

JAROSŁAW MAJEWSKI

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie

ZAKRES KRYMINALIZACJI NIELEGALNEJ
DZIAŁALNOŚCI DEPOZYTOWEJ (PRZYCZYNEK DO
WYKŁADNI ART. 171 UST. 1 PRAWA BANKOWEGO)

1. W Polsce działa wiele podmiotów gospodarczych niebędących bankami, których działalność zakłada obciążanie środków pieniężnych ryzykiem w określony sposób, przy czym bardzo często chodzi o środki pozyskane na tej lub innej podstawie od innych podmiotów (w ramach wpłat na udziały lub akcje, z tytułu dopłat wspólników, z tytułu emisji obligacji, w ramach kredytu lub pożyczki itp.). Działalność części tych podmiotów jest w większym lub mniejszym stopniu reglamentowana i podlega nadzorowi państwowemu (np. fundusze inwestycyjne), działalność pozostałych nie podlega żadnym szczególnym rygorom albo niewielkim i zasadza się na gwarantowanej konstytucyjnie zasadzie swobody działalności gospodarczej. W pierwszym przypadku właściwe przepisy na ogół określają, i to dość szczegółowo, dopuszczalne formy pozyskiwania przez podmiot danego rodzaju środków pieniężnych od innych podmiotów na prowadzoną działalność (np. fundusze inwestycyjne gromadzą środki na określoną w ich statutach działalność inwestycyjną, emitując i zbywając certyfikaty inwestycyjne lub jednostki uczestnictwa). W drugim przypadku natomiast tego nie normują. Z jednej strony może to dawać asumpt do twierdzenia, że pozostawia się w ten sposób zainteresowanym pełną swobodę w tym zakresie, z drugiej wszakże rodzić pytanie o to, czy określone ograniczenia nie wynikają

tu z art. 171 ust. 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe¹, który kryminalizuje prowadzenie bez zezwolenia działalności polegającej na gromadzeniu środków pieniężnych innych podmiotów w celu obciążania ich ryzykiem. Celem tego wywodu jest udzielenie odpowiedzi na to właśnie, bardzo praktyczne pytanie. Nie jest to wprawdzie kwestia nowa, ale wolno sądzić, że ani doktrynie prawa karnego, ani doktrynie prawa bankowego nie udało się jej dotąd do końca wyświecić, a z obserwacji praktyki prawniczej wiem, że intuicje interpretacyjne są w tym wypadku bardzo różnicowane; niektórzy mają wątpliwości sięgające tego, czy prowadzenie przez podmiot niebędący bankiem działalności zakładającej obciążanie środków pieniężnych ryzykiem, jeżeli ma być ona finansowana nie z kapitałów własnych, lecz źródeł zewnętrznych, jest w ogóle dopuszczalne.

2. Artykuł 171 ust. 1 pr. bank.² należy do stosunkowo licznej w polskim ustawodawstwie grupy pozakodeksowych przepisów karnych, które kryminalizują prowadzenie określonej działalności bez wymaganego przez prawo zezwolenia (koncesji). W tym wypadku chodzi o „działalność polegającą na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób fizycznych, osób prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, w celu udzielania kredytów, pożyczek pieniężnych lub obciążania ryzykiem tych środków w inny sposób”. Analizowany przepis jest jednym z kilku przepisów typizujących zamieszczonych w prawie bankowym; pozostałe również stanowią jednostki redakcyjne art. 171 pr. bank.

3. Poszczególne przepisy art. 171 pr. bank. określają przestępstwa nie zawsze skierowane przeciwko tym samym dobrom prawnym, ale przestępstwa te łączy jedno – koniecznym dla ich popełnienia podłożem czy punktem odniesienia jest działalność bankowa, chociażby prowadzona

¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1896 ze zm.; dalej: pr. bank.

² Artykuł 171 ust. 1 pr. bank. ma obecnie następujące brzmienie: „Kto bez zezwolenia prowadzi działalność polegającą na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób fizycznych, osób prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, w celu udzielania kredytów, pożyczek pieniężnych lub obciążania ryzykiem tych środków w inny sposób, podlega grzywnie do 20 000 000 złotych i karze pozbawienia wolności do lat 5”.

nielegalnie. Uwzględniając tę cechę charakterystyczną przestępstw stygizowanych w przepisach art. 171 pr. bank., jak również cel i zakres przedmiotowy aktu prawnego, w jakim przepisy te zamieszczono³, wolno stwierdzić, że przepisy te służą w ogólności ochronie stabilności, bezpieczeństwa i prawidłowości funkcjonowania krajowego systemu bankowego, a także zaufania klientów do tego systemu. W ten właśnie sposób, w zasadzie zgodnie, ujmuje się tzw. rodzajowy przedmiot ochrony przepisów art. 171 pr. bank. w piśmiennictwie⁴. Jeżeli występują tu jakieś różnice między poszczególnymi autorami, to mają one na ogół charakter nie tyle merytoryczny, ile językowy (redakcyjny) lub wynikają z ujmowania rozważanej kwestii na różnych poziomach uogólnienia. Wskazane wyżej aspekty rodzajowego przedmiotu ochrony przepisów art. 171 pr. bank. Piotr Ochman charakteryzuje bliżej następująco:

- a. stabilność systemu bankowego wyraża się w ochronie dostępu do prowadzenia działalności bankowej przed podmiotami do tego nieuprawnionymi, nieposiadającymi odpowiednich zabezpieczeń majątkowych, technicznych, personalnych, niedających wreszcie możliwości sprawowania nad nimi efektywnego nadzoru;
- b. bezpieczeństwo systemu bankowego zasadza się na stworzeniu należytych ram instytucjonalnych działalności bankowej, zapewniających możliwość odpowiednio wczesnego reagowania na

³ Por. zwłaszcza art. 1 pkt. 1,2 i 4 pr. bank. („Ustawa określa: 1) zasady prowadzenia działalności bankowej, tworzenia i organizacji banków, oddziałów i przedstawicielstw banków zagranicznych, a także oddziałów instytucji kredytowych 2) zasady postępowania naprawczego, likwidacji i upadłości banków”); (...) 4) zasady sprawowania nadzoru bankowego, w tym nadzoru skonsolidowanego oraz 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”).

⁴ Por. np. J. MAJEWSKI, *Przestępstwa związane z działalnością banków oraz obrotem pieniężnym i papierami wartościowymi*, [w:] *Prawo karne gospodarcze*, red. O. GÓRNIOK, Warszawa 2003, s. 272; P. OCHMAN, *Ochrona działalności bankowej w polskim prawie karnym gospodarczym. Przepisy karne ustaw bankowych*, Warszawa 2011, s. 104 i 210–212; J. SKORUPKA, [w:] *System Prawa Karnego, XI: Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe*, red. M. BOJARSKI, Warszawa 2014, s. 543.

zagrożenia dla systemu (zapewnienie odpowiednich kwalifikacji podmiotów prowadzących działalność bankową oraz realizowanie niezbędnych wymogów nadzorczych);

- c. zaufanie do systemu bankowego jest z kolei efektem dwóch czynników: rozwiązań instytucjonalnych (licencjonowanie działalności bankowej buduje przekonanie, że działalność ta jest wykonywana przez profesjonalistów) oraz traktowania przez społeczeństwo działalności bankowej jako swego rodzaju działalności zaufania publicznego, opartej na dyskrecji i przekonaniu, że informacje powierzone tym instytucjom nie wydadzą się na zewnątrz⁵.

