkiem zabezpieczającym o administracyjnym charakterze²⁴.

W ocenie Autorów udzielenie prawidłowej odpowiedzi w przedmiocie pytania o jurydyczną kwalifikację przypadku musi zostać poprzedzone badaniem jaką funkcję pełni przypadek w systemie prawa. Właściwa literatura przedmiotu wskazuje, iż przypadek sprawuje zasadniczo dwie odmienne funkcje: prewencyjną²⁵ i represyjną²⁶.

W aspekcie prewencyjnej funkcji przypadku, analogicznie jak w przypadku kar²⁷, wskazać można dwie relewantne płaszczyzny: ogólnoprewencyjną i związaną z nią indywidualnoprewencyjną. Ogólnoprewencyjna funkcja przypadku sprowadza się do realnie grożącej sprawcy przestępstw perspektywie odebrania korzyści jakie uzyskał z faktu popełnienia czynu zabronionego. Stanowiąc ma to skuteczny środek mający na celu uświadomienie społeczeństwu, że wstąpienie na przestępczą drogę jest nieopłacalne, gdyż państwo wyposażone jest w odpowiednie instrumentarium służące do pozbawienia sprawcy przestępstwa wszystkich uzyskanych niezgodnie z prawem wymiernych korzyści. Powyższe nie pozostaje bez znaczenia dla realizowania przez przypadek prewencji o indywidualnym charakterze - groźba wyzucia sprawcy z uzyskanych nielegalnie korzyści ma stanowić czynnik zniechęcający do popełniania przestępstw ze względu na ich ekonomiczną nieopłacalność oraz w zakresie przedmiotów służących popełnieniu przestępstwa ma stanowić skuteczny środek utrudniający lub uniemożliwiający ich potencjalne popełnianie w przyszłości²⁸.

Skuteczna aplikacja przypadku w realiach konkretnego stanu faktycznego wiąże się też bez najmniejszej dozy wątpliwości z wymierzeniem pewnej, swoistej sankcji o *stricte* ekonomicznym charakterze - odebranie sprawcy czynu zabronionego niezasadnie i nielegalnie zgromadzonych aktywów zawsze będzie z jego subiektywnego punktu widzenia stanowiło pewną kategorię dolegliwości, w tym właśnie zakresie przypadek realizuje swoją funkcję represyjną. Również, zgodnie z brzmieniem art. 56 k.k. dyrektywy sądowego wymiaru kary znajdują zastosowanie przy orzekaniu przypadku, a ta okoliczność zdaje się wzmacniać tezę o represyjnym charakterze przypadku.

²⁴Na gruncie k.k.s. przypadek ma tym samym dwupostaciowy charakter - na podstawie art. 22 § 2 pkt 2 i 4 oraz art. 47 § 2 pkt 2 orzekany jest jako środek karny, a na podstawie art. 22 § 3 pkt 5 i art. 47 § 4 orzekany jest jako środek zabezpieczający o administracyjnym charakterze.

²⁵K. Polit - Langierowicz, *Przypadek korzyści majątkowych pochodzących z przestępstwa - odwrócony ciężar dowodu*, „Prokuratura i Prawo” 2005, z. 7-8, s. 217.

²⁶J. Raglewski, w: A. Zoll, W. Wróbel, *Kodeks...*, s. 837.

²⁷W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2013, s. 417-419.

²⁸J. Raglewski, w: A. Zoll, W. Wróbel, *Kodeks...*, s. 837.

Mając na względzie powyższe mimo *de lege lata* zmiany charakterystyki jurydycznej przypadku to jednak ciągle realizuje on funkcje tradycyjnie przypisywane środkom karnym²⁹.

Przedstawione wyżej argumenty natury wewnątrzsystemowej i funkcjonalnej wzmacnia jeszcze perspektywa konstytucyjna. W świetle uregulowań art. 42 ust. 1 ustawy zasadniczej i wyznaczanego przez nią zakresu pojęciowego terminu odpowiedzialność karna nie może być on interpretowany zawężająco jedynie do uregulowań ustawowych posługujących się tym zwrotem³⁰. Na gruncie Konstytucji odpowiedzialność karna to w ogólności taki rodzaj odpowiedzialności, który po prostu realizuje wobec jednostki funkcje represyjną - czyli sprowadza się do każdego przypadku, w którym na podmiot dopuszczający się bezprawnego i zawinionego zachowania w wyniku przeprowadzonego postępowania dochodzi do nałożenia sankcji³¹. Bezsportnym jest, iż orzeczenie wobec sprawcy czynu zabronionego przypadku w jakiegokolwiek formie wiąże się z nałożeniem pewnej sankcji o majątkowym charakterze i jako takie *per se* cechuje się represyjnym charakterem.

Mając na względzie toczony wyżej rozważania, zarówno w ocenie Autorów jak i przedstawicieli doktryny prawa karnego³² przypadek musi być traktowany jako *sui generis* środek reakcji karnej na przestępstwo. Jedynie próba ewaluacji uregulowań przypadku z perspektywy reguł rządzących prawem karnym, w szczególności gwarancyjnych funkcji prawa i procesu karnego, może zapewnić najdalej idącą ochronę praw i wolność jednostki³³ wobec której ma być zastosowany.

5. Jurydyczna konstrukcja art. 45 § 2 k.k.

Wychodząc naprzeciw wymogom stawianym przez uregulowania dyrektywy 2014/42/UE polski ustawodawca także wprowadził do obowiązującej ustawy karnej konwencjonalną konstrukcję przypadku rozszerzonego opartego na wzruszalnym domniemaniu przestępnego pochodzenia mienia. W treść art. 45 § 2 k.k. ustawodawca wpisał zarówno materialno-prawne jak i procesowe przesłanki zastosowania przedmiotowego domniemania - z tego powodu można się przychylić do stanowiska, iż omawiana regulacja ma mieszany, materialno-procesowy charakter³⁴. W ocenie Autorów trafniejsze jest jednak

²⁹M. Melezini, w: *System prawa...*, s. 483-484.

³⁰M. Grzybowski, *Konstytucyjne ujęcie odpowiedzialności karnej (uwagi na marginesie wykładni art. 42 ust. 1 Konstytucji)*, w: *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla. T. I.*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 140.

³¹T. Sroka, w: *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1018-1019.

³²R. A. Stefański, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2015, s. 351

³³Wyrok TK z 2 kwietnia 2015 r., sygn. P 31/12, Legalis nr 1203178.

³⁴D. Szeleszczuk, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2017, s. 449.

stanowisko traktujące system prawa karnego jako swoistą jedność na którą składa się całokształt norm rekonstruowanych z przepisów materialnych, proceduralnych i wykonawczych³⁵. Takie kompleksowe podejście do prawa karnego jako pewnej spójnej całości pozwala na lepszą, bo uwzględniającą wszystkie konsekwencje, jego ocenę nie tylko z perspektywy ustaw ale także wzorców konstytucyjnych i międzynarodowych.

