

Jerzy Duży

## DZIAŁANIE NA SZKODĘ W POLSKIM PRAWIE KARNYM GOSPODARCZYM

### 1. Narodziny i rozwój prawa karnego gospodarczego

Kształt prawa karnego gospodarczego niewątpliwie jest pochodną właściwego danemu państwu porządku gospodarczego. Inaczej przedstawiają się szczegółowe regulacje tego prawa w zależności od tego, czy dany system gospodarczy bliższy jest gospodarce planowej czy wolnorynkowej. Niemniej jednak uniwersalny wydaje się pogląd określający przestępstwo gospodarcze jako czyn naruszający porządek gospodarczy państwa przez zamach na prawidłowy tok życia gospodarczego, zaś prawo karne gospodarcze jako zespół norm karnych mających na celu zwalczanie zamachów na całość stosunków gospodarczych<sup>1</sup>.

W gospodarce socjalistycznej za przestępstwa gospodarcze uważano takie, które naruszają panujące w ustroju socjalistycznym stosunki własności, obowiązujące zasady produkcji, obrotu podziału dóbr materialnych, a zwłaszcza skierowane przeciwko własności społecznej i nakazowo-rozdzielczemu systemowi gospodarowania<sup>2</sup>. Natomiast w warunkach gospodarki wolnorynkowej, koncepcje przestępczości gospodarczej możemy sklasyfikować w dwu nurtach. Pierwszy z nich wiąże przestępczość gospodarczą z nadużyciem zaufania przez osoby zajmujące ważne pozycje w systemie gospodarczym, a więc jest zorientowany na sprawcę, drugi, dominujący obecnie w nauce nurt jest zorientowany nie na sprawcę, lecz na jego czyn<sup>3</sup>.

Do pierwszego nurtu należy niewątpliwie koncepcja przestępczości „białych kołnierzyków E.H. Sutherlanda, odwołująca się do pozycji społecznej sprawców przestępstw gospodarczych – ludzi zwykle dobrze wykształconych, inteligentnych, zajmujących eksponowane stanowiska w hierarchii zawodowej, a często także w aparacie państwowym, stroniących w swej przestępczej działalności od przemocy. Pomimo niewątpliwych zalet tej koncepcji, współcześnie, zwłaszcza w Europie

dominują koncepcje zorientowane na czyn. Podstawą bowiem odpowiedzialności karnej pozostaje zachowanie sprawcy i ono przede wszystkim podlega wartościowaniu, podczas gdy właściwości sprawcy wywierają głównie wpływ na stopniowanie tej odpowiedzialności<sup>4</sup>. Stąd też z punktu widzenia prawa karnego, koncepcje zorientowane na sprawcę nie są zbyt przydatne. Bardziej użyteczne i poprawniejsze metodologicznie są koncepcje przestępczości gospodarczej zorientowane na czyn. Za punkt wyjścia należy przyjąć tu wzmiankowaną już przedmiotową koncepcję prawa karnego gospodarczego C. Lindemanna. W efekcie jej dalszego rozwoju, ukształtowały się dwa spojrzenia na zakres prawa karnego gospodarczego. I tak: na prawo karne gospodarcze w ścisłym znaczeniu składają się tylko takie przepisy karne, których głównym zadaniem jest ochrona samego porządku gospodarowania i jego właściwego funkcjonowania, zaś prawo karne gospodarcze *sensu largo* tworzyłyby przepisy karne chroniące bezpośrednio interesy jednostkowe, o ile zagrożenie tychże jednostkowych interesów ze względu na masowy charakter zakłócałoby funkcjonowanie gospodarki jako całości<sup>5</sup>.

## 2. „Działanie na szkodę” jako znamię ustawowe

„Działanie na szkodę” jako znamię ustawowe występuje w polskim prawie karnym gospodarczym jako element dyspozycji w szeregu przepisów prawno-karnych, tj. w art. 206 k.k. z 1969 r., art. 300 k.h., art. 482 k.h., art. 9 § 2 Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego (Dz.U. z 1994 r., Nr 126, poz. 615), art. 302 k.k. z 1997 r., art. 305 § 1 k.k. z 1997 r., art. 90g Ustawy o działalności ubezpieczeniowej (tekst jedn.: Dz.U. z 1996 r. Nr 11, poz. 62). Ogólnikowe ujęcie tego znamienia powoduje liczne wątpliwości w stosowaniu przepisów karnych, które je zawierają. Niemniej jednak konstrukcja ta wydaje się być w pełni zasadna z punktu widzenia praktycznych możliwości karania za przestępstwa gospodarcze.

Przestępny cel w działalności gospodarczej obecnie coraz częściej osiągany jest przez „obchodzenie prawa”, wykorzystywanie istniejących luk w przepisach regulujących zasady działalności gospodarczej. Dodać należy, że działania takie są tym łatwiejsze, im bardziej obszerna i uszczegółowiona jest regulacja gospodarki – tym więcej można znaleźć w niej luk i nieścisłości a nawet sprzeczności. Daje to wielkie możliwości „białym kołnierzykom” bogatym w wiedzę, doświadczenie, korzystającym z nowoczesnych technik gromadzenia i przetwarzania informacji. Jednocześnie ich poczynania tworzą pozory legalnej działalności. W związku z tym, prawo karne poszukuje skutecznych metod reakcji na przestępstwa „obcho-

dzenie prawa”. W efekcie odchodzi się od kazuistyki konstruując przepisy karne. Dziedzina jaką jest życie gospodarcze powoduje, że niemożliwe jest bardzo dokładne formułowanie stanów faktycznych, gdyż grozi bardzo szybkie rozsadzenie sformułowań przez stale zmieniające się warunki gospodarcze, a co za tym idzie, zmieniające się formy zamachów na jego prawidłowy tok<sup>6</sup>. Rodzi to oczywiście obawy zbytnej blankietowości, której nie da się pogodzić z zasadami techniki prawodawczej dla przepisów karnych<sup>7</sup>. Przestępstwa zawierające znamię „działania na szkodę”, choć bardzo pojemne, nie są blankietowymi. Nie odsyłają do konkretnych innych aktów prawnych, choć z pewnością, aby wypełnić treścią omawiane znamię, dokonując wykładni konkretnego przepisu, należy mieć na uwadze normy innych gałęzi prawa, zawierające zasady gospodarowania, tworzące pojęcia, instytucje, do których nawiązuje konkretny przepis karny. Dzięki temu możliwa byłaby wykładnia włączająca w zasięg poszczególnych typów przestępstw zachowania, które nie naruszają wprost konkretnych zakazów lub nakazów, ale są sprzeczne, godzą w cel, jakiemu te normy służą<sup>8</sup>.

