

Waldemar Gontarski

Bezpieczne przystanie (safe harbours) manipulacji instrumentami finansowymi (cz. 1)

Palestra 58/3-4(663-664), 135-144

2013

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Waldemar Gontarski

BEZPIECZNE PRZYSTANIE (*SAFE HARBOURS*) MANIPULACJI INSTRUMENTAMI FINANSOWYMI

Czy art. 183 ust. 1 w zw. z art. 39 ust. 2 pkt 1 i 2
ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami
finansowymi jest zgodny z Konstytucją? (cz. 1)

Znaczenie praktyczne niniejszego opracowania sprowadza się do konstatacji, że ze względu na prawo konstytucyjne i unijne nie można stosować sankcji karnych z art. 183 odnośnie do czynności sprawczej z art. 39 ust. 2 pkt 1–2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (manipulacji instrumentami finansowymi).

TEZY

Artykuł 39 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi¹ (dalej: ustawa) nie nadaje się na element sankcjonowany normy karnej (czyli nie nadaje się do penalizacji) z następujących przyczyn:

1. Ze względu na nieprecyzyjność czynności sprawczej – i związaną z tym nieprzewidywalność przepisów określających ową czynność – w zakresie nefakultatywnego odesłania do uchwały Komisji Nadzoru Finansowego, wydanie której Komisja uznaje za zbędne, a która (zgodnie z wolą ustawodawcy krajowego i unijnego) ma wypełniać blankiet z art. 39 ust. 2 pkt 1 *in fine* i pkt 2 *in fine* w zw. z art. 44 ust. 1 ustawy implementującym art. 1 ust. 5 akapit pierwszy dyrektywy 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2003 r. w sprawie wykorzystywania poufnych informacji i manipulacji na rynku (nadużyć na rynku)².

2. Kontratypy wykorzystywane w rekonstrukcji znamion czynności sprawczej (art. 39 ust. 2 pkt 1 i 2) mają charakter domniemania bezprawności, które jako takie na sprawcę przerzuca ciężar dowodu, co pozostaje w sprzeczności z zasadą domniemania niewinności i z zasadą *in dubio pro reo*; takie domniemanie byłoby dopuszczalne, gdyby naru-

¹ Dz.U. nr 183, poz. 1538 ze zm.

² Dz.Urz. UE L.2003.96.16.

zenie ustrojowej zasady domniemania niewinności i związanej z nią zasady *in dubio pro reo* uzasadniała potrzeba ochrony wartości ustrojowej, tak jak to ma miejsce odnośnie do ochrony czci zewnętrznej.

3. Może dojść do postawienia zarzutu karnej manipulacji zdefiniowanej w art. 39 ust. 2 pkt 1 *in princ.* i pkt 2 *in princ.* ustawy, nawet jeśli sprawca nie obejmuje jej swoją świadomością, przepisy dyrektywy 2003/6/WE, w tym art. 8 (odpowiednik w art. 39 ust. 3 ustawy) nie zawierają bowiem w tym zakresie szczególnego wymogu co do celu i związanych z tym następstw tego zachowania. Kraje unijne, które implementując dyrektywę, zdecydowały się na sankcje karne (dyrektywa tego nie wymaga), wprowadziły tutaj dodatkowy standard w postaci przestępstwa kierunkowego z *dolus coloratus*.

4. W związku z powyżej określonymi deficytami funkcji gwarancyjnej przepisów stauujących przestępstwo manipulacji, kierując się zasadą proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji (im większa surowość sankcji, tym wyższy poziom gwarancji proceduralnych), za konieczną należy uznać nowelizację polegającą na zastąpieniu sankcji karnej z art. 183 ust. 1 ustawy sankcją administracyjną z przepisów Działu VIII ustawy.

I. STAN PRAWNY

1. PRZEWIDYWALNOŚĆ PRZEPISÓW PRAWA KARNEGO

Wzorcem legalności dla norm prawa karnego jest w szczególności zasada *nullum crimen sine lege*, obecna w dwóch systemach prawa obowiązujących w RP: art. 42 ust. 1 Konstytucji i art. 7 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³. Celem jest przewidywalność konsekwencji wynikających z naruszeń przepisów prawa karnego. Artykuł 7 Konwencji stosuje również orzecznictwo luksemburskie (składające się na trzeci autonomiczny system prawa obowiązującego w RP), np. w celu wskazania następującej granicy wykładni prounijnej: „gdy interpretacja taka skutkowałaby, na podstawie tej dyrektywy i niezależnie od ustawy przyjętej dla implementacji tej dyrektywy, ustanowieniem lub zaostrzeniem odpowiedzialności karnej” – wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: ETS) z 12 grudnia 1996 r. w połączonych sprawach C-74/95 i C-129/9, *postępowanie karne przeciwko X*⁴.

³ Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284 ze zm.