Kwestią wymagającą uporządkowania i jednocześnie zdaje się najbardziej kontrowersyjną jest materia związana z charakterem domniemania przestępnego pochodzenia mienia jakie zostało wpisane w treść art. 45 § 2 k.k. Zgodnie z literalnym brzmieniem przywołanego przepisu za podlegającą przypadkowi korzyść „(...) uważa się mienie, które sprawca objął we władanie lub do którego uzyskał jakikolwiek tytuł w okresie 5 lat przed popełnieniem przestępstwa do chwili wydania chociażby nieprawomocnego wyroku, chyba, że sprawca lub inna zainteresowana osoba przedstawi dowód przeciwny”. Jak już wielokrotnie było wskazywane, przywołana konstrukcja ma na celu zwiększenie efektywności zwalczania przestępczości zorganizowanej przy pomocy przypadku skonstruowanego w oparciu o rozluźnienie związku między uzyskaną z przestępstwa korzyścią a popełnieniem konkretnego czynu zabronionego³⁶. Chwilowo abstrahując od materialnych przesłanek zastosowania tego domniemania koniecznym jest określenie roli domniemań w realiach systemu prawa karnego, w którym tonie wszystkie okoliczności związane z przesłankami dopuszczającymi odpowiedzialność karną muszą być w pełni udowodnione³⁷. Tak jest w analizowanym przypadku, w którym spotykamy się z domniemaniem o materialnym charakterze³⁸. Dla możliwości jego zastosowania, zgodnie z wnioskiem płynącym z domniemania, wymaganym jest jedynie wykazanie istnienia jego materialno-prawnie sformułowanych przesłanek³⁹. Oczywiście ta wynikająca z realiów konkretnego stanu faktycznego presupozycja może być obalona przeciwdowodem, dlatego w zasadzie każde domniemanie funkcjonujące w realiach prawa karnego ma wrzuszalny charakter⁴⁰. Na zbieżnym stanowisku stoi również orzecznictwo Sądu Najwyższego, gdzie analogicznie do powyższego wywiedziono, iż w razie

³⁵P. Kardas, *Determinanty ciężaru dowodu i ciężaru (obowiązku) dowodzenia w procesie karnym* w: *Ciężar dowodu i obowiązek dowodzenia w procesie karnym*, red. W. Jasiński, J. Skorupka, Warszawa 2017, s. 97.

³⁶K. Szczucki, *Komentarz do art. 45 k.k., teza 4.* w: *Kodeks karny. Część ogólna.* ...

³⁷W. Wróbel wskazał, iż dla oceny, że dane zachowanie realizuje znamiona czynu zabronionego nie jest konieczne udowodnienie wszystkich konstytutywnych elementów przestępstwa a ich istnienie niejako domniemuje się z faktu wypełniania przez dane zachowanie realizuje znamiona przestępstwa - dopóki sąd nie poweźmie wątpliwości co stanu psychicznego sprawcy to co do zasady nie bada przesłanki winy, podobnie kwestia kształtuje się z istnieniem w realiach konkretnego stanu faktycznego kontratypów - W. Wróbel, *O domniemaniach w zakresie przesłanek odpowiedzialności karnej*, „Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ” 2006, z. 96, s. 245 i n.

³⁸J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 215-216.

³⁹J. Wróblewski, *Sądowe...*

⁴⁰W. Wróbel, *O domniemaniach...*

zaistnienia przesłanek stojących u podstaw domniemania stanowi ono niejako nakaz określonego działania przez organ - fakt, którego dotyczy domniemanie uznaje się z mocy prawa za ustalony i jako taki nie wymaga przeprowadzenia dodatkowych dowodów, natomiast do jego obalenia może dojść jedynie na drodze dowodu przeciwnego wnioskowi domniemania, co obciąża nie organ prowadzący postępowanie lecz podmiot dotknięty domniemaniem⁴¹.

Wobec powyższego, w realiach normatywnych art. 45 § 2 k.k. jeżeli zaistnieją pozytywne przesłanki stosowania domniemania to zagrożone przypadkiem będzie mienie, które sprawca objął we władanie lub do którego uzyskał jakikolwiek tytuł w okresie 5 lat przed popełnieniem przestępstwa. Taki zakres domniemania przestępnego pochodzenia mienia jest, szczególnie w realiach długoletnich procesów sądowych, bardzo szeroki. Oczywiście przedmiotowe domniemanie może być wzruszone przeciwdowodem, który musi polegać na udokumentowaniu legalnego nabycia kwestionowanego mienia. Pewną osobliwością jest takie ukształtowanie postępowania zmierzającego do obalenia domniemania, które samo z siebie zakłada pewną nierówność. Otóż dla orzeczenia przypadku rozszerzonego wystarczy samo domniemanie, natomiast obalenie tego domniemania może nastąpić w jedynie w wyniku pełnego udowodnienia legalności jego nabycia, co implikuje konieczność przedstawienia sądowi wiarygodnej informacji o pochodzeniu danego aktywa, a jedynie samo uprawdopodobnienie jego zgodnego z prawem nabycia nie wystarcza to przełamania wniosku płynącego z domniemania⁴². Ciężar przełamania domniemania spoczywa na sprawcy bądź na każdej zainteresowanej osobie, co oznacza, że może być nią każdy na którego status majątkowy wpływa orzeczenie przedmiotowego przypadku⁴³. Nie można również zupełnie swobodnie przejść nad kwestią wpływu przedmiotowego domniemania na procesową zasadę prawdy materialnej, zgodnie z którą podstawę wszystkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe, czyli zgodne z rzeczywistością, ustalenia faktyczne, a ciężar jej realizacji zawsze spoczywa na organach procesowych⁴⁴. Wobec tego tworzące pewną fikcję prawną⁴⁵ domniemanie przestępnego pochodzenia mienia wprost godzi

⁴¹Uchwała SN z 17 marca 2005 r., sygn. I KZP 4/05, Legalis nr 67736.

⁴²K. Szczucki, *Komentarz do art. 45 k.k., teza 8.* w: *Kodeks karny. Część ogólna. ...*

⁴³J. Raglewski, *Materialnoprawna regulacja przypadku w polskim prawie karnym*, Kraków 2005, s. 123.

⁴⁴S. Waltoś, *Zasada prawdy materialnej*, w: *System Prawa Karnego Procesowego, Tom II, część I*, red. P. Hofmański, Warszawa 2014, s. 297; P. Kruszyński, S. Pawelec, *Zasada domniemania niewinności*, w: *System Prawa Karnego Procesowego, Tom III, część 2*, red. P. Wiliński, Warszawa 2014, s. 1614.

⁴⁵R. A. Stefański, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2017, s. 401-402.

w tę zasadę istotnie zmieniając kształt procesu karnego negatywnie wpływając na jego rzetelność, także w perspektywie konstytucyjnego standardu uczciwego procesu⁴⁶.

Przesłanki stosowania domniemania przestępnego pochodzenia mienia zostały enumeratywnie określone w ustawie i alternatywnie sprowadzają się do:

- 1) wykazania w wyroku skazującym, iż sprawca osiągnął, chociażby pośrednio korzyść majątkową znacznej wartości, albo
- 2) wykazania w wyroku skazującym, iż sprawca osiągnął lub mógł osiągnąć, chociażby pośrednio, korzyść majątkową z przestępstwa zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica jest nie niższa niż 5 lat lub z przestępstwa popełnionego w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa.

Ustawodawca zrezygnował więc z enumeratywnego wyliczenia poszczególnych przestępstw za popełnienie jakich możliwym będzie orzeczenie przypadku rozszerzonego na rzecz ogólniejszego wskazania okoliczności jakimi musi cechować się, lub do jakich musi prowadzić, popełnienie danego czynu zabronionego.

