

**Łukasz Duško**

## **Odpowiedzialność karna za nielegalne prowadzenie działalności bankowej**

### **1. Wprowadzenie**

Ze względu na znaczenie sektora bankowego w życiu publicznym i jego oddziaływanie na obrót gospodarczy ustawodawca przewidział szereg rygorystycznych kryteriów, które dany podmiot musi spełnić, zanim legalnie zacznie prowadzić działalność bankową. Tym samym osoby przyjmujące depozyty od innych osób bez odpowiedniego zezwolenia narażone są na odpowiedzialność karną. Artykuł 171 ust. 1 pr. bank.<sup>1</sup> penalizuje prowadzenie bez zezwolenia działalności polegającej na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób fizycznych, prawnych lub jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej w celu udzielania kredytów, pożyczek pieniężnych lub obciążania tych środków w inny sposób. W doktrynie przedmiotowe przestępstwo określa się mianem „naruszenia ustawowego zastrzeżenia wyłączności”<sup>2</sup>.

Przestępstwo stypizowane w art. 171 ust. 1 pr. bank. stanowi zmodyfikowany odpowiednik przepisu art. 115<sup>1</sup> ust. 1 pkt 1 pr. bank. z 1989 r.<sup>3</sup> Ów przepis, określany w piśmiennictwie jako nielegalne prowadzenie działalności bankowej, kryminalizował zachowanie polegające na przyjmowaniu przez osobę niebędącą do tego uprawnioną wkładów oszczędnościowych ludności lub lokat terminowych w celu udzielania kredytów lub pożyczek albo wykorzystywania tych środków w inny sposób.

<sup>1</sup> Ustawa z dn. 27 VIII 1997 r. – Prawo bankowe, Dz.U. 2017, poz. 1876 tekst jedn. ze zm., dalej: „Prawo bankowe”, „pr. bank.”

<sup>2</sup> K. Płończyk, P. Podlasko, w: *Prawo bankowe. Komentarz. Tom I i II*, red. F. Zoll, Zakamycze 2005, komentarz do art. 171 pr. bank., teza 5.1.

<sup>3</sup> Ustawa z dn. 31 I 1989 r. – Prawo bankowe, Dz.U. 1992, nr 72, poz. 359 tekst jedn. ze zm., dalej: „pr. bank. z 1989 r.”

Znamiona przestępstwa określonego w art. 171 ust. 1 pr. bank. zostały znacznie przemodelowane w porównaniu do jego odpowiednika z 1989 r. W pierwszej kolejności należy odnotować decyzję ustawodawcy dotyczącą zmiany znamienia czasownikowego omawianego przestępstwa. Czynność sprawcza polegająca uprzednio na „prowadzeniu działalności zarobkowej” aktualnie sprowadza się do „prowadzenia działalności”. Tym samym kryminalizacji uległo prowadzenie jakiegokolwiek działalności, niekoniecznie zarobkowej czy nastawionej na zysk. Dodatkowo ustawa z 1997 r. zmodyfikowała przedmiot czynności wykonawczej. „Wkłady oszczędnościowe ludności lub lokaty terminowe” zostały zastąpione szerszym pojęciem „środków pieniężnych”. Jednocześnie ustawodawca zasadnie rozszerzył katalog podmiotów, które przedmiotowe środki przekazują sprawcy, na osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Tym samym zostały wyeliminowane, istniejące na gruncie art. 115 ust. 1 pkt 1 pr. bank. z 1989 r., wątpliwości interpretacyjne dotyczące znamion przedmiotowych wyżej wymienionego przepisu, odnoszące się do tego, jakie depozyty ustawodawca ma na myśli oraz od jakich podmiotów mają one pochodzić<sup>4</sup>. Znamię modalne „nie będąc do tego uprawnionym” zostało zastąpione znamieniem „bez zezwolenia”. Zmianie uległo również znamię charakteryzujące prowadzoną przez sprawcę działalność. Podczas gdy na gruncie starej ustawy bankowej owa działalność miała polegać na „przyjmowaniu” depozytów, to aktualnie obowiązujący przepis posługuje się sformułowaniem „gromadzić”. Ustawa z 1997 r. w inny sposób określiła znamiona podmiotowe przestępstwa nielegalnego prowadzenia działalności bankowej w porównaniu do swojego odpowiednika z 1989 r. Pozostawiając niezmienny kierunkowy charakter omawianego czynu zabronionego, ustawodawca postanowił zamienić znamię „w celu udzielania kredytów lub pożyczek albo wykorzystywania tych środków w inny sposób” na „w celu udzielania kredytów, pożyczek pieniężnych lub obciążania ryzykiem tych środków w inny sposób”. Z aprobatą należy podejść do zmiany polegającej na zastąpieniu alternatywy rozłącznej, wyrażonej spójnikiem „albo”, na alternatywę zwykłą, ujętą funktorem „lub”. Zmiana ta skorygowała absurdalne wnioski płynące z interpretacji przepisu z ustawy z roku 1989. Wykazanie na płaszczyźnie podmiotowej zamiaru sprawcy polegającego na jednoczesnej chęci wykorzystania zgromadzonych środków zarówno przy udzielaniu kredytów, jak i przy kupnie przykładowo opcji prowadziłoby do dekompletacji

<sup>4</sup> Zob. E. Fojcik-Mastalska, w: *Prawo bankowe. Komentarz*, red. E. Fojcik-Mastalska, Warszawa 2007, komentarz do art. 171 pr. bank., teza 2.

ustawowych znamion tego typu. Stanowisko takie jawi się jako oczywiste przy uwzględnieniu zasady, że tylko jeden z argumentów alternatywy rozłącznej może być prawdziwy, aby całość alternatywy można było przypisać wartość prawdy. Aktualnie sprawca przestępstwa określonego w art. 171 ust. 1 pr. bank. zgromadzone środki może chcieć przeznaczyć na różne cele.

## 2. Przedmiot ochrony

Problem dobra prawnego chronionego przez przestępstwo stypizowane w art. 171 ust. 1 pr. bank. należy do zagadnień spornych w nauce prawa karnego. W szczególności kontrowersje wywołuje to, czy omawiane przestępstwo związane jest wyłącznie z ochroną banków jako instytucji zaufania publicznego, czy również służy ochronie mienia. Nie budzi wątpliwości, że przepis ten przydaje prawnokarną ochronę ponadindywidualnym interesom gospodarczym społeczeństwa, tj. stabilności sektora bankowego czy zaufaniu, jakim cieszą się banki jako instytucje zaufania publicznego. Należy jednak podzielić pogląd, że na gruncie art. 171 ust. 1 pr. bank. mienie jest pobocznym przedmiotem ochrony. Rację ma Jarosław Majewski, twierdząc, że przepis ten:

[...] ma służyć ochronie indywidualnych i zbiorowych interesów członków społeczeństwa zagrożonych przedsięwzięciami podmiotów uprawiających działalność bankową nielegalnie, poza wszelką kontrolą i zabezpieczeniami przewidzianymi przez prawo, jak również ochronie interesów samych banków jako instytucji, którym z mocy prawa przysługuje wyłączna kompetencja do wykonywania pewnych czynności<sup>5</sup>.

Pominięcie mienia jako przedmiotu ochrony jest nieuprawnione, zważywszy na charakterystykę działalności bankowej. Prowadzona przez banki działalność opiera się na powierzonych im przez klientów depozytach. Z tego też powodu ustawodawca zdecydował się na ścisłą reglamentację tej sfery gospodarki. Podmioty prowadzące legalną działalność gospodarczą zostały obciążone szeregiem obowiązków, które muszą spełniać zarówno przed rozpoczęciem działalności, jak i w jej trakcie. Dodatkowo powierzone przez klientów banków depozyty zostały objęte Bankowym Funduszem Gwarancyjnym, same banki podlegają zaś permanentnej kontroli ze strony Komisji Nadzoru Finansowego.

<sup>5</sup> J. Majewski, *Odpowiedzialność karna za przestępstwo określone w art. 171 ust. 1 prawa bankowego*, „Prawo Bankowe” 1998, nr 6, s. 99.

