

Michał Derek

**Przepis karny odsyłający do regulacji
kolidującej z rozporządzeniem Unii Europejskiej
(konsekwencje w perspektywie zasady
nullum crimen sine lege)***

Zagadnienie określone we wstępie do niniejszych rozważań trzeba uznać za złożone. Udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy *de lege lata* można przypisać sprawcy odpowiedzialność karną za zachowanie polegające na wykorzystaniu informacji poufnej wbrew zakazowi określonemu w art. 156 ust. 1 ustawy z dn. 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi¹, wymaga bowiem dokonania kilku istotnych rozstrzygnięć. W pierwszej kolejności konieczne jest ustalenie charakteru art. 156 ust. 1 u.o.i.f., a w szczególności wypowiedzenia się w sprawie jego obowiązywania i stosowania. W dalszej kolejności niezbędne jest wskazanie skutków zasady pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej. W odniesieniu do tej problematyki warto również odwołać się do rozumienia pojęcia „obowiązywania” i „stosowania” w ujęciu przedstawianym przez teoretyków prawa. W perspektywie karnoprawnej zasadnicze znaczenie ma zaś wskazanie dogmatycznych podstaw instytucji odesłania oraz refleksja dotycząca relacji odesłań do zasady *nullum crimen sine lege*.

Tytułem przypomnienia można wskazać, iż art. 181 ust. 1 u.o.i.f. zawiera normę sankcjonującą zachowanie polegające na wykorzystaniu informacji poufnej wbrew zakazowi określonemu w art. 156 ust. 1 u.o.i.f. Pierwszy problem korelujący z kwestią odpowiedzialności karnej za wskazany czyn dotyczy charakteru prawnego art. 156 ust. 1 u.o.i.f. Jak już wiadomo, prze-

* Opracowanie jest rezultatem seminarium „Blankiety w prawie karnym”, które zostało sfinansowane przez Krakowski Instytut Prawa Karnego w ramach działalności grupy badawczej „Prawo karne jutra”, < www.kipk.pl >.

¹ Ustawa z dn. 29 VII 2005 r., Dz.U. 2016, poz. 1636, tekst jedn., dalej: „u.o.i.f.”

pis ten – w powiązaniu z art. 154 tej ustawy – wskazuje zarówno definicję informacji poufnych, jak i zakaz ich wykorzystywania w określonych okolicznościach. Dylemat dotyczący statusu normy z art. 156 u.o.i.f. wiąże się z wejściem w życie (3 lipca 2016 r.) rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z dn. 16 kwietnia 2014 r. w sprawie nadużyć na rynku (rozporządzenie w sprawie nadużyć na rynku) oraz uchylającego dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i dyrektywę Komisji 2003/124/WE, 2003/125/WE i 2004/72/WE². Rozporządzenie MAR – podobnie jak ustawa o obrocie instrumentami finansowymi – wyznacza zakres informacji poufnych oraz opis tego, co stanowi ich zakazane wykorzystanie w ramach posługiwania się instrumentami finansowymi. Wobec powyższego pojawia się pytanie, który z aktów prawnych w obecnym stanie prawnym wyznacza zachowanie bezprawne polegające na wykorzystaniu informacji poufnej.

Zgodnie z art. 91 ust. 3 Konstytucji RP³ jeżeli wynika to z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy konstytuującej organizację międzynarodową, prawo przez nią stanowione jest stosowane bezpośrednio, mając pierwszeństwo w przypadku kolizji z ustawami. Z kolei art. 288 akapit 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴ stanowi, że „rozporządzenie ma zasięg ogólny. Wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich”. Zasada pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej przed prawem wewnętrznym państwa członkowskiego znajduje zastosowanie w przypadku konfliktu normy należącej do krajowego porządku prawnego oraz normy prawa Unii Europejskiej (w tym rozporządzenia). Przyznaje ona pierwszeństwo stosowania prawa europejskiemu, a zarazem odmawia zastosowania normy należącej do porządku wewnętrznego danego państwa członkowskiego⁵. W takim przypadku sąd lub inny organ państwa nie może oprzeć rozstrzygnięcia sprawy na przepisie prawa wewnętrznego, sprzecznego z przepisem prawa unijnego⁶.

² Opublikowane w dn. 12 VI 2014 r. w Dz.Urz. UE Seria L, nr 173, s. 1; dalej: „rozporządzenie MAR”.

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2 IV 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: „Konstytucja RP”, „Konstytucja”.

⁴ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE Seria C, nr 326 z dn. 26 X 2012, dalej: „TFUE”.

⁵ Zob. B. Capik, A. Łazowska, w: *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz. Art. 87-243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 158.

⁶ Zob. A. Wróbel, w: *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom III*, red. A. Wróbel, D. Kornobis-Romanowska, J. Łacny, Warszawa 2012, s. 634–635.

Kiedy jednak można twierdzić o konflikcie (sprzeczności) normy krajowej oraz normy prawa Unii Europejskiej? Kwestię tę wyraźnie podkreślił Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie *Amministrazione delle Finanze dello Stato przeciwko Simmenthal SpA*, formułując wielokrotnie później powtarzaną tezę:

[...] z prawem wspólnotowym [unijnym – dop. mój, M.D.] sprzeczny jest jakikolwiek przepis prawa krajowego lub praktyka legislacyjna, administracyjna lub sądowa, która mogłaby obniżyć efektywność prawa wspólnotowego [unijnego – dop. mój, M.D.], pozbawiając sąd, uprawniony do stosowania tego prawa, możliwości niezastosowania przepisów prawa krajowego, które mogłyby pozbawić przepisów prawa wspólnotowego [unijnego – dop. mój, M.D.] ich pełnej mocy i skuteczności⁷.