Wspólnym elementem dla powyżej wskazanych dwóch przesłanek otwierających możliwość stosowania regulacji art. 45 § 2 k.k. jest wykazanie, iż sprawca z tytułu popełnionego przestępstwa uzyskał korzyść majątkową. Uzyskanie korzyści majątkowej cechującej się znaczącością *per se* otwiera drogę dla stosowania przypadku rozszerzonego. Uzyskanie lub jedynie możliwość uzyskania korzyści majątkowej w jakiegokolwiek wysokości również może stanowić przyczynę dla aplikacji przedmiotowej regulacji pod warunkiem, że przestępstwo zostało popełnione w odpowiedniej formie bądź jest zagrożone karą pozbawienia wolności od lat 5.

Dla właściwego zrekonstruowania semantycznego znaczenia terminu „korzyść majątkowa” należy po pierwsze sięgnąć do definicji legalnych z art. 155 § 4 k.k.⁴⁷. Lakoniczność kodeksowej definicji nie pozwala jednak na zaprzestanie dalszych zabiegów wykładniczych, i tak, zgodnie ze stanowiskiem doktryny prawa karnego⁴⁸, za korzyść majątkową pochodzącą bezpośrednio z przestępstwa należy uważać jakiegokolwiek

⁴⁶S. Waltoś, *Zasada prawdy...*, s. 301.

⁴⁷Art. 115 § 4 k.k. stanowi, iż „Korzyścią majątkową lub osobistą jest korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego”.

⁴⁸O. Górniok, *O pojęciu „korzyści majątkowej” w kodeksie karnym (Problemy wybrane)*, „Państwo i Prawo” 1978, nr 4, s. 117.

przysporzenie o charakterze ekonomicznym⁴⁹ w majątku sprawcy, która to dodatnia zmiana nie może być prawnie uzasadniona. Bezpośrednio pochodząca z przestępstwa korzyść majątkowa cechuje się kwantem znaczości, jeżeli, zgodnie z uregulowaniem art. 115 § 5 k.k., w czasie popełnienia czynu zabronionego przedstawia wartość mienia przekraczająca równowartość 200 000 zł. Przy obliczaniu wysokości uzyskanej z faktu popełnienia przestępstwa korzyści majątkowej należy mieć na uwadze zasadę *nemo potest commodum capere de iniuria sua propria*, która jednoznacznie implikuje obowiązek zaliczenia na poczet korzyści uzyskanych z przestępstwa także pożytków z rzeczy lub praw które ją stanowią⁵⁰. Pewien problem praktyczny może rodzić kwestia ustalenie wysokości korzyści rzeczywiście osiągniętej w perspektywie konkretnego stanu faktycznego - ustalenie jedynie wartości rynkowej przedmiotów lub przysporzeń stanowiących korzyść majątkową może pełnić zaledwie rolę pomocniczą⁵¹. Korzyść pochodząca chociażby pośrednio z popełnionego przestępstwa jest definiowana jako całokształt przysporzeń majątkowych uzyskanych z obrotu bądź dokonywania czynności prawnych na przedmiotach pochodzących z przestępstwa⁵². Jak zostało wskazane w orzecznictwie Sądu Najwyższego przepadek osiągniętej chociażby pośrednio z popełnienia przestępstwa korzyści majątkowej nie jest uzależniony od faktycznego posiadania substratu tej korzyści jako konkretnych przedmiotów majątkowych⁵³. Tak doktrynalnie i orzeczniczo semantyczne ukształtowanie pojęcia korzyści majątkowej w polskim prawie całkowicie koresponduje z wymogami stawianymi w tym zakresie przez dyrektywę 2014/42/UE⁵⁴.

Dodatkowymi warunkami uzasadniającymi stosowanie art. 45 § 2 k.k. w przypadku osiągnięcia albo zaistnienia jedynie możliwości osiągnięcia przez sprawcę chociażby nieznaczej korzyści majątkowej są: popełnienie przestępstwa w warunkach art. 258 k.k. lub przestępstwa zagrożonego karą pozbawienia wolności nie niższą od 5 lat. Wobec

⁴⁹Są nimi nieprzysługujące sprawcy pieniądze, przedmioty, usługi, prawa majątkowe, zwolnienia i umorzenia długów a także zrzeczenie się roszczeń - Uchwała SN z 30 stycznia 1980 r., sygn. VII KZP 41/78, Legalis nr 21882.

⁵⁰J. Raglewski, w: A. Zoll, W. Wróbel, *Kodeks...*, s. 870.

⁵¹Wyrok SN z 21 listopada 2012 r., sygn. III KK 31/12, Legalis nr 561244.

⁵²D. Bunikowski posługuje się przykładem zysku z oprocentowania lokaty bankowej środków pochodzących z popełnienia czynu zabronionego - D. Bunikowski, *Przepadek korzyści majątkowych pochodzących z popełnienia przestępstwa jako środek karny*, „Prokuratura i prawo” 2008, z. 5, s. 64.

⁵³Wyrok sądu Najwyższego z 24 sierpnia 2016 r., sygn. V KK 33/16, Legalis nr 1507588.

⁵⁴Zgodnie pkt. 11 preambuły Dyrektywy 2014/42/UE: „Konieczne jest doprecyzowanie istniejącego pojęcia korzyści z przestępstwa, tak aby objęło ono bezpośrednio korzyści z działalności przestępczej i wszystkie pośrednie, w tym uzyskane poprzez ponowne zainwestowanie lub przekształcanie korzyści bezpośrednio. Korzyści mogą zatem obejmować wszelkie mienie, w tym mienie, które zostało przekształcone lub zamienione – w całości lub w części – w inne mienie, oraz mienie, które zostało połączone z mieniem uzyskanym z legalnych źródeł – do wysokości szacowanej wartości włączonych do niego korzyści. Korzyści z przestępstwa mogą też obejmować dochody lub inne wpływy wynikające z korzyści z przestępstwa lub z mienia będącego wynikiem takiego przekształcenia, zamiany lub połączenia”.

powyższego, relewantnym z punktu widzenia możliwości praktycznej aplikacji przestępstwem opisywanej instytucji może być każdy czyn zabroniony popełniony w zorganizowanej grupie lub związku przestępczym bez względu na ustawowe zagrożenie sankcją karną. Zorganizowana grupa lub związek przestępczy to na gruncie regulacji art. 258 k.k. i nabudowanego na nim stanowiska doktryny⁵⁵ cechujący się niezbyt skomplikowaną, opartą na swoistej podległości i podziale zadań, strukturą wewnątrzorganizacyjną⁵⁶ zespół co najmniej 3 osób mających za wspólny cel popełnienie przestępstwa lub większej ilości przestępstw, nie tylko powszechnych ale i skarbowych⁵⁷. Jakkolwiek dla założenia grupy bądź związku wystarczą 3 osoby to związek przestępczy jednak tym odróżnia się od zorganizowanej grupy, że cechuje go wyższy poziom organizacji wewnętrznej⁵⁸.

O ile sprzężenie stosowania instytucji przepadku rozszerzonego z faktem popełnienia przestępstw w ramach szeroko rozumianej przestępczości zorganizowanej należy oceniać, także w świetle zaleceń wynikających z dyrektywy 2014/42/UE, jednoznacznie pozytywnie, to w ocenie Autorów zakres przedmiotowy omawianej regulacji jest zbyt szeroki. W przedmiotowym zakresie zabiegiem nieco bardziej proporcjonalnym byłoby zastąpienie spójnika „lub” spójnikiem „i”, co przełożyłoby się na zawężenie stosowania analizowanej regulacji do przestępstw zagrożonych karą pozbawienie wolności nie niższą niż 5 lat popełnionych w formie zorganizowanej grupy lub związku. Za zbyt dolegliwy zabieg należy uznać również uzależnienie faktu orzekania przepadku rozszerzonego w warunkach gdy jedynie potencjalnie zaistniała możliwość uzyskania korzyści majątkowej z przestępstwa.