Nie ulega wątpliwości, że system bankowy jest współcześnie bardzo ważnym ogniwem systemu finansowego państwa, a w konsekwencji istotnym elementem każdej rozwiniętej gospodarki. Nielegalna działalność bankowa na szerszą skalę to zjawisko występujące w Polsce powojennej – podobnie jak inne zjawiska patologiczne charakterystyczne dla gospodarki wolnorynkowej – dopiero od transformacji ustrojowej, jaka dokonała się w końcu lat 80. ubiegłego wieku. Jej organizatorzy jako prawnorganizacyjną formę swego proceduru wybierają zazwyczaj formułę spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (przeważnie z kapitałem założycielskim w wysokości równej minimum wymaganemu przez prawo, bywa że i tak faktycznie niewnoszonym). Naturalnie, pamiętać trzeba, że ochrona ze strony prawa karnego, jakiej wymienionym wyżej wartościom – fundamentom dobrze działającego systemu bankowego udzielają przepisy art. 171 pr. bank., ma charakter subsydiarny względem innych środków ochrony tego systemu, w szczególności środków ochrony instytucjonalnej.

4. Konkretyzując przedmiot ochrony art. 171 pr. bank. do poziomu tzw. indywidualnego przedmiotu ochrony, poszczególni przedstawiciele doktryny używają rozmaitych określeń i akcentują różne momenty, co jest, jak się zdaje, pochodną wieloaspektowości rodzajowego przedmiotu ochrony, którego charakterystyka stanowi tu przecież punkt wyjścia. Łatwo jednak w tych różniących się w szczegółach ujęciach uchwycić to, co się w wielu z nich powtarza. Mianowicie, bardzo często podkreśla się, że analizowany przepis służy ochronie zarówno zbiorowych

⁵ P. OCHMAN, *op. cit.*, s. 210–212.

(ponadindywidualnych), jak i indywidualnych interesów członków społeczeństwa zagrożonych przedsięwzięciami podmiotów uprawiających działalność bankową nielegalnie, poza wszelką kontrolą i zabezpieczeniami, przewidzianymi przez prawo⁶; często wyraźnie zaznacza się, że interesy zbiorowe (ponadindywidualne) wysuwają się tu na pierwszy plan⁷; gdy chodzi o ochronę interesów indywidualnych, na ogół wskazuje się interesy deponentów⁸ oraz interesy samych banków jako instytucji, którym z mocy prawa przysługuje wyłączna kompetencja do wykonywania pewnych czynności⁹, w tym ich wiarygodność¹⁰. Odpowiednio rozbudowaną analizę indywidualnego przedmiotu ochrony art. 171 pr. bank. przedstawił w szczególności P. Ochman, który podkreśla, że chodzi tu o dobro o charakterze mieszanym, społeczno-indywidualnym. Aspekt społeczny (ponadindywidualny) konstytuuje jego zdaniem ochrona stabilności, bezpieczeństwa i zaufania do systemu bankowego, w którym działalność bankowa prowadzona jest przez podmioty dające rękojmnię prawidłowego jej wykonywania oraz podlegające właściwemu nadzorowi, natomiast aspekt indywidualny – ochrona między innymi

⁶ Por. np. J. MAJEWSKI, *Odpowiedzialność karna za przestępstwo określone w art. 171 ust. 1 prawa bankowego*, «Prawo Bankowe» 6/1998, s. 99; IDEM, *Przestępstwa...*, s. 275; R. ZAWŁOCKI, *Przestępstwa przeciwko obrotowi finansowemu. Przepisy karne z ustaw finansowych. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 122; P. OCHMAN, *op. cit.*, s. 219; J. SKORUPKA, *Prawo karne gospodarcze. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 207; IDEM, [w:] *System...*, s. 546; Ł. DUŚKO, *Odpowiedzialność karna za nielegalne prowadzenie działalności bankowej*, «Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych» 2/2018, s. 135; postanowienie SN z 8 marca 2016 r., IV KK 16/16, «Lex» nr 2013457. podobnie jeszcze na tle art. 115¹ pkt 1 prawa bankowego z 1989 r. O. GÓRNIOK, *Artykuł 115 prawa bankowego a działalność parbankowa*, «Przegląd Sądowy» 4/1997, s. 53.

⁷ Por. np. P. OCHMAN, *op. cit.*, s. 219; J. SKORUPKA, *Prawo...* s. 207; IDEM, [w:] *System...*, s. 546.

⁸ Por. np. R. ZAWŁOCKI, *op. cit.*, s. 122; P. OCHMAN, *op. cit.*, s. 219; J. SKORUPKA, *Prawo...* s. 207; IDEM, [w:] *System...*, s. 546.

⁹ Por. J. MAJEWSKI, *Odpowiedzialność karna...*, s. 99; IDEM, *Przestępstwa...*, s. 275; O. GÓRNIOK, *op. cit.*, s. 53; R. ZAWŁOCKI, *op. cit.*, s. 122; P. OCHMAN, *op. cit.*, s. 219; J. SKORUPKA, *Prawo...* s. 207; IDEM, [w:] *System...*, s. 546.

¹⁰ Por. M. BOJARSKI, W. RADECKI, *Przewodnik po pozakodeksowym prawie karnym*, Wrocław 1999, s. 532, gdzie jako dobro chronione wskazuje się właśnie „wiarygodność banków”.

interesu deponentów, których wkłady obciążone ryzykiem przez podmiot działający bez zezwolenia narażone są na niebezpieczeństwo utraty, a także interesu samych banków ze względu na niebezpieczeństwo zjawiska tzw. runu jako konsekwencji ewentualnego zachwiania stabilności sektora bankowego¹¹.

5. Tak zwane znamię czasownikowe typu czynu zabronionego określonego w art. 171 ust. 1 pr. bank., stanowiące zwornik zespołu jego przedmiotowych znamion, jest określone przez zwrot „prowadzi działalność polegającą na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób fizycznych, osób prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej”.

Użycie zwrotu „prowadzi działalność” w opisie znamienia czasownikowego czynu zabronionego stypizowanego w art. 171 ust. 1 pr. bank. sprawia, że nie w każdym przypadku zbieranie bez zezwolenia środków pieniężnych od innych podmiotów stanowi urzeczywistnienie tego znamienia; jest tak tylko wówczas, gdy ów proceder przybiera pewien stopień zorganizowania, tak że można go nazwać „prowadzeniem działalności”. Oznacza to, że nie chodzi tu o jakąś pojedynczą czynność czy jednorazowe działanie, ale cały splot czynności i działań, połączonych ze sobą wspólnym przedmiotem (gromadzenie środków pieniężnych innych podmiotów) i celem (obciążanie tych środków ryzykiem), co uwydatnia dodatkowo posłużenie się określeniem „gromadzenie” w odniesieniu do „środków pieniężnych”¹². W każdym razie wszelkie próby „rozciągnięcia” zakresu znaczeniowego omawianego znamienia również na czynności jednorazowe (np. przyjęcie od kogoś środków pieniężnych z zamiarem wykorzystania ich w przyszłości na pożyczkę dla innej

¹¹ Por. P. OCHMAN, *op. cit.*, s. 219.