#### **a) rozumienie „działania”**

Analizując przepisy karne zawierające znamię „działania na szkodę” można generalnie zauważyć, że ich typizacja opiera się na wskazaniu elementu nadużycia zaufania, będącego konsekwencją pozycji sprawcy oraz elementu godzenia w ponadindywidualne interesy gospodarcze, co następuje przez określenie podmiotu np. spółek czy zakładu ubezpieczeń, których interes staje się przedmiotem zamachu. Poprzez wprowadzenie tych znamion, ustawodawca chciał zapewne doprecyzować opis czynu w omawianych przestępstwach, choć niewątpliwie nadużycie zaufania samo w sobie budzi wątpliwości interpretacyjne. W przestępstwach tych opis czynu jest bardzo ogólny, a zarazem pojemny treściowo. Poza formalnymi w zasadzie elementami, jakimi są nadużycia zaufania oraz wskazanie podmiotów, których interes jest przedmiotem zamachu, brak w nich bliższego określenia czynu zabronionego. Istotę czynu oddaje znamię „działania na szkodę”, niezwykle trudne do zdefiniowania, wypełnienia treścią. W zasadzie, jeżeli nie sprecyzujemy tego pojęcia, to o przestępstwach tych będziemy mogli powiedzieć, że działanie na szkodę to jednoczesny brak działania nie na szkodę, co będzie oczywistą tautologią. Dlatego tak ważne jest wyjaśnienie tego pojęcia, wszystkich jego prawnokarnych aspektów.

Artykuł 115 § 1 k.k. z 1997 r. definiuje czyn zabroniony jako „zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej”. Odpowiadający mu art. 120 § 1 k.k. z 1969 r. określa wprost czyn zabroniony jako działanie lub zaniechanie o znamionach określonych w ustawie karnej. Bezsprzeczne jest, że zachowanie się człowieka może przybrać postać działania lub zaniechania. O formie czynu decyduje zawsze sposób sformułowania znamienia czynności czasownikowej w dyspozycji danego typu przestępstwa<sup>9</sup>. W świetle powyższej uwagi znamię „działania na szkodę” zawarte w konkretnych typach przestępstw, rodzi wątpliwości interpretacyjne. Zdawałoby się, że przestępstwa te można popełnić tylko przez działanie, bowiem znamię czasownikowe „działa” niejako pojęciowo i zdaje się wyłączać zaniechanie jako alternatywną względem działania postać czynu<sup>10</sup>. Niemniej jednak, już na tle uregulowań k.k. z 1932 r. zwracano uwagę na dwuznaczność ustawowego określenia „działanie”, czego wyrazem była konkluzja, że kodeks może używać określenia „działanie” zarówno dla działania jak i zaniechania<sup>11</sup>. Ustalenie, czy należy interpretować ten zwrot w znaczeniu węższym, tj. zgodnie z literalnym brzmieniem, czy szerszym, obejmującym także zaniechanie, zachodziłoby w drodze wykładni konkretnego przepisu. Przyjmuje się powszechnie, że w omawianej grupie przestępstw należy go interpretować szeroko. Dostrzeżono to już na tle dawnego art. 269 k.k. z 1932 r. Również Sąd Najwyższy w jednym z orzeczeń stwierdził, że karze ulega działanie lub zaniechanie na szkodę<sup>12</sup>. Pogląd ten, oparty na wykładni celowościowej, do dziś zachowuje swą aktualność i jest powszechnie akceptowany.

O ile działaniem jest czyn, który ma formę czynności przedsięwziętych w określonym kierunku, to zaniechanie można określić jako powstrzymanie się przez podmiot, od wymaganego od niego i obiektywnie możliwego w danym czasie i miejscu, działania w określonym kierunku<sup>13</sup>. Zaniechanie nie jest rzecz jasna samodzielnym bytem. Istnieje w związku z nakazaniem działaniem, które sprawca wbrew obowiązкови zaniechał wykonać.

Katalog penalizowanych działań na szkodę w omawianej grupie przestępstw nie budzi większych wątpliwości, choć na każde z tych przestępstw należy spojrzeć indywidualnie. Znacznie poważniejsze rozbieżności może budzić katalog ewentualnych zaniechań, mieszczących się zgodnie z szerokim rozumieniem czynności czasownikowej „działa”, w pojęciu „działania na szkodę”. W tym miejscu nasuwa się kategoria możliwości działania, która jest konstytutywnym elementem czynu w ogóle, a zaniechania w szczególności. Kategoria ta obejmuje w odniesieniu do zaniechania nie tylko przymus, ale także przeszkody tkwiące w obiektywnych okolicznościach sytuacji, w jakiej w pewnym czasie i miejscu podmiot się znajdował<sup>14</sup>.

W doktrynie odróżnia się węższe pojęcie „możliwości działania”, związane z czysto fizyczną możliwością działania, bądź też szerokie, jako zespół wielu czynników nie tylko obiektywnych, ale i osobowościowych, związanych z intelektualnymi przesłankami zdolności do działania. Nie wglębiając się w istotę problemu warto jednak zauważyć, że nawet jeżeli uznamy, że tak ważny element jak potrzebny do działania zasób wiedzy nie decyduje o bycie czynu, to zgodzić się należy z L. Kubickim, że element ten musi być uwzględniany przy ustalaniu odpowiedzialności za czyn, zwłaszcza popełniony przez zaniechanie<sup>15</sup>.