⁴ ECR 1996/12/I-06609, teza 2, tł. LEX nr 115183: „Obowiązek po stronie sądu krajowego interpretowania i stosowania obowiązujących przepisów swojego prawa krajowego tak dalece, jak to możliwe, w świetle brzmienia i celu dyrektywy, którą przepisy te implementują, dla uzyskania skutku, do którego osiągnięcia dyrektywa ta dąży, i tym samym do zachowania trzeciego akapitu art. 189 Traktatu, nie jest nieograniczony, w szczególności wówczas, gdy interpretacja taka skutkowałaby, na podstawie tej dyrektywy i niezależnie od ustawy przyjętej dla implementacji tej dyrektywy, ustanowieniem lub zaostrzeniem odpowiedzialności karnej osób, które działały z naruszeniem jej przepisów. Gdy konieczne jest określenie zakresu odpowiedzialności w prawie karnym, wynikającej z ustawy przyjętej w konkretnym celu implementowania dyrektywy, zasada, że przepis prawa karnego nie może być stosowany szeroko, ze szkodą dla oskarżonego, która wynika z zasady legalności w odniesieniu do przestępstwa i kary, i bardziej ogólnie z zasady pewności prawnej, wyklucza wszczęcie postępowania karnego w stosunku do czynu nieuznanego wyraźnie na mocy ustawy za czyn zagrożony karą. Zasada ta, która jest jedną z ogólnych zasad prawnych leżących u podstaw tradycji konstytucyjnych wspólnych państwom członkowskim, jest także chroniona w wielu umowach międzynarodowych, w szczególności w art. 7 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Sąd kra-

Wyjaśnijmy: przepisy, na których podstawie są nałożone sankcje, to przepisy sankcjonowane; przepisy zawierające sankcje karne – przepisy sankcjonujące. Wzmógł rygor ustawowej określoności (ustawowej wyłączności) dotyczy, mówiąc najkrócej, normy sankcjonującej⁵, a raczej elementów sankcjonujących (chodzi o sankcję karną), składających się wraz z elementami sankcjonowanymi (od naruszenia których zależy bezprawność danego czynu) na jedną normę prawną, dekodowaną w procesie stosowania prawa; wyjaśnijmy, że Trybunał Konstytucyjny dokonuje kontroli konstytucyjności norm, jego orzeczenie skierowane jest zaś wobec przepisów wysławiających te normy⁶.

Rygorystycznie podchodzimy do zasady ustawowej określoności kary i formy winy (postać strony podmiotowej). Jednak wymogu ustawowej określoności i związanej z tym przewidywalności przepisów prawa karnego nie można zaniechać także odnośnie do strony przedmiotowej, na co zwraca uwagę wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz) z 19 września 2008 r., *Korbely v. Węgry*⁷: „Artykuł 7 Konwencji nie może być interpretowany w sposób zakazujący stopniowego objaśniania zasad odpowiedzialności karnej w drodze interpretacji sądowej dokonywanej w poszczególnych sprawach, z tym zastrzeżeniem, iż wynikający stąd rozwój jest zgodny z istotą czynu zagrożonego karą i można w sposób rozsądny go przewidzieć (...)” – z § 71.

Rygor bezwzględny dotyczy bezpośredniego stosowania dyrektywy unijnej (zakaz bezpośredniego stosowania dyrektywy w relacjach wertykalnych, jeśli dyrektywa nakłada obowiązki na jednostkę, w szczególności o charakterze prawnokarnym⁸), co akcentuje ETS⁹.

Orzecznictwo konstytucyjne pozostawia możliwość większego luzu interpretacyjnego, zwłaszcza odnośnie do czynności sprawczej: „Trybunał Konstytucyjny zwraca uwagę, że zwłaszcza w odniesieniu do przestępstw przeciwko mieniu, obrotowi gospodarczemu, czy przeciwko interesom fiskalnym państwa, konstrukcja ustawy karnej, która by całkowicie wykluczała potrzebę odwołania się do rozporządzeń regulujących określoną sferę działalności, jest trudna do wyobrażenia” – wyrok TK z 20 lutego 2001 r., P. 2/00¹⁰.

jowy musi tym samym zapewnić, że zasada ta jest przestrzegana przy dokonywaniu interpretacji, w świetle brzmienia i celu tej dyrektywy, ustawy krajowej przyjętej w celu jej implementacji” (wszystkie podkreślenia moje – W. G.).

⁵ Szerzej W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 133–134; P. Burzyński, *Ustawowe określenie sankcji karnej*, Warszawa 2008, s. 89 i n.; W. Gontarski, *Toksyczne opcje walutowe. Zarys teorii prawa na przykładzie polskich opcji walutowych*, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 2009, s. 161 i n.

⁶ Szerzej M. Wiącek, *Pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011, s. 306.

⁷ Skarga nr 9174/02.

⁸ Szerzej W. Gontarski, *Toksyczne opcje*, s. 159 i n. oraz powołane tam orzecznictwo.