Dodatkowo trzeba wskazać, że rozporządzenie Unii Europejskiej jest bezpośrednio stosowane, a zatem wiąże państwa członkowskie i w państwach członkowskich od chwili jego wejścia w życie. Tym samym inkorporacja do systemu prawa krajowego prawa członkowskiego nie jest konieczna dla ich obowiązywania⁸; przeciwnie – z powyższego wynika zakaz ustanawiania aktu krajowego, który powiela uregulowania zawarte w rozporządzeniu. Występowanie w systemie prawa krajowego przepisu, który zawiera te same normy co rozporządzenie, prowadzi do naruszenia prawa unijnego, gdyż ogranicza bezpośrednią skuteczność rozporządzenia, nie gwarantuje jednolitego stosowania prawa unijnego w całej Unii⁹, a ponadto czyni iluzoryczną kompetencję Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej do stwierdzania nieważności lub interpretacji rozporządzenia¹⁰.

Z powyższym łączy się stosowana w Unii Europejskiej, a wywodząca się z prawa amerykańskiego doktryna przejęcia (*doctrine of pre-emption*), z której wynika, że niedopuszczalne jest nie tylko wydawanie przepisów krajowych sprzecznych względem przepisów rozporządzenia, ale również w jakikolwiek sposób wkraczających w sferę regulowaną rozporządzeniem¹¹. Powyższą tezę potwierdza art. 2 ust. 2 TFUE, przesądzając, że państwa członkowskie wy-

⁷ Wyrok TSUE z 9 III 1978 r., 106/77, w sprawie *Amministrazione delle Finanze dello Stato p. Simmenthal SpA*, ECR 1978 00629.

⁸ Zob. A. Wróbel, w: *Traktat...*, s. 647.

⁹ Wyrok TS z 10 X 1973 r., 34/73, w sprawie *Fratelli Variola S.p.A. p. Administration des finances italiennes*, ECR 1973.

¹⁰ Zob. A. Wróbel, w: *Traktat...*, s. 647.

¹¹ Zob. P. Saganek, w: *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom I*, red. A. Wróbel, D. Miąsik, N. Półtorak, Warszawa 2012, s. 205.

konują swoją kompetencję w odniesieniu do kompetencji dzielonych jedynie w tym zakresie, w jakim Unia nie wykonała swojej. Skorzystanie z kompetencji przez Unię powoduje przejęcie, które następuje poprzez „zajęcie pola” (*field occupation*). Innymi słowy, wyznaczona (a w zasadzie ograniczona) zostaje przestrzeń normatywna, w której ustawodawca krajowy posiada kompetencję do regulowania danej materii¹². W konsekwencji jakakolwiek ingerencja legislacyjna ustawodawcy krajowego w obszarze „zajętego pola” jest niemożliwa¹³. Źródłem takiego ujęcia poszukuje się w zasadzie lojalności¹⁴. W przedmiotowej dla tego artykułu kwestii można więc zająć stanowisko, zgodnie z którym rozporządzenie MAR w zakresie określenia bezprawnego wykorzystania informacji poufnej w ramach obrotu instrumentami finansowymi „zajęło pole”, na które państwo członkowskie nie powinno wkraczać posługując się normami prawa krajowego.

Skutkiem posłużenia się zasadą pierwszeństwa jest stosowanie prawa unijnego z jednoczesnym pominięciem prawa krajowego¹⁵. Normy prawa krajowego nie zostają w ten sposób derogowane, jednakże niemożliwe jest ich zastosowanie w indywidualno-konkretnej sprawie. Przepis krajowy nadal obowiązuje, lecz nie może stanowić podstawy dla określonego rozstrzygnięcia, a zatem również podstawy dekodowania norm nadających się do zastosowania. Potwierdza tę myśl również Trybunał Konstytucyjny, który uznał, że:

[s]ąd krajowy nie orzeka w takim wypadku o uchyleniu normy prawa krajowego, lecz tylko odmawia jej zastosowania w takim zakresie, w jakim jest on obowiązany do dania pierwszeństwa normie prawa wspólnotowego[...], a przedmiotowy akt prawny nie jest dotknięty nieważnością [i] obowiązuje,

jednocześnie zaznaczył, że:

jest [on] stosowany w zakresie nieobjętym przedmiotowym i czasowym obowiązywaniem regulacji wspólnotowej [podkreśl. moje – M.D.]¹⁶.

¹² Zob. M. Klamert, *The principle of loyalty in EU law*, Oxford 2014, s. 119.

¹³ Zob. M. Klamert, *The principle...*, s. 119; P. Saganek, w: *Traktat...*, s. 205.

¹⁴ Zob. M. Klamert, *The principle...*, s. 121. Zob. również art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej: „Zgodnie z zasadą lojalnej współpracy Unia i Państwa Członkowskie wzajemnie się szanują i udzielają sobie wzajemnego wsparcia w wykonywaniu zadań wynikających z Traktatów. Państwa Członkowskie podejmują wszelkie środki ogólne lub szczególnie właściwe dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatów lub aktów instytucji Unii”.

¹⁵ Wyrok TS z 9 III 1978 r., 106/77, w sprawie *Amministrazione delle finanze dello Stato p. Simmenthal SpA*, ECR 1978 00629.

¹⁶ Postanowienie TK z 19 XII 2006 r., P 37/05, Legalis nr 80272.

