

Aleksandra Domarus

Skutek przestępny na gruncie przestępstwa nadużycia zaufania – zagadnienia wybrane**1. Wprowadzenie**

Skutek przestępny na gruncie art. 296 § 1 k.k. ujęty jest jako znaczna szkoda majątkowa (a więc w wysokości powyżej 200 000 zł¹), bądź też szkoda majątkowa w wielkich rozmiarach (powyżej 1 000 000 zł²). Nowowprowadzony art. 296 § 1a k.k. przesuwając się na przedpole i penalizuje sprowadzenie jej bezpośredniego niebezpieczeństwa. Już od czasów odpowiednika przestępstwa nadużycia zaufania z kodeksu Makarewicza (art. 269 k.k. z 1932 r.), istniały spory co do zakresu znaczeniowego terminu „szkoda majątkowa”. Obecnie ustawodawca skomplikował sprawę jeszcze bardziej, wprowadzając do omawianego przepisu kolejne sporne w doktrynie wyrażenie, tj. „bezpośrednie niebezpieczeństwo”. Nie tylko jednak zakres pojęciowy, ale także szereg innych kwestii związanych ze szkodą na gruncie przestępstwa nadużycia zaufania sprawia problemy w praktyce orzeczniczej.

Na gruncie prawa karnego brak jednolitego pojęcia szkody. W art. 296 k.k. ustawodawca zawęził przestępny skutek jedynie do szkody majątkowej, którego to pojęcia na próżno szukać w kodeksowym słowniczku. Należy je zatem przede wszystkim odróżnić od ekonomicznej straty, występującej częstokroć w obrocie gospodarczym. Szkoda ujęta w omawianym przepisie prowadzi do pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności dopiero, gdy jego zachowanie było bezprawne i zawinione³. Przedmiotem przestępstwa stanie się natomiast, gdy sprawcy będzie można ją obiektywnie przypisać, jako typowe następstwo jego zachowania, jednocześnie stanowiącego niedopełnienie przez sprawcę obowiązków bądź nadużycie przysługujących mu uprawnień zarządczych⁴. Ma to szczególne znaczenie w

¹ Art. 115 § 7 w zw. z § 5 k.k.

² Art. 115 § 7 w zw. z § 6 k.k.

³ R. Zawłocki, *Przestępstwo niegospodarności. Przesłanki i elementy odpowiedzialności karnej z art. 296 k.k.*, MoP 2002, nr 21, s. 986.

⁴ Por. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 626; R. Zawłocki [w:] A. Wąsek (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do artykułów 222 – 316*, Warszawa 2010, s. 1316 - 1318; M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2010, s. 610; P. Kardas [w:] A. Zoll A. (red.) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom III. Art. 278 – 363*, Warszawa 2008, s. 513; wyrok SN z dn. 3 lutego 2005 r., III KK 339/04, LEX nr 146270. R. Zawłocki uważa, że normalne następstwo, mierzone obiektywnie, powinno być rozumiane zgodnie z teorią związku adekwatnego, odpowiedniego dla przypisania szkody cywilnoprawnej (art. 361 § 1 k.c.) – R. Zawłocki, *Karalna niegospodarność* [w:] Ł. Pohl (red.) *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, s.643. Z kolei prof. O. Górniok, opowiadała się za teorią relewancji - O. Górniok, *O przestępstwie nadużycia zaufania*, Pr.Bankowe 1997, nr 4, LEX nr 28958/4, teza 4.

kontekście tego, iż w obrocie gospodarczym na wyrządzenie szkody składa się zwykle wiele czynników i nie wszystkie one są zależne od działania czy zaniechania sprawcy.

Aktualnie w prawie cywilnym, szkodę rozumie się jako uszczerbek w prawnie chronionych dobrach poszkodowanego⁵. Zgodnie z art. 361 § 2 k.c. występuje ona w postaci rzeczywistej straty (*damnum emergens*), polegającej na zmniejszeniu się aktywów majątku przez ubytek, utratę lub zniszczenie jego poszczególnych składników, jak i utraty korzyści, jakich poszkodowany mógłby się spodziewać, gdyby mu szkody nie wyrządzono czy inaczej - niepowiększenie się pozycji czynnych majątku poszkodowanego, mimo że powiększenie nastąpić powinno (*lucrum cessans*)⁶. W kontekście art. 296 k.k. ten drugi element rozumiany jest precyzyjnie jako utracony zysk, wyrażający się w udaremnieniu powiększenia majątku⁷.

Nie wszyscy jednak przedstawiciele doktryny prawa karnego opowiadali się za recepcją tej wykładni na grunt prawa karnego – o czym będzie mowa dalej. Powszechnie przyjmuje się jednak, iż szkoda majątkowa może mieć zarówno charakter szkody na mieniu, jak i szkody na osobie⁸. Tym samym, mimo iż szkoda, o której mowa w art. 296 k.k. powinna być wyrażona w pieniądzu, nie wyklucza to naruszenia dóbr niematerialnych, jeśli da się je ocenić majątkowo (np. utrata dobrego imienia przedsiębiorcy)⁹. Natomiast brak już zgody w doktrynie karnej na upatrywanie szkody w tzw. ujemnym interesie umownym (*culpa in contrahendo*), a to ze względu na dwie kwestie. Po pierwsze brak jest pewności co do konsekwencji przewidywanego przebiegu zdarzeń, a po drugie w literaturze prezentowane są

⁵ A. Olejniczak [w:] A. Kidyba (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna.*, Warszawa 2010, komentarz do art. 361 k.c., teza 10; W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska – Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 96. O różnym rozumieniu pojęcia „szkody” na gruncie prawa cywilnego zob. A. Duży, *Dyferencyjna metoda ustalania wysokości szkody*, PiP 1993, z. 10, s. 55-56.