Wszystko to zmierza do jak najmocniejszej ochrony mienia klientów banku. Wydaje się uprawnionym stwierdzenie, że wprowadzenie sankcji karnej za nielegalne prowadzenie działalności bankowej pośrednio ma zagwarantować bezpieczeństwo powierzanego bankom mienia osób fizycznych czy podmiotów konwencjonalnych.

### 3. Podmiot czynu zabronionego

Przestępstwo określone w art. 171 ust. 1 pr. bank. jest przestępstwem powszechnym. Ustawa nie określa bowiem żadnych dodatkowych cech, jakie dla poniesienia odpowiedzialności karnej musiałby posiadać sprawca przedmiotowego typu czynu zabronionego<sup>6</sup>.

Należy bardzo krytycznie odnieść się do tych komentatorów, którzy analizowany występki traktują jako przestępstwo indywidualne. Piotr Binas, Anna Błachnio-Parzych oraz Elżbieta Hryniewicz przyjmują, że:

[...] wymóg prowadzenia działalności opisanej w art. 171 ust. 1 PrBank, a nawet wskazanie na jej zarobkowy charakter w ust. 2 pozwalają przyjąć, że adresem tych norm są przedsiębiorcy wykonujący wskazane czynności w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, a nie osoby, które incydentalnie podejmują się ich wykonania pomimo braku wymaganego zezwolenia bądź wbrew warunkom określonym w ustawie. Regulacje te dotyczą zatem podmiotów indywidualnych<sup>7</sup>.

Pogląd ten jest nieuprawnionym na gruncie ustawy Prawo bankowe zawężeniem podmiotów zdalnych do ponoszenia odpowiedzialności za występki opisany w art. 171 ust. 1 pr. bank. Przestępstwo indywidualne charakteryzuje wskazanie przez ustawodawcę cechy, jaką musi mieć sprawca, aby mógł dopuścić się realizacji znamion danego typu. W myśl zasady *lege non distinguente nec nostrum est distinguere* nieuprawnione byłoby przyjęcie, że komentowany przepis jest typem indywidualnym, podczas gdy ustawa żadnych dodatkowych cech potencjalnego sprawcy nie wymienia. W ramach przywołanego powyżej stanowiska nastąpiło błędne utożsamienie znamienia podmiotu analizowanego typu ze znamieniem czynności sprawczej. „Prowadzenie działalności” jest bowiem znamieniem czasownikowym przestępstwa

<sup>6</sup> Zob. J. Majewski, *Odpowiedzialność...*, s. 100.

<sup>7</sup> P. Binas, A. Błachnio-Parzych, E. Hryniewicz, *Prawo bankowe*, w: *System Prawa Handlowego. Tom 10. Prawo karne gospodarcze*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012, komentarz do art. 171 pr. bank., teza 8.4.4.1.

nielegalnego prowadzenia działalności bankowej. Podjęcie przez sprawcę właśnie takiego zachowania warunkuje możliwość przypisania mu odpowiedzialności karnej. Przywołana interpretacja byłaby dozwolona, gdyby znamię określające podmiot brzmiało przykładowo: „kto prowadząc działalność”. W takiej sytuacji ustawa wprost wskazywałaby, że odpowiedzialności karnej podlega wyłącznie przedsiębiorca. Dodatkowo – o czym szczegółowo poniżej – działalność, o której mowa w art. 171 ust. 1 pr. bank., tyczy się wszelkiego rodzaju działalności, która polega na gromadzeniu depozytów. Z niewiadomych przyczyn wyżej wymienione osoby zawężają to znamię wyłącznie do działalności gospodarczej.

Klauzula zawarta w art. 171 ust. 3 pr. bank. poszerza krąg podmiotów zdolnych do realizacji znamion występku nielegalnego prowadzenia działalności gospodarczej o osoby działające w imieniu lub w interesie osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej. Wydaje się, że decyzja ustawodawcy o wprowadzeniu powyższej regulacji jest nie tyle niepotrzebna, ile wręcz kłopotliwa. Z treści art. 171 ust. 1 pr. bank. nie wynika bowiem, że prowadzona przez sprawcę działalność polegająca na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób musi być wykonywana we własnym imieniu lub interesie. Tym samym brak ust. 3 art. 171 pr. bank. nie powodowałby pozostawienia poza zakresem kryminalizacji sprawców omawianego przestępstwa działających w imieniu lub w interesie rozmaitych podmiotów konwencjonalnych. Gdyby nawet uznać, że brak wskazanej klauzuli na to by nie pozwalał, to jej aktualne brzmienie rodzi inne problemy. Artykuł 171 ust. 3 pr. bank. rozszerza zakres penalizacji wyłącznie na sytuacje, gdy sprawca działa w imieniu lub w interesie osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej. W takiej sytuacji należy uznać, że prowadzenie działalności polegającej na gromadzeniu depozytów innych osób, ale w imieniu lub w interesie osoby fizycznej, pozostaje zachowaniem legalnym<sup>8</sup>.

#### 4. Czynność sprawcza

Znamię czynności wykonawczej w omawianym występku zostało określone jako „prowadzenie działalności”. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego zwrot ten oznacza podejmowanie czynności w jakimś kierunku, celu, zakresie, czynny udział w czymś, działanie, pracę<sup>9</sup>. Należy zgodzić się

<sup>8</sup> Zob. J. Majewski, *Odpowiedzialność...*, s. 100.

<sup>9</sup> Zob. *Słownik języka polskiego. Tom II*, red. W. Doroszewski, Warszawa 1960, s. 546–547.

z Piotrem Ochmanem, że tak określone znamię czasownikowe wymaga pewnego stopnia zorganizowania. Autor wyróżnia dwa kryteria, które będą decydować o realizacji przedmiotowego znamienia, tj. działalność ta musi przybrać pewien stopień zorganizowania pod względem ekonomicznym oraz być powtarzalna i nastawiona na określonych odbiorców<sup>10</sup>. O zorganizowaniu można mówić, gdy prowadzona działalność zasadza się na pewnych przyjętych regułach, ma wewnętrzną strukturę i jest oparta na powtarzającym się schemacie. W momencie, gdy przedmiotowa działalność nabierze takich cech, uprawnione jest przypisanie sprawcy dokonania omawianego występku.

Ustawodawca w penalizowanym występku nie posłużył się sformułowaniem „działalność bankowa”, wobec czego wątpliwości interpretacyjne może budzić kwestia, czy zakres zastosowania omawianego artykułu obejmuje wyłącznie te przypadki, gdy przyjmowane przez sprawcę środki pieniężne następują pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym<sup>11</sup>. Wykładnia językowa prowadziłaby do wniosku, że zabronione jest wszelkie prowadzenie bez zezwolenia działalności, która polega na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób, a nie tylko takiej, którą można by określić mianem bankowej. Za taką wykładnią przemawiają również dyrektywy wykładni systemowej. Artykuł 170 pr. bank. statuuje bowiem odpowiedzialność cywilną właśnie za prowadzenie „działalności bankowej bez zezwolenia”, podczas gdy w art. 171 ust. 1 takim dopełnieniem ustawodawca się nie posłużył. Należy jednak stanąć na stanowisku, że mimo iż *expressis verbis* ustawodawca nie posłużył się sformułowaniem „działalność bankowa”, to jednak do takiej wykładni zawężającej zmusza dobro prawne chronione na gruncie omawianego przepisu. Za każdym razem, gdy zakres kryminalizacji wynikający z interpretacji znamion przedmiotowych wykracza poza zakres kryminalizacji wynikający z chronionego na gruncie danego typu zabronionego dobra prawnego, pierwszeństwo należy przyznać temu drugiemu – to właśnie dobro prawne stanowi bowiem *ratio legis* danej regulacji oraz podstawową regułę wykładniczą. Podstawowym przedmiotem ochrony analizowanego występku jest wiarygodność banków jako instytucji oraz zaufanie do systemu bankowego. Tym samym znamię czasownikowe „prowadzenia działalności” musi zostać zawężone do działalności bankowej.

<sup>10</sup> Zob. P. Ochman, *Ochrona działalności bankowej w prawie karnym gospodarczym*, Warszawa 2011, s. 230–231.

<sup>11</sup> Zgodnie z art. 2 pr. bank. bank jest osobą prawną utworzoną zgodnie z przepisami ustaw, działającą na podstawie zezwoleń uprawniających do wykonywania czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym.