Prawnoporównawcze ujęcie „przepadku rozszerzonego”

Konieczną komponentą toczonych rozważań jest w ocenie Autorów przedstawienie ram prawnych stosowania domniemania przestępczego pochodzenia mienia w porządkach prawnych innych państw europejskich. Komparatystyczna analiza tych uregulowań pozwoli ukazać ich pełniejsze *spectrum*, a także zdaje się być niezbędną w celu właściwej dogmatycznej ewaluacji rozwiązania zaproponowanego w art. 45 § 2 k.k.⁵⁹. Z tego względu Autorzy niniejszego artykułu poddali analizie konstrukcję przepadku rozszerzonego w trzech

⁵⁵Z. Cwiąkalski, w: *Kodeks karny, część szczególna, tom II. Komentarz do art. 212-277d*, red. W. Wróbel., A. Zoll, Warszawa 2017, s. 533 i n.

⁵⁶Wyrok SA w Krakowie z 16 lutego 2012 r., sygn. II AKa 252/11, Legalis nr 484663.

⁵⁷Uchwała SN z 4 kwietnia 2005 r., sygn. I KZP 7/05, Legalis nr 68443.

⁵⁸Z. Cwiąkalski, w: *Kodeks karny...*

⁵⁹A.H. Ochnio, *Konfiskata rozszerzona w prawie wybranych państw europejskich*, „Prokuratura i Prawo” 2016, z. 12, s. 95.

systemach prawnych krajów europejskich – w Niemczech, w Wielkiej Brytanii i we Włoszech.

Uregulowania przypadku rozszerzonego w Niemczech zostały zawarte w treści § 73d niemieckiego k.k. – *Strafgesetzbuch* (dalej: *StGB*) i funkcjonują od 1992 r. Instytucja ta została oparta na pewnym swoistym rozszerzeniu przedmiotowym polegającym na możliwości orzekania przypadku mienia bez konieczności procesowego udowodnienia z którego czynu zabronionego sprawca osiągnął objęte konfiskatą przysporzenie. Zastosowanie regulacji § 73d *StGB* zostało uzależnione od procesowego wykazania przez oskarżenie, iż okoliczności faktyczne w istotny sposób pozwalają na uzasadnione przypuszczenie, że objęte przypadkiem mienie pochodzi z bezprawnych zachowań lub zostało uzyskane w zamian za nie⁶⁰. Ustawodawca niemiecki zrezygnował tym samym z formalnego przeniesienia ciężaru dowodu na oskarżonego w przedmiocie wykazania, iż znajdujące się w jego dyspozycji mienie zostało legalnie nabyte⁶¹. Brak regulacji odwracających ciężar dowodu i oparcie regulacji przypadku rozszerzonego na daleko idącym uprawdopodobnieniu przez oskarżenie, iż mienie pochodzi z szeroko rozumianej nielegalnej działalności jednakowoż zostało zaskarżone jako niezgodne z konstytucją w przedmiocie naruszenia domniemania niewinności⁶². Jednak 14 stycznia 2004 r. Federalny Sąd Konstytucyjny nie przychylił się do głosu skarżących uznając, że wskazane regulacje są zgodne z niemiecką konstytucją, albowiem kwestie związane z potencjalnym naruszeniem domniemania niewinności można odnosić jedynie do środków o wybitnie represyjnym charakterze a instytucja z § 73d *StGB* poza realizacją funkcji represyjnej legitymuje się także silnym oddziaływaniem o charakterze prewencyjnym⁶³. Uzupełnieniem rozważań dotyczących kształtu przypadku rozszerzonego w Niemczech stanowi wskazanie, iż jego praktyczna aplikacja jest ustawowo ograniczona do zamkniętego katalogu przestępstw cechujących się odpowiednio wysokim stopniem naganności⁶⁴.

⁶⁰A. Michałowska, *Przepadek konfiskata w niemieckim kodeksie karnym*, w: *Przepadek przedmiotów i korzyści pochodzących z przestępstwa*, red. E. M. Guzik-Makaruk, Warszawa 2012, s. 158.

⁶¹A. Michałowska, *Przepadek ...*

⁶²Orzeczenie Federalnego Sądu Konstytucyjnego z dnia 14 stycznia 2004 r. 2BvR 564/95, treść dostępna na stronie internetowej:

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2004/01/rs20040114_2bvr056495.html>

⁶³A. H. Ochnio, *Konfiskata rozszerzona...* s. 111.

⁶⁴Stosowanie regulacji § 73 d *StGB* zostało ograniczone do przestępstw stypizowanych w: § 129b *StGB* (zorganizowana grupa przestępcza), § 150; § 267-269; § 275-276 *StGB* (fałszerstwa), § 181¹ pkt 2 i 181c *StGB* (kontrola i organizowanie prostytucji), § 184b *StGB* (pornografia dziecięca), § 233b *StGB* (handel ludźmi), § 244; § 244a *StGB* (kwalifikowana kradzież), § 256 *StGB* (wymuszenia), § 260 *StGB* (paserstwo), § 261 *StGB* (pranie pieniędzy), § 263 *StGB* (oszustwo), § 286 *StGB* (nielegalny hazard), § 302 *StGB* (korupcja publiczna), § 338*StGB* (korupcja gospodarcza).

W Wielkiej Brytanii kluczowym aktem regulującym przepadek rozszerzony jest ustawa z 2002 *Proceeds of Crime Act* (dalej: *POCA*), gdzie przedmiotowemu zagadnieniu poświęconą całą sekcję 6. Analogicznie do uregulowań niemieckich posłużono się swoistym rozluźnieniem w zakresie udowadniania związku korzyści majątkowej z konkretnym przestępstwem - oskarżenie musi jedynie wykazać, iż popełniane przez oskarżonego przestępstwa przynosiły mu korzyści majątkowe. Jakkolwiek na gruncie regulacji *POCA* nie funkcjonuje prawne domniemanie przestępnego pochodzenia mienia, ustawodawca brytyjski wprowadza jednak pewne ułatwienie dowodowe oparte na, znamionnym dla brytyjskiego postępowania cywilnego, bilansie prawdopodobieństwa, który zakłada, że dane przestępstwa za które podsądny został skazany przyniosły mu korzyść odpowiedniej, proporcjonalnej do skali jego przestępczej działalności, wysokości. W tym zakresie ciężar wykazania, iż zabezpieczone dla celów przepadku mienie zostało nabyte w drodze legalnej działalności lub, że działalność przestępcza przynosiła mniejsze przysporzenia majątkowe spoczywa na oskarżonym⁶⁵. Warunkiem formalnym stosowania regulacji przepadku rozszerzonego jest wykazanie przez oskarżenie, iż podejrzany wiódł kryminalny styl życia⁶⁶, co implikuje konieczność wykazania przez oskarżenie jednej z trzech alternatywnie ujętych przesłanek:

- 1) przestępstwo należy do katalogu poważnych przestępstw⁶⁷, albo
- 2) przestępstwo przyniosło oskarżonemu korzyść majątkową nie niższą niż 5000£, albo
- 3) przestępstwa popełniane były w odstępach co najmniej sześciu miesięcy i sumarycznie przyniosły korzyść nie niższą niż 5000£.