⁶ Por. W. Czachórski, *ibidem*, s. 101; R. Zawłocki [w:] *Kodeks karny ...*, s. 1317.

⁷ R. Zawłocki, *ibidem*; O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze. Rozdział XXXVI i XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 19; uchwała SN z dn. 21 czerwca 1995 r., I KZP 22/95, LEX nr 20763.

⁸ Tak m.in. A. Barczak, M. Barczak, *Działanie na szkodę spółki – zagadnienia wybrane*, PSp. 2008, nr 7-8, s.55; R. Zawłocki, *Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze*, Warszawa 2004, s. 101; A. Zientara, *Przestępstwo nadużycia zaufania z art. 296 kodeksu karnego*, Warszawa 2010, s.105.

⁹ M. Mozgawa (red.), *op.cit.*, s. 610-611; R. Zawłocki, *Przestępstwo ...*, s. 985 - 986; tenże, [w:] *Kodeks karny...,s. 1317 – 1318.*

poglądy, że na gruncie prawa cywilnego szkoda ta nie podlega naprawieniu¹⁰, przez co tym bardziej nie wchodzi tu w grę odpowiedzialność karna¹¹.

W świetle powyższego wydaje się, iż najbardziej odpowiadającą potrzebom obrotu gospodarczego i przekonującą jest definicja szkody majątkowej w prawie karnym, autorstwa Roberta Zawłockiego, który upatruje jej w różnicy „wartości ekonomiczno – prawnej określonego kompleksu majątkowego przed podjęciem decyzji i po zdyskontowaniu konsekwencji tej decyzji”¹². Przyjąć należy, iż różnica ta może przybrać zarówno postać *damnum emergens*, jak i *lucrum cessans*.

Przedmiotem dalszych rozważań będzie kilka wybranych kwestii, powstałych na gruncie znamienia skutku z art. 296 k.k., sprawiających problemy zarówno w warstwie teoretycznej, jak i w praktyce. Asumptem dla ich opracowania były badania aktowe przeprowadzone w krakowskich sądach, których przedmiotem były prawomocnie zakończone postępowania w sprawach o przestępstwo z art. 296 k.k. i uchylonego obecnie art. 585 k.s.h. Wykazały one, iż znamię skutku przestępnego rozumiane jest w judykaturze niejednolicie, a szkoda obliczana jest dowolnie. Tym samym, celem niniejszej publikacji jest opracowanie spójnych i kompleksowych rozwiązań dla przedstawionych poniżej zagadnień. I tak, w pierwszej kolejności mowa będzie o tym, dlaczego należy uznać, iż w zakres omawianego pojęcia wchodzi także utracone korzyści. Dalej, poruszone zostaną problemy związane z wykładnią wyrażenia „sprowadzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia znacznej szkody majątkowej”. Następnie, zwrócona zostanie uwaga na kwestię jednoczesności zysków i strat. Na końcu natomiast, mowa będzie o sposobach obliczania szkody majątkowej oraz momencie, na który należałoby to uczynić.

2. Szkoda majątkowa jako *damnum emergens* i *lucrum cessans*

Już od początku istnienia przestępstwa nadużycia zaufania w kodeksach Rzeczypospolitej, istniały spory co do zakresu pojęciowego skutku przestępnego – czy należy

¹⁰ A. Olejniczak wskazuje, iż dla określenia uszczerbku w granicach ujemnego interesu umownego, przy ustalaniu stanu hipotetycznego należy brać pod uwagę wyłącznie stan dóbr poszkodowanego, gdyby nie wdał się w zawieranie umowy, która nie doszła do skutku (szkodą taką będą głównie wydatki poniesione dla jej zawarcia, tj. koszty transportu czy obsługi prawnej, ale także utrata korzyści, spodziewanych z innych źródeł niż zamierzona, o ile ich uzyskanie było realne, a więc objęte adekwatnym związkiem przyczynowym). Natomiast nie należy uwzględniać skutków, jakie zaistniałyby, gdyby doszło do zawarcia zamierzonej umowy i jej wykonania - A. Olejniczak, op.cit., komentarz do art. 361, teza 14.

¹¹ J. Duży, „Szkoda” jako znamię przestępstwa z art. 585 kodeksu spółek handlowych (uwagi w kontekście odpowiedzialności karnej za działanie na szkodę spółek kapitałowych), Prok.iPr. 2001, nr 4, s. 78 – 95.

¹² R. Zawłocki [w:] *Kodeks karny...*, s. 1317.

rozumieć go wąsko, jedynie jako rzeczywistą stratę w majątku mandatariusza, czy też dotyczy on również utraconych, a spodziewanych korzyści. W zasadzie jednak przeważało szerokie rozumienie znamienia „szkody majątkowej” i tak też przyjmowano już na gruncie art. 269 k.k. z 1932 r.¹³, art. 206 d.k.k.¹⁴ czy art. 1 u.o.o.g.¹⁵. Zawsze jednak było to pole do dyskusji i znajdowali się orędownicy poglądu odmiennego¹⁶. Najbardziej wnikliwą analizę przyczyn i konsekwencji przyjmowania wąskiego rozumienia „szkody majątkowej” przeprowadził Piotr Kardas, który w połowie lat 90-ych opowiadał się za tą koncepcją. Szerokiemu ujęciu stawiał on trzy zasadnicze zarzuty: bezrefleksyjną recepcję z prawa cywilnego interpretacji pojęć, mających identyczne brzmienie na gruncie prawa karnego, naruszenie zasady *nullum crimen sine lege* oraz zbyt szeroko wyznaczony zakres zastosowania normy sankcjonującej, zważywszy na klauzulę nieumyślności znajdującą się w art. 296 § 4 k.k.