Dla realizacji znamion przedmiotowego przestępstwa bez znaczenia jest, czy prowadzona działalność nastawiona jest na zysk, czy nie. Należy bowiem pamiętać, że poprzednik art. 171 ust. 1 pr. bank. stanowił o „działalności zarobkowej”. Obecnie ustawodawca rozszerzył to znamie na każdy rodzaj działalności, również niezarobkowej. Ukształtowane w ten sposób znamie czasownikowe przestępstwa tzw. naruszenia ustawowego zastrzeżenia wyłączności prowadzi do konstatacji, że do jego realizacji nie dojdzie w drodze jednokrotnego przyjęcia depozytu od innej osoby. Prowadzenie działalności cechuje się powtarzalnością zachowań, wielokrotną realizacją czynności sprawczej<sup>12</sup>. Tym samym przestępstwo opisane w art. 171 ust. 1 pr. bank. należy zaliczyć do przestępstw o zbiorowo oznaczonym czynie. Krytycznie trzeba zatem odnieść się do wyroku Sądu Najwyższego z 24 listopada 1998 r.<sup>13</sup> Mimo że orzeczenie to zostało wydane na gruncie starej ustawy bankowej, to ze względu na jego przedmiot mogłoby znaleźć zastosowanie do aktualnych przepisów. Najwyższa polska instancja sądowa stwierdziła, że:

[...] nieuzasadniony jest pogląd, że przepis art. 115<sup>1</sup> ust. 1 Prawa bankowego wymaga wielokrotności działania tego rodzaju. Używając bowiem określenia „przyjmowania” wkładów oszczędnościowych ludności lub lokat terminowych ustawodawca odniósł je nie do czynności czasownikowej wymaganej dla bytu tego przestępstwa (jest nią „prowadzenie” działalności zarobkowej), lecz tylko do charakterystyki tej działalności, która ma polegać na „przyjmowaniu” wkładów lub lokat. Dla tej charakterystyki – zgodnie z regułami języka – użycie takiej formy językowej jest konieczne.

Oczywiście należy zgodzić się, że sformułowanie „przyjmowanie” ustawodawca odniósł do charakterystyki działalności, a nie do czynności czasownikowej. Jednak wykładnia językowa znamienia „prowadzenia działalności” wymusza konieczność odniesienia go do wielokrotnych, powtarzających się zachowań.

Istotą przestępstwa zbiorowego jest również to, że realizacja znamion tego typu jest rozciągnięta w czasie. Popelnienie takiego czynu następuje z ostatnim momentem działania sprawcy realizującego znamiona typu czynu zabronionego<sup>14</sup>, tj. zakończeniem prowadzenia działalności polegającej na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób w przypadku art. 171 ust. 1 pr. bank. Chwili tej nie można jednak utożsamiać z czasem przyjęcia

<sup>12</sup> Zob. P. Ochman, *Ochrona...*, s. 231.

<sup>13</sup> Wyrok SN z 24 XI 1998 r., V KKN 347/97, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 7–8.

<sup>14</sup> Zob. P. Żak, *Nielegalna działalność bankowa – wybrane problemy praktyczne i interpretacyjne*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 7–8, s. 209–227.

ostatniego depozytu, gdyż – jak wyżej wspomniano – nie jest to konstytutywnym elementem omawianego typu. O zakończeniu prowadzenia działalności będzie można mówić, gdy działalność ta trwale straci swoje cechy, przykładowo cechę zorganizowania. Nie można mówić o zakończeniu prowadzenia działalności w sytuacji, gdy sprawca tylko chwilowo przestał ją prowadzić, nawet jeśli okres ten trwa kilka miesięcy. W takim przypadku uprawnione jest stwierdzenie, że działalność ta została wyłącznie zawieszona, bez jednoczesnej utraty przestępczego charakteru. O zakończeniu prowadzenia nielegalnej działalności bankowej należy mówić także wtedy, gdy sprawca trwale zmienia przedmiot swojej działalności, przekwalifikowując ją w taki sposób, że staje się ona legalna.

Należy zauważyć, że opisanie znamienia czasownikowego w ten sposób prowadzi do jeszcze jednej istotnej konstatacji. Realizacja znamion przedmiotowego występku nie wymaga, aby sprawca w ramach prowadzonej przez siebie działalności przyjął choć jeden depozyt środków pieniężnych. Komentowany przepis penalizuje bowiem już samo prowadzenie działalności. Tym samym art. 171 ust. 1 pr. bank. statuuje typ formalny z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Typy takie charakteryzują się przesunięciem kryminalizowanych zachowań na dalekie przedpole chronionego dobra prawnego. Prowadzenie szeroko rozumianej działalności bankowej na dużą skalę z wielkim prawdopodobieństwem prowadzi bowiem do zaburzenia całego systemu bankowego i obrotu gospodarczego, co też stanowi *ratio legis* omawianego występku.

Należy podzielić pogląd wyrażony przez R. Juchnę i R.W. Kaszubskiego, którzy twierdzą, że do realizacji znamion nielegalnego prowadzenia działalności bankowej nie może dojść w sytuacji, gdy bank zagraniczny prowadzi działalność za pomocą Internetu, nawet jeśli jego usługi są dostępne na terytorium Polski<sup>15</sup>. Bank taki nie prowadzi bowiem działalności w Polsce, a ze względu na formalny typ komentowanego występku nie jest możliwe uznanie za miejsce przestępstwa miejsca wystąpienia skutku w postaci przekazania środków pieniężnych sprawcy. Złożenie depozytu do takiego „banku” nie stanowi znamienia art. 171 ust. 1 pr. bank. Ze względu na formalny charakter omawianego typu nieistotne jest miejsce wystąpienia ewentualnego skutku w postaci przekazania środków pieniężnych.

---

<sup>15</sup> Zob. R. Juchno, R.W. Kaszubski, *Ryzyko związane z działalnością banków w Internecie*, „Glosa” 2000, nr 9, s. 6.



## 5. Przedmiot bezpośredniego działania

Na gruncie obecnie obowiązującego porządku prawnego przedmiotem bezpośredniego oddziaływania są „środki pieniężne”, przez które należy rozumieć wyrażone w pieniądzu „środki płatnicze”<sup>16</sup>. Zgodnie z art. 31 i 32 ustawy o Narodowym Banku Polskim<sup>17</sup> środkami płatniczymi są znaki pieniężne (banknoty oraz monety) emitowane przez Narodowy Bank Polski, których wzór i wartość ustala jego prezes. Należy podzielić pogląd Piotra Ochmana, że omawiany przepis nie ogranicza przedmiotu czynności wykonawczej wyłącznie do polskich środków płatniczych. Tym samym uprawniona jest konstatacja, że sferą kryminalizacji objęte zostały również przypadki przyjmowania przez sprawcę środków pieniężnych innych państw<sup>18</sup>.

Zmodyfikowany w art. 171 ust. 1 pr. bank. przedmiot czynności wykonawczej, tj. zastąpienie przez ustawodawcę znamienia „wkłady oszczędnościowe ludności lub lokaty terminowe” znamieniem „środki pieniężne”, implikuje stwierdzenie, że:

[...] obecnie karalne jest wszelkie gromadzenie środków pieniężnych, niezależnie od tego, jaką postać i formę w konkretnym przypadku przybiera (tj. postać przyjmowania wkładów oszczędnościowych lub lokat terminowych czy też jakąkolwiek inną)<sup>19</sup>.

Gromadzone przez sprawcę środki pieniężne mogą pochodzić od osób fizycznych, osób prawnych bądź jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej.

## 6. Klauzula normatywna „bez zezwolenia”

Zagwarantowana przez państwo swoboda podejmowania, prowadzenia i zakończenia działalności gospodarczej, oparta na zasadzie równości wszystkich podmiotów uczestniczących w życiu gospodarczym, doznaje niejednokrotnie znacznych ograniczeń. Wrażliwe sektory gospodarki są bowiem ściśle reglamentowane przez ustawodawcę w celu zwiększenia bezpie-

<sup>16</sup> Zob. P. Ochman, *Ochrona...*, s. 236.

<sup>17</sup> Ustawa z dn. 29 VIII 1997 r. o Narodowym Banku Polskim, Dz.U. 2017, poz. 1373 tekst jedn. ze zm.