Wobec powyższego trafne jest stwierdzenie Komisji Nadzoru Finansowego:

[d]la uczestników rynku oznacza to konieczność stosowania przepisów rozporządzenia i pomijania przepisów wyżej wskazanych ustaw oraz wydanych na ich podstawie aktów wykonawczych sprzecznych z rozporządzeniem MAR¹⁷.

Jak wynika ze wskazanych norm prawa unijnego, mających u swoich podstaw zasadę pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej, przepisy krajowe z ustawy o obrocie instrumentami finansowymi dotyczące materii określonej w rozporządzeniu MAR nie mogą zostać zastosowane nie tylko wówczas, gdy są sprzeczne z tym rozporządzeniem, ale również gdy wyrażają te same normy.

Przepisy ustawy o obrocie instrumentami finansowymi znajdujące się w kolizji z rozporządzeniem MAR (albo powielające jego uregulowania) obowiązują (zasada pierwszeństwa nie powoduje ich eliminacji z obiegu prawnego), lecz nie są stosowane. Wobec tego stwierdzenia wypada w tym miejscu odnieść się do pojęcia „obowiązania” oraz „stosowania” w perspektywie konsekwencji prawnych, jakie niesie za sobą to rozróżnienie.

W pierwszej kolejności należy zasygnalizować, iż – jak zauważa J. Stelmach:

spór o obowiązywanie prawa jest sporem wieloaspektowym i złożonym. Przekonanie niektórych teoretyków prawa, że można znaleźć jedno powszechnie akceptowalne rozwiązanie, jest [...] całkowicie bezpodstawne¹⁸.

Na potrzeby niniejszego opracowania można ograniczyć się do koncepcji obowiązywania zaprezentowanej przez A. Grabowskiego, która przenosi rozważania na grunt teorii argumentacji prawniczej¹⁹, co z kolei pozwala na wykorzystanie ustaleń w rozważaniach dogmatycznych. Zgodnie zatem z regulującą definicją obowiązywania prawa stanowionego:

¹⁷ Zob. stanowisko Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego w sprawie niektórych skutków niedostosowania do dn. 3 VII 2016 r. polskiego porządku prawnego do przepisów rozporządzenia MAR, < https://www.knf.gov.pl/Images/przepisy_uchylane_przez_MAR_stanowisko_28_06_2016_tcm75-47398.pdf >.

¹⁸ J. Stelmach, *Obowiązywanie prawa w sensie absolutnym i relatywnym*, w: *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, red. M. Borucka-Arctowa, Toruń 1998, s. 323.

¹⁹ Zob. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 481–510.

norma prawa stanowionego obowiązuje wtedy i tylko wtedy, gdy potencjalny adresat normy nie ma prawnych możliwości odmowy zachowania się w sposób wymagany przez normę lub podjęcia działań dla osiągnięcia wyznaczonego przez nią celu²⁰.

Mowa zatem o takiej sytuacji, w której istnieje wypowiedź nakazująca (zakazująca) adresatowi określone zachowanie w jakichś okolicznościach (norma N), a potencjalny adresat tej normy nie może postąpić niezgodnie z normą N.

Niemniej jednak „obowiązywanie” nie jest tożsame ze „stosowaniem”. Wielokrotnie zdarza się, że obowiązująca norma prawa stanowionego nie jest stosowana. Obowiązywanie normy nie implikuje jej zastosowania²¹. W kontekście stosowania normy twierdzi się natomiast, że:

treść decyzji stosowania prawa zawiera kwalifikację stanu faktycznego z punktu widzenia obowiązującej normy sankcjonowanej oraz ustalenie konsekwencji prawnych tej kwalifikacji z punktu widzenia obowiązującej normy sankcjonującej²².

Stosowaniem prawa jest zaś „proces ustalania przez organ państwa na podstawie norm prawa obowiązującego konsekwencji prawnych (pozytywnych lub negatywnych) faktów w sposób wiążący”²³. Powyższe rozumienie stosowania prawa pokrywa się zatem z klasycznym twierdzeniem o korzystaniu z upoważnień, których dana norma prawna udziela określonemu podmiotowi, bądź też o procesie przekształcenia normy abstrakcyjno-generalnej w indywidualno-konkretną, który następuje wraz z czynnością zestawienia ze sobą stanu faktycznego i prawnego, czyli subsumcją²⁴. Zwrot „fakt sprawy F pociąga konsekwencje $k_1 \dots k_n$ ” traktuje się jako konkluzję wynikającą z przesłanek:

- a) „przepis N obowiązuje i ma znaczenie Z”;
- b) „fakt sprawy F istnieje w t, p”²⁵.

²⁰ A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 459.

²¹ Zob. A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 336.

²² L. Leszczyński, *Typy stosowania prawa*, w: A. Korybski, L. Leszczyński, *Stanowienie i stosowanie prawa. Elementy teorii*, Warszawa 2015, s. 129.

²³ J. Wróblewski, *Stosowanie prawa (model teoretyczny)*, w: J. Wróblewski, *Pisma wybrane*, Warszawa 2015, s. 315.

²⁴ Zob. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 7–8. Zob. też Z. Ziemiński, w: S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 213.

²⁵ Zob. J. Wróblewski, *Sądowe...*, s. 238.

„Stosowanie prawa” w tym ujęciu polega na „ustalaniu skutków prawnych» pewnego stanu faktycznego, jeżeli owe «ustalenie» rozumieć się będzie jako określona czynność konwencjonalną upoważnionego do tego organu”²⁶.