W omawianej grupie przestępstw zachowanie się sprawcy, a więc i zaniechanie jako jedna z postaci czynu funkcjonuje wyłącznie jako sam akt zachowania się podmiotu, nie zaś jako zachowanie pozostające w związku z pewnym skutkiem. W konsekwencji jeżeli idzie o zaniechanie, przestępstwa te należy traktować jako przestępstwa właściwe z zaniechania, bowiem dla ich bytu wystarcza samo niewykonanie pewnej czynności.

Jak już wspomniano, przestępstwo z zaniechania występuje, gdy sprawca powstrzymuje się od spełnienia ciążącego na nim obowiązku. W przypadku przestępstw niewłaściwych z zaniechania określenie źródeł tego obowiązku jest łatwiejsze, ponieważ źródła te możemy odnieść do osoby gwaranta, osoby gwarantującej zapobieżenie skutkowi. Tylko naruszenie prawnego obowiązku przez gwaranta może pociągać za sobą odpowiedzialność karną za zaistniały skutek, co w k.k. z 1997 r. zostało wprost ujęte w art. 2. Nowy k.k. zgodnie z dotychczasowymi poglądami doktryny rozstrzygnął więc wątpliwości związane z odpowiedzialnością za przestępstwa materialne popełnione przez zaniechanie. Problem pojawia się odnośnie przestępstw formalnych, do których zgodnie z poglądami większości doktryny należy omawiana grupa przestępstw<sup>16</sup>. Pewną odpowiedź daje na to pytanie uzasadnienie k.k. z 1997 r., w którym czytamy, że „gdy taki prawny szczególny obowiązek w chwili zaniechania nie zachodzi, sprawca zaniechania może odpowiadać jedynie za przestępstwo formalne, którego znamiona zrealizował samym zaniechaniem działania w oczekiwanym przez prawo kierunku”<sup>17</sup>. Tak czy inaczej, pozostaje jednak pytanie, co sprawca obowiązany był uczynić, by nie zaniechać działania w oczekiwanym przez prawo kierunku, a więc o ciążący na sprawcy obowiązek i jego źródła. Odnośnie omawianej grupy przestępstw odpowiedź jest niezwykle trudna, ponieważ ustawowe znamię „działania na szkodę”, które swym zachowaniem wyczerpuje sprawca, jest niezwykle pojemne i nie daje odpowiedzi, czego tak naprawdę nie zrobił sprawca, czego zaniechał wbrew obowiązkowi, że „działał na szkodę”. Źródłem obowiązku sprawcy, bardziej jeszcze niż

w wypadku przestępstw materialnych, należy poszukiwać poza zespołem ustawowych znamion przestępstwa, a nawet poza „prawnym szczególnym obowiązkiem w chwili zaniechania”, jak w przypadku przestępstw znamiennej skutkiem.

Podkreślić należy, że działanie wbrew obowiązkowi, to także niedopełnienie obowiązku. Zgodzić należy się z poglądem, że niedopełnienie obowiązku to nie tylko czyste zaniechanie polegające na powstrzymaniu się od wszelkiej działalności, lecz również niepełne wykonanie obowiązku, niewypełnienie w całości ram, jakie zostały określone przez źródła tego obowiązku<sup>18</sup>.

Poza przepisami prawnymi, umową czy decyzją właściwego organu, źródeł tego obowiązku należałoby poszukiwać także w konkretnym układzie faktycznym związanym z wykonywaniem czynności zawodowych, działaniem zgodnym z regułami pragmatyki właściwej danej działalności, zasadami „dobrej roboty”. Uprawnienia i obowiązki wynikać więc mogą z charakteru prowadzonej działalności, z podziału obowiązków właściwego dla danego stanowiska, czy pełnionej funkcji. Punktem odniesienia dla ewentualnego przypisania odpowiedzialności karnej będzie założenie racjonalności działania na określonym stanowisku, podczas prowadzenia określonej działalności, pełnionej funkcji. Racjonalność tę musi założyć z góry ustawodawca, tworząc przepisy karne. Dodać należy, że w warunkach gospodarki wolnorynkowej, ocena działań jako racjonalnych bądź nieracjonalnych, tj. sprzecznych z zasadami prawidłowego działania, a tym samym sprzecznych z prawem, nie jest łatwa. W system wolnorynkowy jest bowiem apriorycznie wkalkulowany pewien margines ryzyka, które wymaga od podmiotów uczestniczących w obrocie nieszablonowych działań. Określając zakres obowiązków i uprawnień, ustawodawca by nie krępować swobody obrotu, nie może tworzyć enumeratywnego katalogu. Konieczne jest pozostawienie pewnego „luzu decyzyjnego”. Dlatego też w przypadkach, w których zakres uprawnień i obowiązków nie jest ściśle sprecyzowany, należy sięgnąć do ocennych kryteriów jak „dobrego gospodarza” lub też innych, właściwych danym instytucjom gospodarczym np. „sumienne-go kupca”. Zwracał na to uwagę Sąd Najwyższy nawet w warunkach gospodarki scentralizowanej na tle dawnego art. 217 k.k. z 1969 r. Według Sądu Najwyższego obowiązek w zakresie prawidłowego gospodarowania nie musi wynikać wprost z konkretnego przepisu prawnego. Wystarczy, że wynika on z istoty spełnianej funkcji, zaś jego miarą jest zawsze konieczność działania pod kątem widzenia „dobrego gospodarza”<sup>19</sup>. Dla stwierdzenia winy takiej osoby, istotna jest ocena zakwestionowanych działań lub zaniechań pod kątem widzenia obowiązków tej osoby jako „dobrego gospodarza”, a nie w oderwaniu od całokształtu pełnionej