¹² Por. J. MAJEWSKI, *Odpowiedzialność karna...*, s. 101; IDEM, *Przestępstwa...*, s. 277-278; aprobująco: J. SKORUPKA, [w:] *System...*, s. 548; P. BACHMAT, *Prokuratorska praktyka ścigania przestępstw z art. 171 ust. 1 i 3 prawa bankowego. Przypadki umorzeń oraz odmów wszczęcia postępowania*, «Prawo w Działaniu. Sprawy Karne» 18/2014, s. 138; M. BŁOTNICKI, *Bezprawne prowadzenie działalności bankowej. Glosa do wyroku s.apel. z dnia 26 kwietnia 2017 r., II AKa 31/17*, «Glosa» 2/2019, s. 133, dostęp: «Lex» – wersja elektroniczna; podobnie P. OCHMAN, *op. cit.*, s. 229-231; P. ŻAK, *Nielegalna działalność bankowa – wybrane problemy praktyczne i interpretacyjne*, «Prokuratura i Prawo» 7-8/2016, s. 213-214; Ł. DUŚKO, *op. cit.*, s. 137-138.

osoby)¹³ należy ocenić jako niedopuszczalne, gdyż zasadzają się one na ewidentnie rozszerzającej wykładni art. 171 ust. 1 pr. bank. Taka zaś wykładnia w wypadku przepisów wyznaczających zakres kryminalizacji, do których wymieniony przepis się zalicza, jest niedozwolona z mocy konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege poenali anteriori* (art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji RP). Jedną ze składowych owej zasady jest wszak szczegółowa zasada *nullum crimen sine lege stricta*, wyrażająca określone zakazy wykładniowe, w szczególności zakaz stosowania przepisów typizujących do czynów nimi nieobjętych na podstawie analogii oraz właśnie zakaz rozszerzającej wykładni tych przepisów.

O ile „działalność”, o której mowa w art. 171 ust. 1 pr. bank., musi osiągnąć pewien stopień zorganizowania, o tyle nie musi mieć charakteru zarobkowego¹⁴ ani tym bardziej zawodowego¹⁵. Dla bytu przestępstwa określonego w tym przepisie nie ma też znaczenia, czy w ogóle, a jeżeli tak, to na ile udanie sprawca stara się stworzyć pozory, że jego działalność jest działalnością zgodną z prawem, w szczególności działalnością „prawdziwego” banku¹⁶.

6. Jak widać, brany czysto językowo zakres zwrotu „prowadzi działalność polegającą na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób fizycznych, osób prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej” jest dosyć pojemny. Zakres zastosowania art. 171 ust. 1 pr. bank. istotnie ogranicza jednak tzw. klauzula normatywna „bez zezwolenia”, a w pewnej mierze także znamię określające cel działania sprawcy („w celu udzielania kredytów, pożyczek pieniężnych lub obciążania ryzykiem tych środków w inny sposób”).

Klauzula normatywna „bez zezwolenia”, stosunkowo często występująca w przepisach prawa karnego gospodarczego, współwyznacza w art. 171 ust. 1 pr. bank. granice bezprawności czynów, które sprowadzają się

¹³ Por. A. ŚWISTAK, *Firmy „systemu argentyńskiego” – prawo czy bezprawie*, «Monitor Prawniczy» 10/2002, s. 844.

¹⁴ Por. J. MAJEWSKI, *Odpowiedzialność karna...*, s. 101; IDEM, *Przestępstwa...*, s. 278; aprobujać m.in. J. SKORUPKA, [w:] *System...*, s. 548.

¹⁵ Por. np. P. OCHMAN, *op. cit.*, s. 231-232.

¹⁶ Por. J. MAJEWSKI, *Odpowiedzialność karna...*, s. 101; aprobujać Sąd Najwyższy w wyroku z 24 kwietnia 2018 r., V KK 384/17, «OSNKW» 9/2018, poz. 59.

do prowadzenia działalności polegającej na gromadzeniu cudzych środków pieniężnych w celu ich obciążania ryzykiem w jakikolwiek sposób¹⁷. Z jednej strony sygnalizuje ona, że mamy do czynienia z działalnością prawnie reglamentowaną, działalnością należącą do sfery, w której konstytucyjna zasada wolności (swobody) działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji RP) doznaje ograniczeń, z drugiej zaś – co jest jej podstawową funkcją¹⁸ – odsyła ona do przepisów określających, jakiego rodzaju są to ograniczenia oraz jaki jest ich zakres, a także na jakich zasadach udzielane są zezwolenia na prowadzenie reglamentowanej działalności.

Status klauzuli normatywnej „bez zezwolenia” jako elementu współwyznaczającego granice bezprawności czynów, o których mowa w art. 171 ust. 1 pr. bank., jest bardzo doniosły. Jak bowiem wiadomo, jednym z powszechnie aprobowanych założeń analizy karnistycznej jest od dawna teza, że podstawą odpowiedzialności karnej mogą być jedynie takie zachowania się, które są niezgodne z prawem, że karalne może być tylko to, co bezprawne¹⁹; myśl tę rozwija się często wskazaniem, że nie mogą być w związku z tym karalne zachowania się przez prawo dozwolone ani tym bardziej nakazane.

Zawarta w art. 171 ust. 1 pr. bank. klauzula normatywna jest sformułowana bardzo ogólnie, w szczególności nie określa przepisów, do których odsyła (tzw. przepisy odesłania). Nie powinno być jednak wątpliwości, że chodzi o przepisy normujące prowadzenie działalności bankowej. Przesądza o tym zakres przedmiotowy aktu prawnego, którego art. 171 ust. 1 pr. bank. jest częścią. Prawo bankowe normuje właśnie prowadzenie działalności bankowej²⁰, reglamentując ją w określony sposób. Mając to na uwadze, zasadnie podkreśla się w literaturze przedmiotu, że art.

¹⁷ Por. np. J. MAJEWSKI, *Przestępstwa...*, s. 279; J. SKORUPKA, [w:] *System...*, s. 547.

¹⁸ Więcej o klauzulach normatywnych w przepisach typizujących oraz ich funkcji – zob. np. S. ŻÓŁTEK, *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego*, Warszawa 2017, s. 304 i n.

¹⁹ Więcej na temat bezprawności jako warunku przestępczości – zob. Z. JĘDRZEJEWSKI, *Bezprawność jako element przestępczości czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009.

²⁰ Por. art. 1 pr. bank. (cytowany wyżej w przyp. 3).

171 ust. 1 pr. bank. kryminalizuje nielegalne prowadzenie działalności gospodarczej generalnie zastrzeżonej ustawą wyłącznie dla banków²¹.

Działalność bankowa (art. 1 pr. bank.) to wszelka działalność, która może być wykonywana przez banki²². Jest to działalność, której możliwy zakres jest prawnie limitowany. Z art. 5 i 6 pr. bank. wynika, że banki mogą wykonywać wyłącznie czynności bankowe, zdefiniowane w art. 5 ust. 1 i 2 pr. bank., oraz czynności wymienione w art. 6 ust. 1 pr. bank.