Co do pierwszego z nich, autor zwracał uwagę na fakt, iż w prawie karnym obowiązuje model ograniczonego związania wypracowanym w źródłowej dziedzinie znaczeniem recypowanego pojęcia. Zgodnie z nim, zapożyczony termin należy rozumieć zgodnie z jego znaczeniem pierwotnym, o ile kontekst karnoprawny, w jakim dany zwrot się znajduje, nie wymusza odmiennej jego interpretacji¹⁷. W żadnej jednak z publikacji dotyczącej omawianego tematu, nie wyjaśnił on, z czego na gruncie art. 296 k.k. konieczność zastosowania takiej autonomicznej interpretacji miałyby wynikać. Tym samym nie sposób polemizować z tym argumentem i należy uznać go jedynie za swoistą *lege artis*. Wręcz wysnuć można wniosek, iż z takiej konstrukcji modelu ograniczonego związania wynika, iż w pełni zasadna jest recepcja wykładni pojęcia „szkoda majątkowa” z prawa cywilnego, skoro brak przesłanek przeciw niej przemawiającym.

Dalej, P. Kardas wskazuje na trudności w obliczeniu wysokości szkody w postaci *lucrum cessans*. To z kolei miałyby stać w sprzeczności, z wynikającym z zasady *nullum crimen sine lege* nakazem dostatecznej określoności, który wprawdzie będąc adresowanym do ustawodawcy, ma stanowić także dyrektywę interpretacyjną skierowaną do sądu¹⁸. Trzeba jednak zwrócić uwagę, iż słowo „dyrektywa” oznacza jedynie pewną wskazówkę

¹³ L. Peiper, op.cit., s. 756; J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935, s. 621.

¹⁴ Uchwała SN z dn. 27 lutego 1976 r., VI KZP 10/75, LEX nr 19109.

¹⁵ Uchwała SN z dn. 21 czerwca 1995 r., I KZP 22/95, LEX nr 20763.

¹⁶ Tak np. A. Ratajczak, *Ochrona obrotu gospodarczego. Praktyczny komentarz.*, Warszawa 1994, s.21; L. Sługoński, *Glosa do uchwały SN z dn. 21 czerwca 1995r.*, I KZP 22/95, PiP 1998, nr2, s.104-105 – przyp. za J. Kowalską, *Szkoda w rozumieniu art. 296 k.k. i kwestia ustalenia jej wysokości*, PS 2001, nr 9, s.66.

¹⁷ P. Kardas, *Glosa do uchwały Izby Karnej Sądu Najwyższego z dn. 21 czerwca 1995 r. – I KZP 22/95*, WPP 1997, nr 1, s. 118; tenże, *Szkoda majątkowa jako znamię przestępstwa nadużycia zaufania*, Prok.iPr. 1996, nr 7-8, s. 41.

¹⁸ P. Kardas, *Glosa...*, s. 119.; tenże, *Szkoda...*, s. 44-45.

kierunkową. Po to istnieje możliwość zasięgnięcia opinii biegłych z zakresu ekonomii, aby móc możliwie precyzyjnie ustalić czy doszło już do realizacji znamienia znacznej szkody majątkowej (bądź też szkody majątkowej w wielkich rozmiarach). Tutaj można byłoby podnieść kontrargument, iż obywatel ma prawo wiedzieć czy za jego czyn grozi kara, zanim jeszcze go popełni. Przepis jednak jasno stanowi, iż prawnokarnie relewantna jest szkoda majątkowa przekraczająca wartość 200 000zł. Z przeprowadzonych na potrzeby niniejszej pracy badań aktowych wynika, iż osoby pełniące funkcję zarządcze posiadają najczęściej odpowiednie w tym kierunku wykształcenie, a jeśli nie, to przynajmniej bogate doświadczenie. Tym samym, one same potrafią wyliczyć wartość potencjalnie utraconych korzyści. Podejmując działanie, którego konsekwencją może być taka szkoda, godzą się na ewentualną represję karną. Jeśli natomiast reprezentant nie jest profesjonalistą, to powinien odstąpić od powzięcia możliwie szkodliwej decyzji¹⁹. W innym przypadku narusza on reguły postępowania z dobrem prawnym, obracając nienależącym do niego majątkiem, bez należytej rozwagi i rzetelnej oceny swoich umiejętności (w tym przewidywalności) w sprawowaniu nad nim pieczy. Nie jest zatem tak, że obliczenia biegłego (przyjęte przez sąd orzekający) decydują dopiero o karalności danego czynu. Ich celem jest pomoc składowi orzekającemu (nieskładającemu się wszak z ekonomistów) w zrozumieniu przebiegu łańcucha przyczynowo – skutkowego prowadzącego do wyrządzenia szkody w określonej wysokości.

Istotą obrotu gospodarczego, bardziej niż zachowanie aktualnego stanu majątkowego, jest dążenie do uzyskania zysku z prowadzonej działalności. Dopiero zatem szerokie rozumienie szkody majątkowej na gruncie art. 296 k.k., stoi w zgodzie z jej cywilnoprawnym i gospodarczym znaczeniem, pozwalając spełnić omawianemu przepisowi swoją funkcję ochronną²⁰. Ponadto, podobne problemy mogą występować również przy innym specjalistycznym znamieniu skutku, a mianowicie uszczerbku na zdrowiu. Konkretnie dolegliwości także mogą niespodziewanie ewoluować, zarówno w jedną, jak i drugą stronę (nawet po dłuższym czasie), a opinia biegłych z zakresu medycyny nie zawsze daje jednoznaczną odpowiedź na pytanie, czy dany skutek należy zakwalifikować jako uszczerbek średni, czy już ciężki, a może dopiero lekki²¹. Tym samym, także i ten argument P. Kardasa należy uznać za nietrafny.