⁹ „Trybunał zaznaczył, że w tych szczególnych okolicznościach, gdy organy państwa członkowskiego w stosunku do jednostki w ramach postępowania karnego powołują się na dyrektywę, nie może ona samoistnie skutkować, niezależnie od wewnętrznej ustawy państwa członkowskiego wydanej w celu jej wykonania, **ustaleniem lub zastrzeżeniem odpowiedzialności karnej** osób, które naruszyły tę dyrektywę (zob. w szczególności wyroki: z 8 października 1987 r. w sprawie 80/86 Kolpinghuis Nijmegen, Rec. str. 3969, pkt 13 i z 7 stycznia 2004 r. w sprawie C-60/02 X, Rec. str. I-651, pkt 61 i powołane tam orzecznictwo)” – wyrok ETS z 3 maja 2005 r., *postępowanie karne przeciwko Silvio Berlusconiemu (C-387/02), Sergio Adelchi (C-391/02) i Marcello Dell’Ultri i innym (C-403/02)*, pkt 74, 2005 ECR I-0000; <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pl>

¹⁰ OTK 2001, nr 2, poz. 32.

Doktryna posługuje się tutaj pojęciem „szczegółowe dookreślenie”¹¹. Dopuszczalne jest niezupełne sformułowanie w ustawie karnej przedmiotowo ujmowanych znamion czynu zabronionego (czyn zabroniony jako bezprawność karna, czyli jako czyn obiektywnie naruszający nakazy/zakazy prawnokarne), tj. znamion określających czynność sprawczą. Może to odbywać się poprzez odesłanie do przepisów pozakarnych. W szczególności chodzi o 1. przepisy uzupełniające (precyzujące, dookreślające) stronę przedmiotową, które to przepisy mogą stanowić właśnie element sankcjonowany (mający postać zakazu/nakazu¹²); innym rodzajem odesłań w przepisach składających się na normę sankcjonowaną są 2. znamiona ocenne. Uznanie za niedopuszczalne takich technik legislacyjnych, mających na celu uczynienie z przepisów karnych regulacji adekwatnych (uelastycznienie prawa), oznaczałoby, że sięganie np. po pozasystemową (pozaprawną) zasadę dobrego menedżera (dawniej zasada dobrego gospodarza)¹³, służącą do dekodowania ocennych znamion ustawowych przestępstw karnej niegospodarności z art. 296 k.k., okazałoby się zabiegiem interpretacyjnym o charakterze *contra legem*. Doktryna dopuszcza możliwość dekodowania elementu prawnokarnej normy sankcjonowanej z: 1. aktów pozaustawowych (np. akty wykonawcze wydane przez egzekutywę), czy nawet z aktów indywidualno-konkretnych, jakimi są decyzje administracyjne, albo ze zbiorów norm deontologii zawodowych (etycznych) oraz 2. klauzul normatywnych, tj. znamion czynu zabronionego odsyłających do ustaleń faktycznych¹⁴ (pozaustawowych); przez klauzule normatywne na potrzeby niniejszej publikacji rozumie się właśnie odesłania zewnętrzne, czyli klauzule generalne¹⁵. W pierwszej sytuacji mamy do czynienia z niezupełną normą prawną, w drugiej – z zupełną.

Również według orzecznictwa Sądu Najwyższego: „Dopuszczalne, a niekiedy nawet konieczne jest doprecyzowanie znamion ustawowych niektórych czynów zabronionych w aktach rangi podustawowej, to jest w rozporządzeniach. Takie działanie ustawodawcy nie narusza zasady *nullum crimen sine lege* zawartej w art. 1 § 1 k.k.” – teza postanowienia SN z 29 stycznia 2009 r., I KZP 29/08¹⁶. W uzasadnieniu SN oparł się na założeniu, że istnieje wprawdzie adresowany do ustawodawcy nakaz maksymalnej określoności typów przestępstw i nakaz typizacji czynów zabronionych wyłącznie na drodze ustawy, ale dopuszcza się wyjątki od tych nakazów; wyjątkiem jest m.in. forma odesłania specyfikującego, polegającego na tym, że skompletowanie znamion czynu zabronionego wymaga sięgnięcia do wskazanych w ustawie przepisów, w tym przepisów zawartych w innych aniżeli ustawa aktach prawnych; według doktryny tutaj „przez «ustawę» należy rozumieć cały obowiązujący w chwili czynu stan prawny”¹⁷. Przepisy wymagające takiego uzupełnienia za pomocą uregulowań z innego

¹¹ Tak M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, wyd. 4, (w:) M. Cieślak, *Dziela wybrane*, t. 3, red. S. Waltoś, Kraków 2011, s. 58.

¹² Tak W. Wróbel, *Zmiana normatywna*, s. 66; por. też, M. Cieślak, *Polskie prawo*, s. 57–58.

¹³ Szerzej W. Gontarski, *Toksyczne opcje*, w szczególności s. 154–156.

¹⁴ Por. tak W. Wróbel, *Zmiana normatywna*, s. 129–130 i s. 133, przyp. 159 oraz s. 137.

¹⁵ Niejasne rozróżnienie między „klauzulami normatywnymi” („stanowiącymi źródła ustaleń faktycznych”, a więc – wydawałoby się – ustaleń pozaustawowych) a „odesłaniami zewnętrznymi” (czyli – wydawałoby się – pozaustawowymi), tamże, s. 129–130.

¹⁶ OSNKW 2009, nr 2, poz. 15.