W odniesieniu do przypadku stanowiącego przedmiot niniejszego opracowania – mając na względzie powyższe uwagi – należałoby uznać, iż norma z art. 156 ust. 1 u.o.i.f. nie stanowi normy pustej, posiada bowiem swoją treść normatywną. Ze wskazanych wcześniej powodów wynika jedynie niemożność zastosowania tej normy *in concreto*, co nie przesądza wszak o samej kwestii obowiązywania (bądź nieobowiązywania) tej normy w polskim systemie prawnym. Zasada pierwszeństwa prawa unijnego stanowi wyłącznie instrument pozwalający na rozwiązanie kolizji pomiędzy prawem krajowym a prawem unijnym, co wyraża się w braku możliwości przekształcenia normy z art. 156 ust. 1 u.o.i.f. w normę indywidualno-konkretną.

Nie można zatem zasadnie twierdzić, że art. 156 ust. 1 u.o.i.f. może w jakimkolwiek przypadku stanowić adekwatną normę odsyłającą. Oznaczałoby to użycie art. 156 ust. 1 u.o.i.f. w indywidualno-konkretniej sprawie, co – jak wykazano – nie jest możliwe, gdyż stanowiłoby stosowanie tego przepisu, co wszak wyłącza zasada pierwszeństwa. Takiemu stwierdzeniu nie stoi na przeszkodzie okoliczność, że dopiero na etapie konkretnego przypadku sąd rozstrzyga kolizję między rozporządzeniem MAR a przepisami ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (taka operacja nie odbywa się *in abstracto*). Nie można zakładać, iż w ten sposób *nolens volens* konieczne jest stosowanie prawa krajowego (w celu rozstrzygnięcia, czy doszło do kolizji). Posłużwszy się zasadami wypracowanymi przez teorię prawa, możliwe jest uznanie, że moment ustalenia, czy należy *in concreto* stosować polską ustawę, czy też rozporządzenie MAR, należy do fazy przygotowawczej, „przeddecyzyjnej” w procesie stosowania prawa. Obejmuje ona dwa rodzaje czynności i rozumowań: ustalenie stanu faktycznego oraz prawnego. Ustalenie stanu prawnego polega na dokonaniu wykładni operatywnej, która obejmuje m.in. identyfikację adekwatnych przepisów prawnych oraz rekonstrukcję norm będących wzorami zachowania. Co istotne, ustalenia prawne odbywają się równolegle w stosunku do ustaleń faktycznych. Oznacza to, że ustalony fakt wywołuje potrzebę dokonania rozumowań walidacyjnych, jak również ustalenia nowego faktu pod wpływem rekonstrukcji treści normy²⁷. Według J. Wróblewskiego ustalenie tego, jaka norma obowiązuje, dokonuje

²⁶ Z. Ziemiński, w: *Zarys...*, s. 216.

²⁷ Zob. L. Leszczyński, *Model decyzyjny procesu stosowania prawa*, w: A. Korybski, L. Leszczyński, *Stanowienie i stosowanie prawa. Elementy teorii*, Warszawa 2015, s. 137–141.

się za pomocą wykładni i może prowadzić do wartościowania, w większości przypadków jest bowiem procesem, w którym występują oceny²⁸. W takim ujęciu rozstrzygnięcie dotyczące kolizji nie stanowi „stosowania prawa *sensu stricto*”, jako że następuje niejako na jego przedpolu. Należy raz jeszcze podkreślić, że mowa o etapie procesu stosowania prawa, który poprzedza właściwą fazę obejmującą ustalanie treści decyzji stosowania prawa wraz z jej uzasadnieniem, a więc fazę decyzyjną²⁹.

Z dotychczasowego wywodu wyłania się wniosek, że art. 156 ust. 1 u.o.i.f. jest przepisem obowiązującym w polskim systemie prawnym, ale nienadającym się do zastosowania w żadnej sprawie (nie może być podstawą prawną w indywidualno-konkretnej sprawie), bez względu na to, w jakiej mierze wynikające z niego normy pokrywają się z normami wypływającymi z rozporządzenia MAR. Nie oznacza to jednak, że ujawnienie informacji poufnej zyskuje cechę legalności, gdyż *de lege lata* płaszczyznę bezprawności określa samodzielnie obowiązujące i stosowane rozporządzenie MAR. Nie jest zatem uprawnione stanowisko, zgodnie z którym *de lege lata* płaszczyznę bezprawności zachowania można badać na podstawie art. 156 ust. 1 u.o.i.f., gdyż takie przyporządkowanie byłoby wartościowaniem opierającym się na stosowaniu tej normy³⁰.

Na obecnym etapie rozważań trzeba zaś wskazać, jakie skutki wywołuje powyższy fakt w kontekście aplikowania normy sankcjonującej zawartej w art. 181 ust. 1 u.o.i.f. Przepis ten określa typ czynu zabronionego penalizujący określony w ustawie sposób naruszenia zakazu z art. 156 ust. 1 u.o.i.f., natomiast samo sformułowanie „wbrew zakazowi, o którym mowa w art. 156 ust. 1” stanowi okoliczność modalną współwyznaczającą treść wszystkich znamion przedmiotowych omawianego typu³¹. Zarówno płasz-

²⁸ Zob. J. Wróblewski, *Stosowanie...*, s. 317–318.

²⁹ Zob. L. Leszczyński, *Model...*, s. 136, 142–145.