¹⁹ Jak zostało wykazane w rozdziale czwartym, nieprofesjonalny zarządca może sobie pozwolić na dalece bardziej zminimalizowane ryzyko gospodarcze, niż osoba o odpowiednim wykształceniu i doświadczeniu.

²⁰ Por. A. Marek, op.cit., s.626; J. Kowalska, op.cit, s.72.

²¹ W kontekście przestępstw przeciwko zdrowiu stawia się tezę, iż w omówionej sytuacji właściwym byłoby stosowanie konstrukcji zamiaru ogólnego. Nie wydaje się to być jednak słuszne, ponieważ przyjęcie zamiaru ogólnego osłabia gwarancyjną funkcję prawa karnego, a w szczególności procesu karnego, dlatego też bardziej wskazanym byłoby zastosowanie zasady *in dubio pro reo*.

Ostatni z zarzutów autora wyraża obawa, iż połączenie szerokiego rozumienia szkody majątkowej razem z możliwością nieumyślnego popełnienia przedmiotowego przestępstwa, prowadzi do niezwykle szerokiego pola kryminalizacji, powracając do komunistycznej w swej istocie ingerencji prawa karnego w sferę gospodarczą²². Odwołanie w tym kontekście do modelu „sumiennego kupca” czy też „dobrego gospodarza” w oderwaniu od właściwości konkretnego sprawcy, prowadzi do kryminalizacji wszelkich przejawów niekompetencji, nieudolności czy wręcz braku należytej staranności²³. W tym kontekście należy zwrócić uwagę chociażby na wspomniany wcześniej art. 293 § 2 k.s.h. (czy też art. 483 § 2 k.s.h.), nakazujący reprezentantowi dokładanie staranności wynikającej z zawodowego charakteru jego działalności. Sprzeniewierzając się dyspozycji tego przepisu, już dochodzi wszak do niedopełnienia obowiązku przez mandatariusza. Ponadto, rodzajowym przedmiotem ochrony jest przecież prawidłowość obrotu gospodarczego. Chodzi zatem o to, by swym nieprzemysłanym zachowaniem jej nie naruszać. Poza tym, nie sposób abstrahować od pułapu kwotowego, od którego dane zachowanie jest penalizowane. Nie chodzi przecież o jakąkolwiek nieudolność, ale taką, która prowadzi do niezyskania zysku w wysokości przekraczającej 200 000 zł. Wydaje się, że właśnie to miał na celu ustawodawca, wprowadzając kwotowe rozgraniczenie – iż do pewnego momentu, brak zysków należy wpisać w specyfikę obrotu gospodarczego i podejmowanego w nim ryzyka biznesowego. Powyżej natomiast tego poziomu, stopień karygodności zachowania sprawcy zaczyna uzasadniać prawnokarną reakcję.

Wątpliwości P. Kardasa nie znalazły jednak poparcia ani w doktrynie, ani też w orzecznictwie. On sam również w międzyczasie zdążył zmienić zdanie, obecnie opowiadając się za szerokim rozumieniem szkody majątkowej, także na gruncie kodeksu karnego. Aktualnie powszechnym jest zatem stanowisko, iż na płaszczyźnie art. 296 k.k. pojęcie „szkoda majątkowa” należy rozumieć jako konglomerat rzeczywistej straty oraz utraconych korzyści²⁴. W kontekście ostatniego z zarzutów autora, ustawodawca w zasadzie przeciął spekulacje, decydując się na brak karania zachowań, o których mowa w art. 296 § 1a k.k. popełnionych nieumyślnie. Tym samym daje nam on jasny sygnał, iż zakres penalizacji wyznacza bardzo świadomie.

²² Podobny pogląd wyraża A. Zientara, *Przestępstwo...*, s. 108.

²³ *Ibidem*, s. 120.

²⁴ Tak m.in. M. Mozgawa (red.), op.cit., s. 610-611; P. Kardas [w:] *Kodeks karny...*, s. 512-514; A. Marek, op.cit., s. 626; R. Zawłocki, *Przestępstwo ...*, s. 985 - 986; J. Duży, op.cit.

Co do przyczyn przemawiających za szerokim rozumieniem pojęcia szkody majątkowej, zacząć należy od wykładni historycznej – jak zostało wspomniane powyżej, pogląd ten przeważał także w czasie obowiązywania poprzednich ustaw karnych. Następnie natomiast, odwoływano się do znamienia „zajmowania się” sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą. Biorąc pod uwagę charakter spraw powierzonych sprawcy, sugeruje ono bowiem zachowanie ukierunkowane także na osiągnięcie zysku²⁵. To z kolei, jest przecież celem prawidłowego zarządzania majątkiem przez podmioty gospodarcze. Dlatego też *lucrum cessans* bardzo dobrze wpisuje się w tzw. „szkodę gospodarczą”²⁶.

W dalszej kolejności przedkładano argument systemowy, zgodnie z którym należy dążyć do spójności siatki pojęciowej we wszystkich dziedzinach prawa. Art. 296 k.k. chroni przecież zjawiska regulowane co do zasady w prawie cywilnym i gospodarczym, w których to dziedzinach pojęcie szkody majątkowej bezsprzecznie wykładane jest szeroko, co wynika już z art. 361 § 1 k.c.²⁷. Tym samym, należy rozumowanie to powielić przy interpretacji analogicznych pojęć w prawie karnym.