¹⁷ R. Dębski, *Zasada nullum crimen sine lege i postulat wyłączności ustawy*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 1992, nr 50, s. 108.

aktu normatywnego nazywamy blankietowymi (odesłania blankietowe)¹⁸. „Zespół znamion przestępstwa skompletować można więc dopiero przez wypełnienie blankietu zawartego w przepisie karnym” – to po pierwsze (stąd wspomniana niezupełność), a po drugie – od przepisów blankietowych należy odróżnić odesłania zewnętrzne, tj. znamiona czynów zabronionych opisanych przez ustawodawcę za pomocą klauzul normatywnych, które „stanowią – wobec swojej ogólności i niedookreśloności – istotnie w dużej mierze nakaz oceniania skierowany do organu wydającego orzeczenie”¹⁹; klauzule normatywne nie są blankietem, lecz kompletnym sformułowaniem znamion czynu zabronionego, aczkolwiek w formie ocennej (przepisy o nieostrym zakresie znamion).

W związku z tym SN w ww. postanowieniu, powołując piśmiennictwo i swoje wcześniejsze judykaty, stwierdził w uzasadnieniu: „(...) norma prawa karnego sformułowana jest zwykle przez pełny opis znamion zabronionego (i karalnego) zachowania. Taka budowa normy prawnej jest regułą, co łączy się z zasadą określoności przestępstwa w ustawie karnej. Prawo karne zna jednak sytuacje, w których opis czynu zabronionego nie jest kompletny i wymaga dopełnienia (uzupełnienia) w przepisie odrębnym, **zamieszczonym w innym akcie prawnym**. Nie musi to być przy tym zawsze akt prawny zaliczany do prawa karnego, w ścisłym ujęciu”.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 8 lipca 2003 r., P. 10/02²⁰, stwierdził: „(...) art. 42 ust. 1 Konstytucji wyraża szereg fundamentalnych zasad prawa represyjnego. Po pierwsze, w myśl tego przepisu, czyn zabroniony i rodzaj oraz wysokość kar i zasady ich wymierzania muszą zostać określone bezpośrednio w ustawie, przy czym Konstytucja nie wyklucza doprecyzowania niektórych elementów przez akty podustawowe (zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego). Rola aktu podustawowego polega w tym przypadku na dookreśleniu pewnych elementów czynu zabronionego, który zabroniony został przez ustawodawcę. Po drugie, podstawowe znamiona czynu zabronionego muszą zostać określone w ustawie w sposób odpowiadający pewnym minimalnym wymogom precyzji, tak aby adresat normy prawnej mógł zorientować na podstawie samej tylko ustawy co do zasadniczej treści ustanowionego zakazu (zasada określoności regulacji z zakresu prawa represyjnego). Po trzecie, Konstytucja ustanawia zakaz karania za czyn, który nie był zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w chwili jego popełnienia (zasada *lex poenalis retro non agit*)”.

Zdaniem piśmiennictwa nawet *soft law* nie ma jedynie charakteru zobowiązań moralno-politycznych²¹. Z takiego założenia wychodzi też orzecznictwo konstytucyjne wydane na podstawie art. 42 ust. 1 Konstytucji: „Trybunał w niniejszym wyroku akceptuje dominujący w doktrynie pogląd, iż w standardzie konstytucyjnym wyznaczonym przez zasadę *nullum crimen sine lege* mieści się możliwość wyjątkowego odesłania w przepisie ustawy (również konkludentne) nie tylko do innej ustawy czy też rozporządzenia, ale także do umowy międzynarodowej, przepisów prawa europejskiego, zaleceń, jak rów-

¹⁸ Tak Z. Ziemiński, (w:) S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 154.

¹⁹ R. Dębski, *O przepisach blankietowych w prawie karnym. Uwagi wprowadzające*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 1991, nr 47, s. 30 i 40–41.

²⁰ OTK-A 2003, nr 6, poz. 62.

²¹ Szerzej W. Gontarski, *Ustawa lustracyjna w standardach Rady Europy*, „Gazeta Sądowa” 2005, nr 1, s. 5 i n.

niez aktów tzw. miękkiego prawa międzynarodowego” – wyrok TK z 9 czerwca 2010 r., SK 52/08²².

Warunek konieczny: **przewidywalność**. Jak wskazuje TK w tym wyroku, powołując swoje wcześniejsze orzecznictwo: „(...) wymaganie określoności dotyczyć musi zarówno materialnych elementów czynu, jak i elementów kary, tak by czyniło to zadość wymaganiu przewidywalności. Przepisy prawne muszą bowiem stwarzać obywatelowi (podmiotowi odpowiedzialności karnej) możliwość uprzedniego i dokładnego rozeznania, jakie mogą być prawnokarne konsekwencje jego postępowania”²³.

Krótko mówiąc, zgodnie z orzecznictwem konstytucyjnym oraz orzecznictwem luksemburskim i strasburskim, a także orzecznictwem Sądu Najwyższego – odnośnie do znamienia określającego czynność sprawczą istnieje stosunkowo duży luz interpretacyjny, chyba że dany przepis prawa karnego wyklucza to bądź w określonym zakresie ogranicza. Jeśli tych wykluczeń lub ograniczeń nie weźmiemy pod uwagę, dokonamy wykładni *contra legem*. W każdym razie blankietowości nie można mylić z klauzulą generalną (i zastępować nią).