Dopiero pozytywne stwierdzenie w sądowym wyroku kryminalnego stylu życia podsądnego otwiera drogę do stosowania przepadku rozszerzonego, chyba, że oskarżony wykaże, iż nabył mienie na drodze legalnej lub, zgodnie z sekcją 10 (6) *POCA*, orzeczenie przedmiotowego przepadku obarczone byłoby poważnym ryzykiem niesprawiedliwości.

Posiadające długą tradycję walki ze zorganizowaną przestępczością Włochy również przewidziały w swoim prawie karnym regulacje oparte na konwencjonalnych instytucjach konstrukcyjnie zbliżonych do rozszerzonego przepadku. Mające charakter dodatkowej sankcji za przestępstwo⁶⁸ uregulowania zostały wprowadzone już w 1992 r. na mocy, wielokrotnie nowelizowanego, *art. 12-sexies Decreto-Legge 8 giugno 1992, n. 306*. We wskazanej

⁶⁵A.H. Ochnio, *Konfiskata rozszerzona...* s. 119.

⁶⁶Sekcja 75 *POCA* posługuje się zwrotem *criminal lifestyle*, określenie to ma charakter swoistej klauzuli normatywnej i zostało ustawowo zdefiniowane.

⁶⁷Przestępstwa za popełnienie których możliwe jest orzeczenie przepadku rozszerzonego zostały enumeratywnie określone w załączniku nr 2 do *POCA*, i należą do nich między innymi: handel narkotykami, pranie pieniędzy, działalność terrorystyczna, handel ludźmi, handel bronią, fałszowanie pieniędzy.

⁶⁸D. Piva, *Anti-Mafia Forfeiture in the Italian System*, w: *Dirty Assets: Emerging Issues in the Regulation of Criminal and Terrorist Assets*, red. C. King, C. Walker, Farnham 2014, s. 72.

regulacji enumeratywnie wskazano za popełnienie jakich przestępstw określonych w *Codice Penale* (dalej: *C.P.*) możliwe jest orzeczenie rozszerzonego przypadku⁶⁹. Analogicznie do prawa niemieckiego i brytyjskiego również we Włoszech zrezygnowano z konieczności udowodnienia związku faktycznych aktywów z konkretnym przestępstwem. Ułatwienia dowodowe sprowadzają się natomiast do zastosowania wrzuszalnego domniemania przestępnego pochodzenia aktywów nieproporcjonalnych do legalnego dochodu sprawcy, z tym zastrzeżeniem, iż ciężar udowodnienia ich nieproporcjonalności spoczywa z oczywistych względów na oskarżeniu. Z drugiej jednak strony ciężar wykazania zgodnego z prawem nabycia kwestionowanego majątku spoczywa na osobie będącej adresatem domniemania⁷⁰. Prawo włoskie nie przewiduje czasowego ograniczenia nabycia domniemywanych przestępnych aktywów. Swoiste domniemanie nielegalnego pochodzenia mienia zostało również wpisane w treść *art. 416-bis C.P.*, który stanowić może autonomiczną podstawę orzekania przypadku całości mienia jakim dysponuje sprawca skazany za działalność mafijną⁷¹.

Jakkolwiek wskazane uregulowania wykazują dosyć diametralnie różne ukształtowanie zakresu przeniesienia ciężaru udowodnienia legalności posiadanego przez oskarżonego bądź skazanego mienia to bezspornym jest, iż swoisty środek reakcji na przestępstwo w postaci rozszerzonego przypadku zaliczany jest do kategorii środków o *strice* karnym charakterze.

7. Ewaluacja uregulowań polskich w perspektywie prawnoporównawczej

Próba oceny uregulowania art. 42 § 2 k.k. z perspektywy regulacji obowiązujących w innych krajach europejskich jest w kontekście niniejszego opracowania w zasadzie niezbędna. Owa konieczność wynika nie tylko z założenia jakie przyświecało prawodawcy europejskiemu w zakresie zapewnienia skutecznych i w miarę ujednoliconych rozwiązań w sprawie konfiskaty korzyści pochodzących z przestępstwa ale także w celu skonfrontowania tezy postawionej w uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej⁷², gdzie projektodawca

⁶⁹Należą do nich między innymi: przywłaszczenie (*art. 314 C.P.*), defraudacja (*art. 316-bis C.P.*), sprzeniewierzenie (*art. 316-ter C.P.*), wymuszenie (*art. 317 C.P.*) korupcja (*art. 317 C.P.*), przestępstwa mafijne (*art. 416 C.P.*), handel ludźmi (*art. 601 C.P.*).

⁷⁰W realiach włoskich może to być zarówno osoba skazana wyrokiem sądu jak i w wyniku porozumienia procesowego zawartego na mocy art. 444 *Codice di procedura penale*.

⁷¹Termin „działalność mafijna” (*Associazione di tipo mafioso*) jest terminem zdefiniowanym we włoskiej ustawie karnej.

⁷²Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny i innych niektórych ustaw, druk 1186, Sejm VIII kadencji, dostępny na stronie internetowej pod adresem <<http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1186>>, s. 5-7.

wskazał kategorycznie i jednoznacznie, że w większości państw europejskich funkcjonują już rozwiązania analogiczne do tych wprowadzanych do polskiego porządku prawnego.

Zgodnie z założeniami wynikającymi z dyrektywy 2014/42/UE we wszystkich analizowanych porządkach prawnych orzeczenie przypadku rozszerzonego nie jest obwarowane wymogiem dowiedzenia faktycznych związków osiągniętej realnie przez sprawcę korzyści majątkowej z konkretnego przestępstwa. Przepadek opiera się więc na istnieniu różnie ujętych prawnych domniemań upraszczających proces dowodzenia nielegalnego pochodzenia mienia. W zakresie regulacji niemieckich stosowanie domniemania nielegalnego pochodzenia aktywów jest uzależnione od wykazania przez oskarżenie, iż przestępcza działalność sprawcy przynosiła mu korzyści, w tym zakresie nie spotykamy się tym samym z formalnym przeniesieniem ciężaru dowodu a jedynie z redukcją poziomu udowodnienia tezy stawianej przez oskarżenie sprowadzającą się jedynie do konieczności uprawdopodobnienia przestępczej genezy majątku sprawcy. Na gruncie regulacji niemieckiej istotne jest wykazanie przez oskarżenie istnienia odpowiedniego stosunku proporcjonalności pomiędzy skalą działalności przestępczej sprawcy a korzyściami jakie z niej uzyskiwał i jakie podlegać mogą przypadkowi. W podobnej konwencji obniżania standardów dowodowych skonstruowano uregulowanie przypadku rozszerzonego w Wielkiej Brytanii, gdzie możliwość zastosowania domniemania nielegalnego pochodzenia mienia została uzależniona od istnienia wykazanego przez oskarżenie dużego prawdopodobieństwa, że mienie sprawcy pochodzi z przestępstwa⁷³. Natomiast we Włoszech domniemanie nielegalnego pochodzenia mienia jest uzależnione od racjonalnie skonstruowanej przesłanki nieproporcjonalności mienia posiadanego przez sprawcę względem jego legalnych dochodów, z tym zastrzeżeniem, że obowiązek wykazania wspomnianej dysproporcji ciąży na oskarżeniu. Wszystkie te porządki prawne dopuszczają przeprowadzenie przeciw wnioskowi domniemania przeciwdowodu, jednakże jego zakres jest zdeterminowany kształtem przedmiotowych domniemań.