Nadto, w doktrynie cywilistycznej termin ten był przedmiotem niezliczonej ilości prac i judykatów, prowadzących do ujednoczenia nawet drobiazgowych aspektów jego wykładni. Wykorzystanie w całości tej bogatej literatury i orzecznictwa, pozwoliłoby dokładniej precyzować rozmiar przestępnego skutku. W świetle powyższego zatem, nie sposób nie przychylić się do powszechnie przyjmowanego szerokiego rozumienia pojęcia „szkody majątkowej” na gruncie art. 296 k.k., analogicznego do jego cywilistycznego odpowiednika.

3. Bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej

Wprowadzenie do art. 296 k.k. paragrafu 1a (przy jednoczesnym uchyleniu art. 585 k.s.h.), miało na celu m.in. uzyskanie spójności systemowej w penalizacji działań na szkodę podmiotów gospodarczych oraz ostateczne uregulowanie tego typu zachowania jako przestępstwa konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo. Ustawodawca użył w związku z tym znamienia skutku w postaci „bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia szkody majątkowej”. W treści kodeksu na próżno szukać jednak regulacji identycznej. Tym samym,

²⁵ Zajmowanie się sprawami majątkowymi obejmuje dwa elementy: statyczny (ochrona przed uszczerbkiem) i dynamiczny (powiększanie majątku). Tym samym, oprócz dbania o istniejącą już substancję majątkową, zachowanie takie przejawia się w staraniach o osiągnięcie zysku – por. H. Pracki, *Nowe rodzaje przestępstw gospodarczych*, Prok.iPr. 1995, nr 1, s. 44.

²⁶ Por. uchwała SN z dn. 27 lutego 1976 r., VI KZP 10/75, LEX nr 19109; A. Barczak, M. Barczak, op.cit., s. 56.

²⁷ Tak m.in. Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2010, s. 92; W. Czachórski, op.cit., s. 100-101.

należy czerpać z dorobku doktryny i judykatury, wykształconego na gruncie art. 160, 164 czy 174 k.k., posiadającego jedynie analogiczny zespół znamion.

Określenie „niebezpieczeństwo” oznacza pewien szczególny układ rzeczy lub zjawisk odrębny od samego czynu, charakteryzujący się dynamicznym rozwojem, tzn. mającym właściwość przechodzenia w inny stan²⁸. Co do pojęcia „bezpośredniości”, to w doktrynie różnie je interpretowano. Obecnie z całą pewnością nieaktualny jest pogląd, wiążący bezpośrednio niebezpieczeństwo z czasową bliskością nastąpienia skutku²⁹, choć nadal zdaniem niektórych autorów musi ono kreować zagrożenie niezwłoczne³⁰ i natychmiastowe³¹. Nietrafność tej koncepcji wynika z powiązania zachowania sprawcy ze znamieniem skutku jedynie więzią chronologiczną, abstrahując jednocześnie od przyczynowości zdarzeń odsuniętych w czasie³². Niebezpieczeństwo nie musi bowiem wynikać zawsze w sposób autonomiczny wprost i jedynie z czynu sprawcy, choć musi stanowić ono jego warunek *sine qua non*. O jego bezpośredniości zaś, przesądza charakter zdarzenia, które swoim czynem spowodził sprawca, a które rodzić może właśnie to niebezpieczeństwo, nie zaś fakt, iż wykreował on je wprost i natychmiast³³.

Analizując aktualną linię orzeczniczą i stanowisko współczesnej doktryny, można uznać w zasadzie za ugruntowany, pogląd łączący omawiane pojęcie z dwoma elementami. Po pierwsze zatem, musi zaistnieć wysoki stopień prawdopodobieństwa zaistnienia (bliskość wystąpienia) skutku³⁴, a zagrożenie takiego dobra jest konkretne, realne i obiektywne³⁵. Po drugie natomiast, może ono samoczynnie i w każdej chwili przemienić się w jego naruszenie³⁶, bez jakiegokolwiek ingerencji podmiotowej lub przedmiotowej, a zatem dalszych czy dodatkowych działań sprawcy lub innych osób³⁷, czy też jakichkolwiek innych (nowych)

²⁸ M. Mozgawa (red.), op.cit., s. 336, A. Zoll [w:] A. Zoll (red.) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II. Art. 117-277*, Warszawa 2008, s. 349.

²⁹ M. Mozgawa (red.), op.cit.; A. Zoll, op.cit., s. 351-352; G. Bogdan [w:] A. Zoll (red.) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II. Art. 117-277*, Warszawa 2008, s. 422. Koncepcję taką zakładał I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 370.

³⁰ A. Marek, op.cit., s. 394.

³¹ Wyrok SA w Katowicach z dn. 20 marca 2003 r., II Aka 18/03, LEX nr 82842.

³² G. Bogdan [w:] *Kodeks karny (...) Tom II...*, s. 422.

³³ J. Wyrembak, *Glosa do wyroku SN z dnia 24 lutego 2005 r.*, V KK 375/04, PiM 2006, nr 22, s. 125 i n.

³⁴ Wyrok SN z dn. 3 grudnia 1999 r., II KKN 377/97, LEX nr 64045; postanowienie SN z dn. 24 listopada 2009 r. II KK 39/09, LEX nr 558347; A. Marek, op.cit., s. 402.

³⁵ Por. wyrok SA w Katowicach z dn. 20 marca 2003 r., II Aka 18/03, LEX nr 82842.; A. Zoll [w:] *Kodeks karny (...) Tom II...*, s. 351-352; J. Giezek, *Glosa do postanowienia SN z dnia 3 czerwca 2004 r.*, V KK 37/04, Palestra 2005, nr 1-2, s. 262.

³⁶ A. Marek, op.cit., s. 401-402.