Jak wiadomo, obowiązujące przepisy nie ustanawiają monopolu banków na wykonywanie wszystkich rodzajów czynności, które mogą być przedmiotem działalności bankowej. Z art. 5 ust. 4 pr. bank. wynika, że monopolem takim²³ objęto jedynie część czynności bankowych, mianowicie te wymienione w art. 5 ust. 1 pr. bank. Jest to okoliczność nader istotna z punktu widzenia analizowanego zagadnienia, ponieważ wynika z niej, że znamiona czynu zabronionego stypizowanego w art. 171 ust. 1 pr. bank. mogą zostać wypełnione przez takie tylko formy prowadzenia działalności polegającej na gromadzeniu środków pieniężnych innych podmiotów, które wkraczają w sferę czynności bankowych wymienionych w art. 5 ust. 1 pr. bank.²⁴ W świetle tego ustalenia łatwiej zrozumieć, dlaczego w art. 171 ust. 1 pr. bank. dla określenia znamienia czynności sprawczej użyto zwrotu „prowadzi działalność polegającą na gromadzeniu środków pieniężnych...”, nie zaś prostszego zwrotu

²¹ Por. np. K. PŁOŃCZYK, P. PODLASKO, [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, red. F. ZOLL, II, Warszawa 2005, s. 785-786; P. OCHMAN, *op. cit.*, s. 232-233.

²² Por. Z. OFIARSKI, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013, teza 3 do art. 1. Niektórzy zakres terminu „działalność bankowa”, użytego w art. 1 pr. bank., ograniczają wyłącznie do wykonywania czynności bankowych – tak np. E. FOJCIK-MASTAŁSKA, [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*⁵, red. E. FOJCIK-MASTAŁSKA, Warszawa 2007, s. 13. Więcej na temat pojęcia działalności bankowej – zob. W. Srokosz, *Pojęcie „działalności bankowej” w polskim prawie*, «Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego» 12/2006, s. 14 i n.

²³ Nie jest to monopol pełny (bezwzględny) – por. art. 5 ust. 5 pr. bank., który to sygnalizuje.

²⁴ Odmiennie P. BACHMAT, *op. cit.*, s. 143, który dopuszcza wypełnienie znamion czynu zabronionego określonego w art. 171 ust. 1 pr. bank. także przez wykonywanie czynności wymienionych w art. 5 ust. 2 oraz art. 6 ust. 1 pr. bank., choć w odniesieniu do takich czynności „jedynie wyjątkowo”.

„gromadzi środki pieniężne...”. Użycie słowa „działalność” nawiązuje do brzmienia art. 5 ust. 4 pr. bank., w którym ustanowiono monopol banków na wykonywanie czynności wymienionych w art. 5 ust. 1 pr. bank. („Działalność gospodarcza, której przedmiotem są czynności, o których mowa w ust. 1, może być wykonywana wyłącznie przez banki, z zastrzeżeniem ust. 5”).

Dodać trzeba, że powyższe ustalenia dobrze korespondują ze zidentyfikowanym wyżej rodzajowym i indywidualnym przedmiotem ochrony art. 171 ust. 1 pr. bank. Stabilności i bezpieczeństwu krajowego systemu bankowego mogą efektywnie zagrozić takie tylko zachowania się, które naruszają monopol banków na wykonywanie czynności określonego rodzaju; tylko one też mogą w odczuwalnym stopniu nadwyrężyć zaufanie społeczeństwa do tego systemu. Zakres tego monopolu, który stanowi ograniczenie konstytucyjnie gwarantowanej wolności (swobody) działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji RP), wyznacza bowiem przecież nie co innego jak właśnie względ na konieczność ochrony wymienionych wartości. Jeśliby w ocenie prawodawcy ochrona stabilności i bezpieczeństwa krajowego systemu bankowego wymagała wprowadzenia dalej idącej reglamentacji niż stosowana obecnie, zakres monopolu banków byłby niechybnie szerszy i rozciągał się również na niektóre czy nawet wszystkie typy czynności bankowych wymienionych w art. 5 ust. 2 pr. bank. (a być może także niektóre czy nawet wszystkie czynności wymienione w art. 6 ust. 1 pr. bank.).

Spostrzeżenie, że ustalenie, iż znamiona czynu zabronionego stypizowanego w art. 171 ust. 1 pr. bank. mogą zostać wypełnione przez takie tylko formy prowadzenia działalności polegającej na gromadzeniu środków pieniężnych innych podmiotów, które wkraczają w sferę czynności bankowych wymienionych w art. 5 ust. 1 pr. bank., w pełni współgra z przedmiotem ochrony art. 171 ust. 1 pr. bank. – jest o tyle istotne, że współcześnie w analizach karnistycznych w pełni zasadnie i w zasadzie zgodnie przyjmuje się, że określenie przedmiotu ochrony (dobra chronionego) dookreśla znamiona każdego czynu zabronionego. Zachowanie się, które nie stanowi zagrożenia dla dobra prawnego stanowiącego przedmiot ochrony przepisu typizującego, jest w konsekwencji

traktowane jako zachowanie się, które nie wypełnia znamion czynu zabronionego stypizowanego w tym przepisie²⁵.

7. Czynnościami, których wykonywanie jest objęte monopolem banków (tzw. czynności bankowe *sensu stricto*), są *de lege lata*, z mocy art. 5 ust. 1 pr. bank., następujące czynności:

- a. przyjmowanie wkładów pieniężnych płatnych na żądanie lub z nadejściem oznaczonego terminu oraz prowadzenie rachunków tych wkładów;
- b. prowadzenie innych rachunków bankowych;
- c. udzielanie kredytów;
- d. udzielanie i potwierdzanie gwarancji bankowych oraz otwieranie i potwierdzanie akredytyw;
- e. emitowanie bankowych papierów wartościowych;
- f. przeprowadzanie bankowych rozliczeń pieniężnych;
- g. wykonywanie innych czynności przewidzianych wyłącznie dla banku w odrębnych ustawach²⁶.

Wzgląd na istotę (charakterystykę) wyliczonych wyżej typów czynności przesądza o tym, że jedynie wykonywanie niektórych z nich mogłyby się zmieścić w zakresie znaczeniowym terminu „gromadzenie środków pieniężnych innych osób fizycznych, osób prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej”. Bez wątplenia do tej grupy zaliczyć należy typy czynności składające się tradycyjnie na tzw. działalność depozytową banków, tj. „przyjmowanie wkładów pieniężnych płatnych na żądanie lub z nadejściem oznaczonego terminu oraz prowadzenie rachunków tych wkładów” (art. 5 ust. 1 pkt 1 pr. bank.) oraz „prowadzenie innych rachunków bankowych” (art. 5 ust. 1 pkt 2

²⁵ Por. np. A. ZOLL, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna, I: Komentarz do art. 1-52*⁵, red. W. WRÓBEL, A. ZOLL, Warszawa 2016, s. 60, uwaga 70 do art. 1 oraz s. 31, uwaga 12 do art. 1.