2. KONSTYTUCYJNOŚĆ ART. 183 UST. 1 W ZW. Z ART. 39 UST. 2 PKT 1–2 ORAZ W ZW. Z ART. 44 UST. 1 USTAWY Z DNIA 29 LIPCA 2005 R. O OBROTCIE INSTRUMENTAMI FINANSOWYMI

2.1. Alternatywne kontraty

W myśl art. 183 ust. 1 ustawy: „Kto dokonuje manipulacji, o której mowa w art. 39 ust. 2 pkt 1–3, pkt 4 lit. a lub pkt 5–7, podlega grzywnie do 5 000 000 zł albo karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, albo obu tym karom łącznie”.

Przepis zawarty w ust. 2 art. 183 ustawy zabrania samego wejścia w porozumienie mające na celu dokonanie ww. manipulacji („Kto wchodzi w porozumienie z inną osobą mającą na celu manipulację, o której mowa w art. 39 ust. 2 pkt 1–3, pkt 4 lit. a lub pkt 5–7, podlega grzywnie do 2 000 000 zł”).

Artykuł 39 ust. 1 ustawy: „Zakazana jest manipulacja instrumentem finansowym, zwana dalej «manipulacją». Artykuł 39 ust. 2 pkt 1: „Manipulację stanowi: **składanie zleceń lub zawieranie transakcji** wprowadzających lub mogących wprowadzić w błąd co do rzeczywistego popytu, podaży lub ceny instrumentu finansowego, **chyba że powody tych działań były uprawnione, a złożone zlecenia lub zawarte transakcje nie naruszyły przyjętych praktyk rynkowych na danym rynku regulowanym**”; ust. 1 pkt 2: „Manipulację stanowi: składanie zleceń lub zawieranie transakcji powodujących nienaturalne lub sztuczne ustalenie się ceny jednego lub kilku instrumentów finansowych, **chyba że powody tych działań były uprawnione, a złożone zlecenia lub zawarte transakcje nie naruszyły przyjętych praktyk rynkowych na danym rynku regulowanym**”.

W zakresie karalnej manipulacji z art. 39 ust. 2 pkt 1 *in princ.* i pkt 2 *in princ.* ustawodawca statuuje więc podwójny (dwuczęściowy) kontrakt ogólny w formie blankietowej (nie mylić z klauzulą generalną), ale oparty na **domniemaniu bezprawności** (tak jak w art. 213 k.k. – kontrakt krytyki dozwolonej; dotyczy ochrony czci zewnętrznej), który zawiera się w stwierdzeniu zawartym w pkt 1 *in fine* i w pkt 2 *in fine* ust. 2 art. 39: „**chyba**

²² OTK ZU 2010, nr 5A, poz. 50, Uzasadnienie, Pkt III.9.5.

²³ Tamże, Uzasadnienie, Pkt III.5.1.2.

że [1.] powody tych działań były uprawnione, a [2.] złożone zlecenia lub zawarte transakcje nie naruszyły przyjętych praktyk rynkowych na danym rynku regulowanym”.

W systemie polskim taka konstrukcja normatywna, polegająca na odwróceniu ciężaru dowodu, istnieje na gruncie prawa cywilnego odnośnie do domniemania bezprawności naruszenia dóbr osobistych, w tym dobrego imienia (art. 24 § 1 zd. pierwsze k.c.: „Ten, czyje dobro osobiste zostaje zagrożone cudzym działaniem, może żądać zaniechania tego działania, **chyba że** nie jest ono bezprawne”)²⁴. Istnieje ona także wyjątkowo w odniesieniu do ochrony w prawie karnym, też przy ochronie dobrego imienia, jako wspomniany kontratyp zniesławienia (art. 213 § 1 k.k.: „Nie ma przestępstwa określonego w art. 212 § 1, **jeżeli** zarzut uczyniony niepublicznie jest prawdziwy”; § 2 *in princ.*: „Nie popełnia przestępstwa określonego w art. 212 § 1 lub 2, kto publicznie podnosi lub rozgłasza prawdziwy zarzut”)²⁵.

W ust. 3 art. 39 ustawy zawarte są kontratyipy szczegółowe, za pomocą których wypełnia się blankiet pierwszej części ww. kontratypu ogólnego („chyba że powody tych działań były uprawnione”), zgrupowane w trzech punktach²⁶.

Ze względu na ustawową dychotomię zlecenia i transakcje w doktrynie wyodrębnia się dwa typy manipulacji i w ślad za tym dwa typy przestępstw: „manipulację poprzez realizację **zleceń i transakcji**; manipulację poprzez składanie zleceń”²⁷. Zwrot „zleceń i transakcji” ma tutaj charakter koniunkcji opisowej, a nie logicznej (w tej drugiej każdej ze składników koniunkcji oddzielnie wzięty stanowi warunek konieczny, ale nie jest wystarczający) – co z logicznego punktu widzenia oznacza alternatywę, tak jak w wyrażeniu ustawowym „składanie zleceń lub zawieranie transakcji”.