³⁷ G. Bogdan, *Kodeks karny (...) Tom II...*, s. 380; A. Marek, op.cit., s. 402; wyrok SN z dn. 29 listopada 1973 r., Rw 902/73, LEX nr 16804; wyrok SN z dn. 27 października 1983 r., II KR 219/83, LEX nr 19934.

czynników "dynamizujących" to niebezpieczeństwo w wyższym stopniu³⁸. Taki stan, stanowi natomiast **nieuchronne** następstwo rozwoju zdarzeń zainicjowanych przez zachowanie sprawcy. Dlatego też, niebezpieczeństwo bezpośrednie jest czymś więcej niż zagrożenie potencjalne³⁹. Sam fakt z kolei, iż pomiędzy zachowaniem sprawcy a wystąpieniem skutku znalazły się ogniwa pośredniczące, które osiągnięcie tego stanu przyspieszyły, nie wyłącza jego odpowiedzialności.

Przyjmuje się, iż znamię skutku jest zrealizowane również wtedy, gdy sprawca swoim zachowaniem istotnie zwiększa zagrożenie dla już zachodzącego bezpośredniego niebezpieczeństwa⁴⁰. A także, gdy jego zachowanie powoduje zmianę poziomu niebezpieczeństwa dla interesów majątkowych z zagrożenia nierealnego (abstrakcyjnego) na konkretne, będące dopiero karnoprawnie relewantne⁴¹. W przypadku natomiast przestępstwa z zaniechania, represjonowany karnie będzie także brak uchylenia lub zmniejszenia grożącego niebezpieczeństwa, o ile należało to do obowiązku gwaranta⁴².

Tym samym, dokonanie przestępstwa z art. 296 § 1a k.k. będzie polegało na umyślnym⁴³ wywołaniu realnego i konkretnego zagrożenia samoczynnego powstania (w każdej chwili) różnicy między rzeczywistym stanem majątku pokrzywdzonego, a stanem hipotetycznym, tzn. takim, który istniałby gdyby do naruszenia dobra nie doszło. Przy czym wartość tej możliwej różnicy (na moment zachowania sprawcy) musi przekroczyć 200 000 zł (art. 115 § 7 w zw. z § 5 k.k.).

Jako przykład można podać tutaj następującą sytuację. Prezes spółki kapitałowej dokonywał ryzykownych transakcji giełdowych, które obiektywnie nie miały ekonomicznego uzasadnienia (nie był to np. element szerszego planu inwestycyjnego). Szanse powodzenia wynosiły 25%. Spółka nie była w najlepszej kondycji finansowej – kilkusetmilionowy zysk mógłby ją postawić na nogi, ale w przypadku straty zaistniałyby przesłanki do ogłoszenia upadłości. Prezes zdawał sobie sprawę z potencjalnych negatywnych konsekwencji swojego działania, liczył jednak na to, że odniesie sukces i w prosty sposób uda mu się uratować

³⁸ M. Mozgawa (red.), op.cit., s. 336; A. Zoll [w:] *Kodeks karny (...) Tom II...*, s. 351-352; G. Bogdan, *ibidem*; postanowienie SN z dn. 28 listopada 2003 r., IV KK 23/03, LEX nr 82320.

³⁹ Postanowienie SN z dn. 28 listopada 2003 r., IV KK 23/03, LEX nr 82320.

⁴⁰ A. Zoll [w:] *Kodeks karny (...) Tom II...*, s. 349-350; J. Giezek, op.cit., s. 262.

⁴¹ R. Zawłocki, *Nowe przestępstwo niegospodarności bezszkodowej z art. 296 § 1a Kodeksu karnego*, MoP 2011, nr 18, s. 970.

⁴² Wyrok SN z dn. 14 lipca 2011 r., III KK 77/11, LEX nr 1027852. Tak też w sprawie o sygn. II K 1193/07/S, gdzie czynność sprawcza polegała na zaniechaniu przez prezesa zarządu dochodzenia należności od wierzyciela i kontynuowania tego stanu beczynności także w trakcie pełnienia funkcji członka zarządu.

⁴³ Ustawodawca w dyspozycji art. 296 k.k. nie przewidział możliwości popełnienia przestępstwa bezszkodowego nieumyślnie, w treści § 4 nie umieszczając odniesienia do § 1a.

spółkę. Nadto, podjął on działania w jego opinii mające zminimalizować ryzyko wystąpienia skutku z art. 296 § 1 k.k. Ostatecznie, tylko i wyłącznie ze względu na niespodziewaną zmianę na rynku giełdowym spółka nie poniosła znacznej szkody majątkowej.

Tak ujęta konstrukcja znamion w pierwszej chwili może przywołać na myśl wniosek, iż art. 296 § 1a k.k. stanowi *sui generis* usiłowanie przestępstwa z art. 296 § 1 k.k. Byłoby to jednak rozumowanie nietrafne. Analizowana nowelizacja przeczyłaby w takiej sytuacji zasadzie racjonalnego ustawodawcy, który nie powinien regulować tej samej kwestii w dwóch odrębnych miejscach aktu normatywnego.

Różnica zasadza się głównie na stronie podmiotowej czynu. W przypadku przestępstwa kwalifikowanego z art. 296 § 1 w zw. z art. 13 § 1 k.k., zamiarem sprawcy objęte jest wykreowanie rzeczywiście istniejącej szkody majątkowej, do czego jednak nie dochodzi (najczęściej z przyczyn od niego niezależnych). Natomiast na gruncie art. 296 § 1a k.k. sprawca nie chce i nie godzi się⁴⁴ na ostateczne wyrządzenie szkody (wręcz pragnie go uniknąć), jednak zamiarem swym obejmuje sprowadzenie jego bezpośredniego niebezpieczeństwa⁴⁵. Dlatego właśnie w przykładzie skonstruowanym powyżej, nie istniała możliwość zarzucenia sprawcy usiłowania przestępstwa z art. 296 § 1 k.k.