²⁶ Za przykład „czynności przewidzianych wyłącznie dla banku w odrębnych ustawach” mogą posłużyć czynności depozytariusza przewidziane w ustawie z 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 105 ze zm.). Zgodnie z art. 157 i 158 ust. 1 wymienionej ustawy fundusz emerytalny jest obowiązany wybrać depozytariusza, którym może być wyłącznie bank krajowy.

pr. bank.). *Prima facie* do „gromadzenia środków pieniężnych innych osób fizycznych, osób prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej” mógłby też zostać wykorzystany typ czynności bankowej określony jako „emitowanie bankowych papierów wartościowych” (art. 5 ust. 1 pkt 5 pr. bank.), skoro w myśl art. 90 ust. 1 pr. bank. bankowy papier wartościowy „służy gromadzeniu przez banki środków pieniężnych w złotych lub w innej walucie wymiennej”, a w pewnym zakresie i pod pewnymi warunkami być może też typ czynności bankowej określony jako „przeprowadzanie bankowych rozliczeń pieniężnych” (art. 5 ust. 1 pkt 6 pr. bank.). Z kolei spośród czynności przewidzianych wyłącznie dla banków „w odrębnych ustawach” (por. art. 5 ust. 1 pkt 7 pr. bank.) mogłoby chodzić o dwa typy czynności przewidziane odpowiednio w art. 12 pkt 4 i 5 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o listach zastawnych i bankach hipotecznych²⁷, mianowicie „emitowanie hipotecznych listów zastawnych, których podstawę stanowią wierzytelności banku hipotecznego z tytułu: a) udzielonych kredytów zabezpieczonych hipoteką oraz b) nabytych wierzytelności innych banków z tytułu udzielonych przez nie kredytów zabezpieczonych hipoteką” oraz „emitowanie publicznych listów zastawnych, których podstawę stanowią: a) wierzytelności banku hipotecznego z tytułu udzielonych kredytów niezabezpieczonych hipoteką [...], b) nabyte przez bank hipoteczny wierzytelności innych banków z tytułu udzielonych przez nie kredytów niezabezpieczonych hipoteką [...]”. Naturalnie, z praktycznego punktu widzenia najistotniejsze znaczenie mają czynności bankowe wymienione w art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2 pr. bank., polegające na prowadzeniu rachunków bankowych. Natrafienie na przypadek, w którym proceder nielegalnego gromadzenia środków pieniężnych innych osób w celu obciążania tych środków ryzykiem zasadzałby się na czynnościach naruszających monopol banków na emitowanie bankowych papierów wartościowych, jest bardzo mało prawdopodobne – z uwagi na to, że obowiązujące przepisy określają cechy tego papieru wartościowego w sposób na tyle mało dystynktywny (por. art. 90 pr. bank.), że naruszenie rzeczzonego monopolu na tym odcinku można by stwierdzić właściwie tylko wtedy,

²⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 415; dalej: u.l.z.b.h.

gdyby w zamian za gromadzone środki wydawano wpłacającym jako papier wartościowy coś, co nie odpowiada żadnemu typowi papieru wartościowego przewidzianemu wyraźnie przez obowiązujące przepisy (tzn. coś, co w ogóle nie jest papierem wartościowym, jeżeli przyjąć zasadę *numerus clausus* typów papierów wartościowych), a zarazem zostało to przez „emitenta” określone jako „bankowy papier wartościowy”²⁸. Analogicznie sprawa przedstawia się z typami czynności polegających na emitowaniu hipotecznych albo publicznych listów zastawnych. Z kolei mechanizm bankowych rozliczeń pieniężnych z uwagi na jego naturę praktycznie w ogóle nie nadaje się na efektywny schemat prowadzenia procedury, o którym mowa. Z tego względu typ czynności bankowej wymieniony w art. 5 ust. 1 pkt 6 pr. bank. w dalszych rozważaniach pominiemy.

Jest znamienne, że w art. 171 ust. 1 pr. bank. nie zamieszczono wyraźnego odesłania do odpowiednich punktów art. 5 ust. 1 pr. bank., lecz w sposób zupełny (autonomiczny) opisano czynność sprawczą jako „gromadzenie środków pieniężnych innych osób fizycznych, osób prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej”. Wydaje się, że był to zabieg celowy, że chodziło o wyraźne przesądzenie, że istotna z punktu widzenia art. 171 ust. 1 pr. bank. jest nie nazwa czy forma danego zespołu czynności, lecz istota tych czynności (ich merytoryczny sens). Dzięki temu zabiegowi techniczno-redakcyjnemu nie może ulegać wątpliwości, że zakres zastosowania art. 171 ust. 1 pr. bank. obejmuje wszelkie przejawy prowadzenia działalności polegającej na gromadzeniu środków pieniężnych od innych podmiotów, wkraczające w sferę zastrzeżonych dla banków czynności bankowych określonych w art. 5 ust. 1 pr. bank., niezależnie od tego, jaką postać i formę, w szczególności formułę prawną, w konkretnym przypadku to przybiera²⁹. Na przykład środki pieniężne, przyjmowane w ramach

²⁸ W zbliżony sposób patrzą na tę kwestię W. SROKOSZ i M. URBAN-THEOCHARAKIS, *Zakaz przyjmowania depozytów i innych funduszy podlegających zwrotowi w dyrektywie CRD IV odnoszącej się do podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe*, «Lex/el.», pkt 4.

²⁹ Por. J. MAJEWSKI, *Odpowiedzialność karna...*, s. 101; IDEM, *Przestępstwa...*, s. 278; aprobująco: P. ŻAK, *op. cit.*, s. 216; M. BŁOTNICKI, *op. cit.*, s. 133.

procederu nielegalnego gromadzenia środków pieniężnych innych osób (w celu ich obciążania ryzykiem), nie muszą być określane przez sprawców w relacjach z „klientami” jako „depozyty” czy „lokaty”; przeciwnie, w ramach *modus operandi* sprawcy może zostać użyta, powiedzmy, formuła prawna pożyczki.

8. Z dotychczasowego wywodu wynika, że udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy są podstawy ku temu, by działalność prowadzoną w ramach podmiotu, który nie jest bankiem ani innym podmiotem uprawnionym do wykonywania czynności bankowych, kwalifikować jako wypełniającą przedmiotowe znamiona czynu zabronionego określonego w art. 171 ust. 1 pr. bank., jest bez reszty uzależnione od rozstrzygnięcia kwestii, czy działalność ta narusza ustawy monopol banków w sferze czynności bankowych wymienionych w art. 5 ust. 1 pr. bank., a w praktyce – w sferze czynności bankowych wymienionych w art. 5 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 pr. bank. oraz art. 12 pkt 4 i 5 u.l.z.b.h. Charakterystycznym rysem wszystkich tych czynności jest to, że bank przyjmuje w ich ramach środki od innych podmiotów pod tytułem zwrotnym (staje się ich właścicielem tylko w sensie prawnym, w sensie ekonomicznym należą one nadal do deponenta). Na płaszczyźnie normatywnej właściwość tę w odniesieniu do czynności bankowych wymienionych w art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2 pr. bank. wyrażają przepisy określające umowę rachunku bankowego jako typ umowy nazwanej (art. 725 i n. k.c.), które wyraźnie stanowią (art. 726 k.c.), że bank może obracać czasowo wolne środki pieniężne zgromadzone na rachunku bankowym, ale z obowiązkiem ich zwrotu w całości lub w części (na każde żądanie, chyba że umowa uzależnia obowiązek zwrotu od wypowiedzenia). Jak wiadomo, umowa rachunku bankowego stanowi podstawę prawną prowadzenia rachunku bankowego, a o taki typ czynności przecież chodzi zarówno w art. 5 ust. 1 pkt 2 pr. bank., jak i w art. 5 ust. 1 pkt 1 pr. bank.³⁰ Z kolei w odniesieniu do czynności bankowej wymienionej w art. 5 ust. 1 pkt 5 pr. bank. rozważaną właściwość wyprowadza się z art. 90 ust. 1 pr. bank., niekiedy trafnie przy tym podkreślając, że bankowe papiery wartościowe są

³⁰ Por. słowo „innych” w wyrażeniu „innych rachunków bankowych” użytym w art. 5 ust. 1 pkt 2 pr. bank. (podkreślenie moje, J.M.).

instrumentem przynależącym do „działalności depozytowej banków”³¹. Wreszcie, w wypadku czynności bankowych wymienionych w art. 12 pkt 4 i 5 u.l.z.b.h. rzeczona właściwość wynika z art. 3 ust. 1 i 3, art. 4 i art. 6 ust. 1 pkt 5 u.l.z.b.h.