Konfrontując z powyższym rozwiązania polskie wydają się już *prima facie* o wiele surowsze. Domniemanie z art. 45 § 2 k.k. jest uzależnione jedynie od obiektywnie stwierdzonego faktu popełnienia przestępstwa należącego do odpowiednio skonstruowanej kategorii lub przynoszącego odpowiednio wysoką korzyść. Ustawodawca polski zrezygnował ze wszystkich subiektywnych elementów, wzmacniających tezę o przestępnym pochodzeniu mienia jakimi nacechowane są regulacje niemiecka, brytyjska czy włoska. Biorąc pod uwagę szeroki zakres domniemania z art. 45 § 2 k.k. do zabiegu tego należy się odnosić krytycznie,

⁷³W ramach *POCA* zrezygnowano ze standardu pełnego dowodowego *proof beyond a reasonable doubt* na rzecz *balance of probabilities*.

gdyż uzależnienie obowiązku udowadniania legalności posiadanego przez siebie mienia w sytuacji skazania za jednostkowe przestępstwo, np. kradzieży samochodu klasy premium, które ze względu na obligatoryjność stosowania przedmiotowej regulacji implikować będzie konieczność wykazywania przez sprawcę legalności nabycia swojego majątku może stanowić zbyt dolegliwy ciężar procesowy. Polski system orzekania przepadku rozszerzonego został w zasadzie pozbawiony elementów racjonalizujących i indywidualizujących jego praktyczną aplikację. Pewnym wyjściem z tej sytuacji może być odpowiednie dla przepadku stosowanie dyrektyw sądowego wymiaru kary oraz korzystanie w indywidualnych sprawach przez sąd z bezpośrednio skutecznych norm konstytucyjnych mających za cel ochronę prawa jednostki⁷⁴. Polskie jurydyczne ujęcie przepadku rozszerzonego nie jest również koherentne z wymogami stawianymi przez dyrektywę 2014/42/UE, gdzie w pkt. 21 preambuły prawodawca europejski wskazał, iż możliwość jego orzekania uzależniona jest od intersubiektywnego przekonania sądu uzależnionego od oceny prawdopodobieństwa (Niemcy, Wielka Brytania) lub od nieproporcjonalności mienia (Włochy), że dane aktywa sprawcy pochodzą z działalności przestępczej. Tych subiektywnych elementów jakie muszą zaistnieć w świadomości sądu rozważającego stosowanie przepadku rozszerzonego w polskich uregulowaniach ewidentnie brakuje.

Istotnych różnic o charakterze konstrukcyjnym można się również dopatrzeć w zakresie określenia tych rodzajów przestępstw za popełnienie których można stosować przedmiotowe regulacje. Ustawodawca zarówno w Niemczech jak i we Włoszech zdecydował się na stworzenie enumeratywnego katalogu tych czynów zabronionych, za których skazanie będzie stanowić swoisty prejudykat dla otwarcia możliwości stosowania przepadku rozszerzonego. Takie rozwiązanie częściowo recypował również brytyjski ustrój przepadku rozszerzonego. Należy zauważyć, że enumeratywnie skonstruowane katalogi przestępstw, których popełnienie stanowi pozytywną przesłankę aplikacji analizowanej instytucji jest zasadniczo zgodny z katalogiem rekonstruowanym z przepisów dyrektywy⁷⁵.

Rozwiązania przyjęte przez Polskę w zakresie stworzenia pozytywnych, przedmiotowych ram stosowania regulacji art. 45 § 2 k.k. zostały skonstruowane w nieco bardziej osobliwy sposób. Polski ustawodawca zrezygnował ze stworzenia enumeratywnego katalogu przestępstw otwierających możliwość stosowania przepadku na rzecz ich nieco

⁷⁴M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 434; J. Raglewski, *Znaczenie zasady proporcjonalności w wyznaczaniu modelu normatywnego prawnokarnej regulacji przepadku*, w: *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2010, s. 391.

⁷⁵Art. 3 dyrektywy 2014/42/UE określa przedmiotowy zakres jej zastosowania.

bardziej generalnego ujęcia. Jakkolwiek na gruncie przepisów dyrektywy 2014/42/UE zabieg taki jest dopuszczalny ze względu na fakt, iż przedmiotowa regulacja wyznacza jedynie ramy minimalne stosowania domniemania przestępnego pochodzenia mienia to do takiego sposobu określenia tej swoistej przesłanki pozytywnej należy odnieść się z dezaprobatą. Uzależnienie stosowania regulacji art. 45 § 2 k.k. od faktycznej sytuacji gdy przestępstwo przyniosło lub jedynie mogło przynieść korzyść majątkową, nawet jeżeli ta korzyść jest odpowiednio wysoka bądź od popełnienia przestępstwa w określonej formie współdziałania, może otwierać bardzo niebezpieczną możliwość jej stosowania w sytuacjach w których ze względu na wyrażony w dyrektywie cel, jakim jest zwalczanie przestępczości zorganizowanej, nigdy nie powinna być stosowana⁷⁶. Z tego też powodu, do zaproponowanego przez polskiego ustawodawcę zbyt szerokiego ujęcia przesłanki pozytywnej stosowania analizowanej regulacji art. 45 § 2 k.k. Autorzy odnoszą się z dezaprobatą.

8. Perspektywa konstytucyjna

Mając na względzie, iż regulacja przypadku rozszerzonego cechuje się daleko idącą ingerencją w podstawowe prawa jednostki, takie jak prawo własności czy w pewnym zakresie domniemanie niewinności, to szczególne znaczenie z punktu widzenia toczonych rozważań nabiera próba ich ujęcia w perspektywie ustawy zasadniczej.

Punktem wyjścia dla toczonych rozważań jest próba odpowiedzi na pytanie dotyczące relacji konstytucyjnie chronionego prawa własności względem możliwości orzekania przypadku, który również znalazł swoje normatywne postawy w treści art. 46 ustawy zasadniczej, który daje wyraz zasadzie *lucrum dishonestum vel illicitum*⁷⁷. Przywołany przepis Konstytucji stanowi nie tyle techniczne określenie warunków przy spełnieniu których można przypadek orzekać⁷⁸, ale przede wszystkim stanowi podstawowe konstytucyjne uzasadnienie takiej ingerencji w chronione w art. 64 Konstytucji prawo własności, która *de facto* prowadzi do naruszenia wynikającej z art. 140 k.c. jego istoty⁷⁹. W tej perspektywie można stwierdzić,

⁷⁶Obowiązek właściwego wywarzenia ciężarów związanych z orzekaniem konfiskaty rozszerzonej odnośnie do indywidualnych przypadków wynika również z pkt. 17 i 18 preambuły do dyrektywy 2014/42/UE.

⁷⁷Korzyści majątkowe uzyskane sprzecznie z prawem nie korzystają z ochrony; Wyrok TK z dnia 13 lipca 2004 r., sygn. P 20/03, Legalis nr 63839.

⁷⁸Zgodnie z jego treścią przypadek może być orzeczony jedynie na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu i tylko w przypadkach orzeczonych w ustawie. Z tej perspektywy regulacje art. 45 § 2 k.k. wydają się nie pozostawać w sprzeczności z konstytucyjnym standardem przepisu art. 46.

⁷⁹T. Sroka, w: *Konstytucja RP...* s. 1154; T. Dybowski, *Własność w przepisach konstytucyjnych wedle stanu obowiązywania w 1996 roku*, w: *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, red. J. Trzciniński, Warszawa 1996, s. 321; Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 20 września 2011 r., sygn. SK 9/09, Legalis nr 399545.