Ponieważ art. 296 § 1a k.k. jest znowelizowaną wersją m.in. uchylonego już art. 585 k.s.h., toteż poglądy doktryny oraz wypracowane na gruncie tego drugiego przepisu orzecznictwo, w znacznej mierze będą przydatne dla zdekodowania normy z art. 296 § 1a k.k.

⁴⁴ W pracy przyjęto za prof. A. Zoll'em rozumienie strony woluntatywnej zamiaru wynikowego jako konglomeratu teorii prawdopodobieństwa z teorią obiektywnej manifestacji. A zatem, aby odrzucić możliwość przypisania odpowiedzialności za usiłowanie przestępstwa z art. 296 § 1 k.k., uświadomiony przez sprawcę stopień prawdopodobieństwa wyrządzenia realnej szkody (nie zaś jego niebezpieczeństwa) nie może być wysoki, przy czym jednocześnie podmiot sprawczy podjął środki mające na celu zapobieżenie dokonania tego przestępstwa (najczęściej będzie chodziło o instrumenty ekonomiczne minimalizujące ryzyko, jak np. zabezpieczenie transakcji) – por. A. Zoll [w:] *Kodeks karny...*, s. 116. Parafrazując, chodzi o to, że sprawca jest świadomy faktu, iż konsekwencje jego działania w połączeniu ze zjawiskami ekonomicznymi, które mogą potencjalnie nastąpić (i czego świadomy jest również), mogą sprowadzić niebezpieczeństwo wyrządzenia szkody, jednak jest on przekonany, iż uczynił wszystko, aby do jej wykreowania nie doszło, a zatem prawdopodobieństwo tego (w jego ocenie) jest niewielkie.

⁴⁵ Por. R. Zawłocki, *Nowe...*, s. 969. W zasadzie można przyjąć, że w zdecydowanej większości przypadków będzie tu chodziło o *dolus eventualis*. Trzeba bowiem pamiętać o możliwej samoczynności powstania skutku. Ma to tym większe znaczenie w obrocie gospodarczym, w którym rynek kieruje się własnymi zasadami i regulami, a jego cechą charakterystyczną jest właśnie dynamika zmian. W takiej sytuacji, gdyby sprawca sprowadzał bezpośrednio niebezpieczeństwo z zamiarem kierunkowym, to bardzo często (np. z powodu fluktuacji na giełdzie) mogłoby dochodzić do faktycznego powstania szkody, a przez to należałoby zakwalifikować czyn już z art. 296 § 1 k.k., przypisując sprawcy zamiar ewentualny.

Nie jest jednak możliwe proste przełożenie, iżby każde zachowanie penalizowane niegdyś na podstawie przepisu k.s.h., obecnie mogłoby zostać ukarane na gruncie art. 296 § 1a k.k.⁴⁶.

W doktrynie przyjmowano, iż działanie na szkodę może przejawiać się w każdym zachowaniu, które wywołuje obiektywne i realne prawdopodobieństwo wywołania spółce szkody⁴⁷. Aktualnie natomiast, zachowanie takie musi być koniecznie powiązane z przekroczeniem uprawnień posiadanych przez sprawcę, bądź nałożonych nań obowiązków. Ponadto, obiektywne i realne prawdopodobieństwo nie jest tożsame z bezpośrednim niebezpieczeństwem wyrządzenia szkody (wszak dopiero jednym z elementów definicji tego wyrażenia jest prawdopodobieństwo nastąpienia skutku, a na dodatek aby być prawnokarnie relewantne musi ono zaistnieć już w stopniu wysokim). Z tego powodu, abstrahując od rozróżnienia płaszczyzn przedmiotowej i podmiotowej, należy uznać, iż obecnie penalizowane jest dużo węższe spektrum zachowań.

W tym kontekście szczególne znaczenie ma wprowadzenie minimum kwotowego dla wyrządzonej szkody. Represję karną *expressis verbis* w ustawie uruchamia dopiero pułap 200 000 zł. Interesującą jest natomiast sytuacja, w której zrealizowane zostały wszystkie pozostałe znamiona, skutkiem jest jednak uszczerbek w majątku w wysokości poniżej znacznej. Art. 296 § 1 i §1 a k.k. to jedyne typy podstawowe w całym kodeksie karnym, które zawierają *de facto* znamię skutku w kwalifikowanej postaci⁴⁸. Możliwe są tutaj trzy sytuacje. W pierwszej, sprawca umyślnie naraża swojego mocodawcę na bezpośrednie niebezpieczeństwo wystąpienia znacznej szkody majątkowej (jednocześnie nie godząc się na jej rzeczywiste wyrządzenie), jednak zagrożenie to samoczynnie aktualizuje się jedynie w części. W takim przypadku zachowanie sprawcy zostanie zakwalifikowane z art. 296 § 1a k.k.⁴⁹. Dalej, sprawca ma zamiar wyrządzić taką szkodę w majątku mandanta, jednak z przyczyn od niego niezależnych powstaje szkoda w wysokości np. zaledwie 10 000 zł. Wtedy sprawca będzie podlegał karze za usiłowanie przestępstwa z § 1 (art. 296 § 1 w zw. z art. 13 § 1 k.k.). Najciekawsza jest jednak trzecia sytuacja. Działania zarządcy prowadziły do wyrządzenia szkody w wysokości 50 000 zł i ostatecznie skutek taki nastąpił. Nigdy jednak nie istniało zagrożenie wyrządzenia znacznej szkody majątkowej, a zatem nie doszło do realizacji znamion żadnego z czynów ujętych w art. 296 k.k. Z tego powodu, podmiot

⁴⁶ Por. uwagi w rozdziale dot. intertemporalności.