funkcji<sup>20</sup>. W odniesieniu do wyspecjalizowanych gałęzi prawa, przyjmować można jeszcze inne szczególne kryteria ocen np. w odniesieniu do prawa handlowego „sumiennego kupca”. Artykuł 292 k.h. wprowadzając to pojęcie odnosi się do staranności sumiennego kupca jako wzorca postępowania. Pojęcie tej miary zawiera w sobie pewne ogólne doświadczenie kupieckie, co jednak nie znaczy, by staranność ta wymagała fachowości w danym przedsiębiorstwie spółki<sup>21</sup>. Odmienne zdanie prezentują T. Dziurzyński, Z. Fenichel i M. Honzatko, którzy są zdania, że objęcie stanowiska w pewnej spółce, mimo braku wykształcenia czy wiadomości potrzebnych do jej prowadzenia, już jest naruszeniem wymaganej staranności<sup>22</sup>. Nie rozstrzygając autorytatywnie tych różnic poglądów, zgodzić się jednak należy z tezą, że staranność ta jest szczególnym przypadkiem należytej staranności, tj. staranności wymaganej w uczciwym obrocie, która obowiązuje zasadniczo każdego dłużnika<sup>23</sup>.

Niezależnie od tego, jakie kryteria szczególne przyjmujemy, miarę staranności należy widzieć w kontekście art. 355 k.c., a kryterium „dobrego gospodarza” czy „sumiennego kupca” tylko konkretyzuje ową należyłą staranność w odniesieniu do poszczególnych gałęzi prawa czy instytucji. Wzorzec należytej staranności należy w myśl art. 355 k.c. konstruować według kryteriów obiektywnych, natomiast powinno się go tworzyć przez ustalenie, jakie są oczekiwania społeczne wobec osób, które znalazły się w sytuacji określonego typu<sup>24</sup>. Stąd też orzecznictwo odwołuje się do szczególnych kryteriów jak „dobry gospodarz” czy „sumienny kupiec”.

Podkreślić należy, że wzorce te w odniesieniu do omawianych przestępstw, mają charakter subsydiarny, toteż odwoływać się do nich można tylko wówczas, gdy zakres ciążących na sprawcy obowiązków i przysługujących mu uprawnień wynikających z tradycyjnych źródeł (umowa, ustawa, decyzja właściwego organu) mieć będzie charakter ogólny, wprost blankietowy. W sytuacji natomiast, w której sprawca przekroczył regulacje dotyczące zakresu uprawnień, które wynikały wprost z ustawy, umowy lub decyzji właściwego organu, nie można odwoływać się do ocennych, abstrakcyjnych w gruncie rzeczy pojęć<sup>25</sup>.

Upatrując źródeł obowiązku w tych ocennych kryteriach, należy zachować daleko posuniętą ostrożność, ponieważ tkwią one głęboko korzeniami w sferze etyki i wymykają się prawniczej precyzji pojęć. Bliższe określenie owych zasad pragmatyki danego zawodu, racjonalnego działania, czy „dobrej roboty” nie wydaje się w tym miejscu możliwe. Z pewnością pomocne w zrozumieniu istoty problemu byłoby sięgnięcie do budowy przepisów tworzących przestępstwa należące

do omawianej grupy, zwłaszcza zaś do analizy dawnego art. 269 k.k. z 1932 r., na którym wzorował się współczesny ustawodawca. Jak już wspomniano, typizacja przestępstw zawierających znamię „działania na szkodę” opiera się generalnie z jednej strony na wskazaniu elementu nadużycia zaufania, z drugiej na wskazaniu dobra będącego przedmiotem zamachu<sup>26</sup>. Tym samym ustawodawca mówiąc o nadużyciu zaufania, nie przywiązywał wagi do źródeł obowiązku rodzącego stosunek zaufania, ani do rodzaju przedsięwzięcia. Najistotniejszym było, że na podmiocie spoczywał obowiązek lojalności, zaś dobro chronione prawem grało zasadniczą rolę przy określaniu podmiotów, które nadużyły zaufania. Można to ująć syntetycznie – pierwotnym czynnikiem decydującym o naruszeniu normy było owo nadużycie zaufania przez obdarzony nim podmiot, drugorzędnym źródło, które zdecydowało o obdarzeniu tym zaufaniem osoby X lub Y<sup>27</sup>.

Uwagi powyższe możemy odnieść z powodzeniem do całej omawianej grupy przestępstw, choć oczywiście, na dobro chronione prawem, krąg podmiotów ponoszących odpowiedzialność, a także treść i istotę owego „działania na szkodę” należy patrzeć w kontekście konkretnego przepisu.

Dokonując wykładni użytego w omawianej grupie przestępstw znamienia „działania na szkodę” okazuje się, że penalizowane jest nie wyrządzenie szkody, lecz „działanie na szkodę”. Przy zastosowaniu podziału na przestępstwa materialne i formalne zaliczenie omawianych przestępstw zawierających to znamię do jednej lub drugiej grupy zależałoby od przyjętej koncepcji skutku<sup>28</sup>. Jeżeli wyjdziemy z założenia, że przepisy te tworzą typy przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne, to w konsekwencji zaliczymy je do przestępstw formalnych. Typy określające przestępstwo abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo nie zawierają znamienia „niebezpieczeństwo” lub równoznacznego jako określenia skutku. Niebezpieczna jest sama czynność podejmowana przez sprawcę i ona sama realizuje znamiona typu czynu zabronionego<sup>29</sup>. Tak właśnie jest w przypadku omawianej grupy przestępstw<sup>30</sup>.