<sup>18</sup> Zob. P. Ochman, *Ochrona...*, s. 236.

<sup>19</sup> J. Majewski, *Odpowiedzialność...*, s. 101.

czeństwa i stabilności obrotu gospodarczego. Tym samym legalność podjęcia prowadzenia działalności gospodarczej ustawodawca uzależnia od wcześniejszego uzyskania zezwolenia właściwego organu kontrolnego bądź nadzorczego. Powyższe powoduje, że uczestnicy rynku zainteresowani prowadzeniem tego typu działalności zderzają się z zakazem jej prowadzenia, który następnie może zostać uchylony w drodze zezwolenia, po spełnieniu przez zainteresowany podmiot warunków określonych w przepisach prawa<sup>20</sup>. Artykuł 75 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej<sup>21</sup> zawiera katalog tych obszarów rynku, w których wykonywanie działalności gospodarczej wymaga uzyskania zezwolenia. W powyższym wykazie mieści się również działalność bankowa.

Kluczowe znaczenie dla określenia zakresu penalizowanych zachowań przez art. 171 ust. 1 pr. bank. ma właściwa interpretacja znamienia „bez zezwolenia”. Bez wątpienia znamię to jest klauzulą normatywną. W tej sytuacji konieczne jest uadekwatnienie jej znaczenia poprzez odwołanie się do innych przepisów prawa ulokowanych w Prawie bankowym bądź innym akcie prawnym. Powyższe jest konsekwencją stosowania przez ustawodawcę technik kondensacji oraz rozczłonkowania tekstu prawnego. Taki sposób opisu zakresu penalizowanych zachowań jest typowy dla przepisów pozakodeksowych prawa karnego gospodarczego. Przepisy te wyrażają kluczowy element syntaktyczny normy w postaci zakazu bądź nakazu określonego postępowania. Opisany w ten sposób przepis zrębowy ulega modyfikacji przez przepisy przednawiasowe. Ustalenie zatem kształtu normy sankcjonowanej – a tym samym sfery bezprawnych zachowań – wymaga odwołania się do przepisów leżących „poza” przepisem karnym<sup>22</sup>.

Pozakodeksowe przepisy prawa karnego gospodarczego bardzo często posługują się sformułowaniami „bez zezwolenia”, „bez wymaganego zezwolenia”, „nie będąc uprawnionym”, „wbrew przepisom”, „bez wymaganego zezwolenia lub upoważnienia”. Taka różnorodność normatywnych określeń może rodzić uzasadnione wątpliwości co do niekonsekwencji ustawodawcy i posługiwania się przez niego różnymi terminami, które mają taką samą treść

---

<sup>20</sup> Zob. P. Bachmat, *Sądowa praktyka ścigania przestępstwa nielegalnego prowadzenia działalności bankowej lub parabankowej (art. 171 ust. 1 i 3 ustawy – Prawo bankowe)*, Warszawa 2015, s. 22.

<sup>21</sup> Ustawa z dn. 2 VII 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz.U. 2017, poz. 2168 tekst jedn. ze zm.

<sup>22</sup> Zob. R. Dębski, *O przepisach blankietowych w prawie karnym – uwagi wprowadzające*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 1991, nr 47, s. 17–45; P. Ochman, *Ochrona...*, s. 163.

normatywną. Zgodnie z § 10 Zasad techniki prawodawczej<sup>23</sup> do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami. Proponowane przez Jarosława Majewskiego założenie<sup>24</sup>, że ustawodawca, posługując się w art. 171 ust. 1 pr. bank. sformułowaniem „bez zezwolenia”, miał na myśli szerokie określenie „nie będąc uprawnionym”, narusza nie tylko wspomnianą powyżej zasadę, ale także jest sprzeczne z zasadą racjonalności ustawodawcy. Przypomnieć w tym miejscu należy bowiem, że ustawa bankowa z roku 1989 posługiwała się zwrotem „nie będąc do tego uprawnionym”. Z jakichś powodów ustawodawca, uchwalając nowe prawo bankowe, zastąpił ten zwrot sformułowaniem „bez zezwolenia”. W nauce prawa administracyjnego zezwolenie jest określeniem decyzji administracyjnej, czyli aktu indywidualno-konkretnego wydawanego przez organ administracyjny w drodze postępowania administracyjnego. Patrząc jednak na szerokie spektrum rozwiązań przewidzianych w Prawie bankowym zmierzających do uchylecia ustawowego zakazu prowadzenia działalności bankowej można mieć poważne wątpliwości, czy ustawodawca poprzez sformułowanie „bez zezwolenia” odniósł naruszenie ustawowego zastrzeżenia wyłączności jedynie do przypadków, gdy rozpoczęcie świadczenia usług bankowych poprzedzone jest decyzją administracyjną będącą zezwoleniem.

Zbędne wydaje się przedstawienie wszystkich skomplikowanych procedur zmierzających do zniesienia zakazu prowadzenia działalności w sektorze bankowym. W tym miejscu omówione zostaną wyłącznie te zagadnienia, które mają decydujące znaczenie przy uadekwatnianiu zakazu płynącego z art. 171 ust. 1 pr. bank.

Banki w Polsce mogą prowadzić swoją działalność w trzech prawnych formach organizacyjnych, tj. spółki akcyjnej, banku spółdzielczego oraz banku państwowego (art. 12 pr. bank.). Zgodnie z treścią art. 30a pr. bank. bank w formie spółki akcyjnej i bank spółdzielczy mogą być utworzone po uzyskaniu zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego. W zezwoleniu tym Komisja określa między innymi działalność, do której wykonywania bank zostaje upoważniony, a także warunki wydania przez Komisję Nadzoru Finansowego zezwolenia na rozpoczęcie przez bank działalności (art. 34 pr. bank.). Jak łatwo zauważyć, podmiot ubiegający się o możliwość legalnego prowadzenia działalności gospodarczej musi uzyskać dwa zezwolenia, tj. zezwolenie na

<sup>23</sup> Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dn. 20 VI 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, Dz.U. 2002, nr 100, poz. 908.

<sup>24</sup> Zob. J. Majewski, *Odpowiedzialność...*, s. 102–103.

utworzenie banku oraz zezwolenie na rozpoczęcie działalności. Oba wydawane są przez Komisję Nadzoru Finansowego. Powyższe rodzi pierwsze wątpliwości interpretacyjne co do znamienia „bez zezwolenia”. Ustawodawca użył tego określenia w liczbie pojedynczej. Oczywiście jest jednak, że w art. 171 ust. 1 pr. bank. chodzi zarówno o zezwolenie na utworzenie banku, jak i zezwolenie na rozpoczęcie działalności. Brak któregokolwiek z tych zezwoleń należy traktować jako naruszenie ustawowego zastrzeżenia prawa wyłączności<sup>25</sup>.

Bank państwowy, zgodnie z treścią art. 14 pr. bank., może być utworzony przez Radę Ministrów w drodze rozporządzenia. Utworzenie albo likwidacja banku państwowego wymaga zasięgnięcia opinii Komisji Nadzoru Finansowego. W tej sytuacji Komisja Nadzoru Finansowego ani żaden innych organ nie wydają zezwolenia.

Powyższe nie wyczerpuje w pełni wszystkich możliwości prowadzenia legalnej działalności bankowej. Zgodnie bowiem z art. 6a ust. 1 i 2 pr. bank. bank może, w drodze zawartej na piśmie umowy agencyjnej, powierzyć przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznemu wykonywanie w imieniu i na rzecz banku pośrednictwa w zakresie niektórych czynności bankowych, enumeratywnie wymienionych w ust. 1 pkt 1 i 2 art. 6a pr. bank. Czynności te mogą obejmować między innymi zawieranie umów kredytowych i pożyczek pieniężnych. W tej sytuacji jedynym źródłem uprawnień przedsiębiorcy prowadzącego taką działalność jest umowa agencyjna zawarta z bankiem. Bank powierzający swe uprawnienia innemu podmiotowi jest zobowiązany wyłącznie do powiadomienia o tym fakcie Komisji Nadzoru Finansowego. Komisja co do zasady nie jest władna wydać w przedmiotowej sprawie żadnego zezwolenia. Jedynie na mocy art. 6c ust. 5 pr. bank. może ona nakazać bankowi, w drodze decyzji, podjęcie działań zmierzających do zmiany lub rozwiązania umowy. Wyłącznie w przypadkach, gdy umowa agencyjna została zawarta z przedsiębiorcą zagranicznym niemającym miejsca stałego zamieszkania lub nieposiadającym siedziby na terytorium państwa członkowskiego lub gdy umowa ta przewiduje, że powierzone czynności będą wykonywane poza terytorium państwa członkowskiego, Komisja jest władna wydać zezwolenie na wniosek banku.