³⁰ Takie stanowisko wydaje się prezentować również Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, który w przytoczonym wcześniej stanowisku wskazuje, że „od dnia 3 lipca 2016 r. podmioty działające na rynku kapitałowym nie będą zobowiązane do stosowania w szczególności: 1) rozdziału 2 w dziale VI ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (art. 154-161a) [...]”. Por. odmiennie: A. Barczak-Oplustil, *Wejście w życie regulacji prawa Unii Europejskiej a zakres odpowiedzialności karnej za czyn zabroniony opisany w formie blankietu (studium przypadku)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2017, z. 1 (publikowany w niniejszym zeszycie); G.J. Artymiak, S. Tarapata, *Przepisy odsyłające do regulacji kolidującej z rozporządzeniem Unii Europejskiej (konsekwencje w perspektywie zasad wykładni)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2017, z. 1 (publikowany w niniejszym zeszycie).

³¹ Zob. R. Zawłocki, w: *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, red. T. Sójka, Warszawa 2015, s. 1338.

czyzna bezprawności, jak i karalności zachowania została opisana przez ustawę. Artykuł 181 u.o.i.f. stanowi więc przykład przepisu niekompletnego, którego:

dyspozycja [...] określa czyn niewyczerpująco, nie zawierając wszystkich znamion charakteryzujących dany typ przestępstwa [...]. Przepis niekompletny nie określa [...] niezbędnych elementów sformułowania (odpowiadającej normie sankcjonującej) normy sankcjonowanej, wymagając w tym zakresie uzupełnienia poprzez inne przepisy zawierające owe brakujące elementy³².

Przepis odsyła do aktu prawnego rangi ustawowej, stąd można go określić jako przepis blankietowy niewłaściwy³³. Wskazując na zakaz określony w art. 156 ust. 1, tym samym zawiera odesłanie dynamiczne. Oznacza to, że – w przeciwieństwie do odesłania statycznego – przepis blankietowy zawiera odesłanie do przepisów odniesienia w ich każdorazowym aktualnie obowiązującym ujęciu³⁴. W konsekwencji jakakolwiek zmiana wskazanego przepisu odniesienia powoduje zmianę zakresu penalizacji, gdyż wpływa na zakres zastosowania normy sankcjonującej wyrażonej w przepisie karnym.

Wymaga zaakcentowania uwaga, iż posługiwanie się przez ustawodawcę przepisami blankietowymi z samej natury wymaga ostrożności, a jednocześnie daje powód do badania *a priori* kwestii spełnienia warunku dostatecznej określoności czynu. Konieczność zachowania ostrożności jest właściwa w szczególności ze względu na ryzyko naruszenia konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege*.

Spojrzenie na kwestię odesłania zawartego w art. 181 u.o.i.f. z perspektywy zasady *nullum crimen sine lege* uzasadnia się sposobem wykładni tej zasady w formie trzech postulatów: typizacji czynów zabronionych tylko przez ustawę (*nullum crimen sine lege scripta*), maksymalnej określoności tworzonych typów (*nullum crimen sine lege certa*) oraz zakazu stosowania analogii i wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy (*nullum crimen sine lege stricta*)³⁵. Dla realizacji zasady konieczne jest, aby czyn zabroniony

³² R. Dębski, *O normie prawnokarnej we współczesnym piśmiennictwie polskim*, „Acta Universitatis Lodzianis. Folia Iuridica” 1984, nr 60, s. 29.

³³ Zob. R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 119.

³⁴ R. Dębski, *Pozaustawowe...*, s. 124.

³⁵ Zob. A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom 1. Komentarz do art. 1-52 (cz. 1)*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 51 i 135.

pod groźbą kary został opisany w przepisie rangi co najmniej ustawy oraz aby o zakresie karalności decydował parlament³⁶.

Dopuszczalność takiej formy określenia znamion typu czynu zabronionego – choć uznając ją za wyjątek od zasady określenia wszystkich znamion w typie czynu – przewiduje § 75 ust. 2 „Zasad techniki prawodawczej”³⁷. Przepis ten stanowi, że odesłanie do nakazów albo zakazów zawartych w pozostałych przepisach tej samej ustawy lub w przepisach innych ustaw albo w postanowieniach umów międzynarodowych ratyfikowanych za zgodą wyrażoną w ustawie:

stosuje się tylko w przypadku, gdy bezprawność czynu polega na naruszeniu nakazów albo zakazów wyraźnie sformułowanych w innych przepisach tej ustawy albo postanowieniach umów międzynarodowych ratyfikowanych za zgodą wyrażoną w ustawie. W takim przypadku w przepisie karnym można odesłać do określonego przepisu tej samej ustawy albo do postanowienia oznaczonej umowy międzynarodowej, używając zwrotu: „Kto wbrew przepisom art. ... (postanowieniom art. ... umowy ...)”.

Z punktu widzenia zasady *nullum crimen sine lege* sama konstrukcja odesłania zawarta w art. 181 u.o.i.f. nie budzi większych wątpliwości³⁸. Taka konstatacja znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który zwrócił uwagę, iż:

[istnieje możliwość] zawarcia znamion czynu zabronionego w innej ustawie niż ta, która wprowadza sankcję karną. Nie można też *a priori* wykluczyć możliwości posługiwania się przez ustawodawcę klauzulami generalnymi czy normami blankietowymi, a zatem stosowania norm niezupełnych w szerokim znaczeniu³⁹.

Niemniej jednak:

norma karna [...] powinna [...] wskazywać w sposób jednoznaczny zarówno osobę, do której skierowany jest zakaz, znamiona czynu zabronionego, jak i rodzaj sankcji grożącej za popełnienie takiego czynu. [...] Reguła określoności wskazana w art. 42 Konstytucji wyznacza zatem dopuszczalność i zakres sto-

³⁶ Zob. A. Barczak-Oplustil, *Obowiązywanie zasady „nullum crimen sine lege”*. Wybrane problemy, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, z. 3, s. 15.