Odmienne stanowisko zajmuje w polskiej nauce prawa W. Świda. Autor ten odnośnie art. 206 k.k. z 1969 r. stwierdza, że stypizowane w nim przestępstwo jest przestępstwem materialnym, chociaż przyznaje, że ustawa nie wymaga, by szkoda faktycznie wystąpiła. Autor ten rozumie skutek tegoż przestępstwa jako realne niebezpieczeństwo powstania szkody<sup>31</sup>. W ślad za poglądami W. Świdy podążyli zapewne S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja określając przestępstwa stypizowane w art. 300 i 482 k.h. jako materialne<sup>32</sup>. W nauce polskiej dominują jednak poglądy, że materialny charakter ma narażenie na konkretne, bezpośrednie niebez-



pieczeństwo, a takim nie jest samo „działanie na szkodę”. Znamię to tworzy natomiast typ przestępstwa z abstrakcyjnego zagrożenia, tj. takiego, w którym zagrożenie oznacza tylko potencjalną możliwość wywołania ujemnych skutków. Konkludując należałoby uznać przedmiotowe przestępstwa za przestępstwa z narażenia abstrakcyjnego, a w konsekwencji za formalne<sup>33</sup>. W tym miejscu podnieść należy, że przestępstwami abstrakcyjnego narażenia są te przestępstwa, w których karze ulega określony czyn, a nie sytuacja nazywana niebezpieczeństwem, choć karalność tego czynu podyktowana została uzasadnionym przekonaniem, że jego popełnienie zwykle rodzi społecznie istotne prawdopodobieństwo powstania określonego skutku. Wtedy racją karalności jest właśnie to niebezpieczeństwo, ono jednak nie występuje w ogóle wśród znamion czynu zabronionego<sup>34</sup>.

#### **b) rozumienie „szkody”**

Niezależnie od przyjętego stanowiska w powyższej kwestii, kluczowym problemem pojawiającym się w trakcie wykładni przepisów zawierających znamię „działania na szkodę” jest rozumienie szkody. Dla wyjaśnienia tego pojęcia w kontekście omawianego znamienia koniecznym staje się sięgnięcie do „źródeł” czyli do dawnego art. 269 k.k. z 1932 r. Jak pisze J. Makarewicz w odniesieniu do tego przepisu szkoda musi być majątkowa, skoro sprawca porusza się w płaszczyźnie zajmowania się sprawami majątkowymi<sup>35</sup>. Co prawda w żadnym z omawianych przestępstw (poza art. 206 k.k. z 1969 r.) nie ma zwrotu o zajmowaniu się sprawami majątkowymi, lecz z racji zaliczenia tychże przestępstw do prawa karnego gospodarczego, fakt ten jest bezsporny. Rozwiewając wątpliwości co do istoty „działania na szkodę” moglibyśmy przytoczyć za J. Makarewiczem, że „opiekun, który doprowadza pupilkę do upadku moralnego, niewątpliwie działa na jej szkodę, jednak nie poniesie odpowiedzialności” z żadnego z tych przepisów<sup>36</sup>. Te bowiem odnoszą się do szkody majątkowej. W tym miejscu koniecznym staje się odniesienie do pojęcia majątku w ogóle. Przez majątek należy rozumieć ogół praw majątkowych przysługujących określonej podmiotowi. W kontekście omawianej grupy przestępstw, najlepiej charakterystykę majątku oddaje określenie tegoż jako ogółu przedmiotów i uprawnień, których wartość daje się ująć przez zestawienie z pieniądzem, jako miernikiem wartości gospodarczych<sup>37</sup>. Jak z powyższego wynika, chodzi o majątek w znaczeniu węższym, obejmującym jedynie aktywa.

Dla ustalenia wielkości szkody majątkowej, należy porównać rzeczywisty stan majątku poszkodowanego po zdarzeniu sprawczym ze stanem hipotetycznym,

a mianowicie tym, jaki by istniał, gdyby nie nastąpiło rozpatrywane zdarzenie sprawcze<sup>38</sup>. Na takiej podstawie wyróżnić można dwie postacie szkody majątkowej, tj. rzeczywistą stratę (*damnum emergens*) i utracone korzyści (*lucrum cessans*). Rodzi się w tym miejscu pytanie, czy w omawianych przestępstwach szkoda obejmuje tylko rzeczywistą stratę czy również utracone korzyści. Pomocne w rozstrzygnięciu tej kwestii będzie odwołanie do poglądów prezentowanych na tle art. 1 Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego (Dz.U. z 30 listopada 1994 r. nr 126, poz. 615), jako reprezentatywnego w odniesieniu do pojęcia szkody w prawie karnym gospodarczym, a w swej konstrukcji nawiązującego przecież do przestępstwa nadużycia zaufania. Poglądy doktryny nie są w tej materii jednoznaczne. Część autorów opowiada się za wąskim rozumieniem szkody<sup>39</sup>, inni optują za szerokim rozumieniem obejmującym również utracone korzyści. Zwolennicy wąskiego rozumienia szkody argumentują, że przemawia za tym fundamentalna dla nowożytnego prawa karnego zasada określoności czynu zabronionego. Nie spełnia tego postulatu szerokie rozumienie szkody majątkowej z powodu niedostatków stosowanej metody obliczania utraconych korzyści. Szczególnie trudne byłoby obliczenie tychże w obrocie gospodarczym, którego istota wiąże się przecież z ponoszeniem ryzyka gospodarczego. Prawo karne jako dziedzina bardzo głęboko ingerująca w sytuację jednostki, nie może penalizować samych tylko przejawów niekompetencji, czy braku zwykłej operatywności.

Przeciwnicy tych poglądów odwołują się do wykładni celowościowej i systemowej tego pojęcia twierdząc, że celem działalności gospodarczej jest nie tylko utrzymywanie stanu posiadania, ale nade wszystko zysk.