Kolejnym przypadkiem, w którym legalne prowadzenie działalności bankowej jest uzależnione od uprzedniego otrzymania zezwolenia wydanego przez Komisję Nadzoru Finansowego, jest utworzenie oddziału banku krajowego za granicą (art. 39 pr. bank.). Podobnie w sytuacji odwrotnej, gdy to bank

---

<sup>25</sup> Zob. Z. Ofiarski, w: *Prawo bankowe. Komentarz*, red. Z. Ofiarski, Warszawa 2013, komentarz do art. 171 pr. bank., teza 2.

zagraniczny zamierza w Polsce utworzyć oddział lub przedstawicielstwo, Komisja wydaje zezwolenie na wniosek zainteresowanego banku (art. 40 ust. 1 i art. 42 ust. 1 pr. bank.).

Jeszcze inaczej uregulowano możliwość prowadzenia działalności bankowej w Polsce tzw. instytucji kredytowych, tj. instytucji, o których stanowi art. 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia nr 575/2013<sup>26</sup>, mającej siedzibę na terytorium innego niż Polska państwa członkowskiego Unii Europejskiej (zob. art. 4 ust. 1 pkt 17 pr. bank.)<sup>27</sup>. Zgodnie z art. 48j pr. bank. instytucja kredytowa może wykonywać na terytorium Polski czynności bankowe w zakresie wynikającym z zezwolenia udzielonego przez właściwe władze nadzorcze państwa macierzystego. W tej sytuacji Komisja Nadzoru Finansowego nie jest władna wydać zezwolenia na prowadzenie działalności bankowej, co wiąże się z zasadą jednej licencji bankowej na terytorium Unii Europejskiej<sup>28</sup>. Instytucja kredytowa może rozpocząć prowadzenie działalności transgranicznej na terytorium Polski po otrzymaniu przez Komisję Nadzoru Finansowego od właściwych władz nadzorczych państwa macierzystego zawiadomienia, które określa rodzaje czynności, jakie instytucja zamierza wykonywać (art. 48l pr. bank.).

Z kolei w przypadku gdy instytucja kredytowa zamierza wykonywać czynności bankowe w formie oddziału – zgodnie z art. 48l ust. 1 pr. bank. może rozpocząć działalność na terytorium Polski po upływie dwóch miesięcy od dnia otrzymania przez Komisję informacji od właściwych władz nadzorczych państwa macierzystego. W ciągu tych dwóch miesięcy Komisja może wskazać warunki, które w interesie dobra ogólnego – w szczególności w celu ochrony dóbr konsumenta, zapewnienia bezpieczeństwa obrotu gospodarczego lub zapobieżenia naruszeniom prawa – oddział instytucji kredytowej musi spełniać, prowadząc działalność (art. 48l ust. 2 pr. bank.).

Kompetencje do gromadzenia środków pieniężnych ustawodawca powierzył również podmiotom, które nie są bankami ani instytucjami kredytowymi. Powyższe ma również swoje konsekwencje przy uadekwatnianiu znamienia normatywnego użytego w komentowanym występku, tj. „bez zezwolenia”. Przykładowo zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o SKOK<sup>29</sup> celem kas

<sup>26</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dn. 26 VI 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012, Dz.U. UE L 176 z 2013 r.

<sup>27</sup> Zob. P. Bachmat, *Sądowa...*, s. 26.

<sup>28</sup> Zob. D. Daniluk, S. Niemierka, *Proces licencjonowania działalności bankowej w Polsce na tle standardów UE*, „Prawo Bankowe” 1999, nr 3, s. 96–106.

<sup>29</sup> Ustawa z dn. 5 XI 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych, Dz.U. 2017, poz. 2065 tekst jedn. ze zm., dalej: „ustawa o SKOK”.

oszczędnościowych jest gromadzenie środków pieniężnych wyłącznie swoich członków, udzielanie im pożyczek i kredytów, przeprowadzanie na ich zlecenie rozliczeń finansowych oraz pośredniczenie przy zawieraniu umów ubezpieczenia. Procedura tworzenia kasy oszczędnościowo-kredytowej jest bardzo podobna do toku postępowania uregulowanego w Prawie bankowym. Zgodę na utworzenie i rozpoczęcie działalności kasy wydaje Komisja Nadzoru Finansowego; zgodę tę ustawa określa mianem zezwolenia. Ustawa na wzór Prawa bankowego przewiduje również możliwość podpisania przez kasę umowy agencyjnej z innym przedsiębiorcą<sup>30</sup>.

Reasumując, Prawo bankowe posługuje się określeniem „zezwolenia” do opisanego kilku rodzajów decyzji administracyjnych, których wydanie pociąga za sobą uchylenie zakazu prowadzenia działalności bankowej, tj. zezwolenie na utworzenie banku, zezwolenie na rozpoczęcie działalności bankowej, zezwolenie na utworzenie przedstawicielstwa przez instytucję kredytową, zezwolenie na utworzenie oddziału przez bank zagraniczny oraz zezwolenie na utworzenie przedstawicielstwa przez bank zagraniczny<sup>31</sup>. Uzyskanie zezwolenia wydanego przez Komisję Nadzoru Finansowego stanowi podstawowy mechanizm umożliwiający legalne prowadzenie działalności polegającej na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób. Zgodnie z art. 2 pr. bank. bank jest osobą prawną utworzoną zgodnie z przepisami ustaw, działającą na podstawie zezwoleń. Zasadna wydaje się zatem konstatacja, że wszystkie inne procedury przewidziane w Prawie bankowym lub innych ustawach podobnych (wyjątkiem jest bank państwowy, którego procedura tworzenia ustalana jest w drodze rozporządzenia) stanowią pochodną wcześniej uzyskanego przez bank zezwolenia. Tak jest na przykład w przypadku umowy agencyjnej, której trzon i źródło uprawnień stanowi decyzja administracyjna wydana wcześniej przez Komisję Nadzoru Finansowego w stosunku do banku. Podobnie należy podejść do instytucji kredytowych czy oddziałów lub przedstawicielstw banków zagranicznych. Zasada jednej licencji bankowej stoi na przeszkodzie możliwości ingerowania Komisji Nadzoru Finansowego w kompetencje organów macierzystych banków zagranicznych.

Należy zatem zgodzić się, że nie powinno się w wykładni art. 171 ust. 1 pr. bank. utożsamiać „zezwolenia” z „uprawnieniem”, gdyż pojęcia te mają

---

<sup>30</sup> Przedstawienie wszystkich możliwych procedur dotyczących rozpoczęcia działalności przez SKOK przekraczałoby ramy niniejszej pracy, tym bardziej że większość rozwiązań w znacznej mierze powiela przedstawione już regulacje Prawa bankowego (zob. art. 7 i n. ustawy o SKOK).

<sup>31</sup> Zob. P. Ochman, *Ochrona...*, s. 247.

odmienne znaczenia terminologiczne<sup>32</sup>. Uadekwatnienie znamienia normatywnego „bez zezwolenia” musi łączyć się ze znaczeniem, jakie ustawodawca przypisuje zezwoleniom wydawanym przez Komisję Nadzoru Finansowego. Zezwolenie to stanowi decyzję administracyjną, tj. akt indywidualno-konkretny, uchylający w drodze postępowania administracyjnego zakaz prowadzenia działalności bankowej. Taka wykładnia nie tylko pozwoli zachować jednorodną interpretację w obrębie jednego aktu prawnego, ale również nie złamie zakazu wykładni synonimicznej. Tym samym nie zostanie naruszona zasada racjonalnego ustawodawcy. Nie można bowiem abstrahować od dokonanej przez parlament zmiany w art. 171 ust. 1 pr. bank. w stosunku do jego poprzednika, gdzie znamię przedmiotowe określone było jako: „nie będąc do tego uprawnionym”. Ignorowanie tej nowelizacji zaburzyłoby podstawowe zasady prawodawstwa.