Taką też formę logiczną ma ww. kontratyp ogólny, który został wyrażony za pomocą dwuczłonowej koniunkcji opisowej z „a”, co z logicznego punktu widzenia dało ogólne kontratyipy alternatywne. W art. 1 ust. 2a *in fine* MAD, tj. *Directive 2003/6/EC of*

²⁴ „Przepis art. 24 § 1 k.c. rozkłada ciężar dowodu w ten sposób, że na powoda nakłada obowiązek udowodnienia, że pozwany naruszył jego dobra osobiste. Przepis formułuje również domniemanie prawne bezprawności naruszenia dóbr osobistych. Na pozwanym zatem ciąży obowiązek udowodnienia, że jego działanie naruszające dobra osobiste powoda nie było bezprawne” – z tezy wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 19 października 2005 r., I ACa 353/05, LEX nr 175202.

²⁵ „Zważywszy, że chodzi o znamiona kontratypu, a nie znamiona czynu zabronionego, analizowany przepis przenosi ciężar dowodu na osobę sprawcy, który dla zapewnienia sobie bezkarności musi udowodnić prawdziwość zarzutów, czyli to, czy odpowiadają one stanowi faktycznemu” – wyrok TK z 12 maja 2008 r., SK 43/05, OTK-A 2008, nr 4, poz. 5, pkt III.7.1.

²⁶ Art. 39 ust. 3 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi: „Przepisów ust. 2 nie stosuje się do: 1) nabywania akcji własnych przez spółkę publiczną lub podmiot działający na jej rachunek lub w jej imieniu, pod warunkiem że nabywanie to odbywać się będzie w trybie, terminie i na warunkach określonych w przepisach rozporządzenia Komisji (WE) nr 2273/2003 z dnia 22 grudnia 2003 r. wykonującego dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do zwolnień dla programów odkupu i stabilizacji instrumentów finansowych (Dz. Urz. WE L 336 z 23.12.2003); 2) transakcji służących realizacji ustawowych zadań w zakresie polityki pieniężnej lub dewizowej państwa albo zarządzania długiem publicznym, zawieranych przez osoby uprawnione do reprezentowania właściwych organów państwowych lub Narodowego Banku Polskiego, a także przez Europejski System Banków Centralnych; 3) nabywania instrumentów finansowych w celu stabilizacji ich ceny w obrocie na rynku regulowanym, pod warunkiem że nabywanie to odbywać się będzie w trybie, terminie i na warunkach określonych w przepisach, o których mowa w pkt 1”.

²⁷ A. Chłopecki, *Przestępstwo manipulacji w prawie rynku kapitałowego*, (w:) *Aurea praxis, aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. 2, Warszawa 2011, s. 2180.

the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse)²⁸, czyli dyrektywy 2003/6/WE – występuje jako odpowiednik polskiego „a”, implementowany poprzez omawianą tutaj konstrukcję, łącznik: *and* (*unless the person who entered into the transactions or issued the orders to trade establishes that his reasons for so doing are legitimate and that these transactions or orders to trade conform to accepted market practices on the regulated market concerned*).

Koniunkcja opisowa z art. 39 ust. 2 pkt 1 *in fine* i pkt 2 *in fine* ustawy i z art. 1 ust. 2a *in fine* MAD nie jest więc koniunkcją *sensu stricto* (tj. koniunkcją logiczną, gdzie każdy z członów stanowi warunek konieczny, ale nie jest wystarczający). Zdaniem doktryny: „Zgodnie z dyrektywą Market Abuse, ustawa o obrocie przewiduje **dwie możliwości uniknięcia odpowiedzialności** za zachowanie uważane za manipulację zgodnie z art. 39 ust. 2 pkt 1–2: gdy powód działań był uprawniony, gdy złożone zlecenia lub zawarte transakcje nie naruszają przyjętych praktyk rynkowych na danym rynku regulowanym”²⁹.

Pierwszy z tych członów („powody tych działań były uprawnione”) o tyle składa się na okoliczność wyłączającą bezprawność (stanowi to o wtórnym braku bezprawności, a nie pierwotnym), o ile uchyla inne ustawowe zakazy/nakazy w tej materii. Jest blankietowy, gdyż musi być wypełniony przez inne przepisy/przepisy szczegółowe ustawy (kontratypy szczegółowe). Nie jest klauzulą generalną (zwrotem niedookreślonym, czyli odesłaniem do wartości pozaprawnych), lecz oznacza: „działania (...) zgodne z prawem”. W ten sposób został przetłumaczony w polskiej wersji przepisu zawartego w art. 1 ust. 2a *in fine* MAD następujący zwrot z wersji ang.: *reasons (...) are legitimate* [dosłownie: „powody (...) są **uprawnione**”³⁰]; *reasons* – także przyczyny³¹.