Spory powyższe rozstrzygnął autorytatywnie Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 21 czerwca 1995 r. (sygn. I KZP 22/95) stwierdzając, że „przez szkodę majątkową... należy rozumieć zarówno uszczerbek w majątku, obejmujący rzeczywistą stratę, polegającą na zmniejszeniu się aktywów majątku przez ubytek, utratę lub zniszczenie jego poszczególnych składników, albo na zwiększeniu jego pasywów, jak i utracony zysk, wyrażający się w udaremnieniu powiększania się majątku”. W uzasadnieniu uchwały czytamy, że „Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego” przystosowuje przepisy prawa karnego do warunków gospodarki rynkowej i dlatego pojęcie szkody majątkowej w rozumieniu art. 1 § 1 tej ustawy nie może prowadzić do innej wykładni niż wynikającej z unormowań prawa cywilnego, tj. z art. 361 k.c.<sup>40</sup>

Powyższe uwagi można odnieść do całej omawianej grupy przestępstw, ponieważ należą one do prawa karnego gospodarczego. W związku z tym pojęcie

szkody w prawie cywilnym jest tożsame z pojęciem szkody w prawie karnym gospodarczym, co wynika niejako *ex definitione* tego ostatniego. Podkreślić przy tym należy, że odpowiedzialność karna za utratę korzyści spotka tylko takiego sprawcę, który nie uzyskał ich, pomimo że przy zachowaniu zasad racjonalnego postępowania w działalności gospodarczej ich uzyskanie byłoby pewne<sup>41</sup>. Przy takim założeniu nawet fakt, że w przeciwieństwie do art. 1 § 1 Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego omawiane przestępstwa mają charakter formalny, nie ma przeszkód, by szeroko rozumieć szkodę.

Na takie rozumienie szkody pozwala także fakt, że przestępstwa te mają charakter umyślny. Nie ma więc obaw, że penalizowane są tutaj jakiegokolwiek przejawy braku operatywności, kompetencji, co groziłoby w przypadku przyjęcia także nieumyślnych form winy jako subiektywnej przesłanki odpowiedzialności.

Reasumując, należy stwierdzić, że omawiana grupa przestępstw stanowi reakcje na przestępcze „obchodzenie prawa”. Konieczne odejście od kazuistyki sprawia jednak, że przepisy tworzące typy przestępstw zawierające znamię „działania na szkodę” są bardzo pojemne i nieprecyzyjne. Niektórzy autorzy określają wręcz dyspozycje tych przepisów jako „kauczukowe”<sup>42</sup>, wskazując nie bez racji, że brak w nich określenia sposobu, w jaki sprawca miałby działać na szkodę określonego podmiotu.

Próbując zdefiniować „działanie na szkodę” w polskim prawie karnym gospodarczym, można określić je jako czynienie uszczerbków w interesach lub dobrach prawnie chronionych, uszczerbków dających zestawić się z pieniądzem jako miernikiem wartości gospodarczych. Oczywiście, definicji tej łatwo zarzucić można, że jest synonimem „działania na szkodę”. Podkreślić jednak należy, że dalsze uszczegółowienie tego znamienia nie jest możliwe bez relatywizacji do konkretnego przepisu prawno-karnego. Znamię to widzieć bowiem musimy w kontekście konkretnej sytuacji, w jakiej znajdzie zastosowanie dany przepis prawno-karny. Dopiero wówczas można wypełnić treścią to pojęcie, uznać, że takie czy inne zachowanie sprawcy w określonym układzie sytuacyjnym jest działaniem na szkodę, bądź nim nie jest. Dokonując takiej operacji, odnieść należy się do zakresu uprawnień i obowiązków sprawcy, powinności podejmowania przez niego działań w związku z zajmowanym stanowiskiem, pełnioną funkcją, a nawet stawianych sprawcy wymogów odnośnie jego wiedzy, fachowości, wykształcenia. Nie wolno też zapominać o celu, jakiemu służyć ma dana norma prawna, jakie instytucje życia gospodarczego chroni. Toteż koniecznym jest spojrzenie na katalog możliwych działań na szkodę w płaszczyźnie naruszania konkretnych instytucji i reguł życia

gospodarczego. I tak np. aby oddać istotę działania na szkodę spółki (art. 300 k.h. i 482 k.h.) sięgnąć należy do norm tworzących te instytucje, określających cel i interes spółki, konstytuujących zakres uprawnień i obowiązków jej organów itp. Podobnie rzecz ma się z działaniem na szkodę zakładu ubezpieczeń (art. 90g Ustawy o działalności ubezpieczeniowej), wierzycieli, w razie grożącej dłużnikowi niewypłacalności lub upadłości (art. 302 k.k. z 1997 r.), właściciela mienia, osoby lub instytucji, na rzecz której dokonywany jest przetarg (art. 305 k.k. z 1997 r.).

Podkreślić należy, że tworząc katalog ewentualnych działań na szkodę w kontekście konkretnego przepisu, absolutnie niezbędne staje się odwołanie do społecznej szkodliwości czynu i to nie tylko w zakresie jaki wynika pośrednio z art. 26 § 1 k.k. z 1969 r. czy wprost z art. 1 § 2 k.k. z 1997 r., tj. materialnego elementu definicji przestępstwa. Dane zachowanie się będzie działaniem na szkodę określonego podmiotu tylko wówczas, gdy przyjmiemy, że było ono obiektywnie szkodliwe z punktu widzenia interesów tegoż podmiotu. Samo bowiem ujęcie czynu zabronionego w omawianych przestępstwach, którego istotę oddaje znamię „działania na szkodę”, rodzi konieczność wzięcia tej szkodliwości pod uwagę, by niejako uzupełnić opis czynu. W opis ten należy z góry wkaikulować szkodliwość określonego zachowania się względem interesów konkretnego podmiotu. W rezultacie otrzymamy odpowiedź na pytanie, czy dane zachowanie wyczerpuje znamiona przestępstwa, czy jest działaniem na szkodę. Im bardziej czyn jest opisowo nie-dookreślony, a tak jest w przypadku opisanej grupy przestępstw, tym bardziej występuje jego charakterystyka ocenna. Opis czynu jest wtedy mniej sztywny, wobec czego jego giętkość, kosztem mniejszej precyzji w określeniu, załatwia poprzez element ocenny odpowiednie nakierowanie czynu na niezbędną społeczną szkodliwość<sup>43</sup>.