³⁷ Załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn. 20 VI 2002 r., Dz.U. 2016, poz. 283.

³⁸ Przy założeniu, że sama instytucja przepisów blankietowych z samej natury nie stoi w kolizji z zasadą *nullum crimen sine lege*. Zob. uwagi W. Wróbla, *Zmiana normatywna i zasady temporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 127 i n.

³⁹ Wyrok TK z 13 V 2008 r., P 50/07, Dz.U. 2008, nr 90, poz. 562.

sowania norm prawa karnego o charakterze blankietowym. Nakazuje ona ustawodawcy takie wskazanie czynu zabronionego (jego znamion), aby zarówno dla adresata normy prawnokarnej, jak i organów stosujących prawo i dokonujących „odkodowania” treści regulacji w drodze wykładni normy prawa karnego nie budziło wątpliwości to, czy określone zachowanie *in concreto* wypełnia te znamiona. Skoro bowiem ustawa wprowadza sankcję w przypadku zachowań zabronionych, nie może pozostawiać jednostki w nieświadomości czy nawet niepewności co do tego, czy pewne zachowanie stanowi czyn zabroniony pod groźbą takiej sankcji⁴⁰.

Idea dostatecznej określoności opisu czynu zasadza się na przeświadczeniu, że odpowiedzialność karną można jednostce przypisać jedynie wówczas, gdy z samego ustawowego opisu możliwe jest odtworzenie określonej klasy zachowań uznanych za karalne⁴¹ – stąd wymóg, by ustawa posługiwała się możliwymi do zdefiniowania (racjonalnymi) kryteriami, które mają służyć do dokonania podziału na zachowania karalne i niekaralne⁴². W ten sposób realizowana jest nie tylko funkcja gwarancyjna prawa karnego, zapewniająca jednostce rozpoznawalność karnopravných konsekwencji swojego zachowania; ujawnia się również funkcja prewencyjna – oddziaływanie zagrożenia karą może mieć bowiem miejsce jedynie wówczas, gdy jednostka wie, że jej zachowanie może doprowadzić do przypisania jej odpowiedzialności⁴³. W istocie chodzi więc o założenie silnie zakorzenione w aksjologii współczesnego prawa karnego. Wyraża się ono w uznaniu, że represję karną (a zatem ingerencję w konstytucyjnie chronione dobra jednostki doznające ograniczenia w przypadku zastosowania sankcji karnej)⁴⁴ państwo stosuje tylko wtedy, gdy jednostka dokonała czynu w pełni świadoma nie tylko elementów swojego postępowania, ale również sfery normatywnej. O realizacji własnych zachowań w warunkach wolności można zatem mówić, jeśli istniała co najmniej możliwość rozpoznania normatywnych konsekwencji postępowania.

Sposób redakcji art. 181 ustawy spełnia przytoczone wymogi dotyczące określoności czynu opisanego w tym przepisie. Ustawodawca w sposób precyzyjny wskazał przepis będący źródłem zakazu, którego przekroczenie stanowi zniamię typu. Zabieg ten zapobiegł konieczności każdorazowego

⁴⁰ Wyrok TK z 13 V 2008 r., P 50/07, Dz.U. 2008, nr 90, poz. 562.

⁴¹ Zob. np. T. Sroka, w: *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1037.

⁴² Zob. W. Wróbel, *Zmiana...*, s. 139.

⁴³ Zob. A. Barczak-Oplustil, *Obowiązki...*, s. 23.

⁴⁴ Zob. np. W. Wróbel, *Zmiana...*, s. 146.

odtworzenia zakazu z treści całej ustawy lub nawet szeregu ustaw dotyczących określonej materii, co ma miejsce w przypadku użycia zwrotów takich jak: „wbrew przepisom”, „wbrew przepisom ustawy”, „naruszając przepisy”, „z naruszeniem prawa”. W tym przypadku możliwe jest nie tyle odtworzenie, ale bezpośrednio zapoznanie się z treścią zakazu, którego – zgodnie z treścią normy sankcjonującej z art. 181 – należy poszukiwać w ściśle określonej, konkretnej jednostce redakcyjnej ustawy. Innymi słowy, dysponując treścią art. 181 i 156 ust. 1 u.o.i.f. (oraz dodatkowo legalnymi definicjami zwrotów „informacja poufna” oraz „wykorzystanie informacji poufnej”), obywatel jest w stanie ocenić, czy jego zachowanie polegające na wykorzystaniu informacji mieści się (lub potencjalnie może się mieścić) w zakresie objętym kryminalizacją. Tym samym przepis ten nie rodzi problemów związanych z naruszeniem zasady *nullum crimen sine lege*.

Z powyższymi uwagami łączy się jednakże następująca konstatacja. Z analizy dogmatycznej typu z art. 181 ust. 1 u.o.i.f. wynika, że kryminalizacją objęte są tylko takie zachowania bezprawne, które są określone w art. 156 ust. 1 u.o.i.f. To właśnie w art. 156 ust. 1 u.o.i.f. tkwi źródło bezprawności jako warunku koniecznego uznania zachowania za przestępstwo⁴⁵. Jest to sytuacja atypowa w perspektywie charakteru przepisów karnych. W przeważającej części przypadków z treści normy sankcjonującej możliwa jest bowiem rekonstrukcja przynajmniej trzonu normy sankcjonowanej. Choć zatem przepis prawa karnego wyraża jedynie normę sankcjonującą, to jednocześnie zwykle możliwe jest wnioskowanie z niej o treści normy sankcjonowanej – stanowiącej wówczas *prius* jedynie logicznie⁴⁶.