Wyjaśnijmy, że „uprawnienia” to „jedna z dwóch stron medalu” (obok „obowiązków”) składających się na pochodzący z XIX w. termin „prawo podmiotowe”³², które to prawo dekodujemy z prawa przedmiotowego, czyli z przepisów prawa składających się na dany system. Tymczasem polska doktryna odnośnie do pierwszego członu ww. koniunkcji kontratypowej sugeruje klauzulę generalną [„Ustawodawca nie sprecyzował natomiast pojęcia uprawnionego powodu działania (...)”³³], podczas gdy doktryna anglojęzyczna (na gruncie ww. konstrukcji normatywnej z art. 1 ust. 2a *in fine* MAD) odsyła w tym kontekście do przepisów zawierających kontratypy szczegółowe, regulujących okoliczności wyjątkowe (ustawowe okoliczności wyłączające bezprawność), takie jak odkup i praktyki stabilizacyjne³⁴ (odpowiednik art. 39 ust. 3 ustawy).

Samo słowo „powód” wskazuje na intencję (zamiar), czyli na coś subiektywnego, co wydaje się być błędnym rozwiązaniem. Znajdujemy się na gruncie strony zewnętrznej

²⁸ Official Journal L 096, 12/04/2003 P.0016–0025.

²⁹ M. Sucharski, *Prawnokarna ochrona giełdowego obrotu papierami wartościowymi*, Toruń 2006, s. 146.

³⁰ *Legitimate* – uprawniony, tak: *Słownik angielsko-polski Cambridge*, red. A. Duszak, K. Hejwowski, P. Ci-chawa, Warszawa 2003, hasło „*legitimate*”, s. 813.

³¹ Tamże, hasło „*reasons*”, s. 1178; tak też E. Oźga, *Słownik terminologii prawniczej. Część 2 angielsko-polska*, Bydgoszcz 2000, hasło „*reasons*”, s. 527.

³² Por. np. K. Opalek, *Prawo podmiotowe*, Warszawa 1957, szczególnie s. 150 i 345–345; *Prawa człowieka. Wprowadzenie. Wybór źródeł*, w oprac. K. Motyki, Lublin 1999, s. 13.

³³ A. Błachnio-Parzych, (w:) *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda, Warszawa 2012, s. 874, teza 15.

³⁴ Tak A. G. Ferrarini, *The European Market Abuse Directive*, „*Common Market Law Review*” 2004, nr 3, s. 711.

ludzkiego zachowania, a nie strony wewnętrznej, tj. stosunku psychicznego sprawcy do czynu; nie chodzi o przyczynowość mentalną, tylko o jej skutki zewnętrzne. Należy więc brać pod uwagę przedmiotowy (obiektywny, a nie subiektywny, czyli mentalny) związek przyczynowy. Za taką tezę przemawia okoliczność, że konkretne zachowanie może odpowiadać ustawowemu „powodowi”, nawet jeśli będzie wykonane przez podmiot określany jako *furiosus* (art. 31 § 1 k.k. – wykluczenie zdolności do przyczynowości mentalnej) i np. wypełni dyspozycje kontratypów szczegółowych (art. 39 ust. 3). Dodajmy – w polskiej wersji MAD występuje tutaj termin „przyczyny” (co wydaje się być rozwiązaniem bardziej adekwatnym niż ustawowy „powód”), w angielskiej zaś *ww. reasons*.

Drugi człon ogólnej koniunkcji kontratypowej z art. 39 ust. 2 pkt 1–2: „przyjęte praktyki rynkowe” – również nie jest klauzulą generalną (normatywną)³⁵. Został bowiem określony w art. 44 ust. 1 ustawy (jest blankietem wypełnianym przez ten przepis, czyli nie zawiera odesłania do wartości występujących poza systemem prawa, dookreślanych przez doktrynę i judykaturę), który to przepis stanowi: **„Przyjętymi praktykami rynkowymi są zachowania, których zasadnie można oczekiwać na jednym lub wielu rynkach finansowych i które są, w drodze uchwały, akceptowane przez Komisję zgodnie z wytycznymi określonymi w art. 45 ust. 1”**. Ustęp 2 art. 44: „Uchwała, o której mowa w ust. 1, podlega ogłoszeniu w Dzienniku Urzędowym Komisji Nadzoru Finansowego”. Ustęp 5 art. 1 MAD przynosi definicję legalną przyjętych praktyk rynkowych, zawartą w trzech akapitach³⁶.

Może się zdarzyć, że drugi człon owej koniunkcji kontratypowej („przyjęte praktyki rynkowe”), zdefiniowany przepisem zawartym w art. 44 ust. 1 ustawy (art. 1 ust. 5 akapit pierwszy MAD), wyłączy bezprawność dekodowaną z uwzględnieniem pierwszego [*reasons (...) are legitimate*]. Z jednej strony pod „przyjęte praktyki rynkowe” nie podpadają każde praktyki rynkowe; przeciwna interpretacja oznaczałaby m.in. naruszenie art. 91 ust. 2 Konstytucji (ponadustawowa ranga unijnego prawa traktatowego, a z tego prawa wynika obowiązek prounijnej wykładni prawa krajowego³⁷). Z drugiej strony „przyjęte praktyki rynkowe” nie muszą oznaczać praktyk zdefiniowanych bezpośrednio przez szczegółowe regulacje ustawowe. W przeciwnym razie zbędne byłoby odesłanie obligatoryjne do uchwał KNF z art. 44 ustawy (do praktyk przyjmowanych w trybie art. 1 ust. 5 MAD).