Jak z powyższych wywodów wynika, nie jest możliwe podanie katalogu ewentualnych działań na szkodę bez relatywizacji do konkretnego przepisu prawnokarnego. Trudnym wydaje się również zastąpienie tego znamienia innym, budzącym mniej kontrowersji. Znamię to ma w polskiej myśli prawniczej dużą tradycję, wystarczy odwołać się w tym miejscu do dawnego art. 269 k.k. z 1932 r. i opartej na nim konstrukcji nadużycia zaufania, której w większym lub mniejszym stopniu pochodną są omawiane przepisy. Współczesny ustawodawca tworząc nową kodyfikację karną również operuje tym pojęciem (patrz art. 302 i 305 k.k. z 1997 r.). Patrząc choćby z tej perspektywy, zastąpienie tego znamienia innym wydaje się problematyczne. Najbardziej jednak dobitnym argumentem przemawiającym za *ratio legis* przepisów zawierających to znamię w prawie karnym gospodarczym jest nasza

rzeczywistość, słabość organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Łatwo przewidzieć, że borykające się z brakami kadrowymi organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości nie są w stanie skutecznie walczyć z przestępczością gospodarczą w oparciu o dość kazuistycznie ujęte przepisy.

Jeżeli spojrzeć na politykę karną w krajach wysoko rozwiniętych; jako przykład niech posłuży tu Republika Federalna Niemiec; to widać wyraźnie, że już przed około dwudziestu laty zarówno policja jak i prokuratura stworzyły na ponadlokalnym szczeblu specjalne decernaty zajmujące się zwalczaniem przestępczości gospodarczej, w których zatrudniono urzędników i prokuratorów specjalnie wykształconych w zakresie księgowości, bilansów i prawa podatkowego<sup>44</sup>. Patrząc na naszą rzeczywistość, niedostatki kadrowe odpowiednich organów, brak doświadczeń w ściganiu przestępstw gospodarczych, można zaryzykować twierdzenie, że przepisy zawierające znamię „działania na szkodę”, choć przez to niejasne i nazbyt pojemne, dają w wielu wypadkach jedyną szansę pociągnięcia do odpowiedzialności za przestępcze „obchodzenie prawa”. Abstrahując od naszych tradycji prawnych, w świetle powyższych uwag, byt tego kontrowersyjnego znamienia w szeregu przepisów prawa karnego gospodarczego jest zasadny. Podkreślić należy, że i w krajach daleko bardziej przygotowanych kadrowo i technicznie, toczy się obecnie dyskusja nad problemem jak prawo karne ma reagować na przestępczość „białych kołnierzyków”. Część doktryny proponuje dalekie odejście od szczegółowego formułowania stanów faktycznych w dyspozycjach przepisów prawno-karnych i to aż w kierunku klauzul generalnych. Zgodzić się jednak należy z poglądem, że godzi to w zasadę określoności czynu<sup>45</sup>.

Reasumując całość wywodów przedstawionych w niniejszej pracy, raz jeszcze podkreślić należy ważkie *ratio legis* funkcjonowania przepisów zawierających znamię „działania na szkodę” – zapobieżenie przestępczemu „obchodzeniu prawa”, a zarazem pozostawienie pola do swobodnego podejmowania decyzji w działalności gospodarczej immanentnie związanej z ryzykiem. Wszystko to sprawia, że przepisy zawierające omawiane znamię znajdują rację bytu zarówno *de lege lata*, jak i znajdować ją będą *de lege ferenda*, choć z pewnością zależeć to będzie od tego, jak prawo karne rozwiąże problem przestępczego „obchodzenia prawa” nie naruszając zasady określoności czynu.

## Przypisy

- <sup>1</sup> T. Cyprian, *Próba określenia przestępstwa gospodarczego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1958 nr 3, s. 23 i 28.
- <sup>2</sup> Patrz bliżej T. Cyprian op.cit., s. 24 i n.
- <sup>3</sup> Patrz bliżej A. Marek, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1997, s. 550.
- <sup>4</sup> O. Górniok, *Koncepcja przestępstw gospodarczych w doktrynie niemieckiej a polityka kryminalna*, „Państwo i Prawo” 1993 z. 1, s. 61.
- <sup>5</sup> Por. O. Górniok, op.cit., s. 65.
- <sup>6</sup> T. Cyprian, *Obawa zbytnej blankietowości w kodyfikacji przestępstw gospodarczych*, „Państwo i Prawo” 1956 z. 11, s. 873.
- <sup>7</sup> Por. § 55 Zasad techniki prawodawczej – załącznik do uchwały nr 147 RM z dnia 15 listopada 1991 r. w sprawie techniki prawodawczej (M.P. z 16 grudnia 1991 r., nr 44, poz. 310).
- <sup>8</sup> O. Górniok, *Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie*, Warszawa 1994, s. 145.
- <sup>9</sup> Patrz bliżej L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie*, Warszawa 1975, s. 95 i n.
- <sup>10</sup> Ibidem.
- <sup>11</sup> Patrz uwagi do art. 269 k.k. – L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 581.
- <sup>12</sup> Ibidem, s. 582.
- <sup>13</sup> A. Marek, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1997, s. 109.
- <sup>14</sup> L. Kubicki, op.cit., s. 77.
- <sup>15</sup> Ibidem, s. 77-79.
- <sup>16</sup> Odmienne W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 550.
- <sup>17</sup> *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 119.
- <sup>18</sup> H. Pracki, *Odpowiedzialność karna za spowodowanie niedoboru według ustawodawstwa polskiego*, Warszawa 1986, s. 86.
- <sup>19</sup> Patrz Orzecznictwo Sądu Najwyższego 41/52. Por. też J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks Karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 582.
- <sup>20</sup> Patrz Orzecznictwo Sądu Najwyższego 19/50. Por. też J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, op.cit., s. 582.
- <sup>21</sup> S. Rymar, *Cywilna odpowiedzialność zarządu spółki z o.o.*, Kraków 1938, s. 34.
- <sup>22</sup> Patrz uwagi do art. 292 k.h., w: T. Dziurzyński, M. Honzatko, Z. Fenichel, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Kraków 1935.
- <sup>23</sup> S. Rymar, op.cit., s. 34.
- <sup>24</sup> Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 1995, s. 255.
- <sup>25</sup> Patrz bliżej K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel, *Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, Warszawa 1995, s. 21.
- <sup>26</sup> Por. K. Buchała, *Niektóre problemy przestępstwa nadużycia zaufania i niegospodarności*, „Prokuratura i Prawo” 1995 nr 6, s. 8-9.
- <sup>27</sup> Ibidem, s. 9.
- <sup>28</sup> Por. O. Górniok, *Dawne, współczesne i przewidywane problemy art. 206 k.k.*, „Problemy Praworządności” 1989 nr 12, s. 33.
- <sup>29</sup> K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 138.