Chcąc uwypuklić rozważaną obecnie okoliczność, wielu komentatorów art. 171 ust. 1 pr. bank. podkreśla, że zakres zastosowania tego przepisu obejmuje wyłącznie takie przypadki, w których przyjmowanie „środków pieniężnych innych osób fizycznych, osób prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej” następuje pod (jakimkolwiek) tytułem zwrotnym³². Zresztą, tylko wówczas, jak już wspomniano, zachodzi ryzyko naruszenia interesów, które omawiany przepis chroni. Wydaje się, że autorzy, którzy podają w wątpliwość istnienie omawianego ograniczenia czy wręcz je negują³³, nie uwzględniają należycie kontekstu normatywnego art. 171 ust. 1 pr. bank., wyznaczającego jego przedmiot ochrony i przez to dookreślającego jego funkcję. Wynika stąd ważne spostrzeżenie, że poza zakresem znamion przedmiotowych czynu zabronionego stypizowanego w art. 171 ust. 1 pr. bank. leżeć będą stany faktyczne, w których gromadzone przez dany podmiot środki pieniężne przyjmowane są od innych podmiotów nie pod tytułem zwrotnym, lecz bez obowiązku ich zwrotu, chociażby nawet krąg tych podmiotów był potencjalnie nieograniczony (np. pozyskiwanie środków pieniężnych w ramach zbiórki publicznej, z tytułu darowizn, z tytułu wpłat na akcje w spółce akcyjnej lub komandytowo-akcyjnej albo na udziały w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością). Pamiętać jednak trzeba, że niekiedy osoby bezprawnie naruszające monopol banków próbują to ukryć, kształtując „infrastrukturę prawną” swego procederu w taki sposób, by *prima facie* powstawało wrażenie, że chodzi o przyjmowanie środków od innych podmiotów bez obowiązku ich

³¹ Por. np. A. KAWULSKI, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013, teza 1 do art. 90.

³² Por. J. MAJEWSKI, *Odpowiedzialność karna...*, s. 101; IDEM, *Przestępstwa...*, s. 278; R. ZAWŁOCKI, *op. cit.*, s. 125; E. FOJCIK-MASTALSKA, *op. cit.*, s. 800; aprobująco np.: P. ŻAK, *op. cit.*, s. 212 przyp. 14 i s. 219; Sąd Najwyższy w wyroku z 24 kwietnia 2018 r., V KK 384/17, «OSNKW» 9/2018, poz. 59.

³³ J. SKORUPKA, [w:] *System...*, s. 549; M. BŁOTNICKI, *op. cit.*, s. 134.

zwrotu, na przykład wpłaty zarachowuje się formalnie jako wkład za objęcie udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, która jest wykorzystywana do prowadzenia nielegalnej działalności bankowej, a zarazem w osobnej umowie gwarantuje się wpłacającemu, że co roku z tytułu dywidendy związanej z tym udziałem będzie mu wypłacana kwota równa określonemu procentowi wpłaconej przez niego sumy oraz że po upływie uzgodnionego czasu suma ta zostanie mu zwrócona w ramach transakcji odkupu udziału w spółce.

9. Z tego, że znamiona przedmiotowe czynu zabronionego stypizowanego w art. 171 ust. 1 pr. bank. nie obejmują przypadków, w których środki pieniężne, gromadzone przez podmiot niebędący bankiem w ramach nakierowanej na to działalności, przyjmowane są od innych podmiotów bez obowiązku ich zwrotu, nie wynika naturalnie, że pod znamiona te podpadają wszystkie przypadki, w których następuje to pod tytułem zwrotnym. Pamiętać bowiem trzeba, o czym była już mowa, że art. 171 ust. 1 pr. bank. kryminalizuje wyłącznie zachowania się bezprawne. Toteż za każdym razem, kiedy badamy określony przypadek gromadzenia środków pieniężnych od innych podmiotów pod tytułem zwrotnym, w celu obciążania tych środków ryzykiem, przez podmiot niebędący bankiem pod kątem art. 171 ust. 1 pr. bank., powinniśmy na podstawie całokształtu relewantnych okoliczności ustalić nie tylko to, czy spełnione są minimalne wymogi ilościowo-jakościowe przesądzające o tym, że mamy już do czynienia z „prowadzeniem działalności” w tym zakresie, lecz także to, czy prowadzenie takiej działalności jest *in concreto* bezprawne.

Ustalając, czy *in concreto* działalność polegająca na gromadzeniu środków pieniężnych innych podmiotów pod tytułem zwrotnym, w celu obciążania tych środków ryzykiem, przez podmiot niebędący bankiem jest zgodna z prawem czy bezprawna, należy naturalnie uwzględnić nie tylko przepisy ustanowione przez organy krajowe, lecz także przepisy ustanowione przez organy Unii Europejskiej, w szczególności przepisy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z 26 czerwca 2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi, zmieniającej dyrektywę 2002/87/WE i uchylającej dyrektywy

2006/48/WE oraz 2006/49/WE³⁴. Istotne są tu zwłaszcza postanowienia art. 9 ust. 1 i 2 tej dyrektywy: pierwszy z wymienionych przepisów nakłada na państwa członkowskie obowiązek wprowadzenia zakazu prowadzenia przez osoby lub przedsiębiorstwa niebędące instytucjami kredytowymi działalności polegającej na przyjmowaniu od ludności depozytów lub innych środków finansowych podlegających zwrotowi, drugi zaś stanowi, że ów obowiązek nie dotyczy przyjmowania depozytów lub innych środków finansowych podlegających zwrotowi przez państwo członkowskie, władze regionalne lub lokalne państwa członkowskiego, przez międzynarodowe instytucje publiczne, których członkiem jest co najmniej jedno państwo członkowskie, ani też przypadków wyraźnie objętych przepisami krajowymi lub unijnymi, pod warunkiem jednak, że działalność ta podlega regulacjom i mechanizmom kontroli mającym na celu ochronę deponentów i inwestorów³⁵.

Jak się wydaje, zidentyfikować można co najmniej cztery dające się zgeneralizować kategorie przypadków, w których gromadzenie środków pieniężnych innych podmiotów pod tytułem zwrotnym, w celu obciążania tych środków ryzykiem, przez podmiot niebędący bankiem nie wypełni znamion czynu zabronionego stypizowanego w art. 171 ust. 1 pr. bank. z uwagi na to, że nie będzie to działalność bezprawna³⁶.

Pierwsza kategoria obejmuje działalność podmiotów, o których mowa w art. 5 ust. 5 pr. bank., tj. innych niż bank podmiotów uprawnionych

³⁴ Dz. Urz. UE L 176 z 27 czerwca 2013 r., s. 338 ze zm.; dalej: dyrektywa 2013/36/UE.

³⁵ Trafnie znaczenie cytowanej regulacji dla wykładni art. 171 ust. 1 pr. bank. podkreślają W. SROKOSZ i M. URBAN-THEOCHARAKIS, *op. cit.*, pkt 1. Zob. też W. SROKOSZ, *Reglamentacja świadczenia usług finansowych*, «Monitor Prawa Bankowego» 3/2019, s. 97.