⁴⁵ Norma sankcjonowana tego typu wprowadzona jest poprzez konstrukcję: „Nikt, kto znajdzie się w okolicznościach X, a w szczególności podmiot a, b, c, ..., nie może postąpić w sposób Y”. Tak również A. Barczak-Oplustil, *Wejście...*, (publikowany w niniejszym zeszycie); G.J. Artymiak, S. Tarapata, *Przepisy...*, (publikowany w niniejszym zeszycie); R. Zawłocki, w: *Prawo...*, s. 1339, który jednocześnie wskazuje, iż czynność sprawcza stanowiąca element normy sankcjonującej z art. 181 ust. 1 u.o.i.f. „powinna być interpretowana wyłącznie i ściśle na podstawie ustawowo zdefiniowanego pojęcia ujawnienia informacji poufnej”. Przepis ten nie stanowi jedynie zawężenia kręgu adresatów normy, choć oczywiście powoduje, że typ z art. 181 ust. 1 jest typem indywidualnym. Por. odmiennie M. Rams, *O sposobach rozwiązywania kolizji między prawem Unii Europejskiej a prawem krajowym (na przykładzie penalizacji niezachowania w tajemnicy informacji poufnych)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2017, z. 1 (publikowany w niniejszym zeszycie).

⁴⁶ Zob. przede wszystkim A. Zoll, *O normie z punktu widzenia prawa karnego*, „Kra-kowskie Studia Prawnicze” 1990, R. XXIII, s. 71–73; P. Kardas, *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, z. 4, s. 37.

W przypadku użycia klauzuli takiej jak w art. 181 ust. 1 u.o.i.f. („wbrew zakazowi, o którym mowa w art. 156 ust. 1”) z samej istoty dane zachowanie nie jest zakazane samodzielnie w oparciu o przepis prawa karnego. Zakaz taki jest natomiast stanowiony w owym przepisie, do którego nastąpiło odesłanie⁴⁷. Normy określającej bezprawność tego typu nie można zatem rekonstruować z żadnego innego przepisu, a w szczególności z rozporządzenia MAR.

Jakie skutki niesie za sobą sytuacja, w której z określonych powodów niemożliwe jest zastosowanie przepisu, do którego nastąpiło odesłanie? Konsekwencje przytoczonych wyżej założeń są daleko idące. Konkretnie zachowanie nie może być w takim przypadku samodzielnie zakazane wyłącznie ze względu na obowiązywanie normy sankcjonującej, gdyż „jeżeli ustawodawca decyduje się wprowadzić do przepisu klauzulę normatywną sprzeczności z prawem, to tym samym uchyla domniemanie, iż przepis wyraża także normę sankcjonowaną”⁴⁸. Wobec braku normy będącej *implicitie* źródłem bezprawności czynu określonego w typie czynu zabronionego (bezprawności nie można zrekonstruować z przepisu stanowiącego normę sankcjonującą) niemożliwe jest zatem przypisanie odpowiedzialności karnej sprawcy zachowania.

Odesłanie zawarte w art. 181 ust. 1 u.o.i.f. wskazuje, że źródłem bezprawności czynu określonego w tym przepisie jest sprzeciwienie się normie zawartej w art. 156 ust. 1 u.o.i.f. Jak wyżej wskazano, art. 156 ust. 1 u.o.i.f. ze względu na fakt, iż reguluje materię „zajętą” (*occupied*) przez prawo Unii Europejskiej, nie może być stosowany. W jego miejsce stosować należy zatem odpowiednie normy rozporządzenia MAR. Z dokonanych wcześniej ustaleń wynika, że brak możliwości stosowania art. 156 ust. 1 u.o.i.f. wyraża się w niemożności przekształcenia normy abstrakcyjno-generalnej w normę indywidualno-konkretną, tj. użycia go w fazie przypisania odpowiedzialności sprawcy zachowania opisanego w art. 181 ust. 1 u.o.i.f. Należy ponadto zauważyć, że zarówno ze względu na zasadę *nullum crimen sine lege*, jak i przestrzeganie zasady pierwszeństwa nie jest możliwa wykładnia pronijna, która *de facto* polega na odrzuceniu twierdzenia, że przepisy rozporządzenia stanowią jedyną podstawę ustalenia bezprawności w regulowanej materii. Z kolei uznanie, że ze względu na efektywność prawa unijnego art. 156 ust. 1 u.o.i.f. należałoby potraktować jako adekwatną normę odesłania, prowadziłoby do wewnętrznej sprzeczności. Argument z wykładni

⁴⁷ Zob. W. Wróbel, *Zmiana...*, s. 133.

⁴⁸ W. Wróbel, *Zmiana...*, s. 133.

prounijnej prowadziłyby bowiem do zaprzeczenia skutkom zastosowania zasady pierwszeństwa.