Krytyków powyższego stanowiska powinien uspokoić fakt, że taka wykładnia znamienia „bez zezwolenia” mimo wszystko pozostaje spójna z całym systemem prawnym. Rację ma W. Wróbel, wskazując, że „zakres zakazu (nakazu) ujętego w prawie karnym może się bowiem przecinać z inną normą czy zezwoleniem o charakterze ogólnym, co będzie w rzeczywistości modyfikowało jego treść”<sup>33</sup>. Tym samym nie tylko nieuprawnione, ale wręcz niepotrzebne jest szerokie rozumienie znaczenia zwrotu „bez zezwolenia”. Działalność bankowa, która źródła swych uprawnień doszukuje się w rozporządzeniu, umowie agencyjnej czy licencji państwa macierzystego, jest legalna i art. 171 ust. 1 pr. bank. nie znajdzie zastosowania.

W zezwoleniu na utworzenie banku Komisja Nadzoru Finansowego określa między innymi działalność, do której wykonywania bank zostaje upoważniony (art. 34 pr. bank.). Należy zatem skonstatować, że przekroczenie granic zezwolenia, tj. wykonywanie czynności, co do których bank nie został umocowany w drodze decyzji administracyjnej, stanowi wyczerpanie znamienia „bez zezwolenia”. Identycznie będzie w przypadku naruszenia umowy agencyjnej czy licencji banku zagranicznego. Działania takie należy uznać za bezprawne i podpadające pod zakres penalizowanych zachowań z art. 171 ust. 1 pr. bank.

---

<sup>32</sup> Zob. D. Gruszecka, W. Jasiński, K. Kremens, J. Skorupka, *Przestępstwa przeciwko działalności bankowej*, w: *System Prawa Karnego. Szczególne dziedziny prawa karnego. Tom 11. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe*, red. M. Bojarski, Warszawa 2014, s. 543–827.

<sup>33</sup> W. Wróbel, *Relacyjne i wartościujące ujęcie bezprawności*, „Przegląd Prawa Karnego” 1993, nr 8, s. 6.

## 7. Strona podmiotowa

Przestępstwo nielegalnego prowadzenia działalności bankowej stypizowane w art. 171 ust. 1 pr. bank. jest przestępstwem umyślnym, jednocześnie zaliczanym do tzw. celowościowej odmiany przestępstw kierunkowych. Ustawa wymaga, aby zachowanie sprawcy było ukierunkowane na określony cel, którym w przypadku omawianego występkę jest udzielanie kredytów, pożyczek pieniężnych lub obciążanie ryzykiem zgromadzonych środków w inny sposób. Zgodnie z art. 69 pr. bank. przez umowę kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu. Z kolei definicji umowy pożyczki należy poszukiwać w art. 720 Kodeksu cywilnego<sup>34</sup>, na gruncie którego przez umowę pożyczki dający pożyczkę zobowiązuje się przenieść własność na biorącego określoną ilość pieniędzy albo liczbę rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku, a biorący zobowiązuje się zwrócić tę samą ilość pieniędzy albo tę samą liczbę rzeczy tego samego gatunku i tej samej jakości. Sformułowanie „w inny sposób” stanowi klauzulę uzupełniającą cel działania sprawcy. Tym samym uprawniona jest konstatacja, że planowany przez sprawcę cel przeznaczenia zgromadzonych środków jest obojętny – może być jakikolwiek<sup>35</sup>.

Należy jednakowoż zaznaczyć, że udzielanie kredytów, pożyczek pieniężnych lub obciążanie ryzykiem zgromadzonych środków w inny sposób jest znamieniem podmiotowym omawianego typu, a tym samym bez znaczenia dla bytu przestępstwa jest fakt, czy sprawca zgromadzone środki pieniężne obciążył w jakikolwiek sposób, czy też nie.

## 8. Zagrożenie karą i środkami karnymi

Przestępstwo wskazane w art. 171 ust. 1 pr. bank. stanowi występek zagrożony sankcją kumulatywno-obligatoryjną określoną jako kara grzywny kwotowa wraz z karą pozbawienia wolności. W razie skazania sąd wymierza sprawcy jednocześnie karę grzywny do 10 mln zł oraz karę pozbawie-

<sup>34</sup> Ustawa z dn. 23 IV 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. 2018, poz. 1025 tekst jedn. ze zm.

<sup>35</sup> Zob. J. Majewski, *Odpowiedzialność...*, s. 103.



nia wolności do lat pięciu. Tak ujęta sankcja została ukształtowana na mocy ustawy nowelizującej z dn. 5 sierpnia 2015 r.<sup>36</sup> Poprzednio komentowany występki zagrożony był kumulatywną grzywną kwotową do 5 mln zł oraz karą pozbawienia wolności do lat trzech.

W porównaniu do swojego poprzednika z ustawy bankowej z roku 1989 ustawodawca w art. 171 ust. 1 pr. bank. znacznie zaostrzył sankcję karną. Na gruncie starej ustawy za czyn stypizowany w art. 115<sup>1</sup> ust. 1 pkt 1 sąd mógł wymierzyć karę ograniczenia wolności lub karę pozbawienia wolności do lat trzech. Tym samym ustawodawca nie tylko podniósł górną granicę ustawowego zagrożenia, lecz równocześnie zastąpił sankcję określoną alternatywnie na sankcję kumulatywną. Powyższe uzasadnia się faktem, że prowadzenie nielegalnej działalności bankowej – a tym samym gromadzenie środków pieniężnych – najczęściej wiąże się z olbrzymią liczbą osób pokrzywdzonych tym przestępstwem. Przekłada się to na wyższy stopień społecznej szkodliwości i jednocześnie na wyższą sankcję. Z pewnością również tak ukształtowana sankcja spełnia funkcję prewencyjną, skutecznie odstraszaając przynajmniej część potencjalnych sprawców<sup>37</sup>.

Zmiana ta musi jednak spotkać się ze zdecydowaną krytyką. Sankcja kumulatywna znacznie ogranicza dyskrecjonalną władzę sędziowską. Zgodnie z filozofią karania orzeczonej wobec sprawcy kara powinna być legitymowana i limitowana stopniem winy. Jednocześnie powinna uwzględniać stopień społecznej szkodliwości, jak również cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do osoby, wobec której jest orzekana. Przesądzenie realizacji znamion występków stypizowanych w ust. 1 art. 171 pr. bank. nakłada na sędziego obowiązek wymierzenia sprawcy dwóch kar kumulatywnie<sup>38</sup>. Pewnego wentylu bezpieczeństwa można doszukiwać się w art. 11 § 3 p.w.k.k.<sup>39</sup>, który nakłada na sąd obowiązek uwzględnienia przy wymiarze grzywny kwotowej dochodów sprawcy, jego warunków osobistych, rodzinnych, stosunków majątkowych i możliwości zarobkowych. Powyższe może powodować, że w uzasadnionych przypadkach sąd będzie mógł orzec wobec sprawcy symboliczne 100 zł. Jest to o tyle istotne, że żaden przepis nie zakazuje obecnie sądowi orzekania grzywny nieściąganej.

<sup>36</sup> Ustawa z dn. 5 VIII 2015 r. o zmianie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2015, poz. 1357. Artykuł 171 ust. 1 pr. bank. został zmieniony przez art. 4 pkt 6 lit. a wyżej wymienionej ustawy.

<sup>37</sup> Zob. P. Bachmat, *Sądowa...*, s. 40.

<sup>38</sup> Zob. P. Ochman, *Ochrona...*, s. 388.

<sup>39</sup> Ustawa z dn. 6 VI 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny, Dz.U. 1997, nr 88, poz. 554 ze zm., dalej: „p.w.k.k.”

Tym samym nałożenie na sprawcę zbyt wysokiej grzywny może prowadzić w konsekwencji do wymierzenia mu zastępczej kary pozbawienia wolności, która łącznie z kumulatywnie orzeczoną wobec niego karą pozbawienia wolności nierzadko będzie przekraczać pięć lat, tj. górną granicę ustawowego zagrożenia przewidzianą za ten czyn zabroniony.