³⁶ Warto dodać, że zakres sytuacji, w których gromadzenie środków innych podmiotów pod tytułem zwrotnym, w celu obciążania tych środków ryzykiem, przez podmiot niebędący bankiem stanowi działalność zgodną z prawem, nie zależy w żadnej mierze od tego, jak wykląda się termin „bez zezwolenia”, użyty w art. 171 ust. 1 pr. bank.: węższej – jako ekwiwalent „nie będąc do tego uprawnionym” czy szerzej – jako ekwiwalent „nie dysponując wymaganym indywidualnym aktem administracyjnym”, co jest, jak wiadomo, kwestią sporną. Trafnie dostrzega tę okoliczność Ł. DUŚKO, *op. cit.*, s. 147.

z mocy obowiązujących przepisów do prowadzenia działalności obejmującej wykonywanie czynności wymienionych w art. 5 ust. 1 pr. bank. Jak długo podmioty te gromadzą środki pieniężne innych podmiotów pod tytułem zwrotnym na podstawie i w granicach stosownego ustawowego upoważnienia, tak długo jest to działalność legalna, co wyłącza wypełnienie znamion czynu zabronionego stypizowanego w art. 171 ust. 1 pr. bank. Za przykład może tu posłużyć działalność spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych. Zgodnie z przepisami art. 2, 3 ust. 1, art. 25 i 28 ust. 1 ustawy z 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych³⁷ kasy są spółdzielniami, których celem jest między innymi gromadzenie środków pieniężnych, co do zasady wyłącznie swoich członków, udzielanie im pożyczek i kredytów oraz przeprowadzanie na ich zlecenie rozliczeń finansowych; kasy tworzą fundusz oszczędnościowo-pożyczkowy będący w ich dyspozycji, który obejmuje środki wniesione przez członków danej kasy z tytułu wkładu członkowskiego oraz złożone przez nich oszczędności; oszczędności członka kasy złożone w kasie, niezależnie od liczby dowodów na złożone oszczędności, zapisuje się na imiennym rachunku członka kasy. Schemat gromadzenia przez kasy środków pieniężnych w zakresie, w jakim ich źródłem są oszczędności składane przez członków kas, odpowiada – co łatwo dostrzec – typom czynności bankowych, wymienionym w art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2 pr. bank.³⁸

Kolejna kategoria obejmuje działalność podmiotów, które są także z mocy obowiązujących przepisów uprawnione do prowadzenia działalności polegającej na gromadzeniu środków pieniężnych od innych podmiotów w celu ich obciążania ryzykiem – ale za pomocą innych czynności niż czynności wymienione w art. 5 ust. 1 pkt 1, 2 lub 5 pr. bank. Podobnie jak w wypadku instytucji, o których mowa w art. 5 ust. 5 pr. bank., dopóki podmioty te gromadzą środki pieniężne innych

³⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1643 ze zm.

³⁸ Nie sposób się zgodzić z twierdzeniem J. Skorupki, że spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe nie gromadzą środków pieniężnych swych członków pod tytułem zwrotnym (J. SKORUPKA, [w:] *System...*, s. 549, przyp. 122). W zakresie oszczędności składanych w kasach przez ich członków jest ono w świetle obowiązujących przepisów nie do obrony.

podmiotów pod tytułem zwrotnym na podstawie stosownego ustawowego upoważnienia i w jego granicach, dopóty jest to działalność legalna, co wyłącza wypełnienie znamion czynu zabronionego stypizowanego w art. 171 ust. 1 pr. bank. Za przykład może tu posłużyć działalność funduszy inwestycyjnych, unormowana w ustawie z 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi³⁹. W myśl art. 3 ust. 1 wymienionej ustawy są to podmioty mające osobowość prawną, których wyłącznym przedmiotem działalności jest lokowanie środków pieniężnych zebranych w drodze proponowania nabycia jednostek uczestnictwa albo certyfikatów inwestycyjnych w określone w ustawie papiery wartościowe, instrumenty rynku pieniężnego i inne prawa majątkowe. W tym wypadku przedmiotem upoważnienia ustawowego jest gromadzenie środków pieniężnych innych podmiotów „w drodze proponowania nabycia jednostek uczestnictwa albo certyfikatów inwestycyjnych”.

W obu omówionych dotąd wypadkach podkreślono, że chodzi o gromadzenie środków pieniężnych innych podmiotów przez podmiot niebędący bankiem na podstawie ustawowego upoważnienia i w granicach tego upoważnienia. W razie przekroczenia owych granic (np. jeżeli spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa przyjmuje oszczędności od innych osób niż jej członkowie) mamy do czynienia z działalnością nielegalną⁴⁰, co otwiera możliwość wypełnienia znamion czynu zabronionego stypizowanego w art. 171 ust. 1 pr. bank.

Następna kategoria obejmuje przypadki pozyskiwania finansowania zewnętrznego na określone cele, których realizacja zakłada obciążanie zgromadzonych w ten sposób środków pieniężnych ryzykiem, od podmiotów zajmujących się zawodowo udzielaniem takiego finansowania. Gromadzenie środków pieniężnych pod tytułem zwrotnym w taki sposób ponad wszelką wątpliwość nie narusza (względnego) monopolu banków na czynności wymienione w art. 5 ust. 1 pr. bank., zastrzeżonego w art. 5 ust. 4 pr. bank., chociażby nawet odbywało się w takich okolicznościach, że oferta lub zaproszenie do udzielenia finansowania było

³⁹ Tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 1605.

⁴⁰ Por. J. MAJEWSKI, *Odpowiedzialność karna...*, s. 103.

adresowane do nieoznaczonego adresata, było związane z ciągłym, wieloletnim korzystaniem z takiego finansowania, dotyczyło finansowania udzielanego równocześnie przez wiele podmiotów itd. Bardzo instruktywne jest tu zestawienie sytuacji omawianego typu z zakresem zakazu określonego w cytowanym wyżej art. 9 ust. 1 dyrektywy 2013/36/UE.

Wreszcie, ostatnia kategoria obejmuje wykorzystanie przez dany podmiot dla pozyskania zewnętrznego finansowania w ramach oferty adresowanej do nieoznaczonego kręgu adresatów lub znacznej liczby oznaczonych adresatów, w tym także osób fizycznych lub jednostek organizacyjnych nieprowadzących działalności w zakresie udzielania finansowania, instrumentu finansowego, przewidzianego w obowiązujących przepisach, w sposób zgodny z jego funkcją (społeczno-gospodarczym przeznaczeniem)⁴¹. Za przykład może tu posłużyć wyemitowanie obligacji przez podmiot do tego uprawniony na podstawie przepisów ustawy z 15 stycznia 2015 r. o obligacjach⁴² i ich zaferowanie w ramach oferty publicznej⁴³.

10. Nie wydaje się, by trafne było zawężanie zakresu zastosowania art. 171 ust. 1 pr. bank. jedynie do przypadków, w których bezprawne gromadzenie środków innych podmiotów pod tytułem zwrotnym następuje w ramach działalności „podobnej skalą i zasięgiem do działalności, jaką prowadzą instytucje kredytowe”⁴⁴. W szczególności nie uzasadnia takiego zabiegu interpretacyjnego ani wzgląd na przedmiot ochrony rozważanego przepisu, ani wzgląd na sposób wyznaczenia granic monopolu banków na czynności określone w art. 5 ust. 1 pr. bank. (z art. 5 ust. 4 pr. bank. jednoznacznie wynika, że przedmiotem tego monopolu jest wszelka działalność gospodarcza mająca za przedmiot czynności, o których mowa w art. 5 ust. 1 pr. bank., nie zaś tylko taka działalność tego rodzaju, która osiąga określone zasięg lub skalę).