Fakt stosowania norm rozporządzenia MAR w miejsce art. 156 ust. 1 u.o.i.f. nie oznacza jednak, że zachowanie sprzeciwiające się postanowieniom rozporządzenia może być penalizowane przy zastosowaniu typu czynu zabronionego z art. 181 u.o.i.f. Typ ten – jak już wskazano – czerpie swój normatywny sens (bezprawność) jedynie z art. 156 ust. 1 u.o.i.f., który jednak nie może być zastosowany. Nie ulega wątpliwości, że – kierując się zasadą pierwszeństwa – rozporządzenie MAR jest obecnie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jedyną podstawą oceny z perspektywy bezprawności zachowań polegających na wykorzystaniu informacji poufnych wbrew treści przepisów tego rozporządzenia. Niemniej jednak ze względu na specyfikę odesłania (wyrażającego wprost źródło bezprawności) *de lege lata* typ z art. 181 ust. 1 u.o.i.f. nie stanowi podstawy przypisania odpowiedzialności karnej.

Powyższa interpretacja jest zgodna z zaprezentowanym wyżej rozumieniem zasady *nullum crimen sine lege* (w szczególności *certa*). Ustawodawca posłużył się odesłaniem do konkretnego przepisu prawa, a nie np. do przepisów obowiązujących w danym przedmiocie (odesłanie „zryczałtowane”)⁴⁹. Zachowanie „wbrew zakazowi, o którym mowa w art. 156 ust. 1” nie jest tożsame z zachowaniem „wbrew zakazowi, o którym mowa w rozporządzeniu MAR”. Nie bez znaczenia jest również komunikatywność takiej normy w kontekście konsekwencji realizacji określonego zachowania. Skoro „przepisy prawne muszą [...] stwarzać obywatelowi (podmiotowi odpowiedzialności karnej) możliwość uprzedniego i dokładnego rozeznania, jakie mogą być prawnokarne konsekwencje jego postępowania”, a „materialne elementy czynu, uznanego za przestępny” zostały „zdefiniowane w ustawie (zgodnie z konstytucyjną zasadą wyłączności ustawy) w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny”⁵⁰, to bez wątpienia zastosowanie normy określającej bezprawność do typu czynu zabronionego, który wprost wskazuje na odmienne miejsce poszukiwań tej normy, nie czyni zadość funkcji gwarancyjnej. Z potrzeby ochrony wartości, jaką jest skuteczne zabezpieczenie jednostki przed możliwością wykorzystania prawa w sposób sprzeczny z regułami demokratycznego państwa prawa, wynika użycie odesłania w kategoriach wyjątku od zasady pełnego opisu znamion w typie czynu. Wyjątek ten jest dopuszczalny, jednakże o tyle o ile jest możliwe w sposób jednoznaczny i przejrzysty ustalenie zakresu karalności.

⁴⁹ Zob. R. Dębski, *Pozastawowe...*, s. 121.

⁵⁰ Postanowienie sygnalizacyjne TK z 13 VI 1994 r., S 1/94, OTK 1994, nr 1, poz. 28.

W związku z powyższym należy opowiedzieć się za stanowiskiem sprzeczającym się do następujących tez:

- 1) Przepis art. 156 ust. 1 u.o.i.f. nie jest derogowany i obowiązuje, jednak ze względu na zasadę pierwszeństwa nie może zostać zastosowany. W miejsce przepisu art. 156 ust. 1 u.o.i.f. stosuje się odpowiednie przepisy rozporządzenia MAR.
- 2) „Obowiązywanie” nie implikuje „stosowania”. To drugie pojęcie oznacza proces ustalania przez organ państwa na podstawie norm prawa obowiązującego konsekwencji prawnych (pozytywnych lub negatywnych) faktów w sposób wiążący.
- 3) Zgodnie z powyższym zachowanie polegające na wykorzystywaniu informacji poufnej określonej w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi oraz w rozporządzeniu MAR można wartościować z perspektywy bezprawności wyłącznie na podstawie rozporządzenia MAR.
- 4) Artykuł 156 ust. 1 u.o.i.f. stanowi jedyne źródło bezprawności dla typu czynu zabronionego określonego w art. 181 ust. 1 u.o.i.f. Ze względu na zastosowanie odesłania dynamicznego „wbrew zakazowi określone w art. 156 ust. 1” nie jest możliwe odtworzenie normy sankcjonowanej z samego tylko przepisu karnego.
- 5) W świetle zasady *nullum crimen sine lege* niedopuszczalne jest zastosowanie normy z art. 181 ust. 1 u.o.i.f., a tym samym zachowanie naruszające zakaz ujawniania informacji poufnej wyrażony w rozporządzeniu MAR oraz w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi nie jest obecnie objęte kryminalizacją przez tę ustawę.

Criminal provision referring to the regulations in collision with EU law (consequences in perspective of the *nullum crimen sine lege* principle).

Summary

The article is an attempt to resolve the issue of imposition of criminal liability for the usage of classified information contrary to the prohibition set forth in Art. 156 ust. 1 of the Act of 29th July 2005 on Trading in Financial Instruments. It needs to be noted that EU law defines notion of classified information, and determines ways of its use. Article refers to the distinction between “validity of law” and “application of law”, as it was developed in theory of law. Furthermore, the dogmatic foundations for the principle of primacy of EU law has been also noted, along with mentioning the regulations that refer to another provisions. It is stated in conclusion that Art. 156 ust. 1 of the Act of 29th July 2005 on Trading in Financial Instruments, which cannot be applied in any particular case, is the only source determining

the unlawfulness of the prohibited act specified in Art. 181 of mentioned Act. Hence, the conduct violating the prohibition of disclosure of confidential information, as stated in the MAR Regulation and in the Act on Trading in Financial Instruments, is not currently subject to criminalization.

Keywords: EU law, trading of financial instruments, prohibition of insider dealing, rules of statutory interpretation

Michał Derek – Uniwersytet Jagielloński, Katedra Prawa Karnego (doktorant)