Artykuł 171 ust. 1 pr. bank. nie określa dolnych progów ustawowego zagrożenia. W przypadku kary pozbawienia wolności zgodnie z art. 37 k.k.<sup>40</sup> w zw. z art. 116 k.k. minimalne ustawowe zagrożenie będzie wynosić jeden miesiąc. W przypadku kary grzywny kwotowej określenie dolnej granicy ustawowego zagrożenia jeszcze do niedawna stanowiło spory problem, rodząc ożywione dyskusje wśród komentatorów. Kodeks karny z 1997 r. przewiduje karę grzywny wyłącznie w systemie stawkowym, określając jednocześnie minimalną liczbę stawek, jaką można orzec wobec sprawcy, oraz minimalną wysokość jednej stawki. Przez długi czas ustawodawca nigdzie nie regulował dolnej granicy ustawowego zagrożenia dla grzywny kwotowej wymierzanej za przestępstwo. Część doktryny powyższy problem próbowała rozwiązać poprzez zapożyczenie dolnego progu ustawowego zagrożenia określonego dla grzywny stawkowej i tym samym ukształtowanie jej dla grzywny kwotowej na wysokości 100 zł<sup>41</sup>. Powyższe rodziło jednak rozwiązanie niezgodne z zasadą *nullum crimen sine lege stricta*. Grzywna kwotowa stanowi inny rodzaj kary niż grzywna kształtowana w systemie stawkowym. Przyjęcie dolnej granicy ustawowego zagrożenia na wysokości 100 zł oznaczałoby jednocześnie posłużenie się wykładnią rozszerzającą na niekorzyść sprawcy. Z tego też powodu należało za J. Majewskim przyjąć minimalny próg ustawowego zagrożenia dla grzywny kwotowej jako 1 zł<sup>42</sup>. Wraz z wejściem w życie art. 7 ustawy z dn. 5 listopada 2011 r.<sup>43</sup> powyższy problem został rozwiązany. Ustawodawca uciął dotychczasowe spory, przesądzając, że gdy ustawa szczegółowa nie określa dolnej granicy ustawowego zagrożenia grzywną określoną kwotowo, granicę tę ustala się na 100 zł (art. 11 § 4 p.w.k.k.).

<sup>40</sup> Ustawa z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2017, poz. 2204 tekst jedn. ze zm., dalej: „Kodeks karny”, „k.k.”

<sup>41</sup> Zob. M. Bojarski, W. Radecki, *Przewodnik po pozakodeksowym prawie karnym*, Wrocław 1999, s. 540.

<sup>42</sup> Zob. J. Majewski, *O niektórych wątpliwościach związanych z wykładnią przepisów dotyczących orzekania grzywny w nowym kodeksie karnym*, „Palestra” 1998, nr 3–4, s. 12.

<sup>43</sup> Ustawa z dn. 5 XI 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2011, nr 206, poz. 1589.

Reasumując, wymiar kary orzekanej za przestępstwo prowadzenia nielegalnej działalności bankowej kształtuje się w granicach od 100 zł do 10 mln zł w przypadku kary grzywny oraz od jednego miesiąca do pięciu lat dla kary pozbawienia wolności.

Nowelizacja art. 60 § 7 k.k. ustawą z dn. 20 lutego 2015 r.<sup>44</sup> wprowadziła możliwość skorzystania z instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku sankcji określonej kumulatywnie. Obecnie wyżej wymieniony przepis znajduje bowiem zastosowanie do czynów zagrożonych więcej niż jedną z kar wymienionych w art. 32 pkt 1–3 (tj. kar grzywny, ograniczenia wolności oraz pozbawienia wolności). Bez znaczenia jest jednocześnie, czy kary te ujęte zostały alternatywnie<sup>45</sup>, czy kumulatywnie. W takim przypadku nadzwyczajne złagodzenie kary polega na odstąpieniu od wymierzenia kary i orzeczeniu środka karnego wymienionego w art. 39 pkt 2–3, 7 i 8 k.k., środka kompensacyjnego lub przepadku. Jednocześnie ustawodawca wyłączył możliwość zastosowania w tym przypadku art. 61 § 2 k.k., tj. odstąpienia od wymierzenia środka karnego, nawiązki na rzecz Skarbu Państwa oraz przepadku. Podstaw do skorzystania z instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary należy poszukiwać w szczególności wśród dyrektyw z art. 60 § 2<sup>46</sup>, 3<sup>47</sup> oraz 4<sup>48</sup> k.k. Należy pamiętać, że w przypadku skorzystania przez

<sup>44</sup> Ustawa z dn. 20 II 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2015, poz. 396.

<sup>45</sup> Do dn. 1 VII 2015 r. artykuł 60 § 7 k.k. znajdował zastosowanie wyłącznie w przypadku, gdy czyn zagrożony był alternatywnie karami wymienionymi w art. 32 pkt 1–3. Tym samym żadna z zasad instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary nie znajdowała zastosowania dla czynów zagrożonych sankcją kumulatywną.

<sup>46</sup> Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w szczególnie uzasadnionych wypadkach, kiedy nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa.

<sup>47</sup> Sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet może warunkowo zawiesić jej wykonanie, w stosunku do sprawcy współdziałającego z innymi osobami w popełnieniu przestępstwa, jeżeli ujawni on organowi powołanemu do ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotne okoliczności jego popełnienia. Podkreślenia wymaga, że w powyższym przypadku sąd jest zobligowany do skorzystania z instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary. Dodatkowo sąd może fakultatywnie odstąpić od wymierzenia kary, zwłaszcza gdy rola sprawcy w popełnieniu przestępstwa była podrzędna, a przekazane informacje przyczyniły się do zapobieżenia popełnieniu innego przestępstwa (art. 61 § 1 k.k.). Odstępując od wymierzenia kary, sąd może również odstąpić od wymierzenia środka karnego, nawiązki na rzecz Skarbu Państwa oraz przepadku, chociażby jego orzeczenie było obowiązkowe (art. 61 § 2 k.k.).

<sup>48</sup> Na wniosek prokuratora sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet warunkowo zawiesić jej wykonanie w stosunku do sprawcy przestępstwa, który –

sąd z art. 60 § 3 bądź 4 k.k. dezaktualizuje się możliwość warunkowego zawieszenia wykonania kary zawarta w treści tych przepisów. Odstąpienie od wymierzenia sprawcy kary na mocy art. 60 § 7 k.k. jest dla niego dalej idącą korzyścią niż zastosowanie wobec niego środka probacyjnego w postaci warunkowego zawieszenia kary<sup>49</sup>.

Specyfika przestępstwa nielegalnego prowadzenia działalności bankowej powoduje, że nierzadko sąd, skazując sprawcę za ten typ, musi korzystać z art. 65 § 1 k.k. Często bowiem naruszenie ustawowego zastrzeżenia wyłączności przy prowadzeniu działalności bankowej wiąże się z uczynieniem z tego procederu stałego źródła dochodu lub dopuszczenia się go w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa. Tym samym sąd będzie zobligowany wymierzyć karę powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia z możliwością podniesienia górnej granicy ustawowego zagrożenia o połowę.

Wątpliwości interpretacyjne budzi kwestia możliwości zastosowania art. 37a k.k. w przypadku, gdy ustawodawca karę za określone przestępstwo ukształtował jako sankcję kumulatywno-obligatoryjną. Jarosław Majewski twierdzi, że jeżeli art. 37a k.k. posługuje się zwrotem: „jeżeli ustawa przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat”, nie zaś zwrotem: „jeżeli ustawa przewiduje zagrożenie tylko karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat”, przepis ten ma zastosowanie w każdym przypadku, gdy górna granica kary pozbawienia wolności nie jest wyższa niż osiem lat. Jednocześnie nieistotne jest, czy kara ta pozostaje ujęta kumulatywnie, czy alternatywnie z inną rodzajowo karą. Zgodnie z poglądem J. Majewskiego jedynym przypadkiem, gdy art. 37a k.k. nie znajdzie zastosowania, jest sytuacja, w której dany typ czynu zabronionego przewiduje możliwość orzeczenia wobec sprawcy alternatywnie kary grzywny, kary ograniczenia wolności lub kary pozbawienia wolności<sup>50</sup>.