że regulacja art. 46 Konstytucji ma charakter *lex specialis* względem art. 64 ust 3. W przywołanych przepisach nie sposób jednak doszukać się jakichkolwiek elementów wpływających na poziom dolegliwości dla jednostki jakie związane są z naruszeniem jego prawa. Zgodnie bowiem z orzecnictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wewnątrz krajowa regulacja prawna przypadku musi mieć na względzie właściwy stosunek ogólnych interesów społeczeństwa względem praw jednostki, która nie może ponieść nadmiernego ciężaru w razie orzeczenia przypadku⁸⁰. Oznacza to *de facto* konieczność sądowego stosowania konstytucyjnej zasady proporcjonalności względem każdorazowego zastosowania regulacji przypadku rozszerzonego. Jakkolwiek niezwykle trudnym jest abstrakcyjne stwierdzenie o zachodzącej *in extenso* niezgodności regulacji przypadku rozszerzonego z art. 31 ust 3 Konstytucji to perspektywa ewaluacji przedmiotowych regulacji w realiach indywidualnej sprawy sądowej wydaje się nieco łatwiejsza. Decydując się bowiem na zastosowanie art. 45 § 2 k.k. rozpatrujący jednostkową sprawę sąd powszechny będzie zawsze musiał wykazać, iż jego praktyczna aplikacja jest w realiach konkretnej sprawy:

- 1) przydatna z perspektywy realizacji funkcji prewencyjnej i represyjnej, i
- 2) konieczna z perspektywy celu jaki został wyznaczony między innymi przez dyrektywę 2014/42/UE, a który w ogólności sprowadza się do neutralizacji nielegalnie czerpanych przez zorganizowane grupy przestępcze korzyści, oraz
- 3) proporcjonalna *sensu stricto*, co należy odnosić do zakresu domniemania przestępczego pochodzenia mienia, w przedmiocie w jakim obciąża ono jednostkę, niezbędnym w tym zakresie jest wykazanie, że zakres tej prawnej presupozycji pozostaje w odpowiedniej proporcji do stwierdzonej w wyroku działalności przestępczej skazanego⁸¹.

Dopiero intersubiektywne przekonanie sądu o spełnieniu powyższych warunków składających się na konstytucyjny test proporcjonalności⁸² będzie, przy spełnieniu pozostałych ustawowych przesłanek, otwierało drogę dla zastosowania regulacji art. 45 § 2

⁸⁰Wyrok ETPCz z 22 lipca 2014 r., skarga 55167/11 *Nowakowski przeciw Polsce*, Legalis nr 1069607.

⁸¹M. Szydło, w: *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 791-817.

⁸²Wyrok TK z 13 marca 2007 r., sygn. K 8/07, Legalis nr 80362.

k.k. W innych przypadkach sąd powszechny będzie zmuszony odmówić zastosowania tych regulacji jako sprzecznych z Konstytucją⁸³.

Jednym z głównych problemów jaki powstaje podczas omawiania regulacji przepadku rozszerzonego jest jej wpływ na konstytucyjną zasadę domniemania niewinności i wynikający z niej paradygmat procesu karnego opartego na spoczywającym na oskarżeniu ciężarze dowodzenia swojej tezy⁸⁴. Posługująca się domniemaniem przestępnego pochodzenia mienia regulacja odwraca ciężar dowodu, obciążając podsądnego obowiązkiem udowodnienia legalnego nabycia mienia. Nie można przy tym tracić z pola widzenia, iż przedmiotowe regulacje zostały wpisane w treść obowiązującej ustawy karnej oraz cechujący je przymiot represyjności i prewencyjności pozwala, na gruncie orzecznictwa sądu konstytucyjnego, na traktowanie ich z perspektywy art. 42 ust. 1 Konstytucji jako środki nadające im naturę sankcji o karnym charakterze⁸⁵. Z tego powodu, przy uwzględnieniu limitującej funkcji winy⁸⁶ i regulacji art. 42 ust. 1 i 3 Konstytucji, orzeczenie przepadku nie powinno wykraczać poza udowodniony przez organ oskarżycielski poziom zawinienia sprawcy przestępstwa⁸⁷, w tym sensie skazujący wyrok sądu wyznacza granice winy, której celem jest proporcjonalne ukształtowanie dolegliwości względem kwantum naganności, jakim cechowało się prawnokarnie relewantne zachowanie sprawcy⁸⁸. W tak zarysowanej perspektywie jurydyczny kształt art. 45 § 2 k.k. wydaje się być niezgodny Konstytucją. Z drugiej strony, jak już wcześniej zostało wskazane instytucje pozwalające na obciążenie koniecznością wykazywania legalności posiadanego mienia funkcjonują w wielu krajach europejskich, również stanowisko polskiej doktryny w tym przedmiocie jest niejednolite, gdyż niektórzy autorzy, biorąc pod uwagę trudności jakie niesie za sobą wykazywanie przestępnego pochodzenia mienia i pozytywną rolę domniemań w walce z przestępczością dopuszczają takie uregulowania⁸⁹. Na podobnym stanowisku stanęło także orzecznictwo Europejskiego

⁸³M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania konstytucji*, „Palestra”, nr 4, Warszawa 2016, s. 22 i n.

⁸⁴W. Wróbel, *O dwóch aspektach konstytucyjnej zasady domniemania niewinności w: Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007, s. 323.

⁸⁵Wyrok TK z 15 października 2013 r., sygn. P 26/11, Legalis nr 740114; Wyrok TK z 21 października 2015 r., sygn. P 32/12, Legalis nr 1344498.

⁸⁶W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...* s. 327-328.

⁸⁷P. Wiliński, P. Karlik, w: *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1064-1065.

⁸⁸M. Siwek - opinia do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks karny i innych niektórych ustaw, druk 869, Sejm IV kadencji, s. 5, < <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk4.nsf/Opwsdr?OpenForm&869> >; M. Prengel, *Odwrócenie ciężaru dowodu w przedmiocie przepadku mienia*, „Jurysta” 2003, z. 2, s. 39 i n.

⁸⁹J. Raglewski, *Materialnoprawna...* s. 112; Stanowisko RPO w przedmiocie proponowanych rozwiązań, s. 10-11, <<https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do%20MS%20w%20sprawie%20rozszerzonej%20konfiskaty.pdf>>

Trybunału Praw Człowieka, który wielokrotnie wskazywał, że przeniesienie ciężaru udowodnienia legalnego pochodzenia mienia nie stoi w sprzeczności z wyrażonym w art. 6 ust. 2 Konwencji zakazem domniemywania winy pod warunkiem, że oskarżony ma możliwość wykazania legalności nabycia mienia oraz orzekanie tych środków musi się odbywać w ramach rzetelnego procesu karnego i tylko w wyniku prawomocnego wyroku skazującego⁹⁰. W tym ujęciu aktualność zachowuje również wywiedziona przez Trybunał teza o konieczności badania proporcjonalności orzekań środków względem ciężarów nakładanych na sprawcę.

Traktując jednak analizowane rozwiązania jako regulacje o charakterze represyjnym, za *in extenso* niezgodne z ustawą zasadniczą należy uznać art. 24 ustawy nowelizującej Kodeks karny w przedmiotowym zakresie. Ustawodawca na mocy przywołanej regulacji wyłączył w stosunku do art. 45 § 2 k.k. zasadę *lex mitior agit* oraz chciał wprowadzić jego retroaktywne zastosowanie. Taki zabieg należy potraktować jako godzący w wyrażone w Konstytucji zasady legalizmu, demokratycznego państwa prawa i zasady odnoszące się do reguł ponoszenia odpowiedzialności karnej⁹¹. Wobec powyższego regulacje dotyczące przypadku rozszerzonego mogą być stosowane dopiero po upływie przewidzianego prawem *vacatio legis*.