⁴¹ Por. art. 9 ust. 2 *in fine* dyrektywy 2013/36/UE.

⁴² Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1208 ze zm.

⁴³ Podobnie W. SROKOSZ, M. URBAN-THEOCHARAKIS, *op. cit.*, pkt 4.

⁴⁴ Tak jednak W. SROKOSZ, *Reglamentacja...*, s. 97.

ZAKRES KRYMINALIZACJI NIELEGALNEJ DZIAŁALNOŚCI DEPOZYTOWEJ (PRZYZYNEK DO WYKŁADNI ART. 171 UST. 1 PRAWA BANKOWEGO)

Streszczenie

Działalność banków podlega w Polsce, podobnie jak w innych krajach, ścisłej reglamentacji prawnej i intensywnemu nadzorowi państwa. Jej najistotniejszym przejawem jest działalność depozytowo-kredytowa. Efektywnej ochronie względnie monopolu banków na prowadzenie działalności depozytowej służy między innymi art. 171 ust. 1 pr. bank., który przewiduje odpowiedzialność karną za prowadzenie bez zezwolenia działalności polegającej na gromadzeniu środków pieniężnych innych podmiotów w celu udzielania kredytów, pożyczek pieniężnych lub obciążania ryzykiem tych środków w inny sposób. Celem artykułu jest możliwie precyzyjne wyznaczenie zakresu kryminalizacji wyznaczonego przez ten przepis. Jest to kwestia praktycznie doniosła, gdyż w Polsce działa wiele podmiotów gospodarczych niebędących bankami, których działalność zakłada obciążanie środków pieniężnych ryzykiem w określony sposób. Jeżeli są to środki pieniężne pozyskane w ramach tzw. zewnętrznego finansowania, a często tak bywa, rodzi się pytanie o stosunek tego rodzaju działalności do art. 171 ust. 1 pr. bank. Autor dowodzi, że zakres zastosowania tego przepisu nie obejmuje przypadków, w których podmiot niebędący bankiem w ramach nakierowanej na to działalności gromadzi wprawdzie środki pieniężne innych podmiotów, ale bez obowiązku zwrotu tych środków, ani też przypadków, gdy gromadzi on takie środki pod tytułem zwrotnym, ale *in concreto* prowadzenie takiej działalności nie jest bezprawne.

THE SCOPE OF CRIMINALIZATION OF ILLEGAL DEPOSIT ACTIVITIES:
A CONTRIBUTION TO THE INTERPRETATION OF ARTICLE 171 SEC. 1 OF
THE POLISH BANKING LAW

Summary

Just as in other countries, in Poland, too, the operations of banks are subject to strict legal regulations and State supervision. The chief components of a bank's operations are its deposit and credit activities. Effective protection of the relative monopoly enjoyed by banks to conduct deposit activities is provided by legislation, including Article 171 section 1 of *Prawo Bankowe* (the Polish Banking Law), which provides for the prosecution of any activity conducted without official permission and involving the collection of monies from third parties in order to grant credit or loans, or to expose such monies to any other type of risk. The purpose of this paper is to determine the scope of criminalization stipulated under this provision as precisely as possible. This is an important issue from a practical point of view, since there are numerous business entities operating in Poland which are not banks but which undertake activities involving the putting of third-party funds at risk. If such funds come from external financing, which is often the case, we may ask how such operations relate to the type of activity defined in Article 171 section 1. I argue that the scope of this provision does not cover cases in which an entity which is not a bank collects monies from third parties as part of its business activities involving such collection, though with no obligation to repay; or cases when such monies are collected subject to repayment, though the specific operation is not illegal as such.

Słowa kluczowe: monopol banków; czynności bankowe; działalność depozytowa; prawo bankowe, prawo karne.

Keywords: the monopoly enjoyed by banks; banking activities; deposit activities; banking law; criminal law.

Literatura

- BACHMAT P., *Prokuratorska praktyka ścigania przestępstw z art. 171 ust. 1 i 3 prawa bankowego. Przypadki umorzeń oraz odmów wszczęcia postępowania*, «Prawo w Działaniu. Sprawy Karne» 18/2014, s. 133-182.
- BŁOTNICKI M., *Bezprawne prowadzenie działalności bankowej. Glosa do wyroku s.apel. z dnia 26 kwietnia 2017 r., II AKa 31/17*, «Glosa» 2/2019, s. 130-136.
- BOJARSKI M., RADECKI W., *Przewodnik po pozakodeksowym prawie karnym*, Wrocław 1999.
- DUŚKO Ł., *Odpowiedzialność karna za nielegalne prowadzenie działalności bankowej*, «Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych» 2/2018, s. 133-155.
- GÓRNIOK O., *Artykuł 115 prawa bankowego a działalność parabankowa*, «Przegląd Sądowy» 4/1997, s. 52-60.
- JĘDRZEJEWSKI Z., *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009.
- KAWULSKI A., *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Kodeks karny. Część ogólna, I: Komentarz do art. 1-52⁵*, red. W. WRÓBEL, A. ZOLL, Warszawa 2016.
- MAJEWSKI J., *Odpowiedzialność karna za przestępstwo określone w art. 171 ust. 1 prawa bankowego*, «Prawo Bankowe» 6/1998, s. 99-105.
- MAJEWSKI J., *Przestępstwa związane z działalnością banków oraz obrotem pieniężnym i papierami wartościowymi*, [w:] *Prawo karne gospodarcze*, red. O. GÓRNIOK, Warszawa 2003.
- OCHMAN P., *Ochrona działalności bankowej w polskim prawie karnym gospodarczym. Przepisy karne ustaw bankowych*, Warszawa 2011.
- OFIARSKI Z., *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Prawo bankowe. Komentarz⁵*, red. E. Fojcik-Mastalska, Warszawa 2007.
- Prawo bankowe. Komentarz*, red. F. ZOLL, Warszawa 2005.
- SKORUPKA J., *Prawo karne gospodarcze. Zarys wykładu*, Warszawa 2007.
- SROKOSZ W., *Pojęcie „działalności bankowej” w polskim prawie*, «Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego» 12/2006, s. 14-19.
- SROKOSZ W., *Reglamentacja świadczenia usług finansowych*, «Monitor Prawa Bankowego» 3/2019, s. 92-108.
- SROKOSZ W., URBAN-THEOCHARAKIS M., *Zakaz przyjmowania depozytów i innych funduszy podlegających zwrotowi w dyrektywie CRD IV odnoszącej się do podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe*, «Lex/el.». *System Prawa Karnego, XI: Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe*, red. M. BOJARSKI, Warszawa 2014.

- ŚWISTAK A., *Firmy „systemu argentyńskiego” – prawo czy bezprawie*, «Monitor Prawniczy» 10/2002.
- ZAWŁOCKI R., *Przestępstwa przeciwko obrotowi finansowemu. Przepisy karne z ustaw finansowych. Komentarz*, Warszawa 2002.
- ŻAK P., *Nielegalna działalność bankowa – wybrane problemy praktyczne i interpretacyjne*, «Prokuratura i Prawo» 7-8/2016, s. 209-227.
- ŻÓŁTEK S., *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego*, Warszawa 2017.