Posłużenie się przez ustawodawcę sankcją kumulatywną może rodzić problemy przy wymierzaniu przez sąd kary w przypadku wystąpienia ku-

---

niezależnie od wyjaśnień złożonych w swojej sprawie – ujawnił przed organem ścigania i przedstawił nieznanе dotychczas temu organowi istotne okoliczności przestępstwa zagrożonego karą powyżej pięciu lat pozbawienia wolności.

<sup>49</sup> Zob. P. Bachmat, *Sądowa...*, s. 42–43.

<sup>50</sup> Zob. J. Majewski, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52*, red. A. Zoll, Warszawa 2012, komentarz do art. 37a k.k., teza 7; M. Małecki, *Glosa do postanowienia SN z 31 III 2016 r., II KK 361/15*, „Przegląd Sądowy” 2017, nr 3, s. 118–127. Odmiennie M. Mozgawa, w: *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017 (wyd. elektr.), komentarz do art. 37a k.k., teza 3.

mulatywnego zbiegu przepisów. Będzie tak w szczególności w sytuacji, gdy zbiegający się z art. 171 ust. 1 pr. bank. typ będzie zagrożony karą pozbawienia wolności w górnej granicy wyższej niż pięć lat, bez przewidzenia jednocześnie możliwości nałożenia na sprawcę grzywny. Należy z aprobatą opowiedzieć się za stanowiskiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach, który za przestępstwo kwalifikowane z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 171 ust. 1 pr. bank. w zw. z art. 64 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k., art. 12 k.k. i art. 65 § 1 k.k. za podstawę wymiaru kary uznał przepis art. 294 § 1 k.k., pozostający w związku z art. 286 § 1 k.k.<sup>51</sup> Kara pozbawienia wolności jest rodzajowo surowsza niż grzywna. Tym samym, przesądzając na gruncie art. 11 § 3 k.k. sankcję surowszą, zawsze należy wybrać przepis przewidujący wyższą górną granicę kary izolacyjnej. W sytuacji, gdy tak wybrana sankcja nie przewiduje możliwości orzeczenia wobec sprawcy grzywny, sąd taką karę może orzec jedynie na podstawie art. 33 § 2 k.k., o ile sprawca działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub taką korzyść osiągnął. Należy jednak pamiętać, że art. 33 § 2 k.k. odnosi się wyłącznie do grzywny stawkowej. Górna granica tak określonej grzywny znacznie odbiega wysokością od grzywny, którą ustawodawca przewidział w art. 171 ust. 1 pr. bank. Jest to pewna niekonsekwencja ustawodawcy, gdyż ze względu na częste pozostawanie komentowanego przestępstwa w kumulatywnym zbiegu z przepisami statuującymi surowszą karę izolacyjną sąd nie będzie mógł wymierzyć grzywny w wysokości odpowiadającej stopniowi społecznej szkodliwości.

## 9. Zbieg przepisów ustawy

Artykuł 171 ust. 1 pr. bank. stanowi typ kwalifikowany w stosunku do art. 60<sup>1</sup> Kodeksu wykroczeń<sup>52</sup>. Przepis ten penalizuje zachowanie polegające na prowadzeniu działalności gospodarczej bez wymaganego zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wpisu do rejestru działalności regulowanej lub bez wymaganej koncesji albo zezwolenia. W związku z tym zbieg ma charakter pozorny.

Artykuł 171 ust. 1 pr. bank. bardzo często będzie pozostawał we właściwym zbiegu z ust. 2 tego przepisu. Sprawca naruszenia ustawowego zastrzeżenia wyłączności, w celu zwiększenia zaufania wśród swoich klientów, posługuje się nielegalnie sformułowaniem „kasa” bądź „bank”.

<sup>51</sup> Wyrok SA w Katowicach z 21 VII 2016 r., II AKa 189/16, LEX nr 2242135.

<sup>52</sup> Ustawa z dn. 20 V 1971 r. – Kodeks wykroczeń, Dz.U. 2018, poz. 618 tekst jedn. ze zm.

Komentowany występki może pozostawać w rzeczywistym zbiegu z art. 286 § 1 k.k. Będzie tak w sytuacji, gdy pokrzywdzony przestępstwem oszustwa przekazuje sprawcy środki pieniężne, mylnie sądząc, że podmiot przyjmujący depozyt jest legalnie działającym bankiem lub inną instytucją zajmującą się przyjmowaniem wkładów pieniężnych, działającą zgodnie z prawem. Należy przypomnieć, że realizacja znamion oszustwa oceniana jest na moment rozporządzenia mieniem. Z tego powodu zbieg może mieć miejsce także wtedy, gdy osoba przekazująca środki pieniężne otrzyma je z powrotem, nawet z odsetkami. Niekorzystność rozporządzenia w tym przypadku będzie polegać wyłącznie na zwiększeniu ryzyka odzyskania zdeponowanych środków, które wiąże się z brakiem gwarancji państwowych przyznawanych podmiotom, które legalnie wykonują działalność bankową<sup>53</sup>.

Z powyższych powodów nie sposób zgodzić się z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie<sup>54</sup>, który przyjął, że „nie można uznać, że oskarżony prowadził działalność polegającą na gromadzeniu środków pieniężnych osób fizycznych, skoro zdobył te środki nielegalnie, w drodze kolejnych oszustw”, a zdobytych w ten sposób środków nie wykorzystywał do udzielania kredytów czy pożyczek pieniężnych. Pominąwszy fakt, że Sąd całkowicie pomieszał znamiona przedmiotowe z podmiotowymi, przyjmując, że zgromadzone środki muszą zostać następnie przez sprawcę wykorzystane, należy zauważyć, że gromadzenie środków pieniężnych przez podmiot prowadzący działalność, o której mowa w art. 171 ust. 1 pr. bank., zawsze będzie uznane za nielegalne, gdyż sprawca nie posiada zezwolenia wymaganego przez ustawę.

W tym miejscu należy jednak przypomnieć, że komentowany występki jest typem formalnym z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo.

<sup>53</sup> Tak też uznał Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 21 VII 2016 r., II AKa 189/16, LEX nr 2242135. Sąd ten przyjął, że „działalność oskarżonego w ramach spółki polegająca na przyjmowaniu i gromadzeniu środków pieniężnych od innych osób celem udzielania przez tę spółkę pożyczek pieniężnych i zainwestowania ich w nieokreślony w umowach sposób stanowiło nie tylko zachowanie określone w art. 171 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo Bankowe, ale również było wyrazem zamierzonego działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem poprzez wprowadzenie w błąd pokrzywdzonych co do stopnia obciążenia ryzykiem przekazywanych środków pieniężnych przez osoby zainteresowane tą ofertą. Utwierdza w tym sposób działania sprawcy, brak należytej informacji o ryzyku związanym z inwestycją, podawanie informacji, które nie polegały na prawdzie, jak wieloosobowy zarząd spółki, czy też obietnica regularnej spłaty w terminach, niezależnie od zysków i kosztów firmy, w sytuacji, gdy proponowana inwestycja nie miała żadnych gwarancji, a wypłata środków pieniężnych zależna była od osób trzecich, poręczenie realizacji zobowiązania w pełnej wysokości i bez żadnych ograniczeń”.

<sup>54</sup> Wyrok SA w Szczecinie z 26 IV 2017 r., II AKa 31/17, LEX nr 2292444.

Ustawodawca w Prawie bankowym penalizuje już sam fakt prowadzenia działalności polegającej na gromadzeniu środków pieniężnych. Realizacja znamion przedmiotowego przestępstwa nie wymaga, aby sprawca przyjął choć jeden depozyt. W takiej sytuacji nie będzie mowy o przyjęciu zbiegu.

### **Criminal liability for performing the banking operations without authorization**

#### **Summary**

This paper concerns the interpretation of the objective and subjective elements of a prohibited act described in Article 171 Section 1 of the Banking Act. Criminalization provided by this regulation applies to cases of the performance of banking operations without authorization. This study presents the interpretation of the elements of this type of a prohibited act with special concern to the problems arising in the case law (not excluding issues of the concurrence of criminal law provisions and criminal sanctions).

**Keywords:** banking law, the performance of banking activities without authorization, normative clause, the concurrence of legal provisions, criminal sanction

Łukasz Duśko – Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji (student V roku)