9. Podsumowanie

W ocenie Autorów, zaprezentowany wywód pozwala na wywiedzenie wielu interesujących wniosków. Konstrukcje dotyczące przypadku rozszerzonego opartego na ciężącym na podsądnym obowiązku wykazania legalnego pochodzenia mienia są dopuszczalne w wielu krajach europejskich. Na ich zgodność z uregulowaniami Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka wskazał wprost Trybunał, dopuszczając jej stosowanie w sytuacji gdy oskarżonemu umożliwiono w realiach rzetelnego procesu karnego i przy zastosowaniu szeroko rozumianej zasady proporcjonalności wykazanie legalnego źródła pochodzenia zagrożonego przypadkiem mienia.

Do chwili wejścia w życie ustawy nowelizującej polskie uregulowania dotyczące przypadku nie przewidywały analogicznych do obowiązujących w innych krajach europejskich regulacji przypadku rozszerzonego. Jednak do treści obowiązującego art. 45 § 2

⁹⁰Wyrok ETPCz z 22 lutego 1994 r., skarga 12954/87 *Raimondo przeciwko Włochom*; Wyrok ETPCz z 5 lipca 2001 r., skarga 54024/99 *Arcuri przeciwko Włochom*; Wyrok ETPCz z 9 lutego 1995 r., skarga 17440/90 *Welch przeciwko Wielkiej Brytanii*.

⁹¹Postanowienie TK z 25 września 1991 r., sygn. S 6/91, Legalis nr 10099; Wyrok TK z 14 czerwca 2000 r., sygn. P 3/00, Legalis nr 47993; T. Sroka, w: *Konstytucja RP...* s. 1011.

k.k. Autorzy odnoszą się z pewną dozą dystansu. Pierwszym zastrzeżeniem jakie można podnosić w stosunku do omawianej regulacji jest zbyt szeroko i zbyt generalnie ukształtowany katalog przestępstw za popełnienie których możliwe jest stosowanie przepadu rozszerzonego. Nie można bowiem tracić z pola widzenia faktu, iż te regulacje stanowią daleko idącą ingerencję w podstawowe prawa jednostki, którą tłumaczy się koniecznością zwalczania finansowych podstaw najgroźniejszych przejawów przestępczości zorganizowanej. W tym zakresie koniecznym jest wywiedzenie postulatu ograniczenia, np. w drodze enumeratywnego wyliczenia katalogu przestępstw, przedmiotowego zakresu zastosowania analizowanej regulacji. Również w zakresie domniemania przestępnego pochodzenia mienia można podnosić uzasadnione wątpliwości. Polski ustawodawca, odmiennie niż jego odpowiednik w Niemczech, Włoszech czy Wielkiej Brytanii, zrezygnował z wpisania w normatywne ukształtowanie przepisu art. 45 § 2 k.k. rozwiązania racjonalizującego aktualizację stosowania przedmiotowego domniemania. Optymalizacja tego rozwiązania polega na uzależnieniu stosowania domniemania nie tylko w wyniku wydania właściwego wyroku ale w przypadku gdzie oprócz przedmiotowego orzeczenia zachodzi albo dysproporcja mienia posiadanego przez sprawcę albo zgromadzone w sprawie fakty uprawdopodobniają, iż dane mienie pochodzi z przestępczej działalności. Tym samym wobec braku stosownego zapisu racjonalizującego przedmiotowy zakres domniemania przestępnego pochodzenia mienia w realiach polskiej ustawy karnej na sprawcy ciąży, obarczona prakseologiczną dolegliwością, powinność wykazywania legalnego źródła pochodzenia mienia już w wyniku samego wydania odpowiedniego z punktu widzenia art. 45 § 2 k.k. prejudykatu. Takie ukształtowanie przepisu pozostaje również w konflikcie z uregulowaniami dyrektywy 2014/42/UE, gdzie wprost przewidziano wspomniane środki racjonalizujące. Z tych też powodów kolejny postulat *de lege ferenda* odnosi się właśnie do uzupełnienia treści art. 45 § 2 k.k. o owe dodatkowe przesłanki modyfikujące stosowanie omawianego domniemania.

Jakkolwiek w treść polskiej regulacji nie wpisano wyżej wymienionych elementów racjonalizujących to jednak możliwym jest ich rekonstrukcja w oparciu o wynikający z art. 31 ust 3 Konstytucji test proporcjonalności. Mając na względzie, iż rozpatrując konkretno-indywidualną sprawę sąd w wyroku kreuje prawo między stronami a jego obowiązkiem jest nadawanie swoim rozstrzygnięciom normatywnej treści zgodnej z treścią ustawy zasadniczej, to w przypadku negatywnego testu proporcjonalności w konkretnej sprawie prawidłowo działający sąd chcąc zapewnić swojemu orzeczeniu przymiot orzeczenia sprawiedliwego będzie musiał odmówić zastosowania art. 45 § 2 k.k. jako regulacji, w rozpatrywanej *in*

concreto sprawie, niezgodnej z Konstytucją⁹². Uadekwatnienie analizowanego przepisu nie nastąpi tym samym na poziomie generalno-abstrakcyjnym a na indywidualno-konkretnym, ale tylko takie podejście do przedmiotowego zagadnienia daje możliwość jego stosowania zgodnie z ustawą zasadniczą oraz wynikającym z orzecznictwa międzynarodowego standardem⁹³. Nadająca się do praktycznej aplikacji norma nie jest tym samym normą wywodzoną jedynie z ustawy ale jest rekonstruowana jednocześnie z uwzględnieniem normatywnej treści Konstytucji i ustawy.

Na zakończenie należy jeszcze wskazać, że wprowadzenie Autorzy podnoszą wiele wątpliwości odnośnie konstrukcji przepadku rozszerzonego to biorąc pod uwagę zmieniającą się rzeczywistość i coraz to nowe sposoby popełniania przestępstw koniecznym jest wprowadzanie do prawa karnego nowych regulacji mających na celu uczynienie działalności przestępnej nieopłacalną także w wymiarze ekonomicznym⁹⁴. Wprowadzane regulacje powinny jednak uwzględniać gwarancyjną funkcję prawa karnego i czynić zadość standardom międzynarodowym, bowiem subiektywne przeświadczenie ustawodawcy o omnipotencji wprowadzonych regulacji w perspektywie zwalczania przestępczości zorganizowanej może zostać brutalnie zweryfikowane zarówno przez proces ich praktycznej aplikacji jak i przez próbę czasu⁹⁵.

⁹²M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie...* s. 384 i n.

⁹³Wyrok ETPCz z 22 lipca 2014 r., skarga 55167/11 *Nowakowski przeciw Polsce*, Legalis nr 1069607.

⁹⁴J. Brylak, *Znaczenie przepadku korzyści majątkowej w walce z przestępczością zorganizowaną*, „Prokuratura i Prawo” 2010, z. 7-8, s. 29 i n.

⁹⁵Zgodnie z opublikowany finalnym raportem Organised Crime Portfolio „*From Illegal Markets to Legitimate Businesses: The Portfolio of Organised Crime in Europe*” jedynie na terenie Zjednoczonego Królestwa, pod rządami POCA z każdych 100 £ nielegalnie uzyskanych korzyści majątkowych przypadkiem objęte jest jedynie 26p. Treść całego raportu <<http://www.transcrime.it/wp-content/uploads/2015/03/OCP-Full-Report.pdf>>.