Artykuł 44 ustawy nie zawiera zwrotu fakultatywnego (byłoby: „mogą być akceptowane przez Komisję”) – jak twierdzi Prokurator Generalny w stanowisku z 6 października

³⁵ Tak A. Błachnio-Parzych, *Kryminalizacja manipulacji instrumentami finansowymi*, Warszawa 2011, s. 327–330.

³⁶ „«Przyjęte praktyki rynkowe» oznaczają praktyki w sposób racjonalny oczekiwane na jednym lub więcej rynków i akceptowane przez odpowiednie władze zgodnie ze wskazówkami przyjętymi przez Komisję, zgodnie z procedurą regulacyjną połączoną z kontrolą, określoną w art. 17 ust. 2a. Europejski Urząd Nadzoru (Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych) (zwany dalej «EUNGiPW») ustanowiony rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1095/2010 może opracowywać projekty wykonawczych standardów technicznych, aby zapewnić jednolite warunki stosowania aktów przyjętych przez Komisję, zgodnie z niniejszym artykułem w odniesieniu do przyjętych praktyk rynkowych. Komisja jest uprawniona do przyjmowania wykonawczych standardów technicznych, o których mowa w akapicie drugim, zgodnie z art. 15 rozporządzenia (UE) nr 1095/2010”.

³⁷ Szerzej M. Szpunar, *Odpowiedzialność podmiotu prywatnego z tytułu naruszenia prawa wspólnotowego*, Warszawa 2008, w szczególności Rozdział IV.3., *Podstawa obowiązku dokonywania prowsólnotowej wykładni*, s. 163–165.

2011 r., wydanym w sprawie zawisłej przed Trybunałem Konstytucyjnym, P. 11/11³⁸; ani nie ma też w przepisach art. 44 katalogu otwartego (nie ma zwrotu „w szczególności”). Krótko mówiąc, ustawodawca eliminuje luz interpretacyjny odnośnie do znamienia czynności sprawczej karalnej manipulacji (w części drugiej koniunkcji kontratypowej z art. 39 ust. 2 pkt 1–2) poprzez dookreślenie zawarte w art. 44 ustawy (odesłanie do obligatoryjnej uchwały KNF). Dopiero art. 45 ust. 4 ustawy zawiera fakultatywność: „Określona, w **szczególności nowa lub kształtująca się**, praktyka rynkowa **może być stosowana**, nawet jeżeli **nie została zaakceptowana przez Komisję**”.

Jednak w związku z zakazem dokonywania wykładni rozszerzającej przepisów prawa karnego (zob. m.in. wyrok TK z 6 lipca 1999 r., P. 2/99³⁹) fakultatywności tej nie można odnieść do konstrukcji art. 183 ust. 1 w zw. z art. 39 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy. W art. 39 ust. 2 pkt 1 i 2 mowa jest o „**przyjętych praktykach rynkowych**” (katalog zamknięty) – zaakceptowanych uchwałą przez KNE, opublikowaną w odpowiednim organie promulgacyjnym, czyli jest to blankiet. Natomiast w art. 45 ust. 4 ustawy występuje „**określona, w szczególności nowa lub kształtująca się praktyka rynkowa**” (inny niż poprzedni i na dodatek otwarty katalog, który jest inny, bo nie: „**przyjęte praktyki rynkowe**”, tylko: „**określona, nowa lub kształtująca się praktyka rynkowa**”) – praktyka niezaakceptowana przez KNE, co blankietem nie jest, gdyż ustawodawca nie wskazał podmiotu uprawnionego do ustalenia, co kryje się pod pojęciem owej określonej praktyki. Tę różnicę nie dostrzega Prokurator Generalny, dokonując wykładni tych przepisów i powołując m.in. art. 45 ust. 4⁴⁰.

Krótko mówiąc, „przyjętych praktyk rynkowych” (blankiet, który jako taki może być wypełniony jedynie przez określony akt normatywny, tutaj przez określoną uchwałę KNF) nie można zastąpić „określoną, w szczególności nową lub kształtującą się praktyką rynkową”, stanowiącą klauzulę normatywną (odesłanie zewnętrzne do stanów faktycznych). Skoro te pierwsze składają się na kontratyp, to bez nich nie można zrekonstruować zgodnie z wolą ustawodawcy całości normy karnej.

³⁸ Stanowisko Prokuratora Generalnego z 6 października 2011 r. (PG VIII TK 26/11), s. 26 i 28 – http://62.111.213.54/sprawa/sprawa_pobierz_plik62.asp?plik=F1345644919/P_11_11_pg_2011_10_06_ADO.pdf&syg=P%2011/11

³⁹ OTK ZU 1999, nr 5, poz. 103.

⁴⁰ Stanowisko Prokuratora Generalnego z 6 października 2011 r., s. 26 i 28.