- <sup>30</sup> Wyjątek stanowi tutaj przestępstwo z art. 302 k.k. z 1997 r., które choć formalne jest jednak przestępstwem z zagrożenia konkretnego. Nie decyduje jednak o tym znamię „działania na szkodę”, lecz określenie układu sytuacyjnego w opisie czynu – grożąca upadłość lub niewypłacalność.
- <sup>31</sup> W. Świda op.cit., s. 550.
- <sup>32</sup> S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Warszawa 1996, t. II, s. 1251.
- <sup>33</sup> Patrz bliżej A. Marek, op.cit., s. 112-113.
- <sup>34</sup> K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 174.
- <sup>35</sup> Patrz uwagi do art. 269 k.k. z 1932 r. w: J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938.
- <sup>36</sup> Ibidem.
- <sup>37</sup> Ibidem.
- <sup>38</sup> Z. Radwański, op.cit., s. 99.
- <sup>39</sup> Tak K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel, w: op.cit., s. 24; A. Ratajczak, w: *Ochrona obrotu gospodarczego. Praktyczny komentarz*, Warszawa 1994, s. 21; Odmiennie O. Górniok, w: *Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem*, Warszawa 1995, s. 9; J. Wojciechowski, w: *Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem*, Warszawa 1994, s. 12; H. Pracki, w: *Nowe rodzaje przestępstw gospodarczych*, „Prokuratura i Prawo” 1995 nr 1, s. 46.
- <sup>40</sup> Patrz uzasadnienie Uchwały SN z dnia 21 czerwca 1995 r., w: B. Kurzepa, *Przestępstwa gospodarcze w orzecznictwie SN*, Kraków 1997, s. 16.
- <sup>41</sup> Por. O. Górniok, *Ustawa o ochronie...*, op.cit., s. 9.
- <sup>42</sup> Patrz J. Giezek, D. Wnuk, *Odpowiedzialność cywilna i karna w spółkach prawa handlowego*, Warszawa 1994, s. 87; Por. P. Siciński, *Odpowiedzialność karna za szkody wyrządzone spółce akcyjnej*, „Przełąd Sądowy” 1994 nr 10, s. 18.
- <sup>43</sup> W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 108.
- <sup>44</sup> Patrz bliżej E.J. Lampe, *Ogólne problemy prawa karnego gospodarczego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, 1988 z. 3, s. 118.
- <sup>45</sup> Patrz bliżej O. Górniok, *Przestępczość gospodarcza...*, op.cit., s. 144 i n.

## Bibliografia

1. Bafia J., Mioduski K., Siewierski M., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977.
2. Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980.
3. Buchała K., *Niektóre problemy przestępstwa nadużycia zaufania i niegospodarności*, „Prokuratura i Prawo” 1995 nr 6.
4. Buchała K., Kardas P., Majewski J., Wróbel W., *Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, Warszawa 1995.
5. Buchała K., Zoll A., *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995.

6. Cyprian T., *Obawa zbytniej blankietowości w kodyfikacji przestępstw gospodarczych*, „Państwo i Prawo” 1956 z. 11.
7. Cyprian T., *Próba określenia przestępstwa gospodarczego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, 1958 nr 3.
8. Dziurżyński T., Fenichel Z., Honzatko M., *Kodeks handlowy*, Kraków 1935.
9. J. Giezek, D. Wnuk, *Odpowiedzialność cywilna i karna w spółkach prawa handlowego*, Warszawa 1994.
10. O. Górniok, *Koncepcja przestępstw gospodarczych w doktrynie niemieckiej a polityka kryminalna*, „Państwo i Prawo” z. 1 z 1993.
11. O. Górniok, *Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie*, Warszawa 1994.
12. O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, Toruń 1997.
13. O. Górniok, *Dawne, współczesne i przewidywane problemy art. 206 k.k.*, „Problemy Praworządności” nr 12 z 1989.
14. O. Górniok, *Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem*, Warszawa 1995.
15. L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie*, Warszawa 1975.
16. B. Kurzepa, *Przestępstwa gospodarcze w orzecznictwie SN*, Kraków 1997.
17. E.J. Lampe: *Ogólne problemy prawa karnego gospodarczego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, nr 3 z 1988.
18. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938.
19. A. Marek, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1997.
20. L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936.
21. H. Pracki, *Nowe rodzaje przestępstw gospodarczych*, „Prokuratura i Prawo”, nr 1 z 1995.
22. H. Pracki, *Odpowiedzialność karna za spowodowanie niedoboru według ustawodawstwa polskiego*, Warszawa 1986.
23. Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 1995.
24. A. Ratajczak, *Ochrona obrotu gospodarczego. Praktyczny komentarz*, Warszawa 1994.
25. S. Rymar, *Cywilna odpowiedzialność zarządu spółki z o.o.*, Kraków 1938.
26. S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Warszawa 1996.
27. P. Siciński, *Odpowiedzialność karna za szkody wyrządzone spółce akcyjnej*, „Przegląd Sądowy”, nr 10 z 1994.
28. W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986.



29. J. Wojciechowski, *Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem*, Warszawa 1994.
30. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973.