⁴⁷ J. Giezek, P. Kardas, *Przepisy karne Kodeksu spółek handlowych.*, Kraków 2003, s. 118.

⁴⁸ Abstrahując od konstrukcji typów przepołowionych, ponieważ w odniesieniu do art. 296 k.k. brak regulacji analogicznej do tej, która w tego typu przypadkach występuje w kodeksie wykroczeń.

⁴⁹ Na płaszczyźnie strony podmiotowej nie można mu bowiem przypisać usiłowania art. 296 § 1 k.k.

zarządzający nie poniesie w ogóle odpowiedzialności karnej⁵⁰. Istnieje jednak pewien wyjątek od tej sytuacji. Zważywszy na fakt, iż w działalności gospodarczej szkodliwe działania często są rozciągnięte w czasie⁵¹, to suma działań realizujących pozostałe znamiona przedmiotowego przepisu, przy istnieniu z góry powziętego zamiaru, może uzasadniać odpowiedzialność za czyn ciągły, gdy łącznie doprowadzi to do szkody w wysokości powyżej 200 000 zł⁵². Z przeprowadzonych badań wynika, iż konstrukcja ta ma realne znaczenie w przypadku przestępstwa nadużycia zaufania - czyn ciągły stanowił bowiem przedmiot wyrokowania sądu w około jednej czwartej przebadanych spraw.

Z prac Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach wynika, iż zamiarem ustawodawcy było zwiększenie swobody w obrocie gospodarczym⁵³. Immanentnym dla niego jest zaś ryzyko podejmowanych decyzji, ukierunkowanych na osiągnięcie zysku, których jednak naturalną konsekwencją może być poniesienie straty. Przepis art. 296 k.k. nie może nadmiernie ingerować w sferę gospodarowania, stając się przyczyną hamowania inicjatywy tych, którzy sprawują pieczę nad cudzym majątkiem. Byłoby to bowiem z niekorzyścią także dla prawidłowości rozwoju obrotu gospodarczego, który przecież stanowi tu rodzajowy przedmiot ochrony⁵⁴. Dlatego właśnie prawodawca karny postanowił wkraczać tylko w sytuacjach, angażujących (nawet hipotetycznie) dopiero znaczne zasoby finansowe. Nie można zatem stwierdzić, iż paradoksem jest stan prawny, w którym niekiedy penalizowanym będzie brak wyrządzenia szkody, podczas gdy prawnokarnie irrelevantne pozostanie jej powstanie (w wysokości jednak poniżej znacznej). Ustanowiony przez ustawodawcę pułap 200 000 zł ma bowiem odzwierciedlać taki stopień karygodności, który dopiero będzie

⁵⁰ Tak też R. Zawłocki, *Nowe...*, s. 969.

⁵¹ T. Oczkowski uznaje wśród typowych form tego rodzaju nadużyć zawieranie fikcyjnych transakcji, czyny nieuczciwej konkurencji (w tym sprzedaż towarów podmiotu, który reprezentuje sprawca na jego własny rachunek), wykorzystywanie aktywów jednostki dla celów prywatnych, np. poprzez użycie ich jako zabezpieczenie kredytów czy też fałszowanie ksiąg rachunkowych w celu uniemożliwienia ustalenia rzeczywistego wyniku finansowego – zob. T. Oczkowski, *Problematyka wielości zachowań w przestępstwie karalnego nadużycia zaufania* [w:] J. Warylewski (red.), *Czas i jego znaczenie w prawie karnym*, Gdańsk 2010, s. 269.

⁵² Por. A. Marek, op.cit., s. 626-627. W zastosowaniu tej instytucji tkwi jednak pewien szkopuł. Otóż na sądzie orzekającym będzie spoczywał obowiązek skrupulatnego udowodnienia z góry powziętego przez sprawcę zamiaru. W przypadku bowiem, gdy działalność szkodliwa trwała kilka lat, oskarżony będzie mógł się bronić konstrukcją tzw. zamiaru odnawialnego, która może mu przynieść pełną bezkarność. Tak też T. Oczkowski, *ibidem*, s. 273.

⁵³ *Kancelaria Sejmu. Biuro Komisji Sejmowych. Biuletyn z posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach (nr 96)*, Nr 5087/VI kad. 24.05.2011 r.

⁵⁴ Por. J. Kowalska, op.cit., s. 65.

uzasadniał represję karną w ogólności⁵⁵, w myśl zasady, iż prawo karne stanowić ma *ultima ratio*.

Zgodnie z informacjami uzyskanymi w marcu 2012 r. z Wydziału Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości⁵⁶, a także z Komendy Głównej Policji⁵⁷, do tamtej pory nie odnotowano żadnego przypadku wszczęcia postępowania sądowego w sprawie o czyn realizujący znamiona przestępstwa z art. 296 § 1a k.k. W zasadzie stan taki nie dziwi i to nie tylko z powodu tego, iż przepis ten obowiązuje od niedawna.

Trzeba bowiem zwrócić uwagę, że powszechnie w obrocie gospodarczym dopiero wyrządzenie szkody traktowane jest jako zachowanie niedozwolone. Z tego powodu brak wypracowanych kryteriów, które miałyby odróżniać „bezszkodowe” poziomy niebezpieczeństwa⁵⁸. Dodatkowo, mając pełny wachlarz okoliczności stanu faktycznego, trudno skonstruować nawet abstrakcyjnie sytuację, w której doszłoby do realizacji przedmiotowego przestępstwa. To z kolei prowadzi do niepokojącego wniosku, że w praktyce sądowej, przepis art. 296 § 1a k.k. będzie wykorzystywany głównie w sytuacjach, w których ze względów dowodowych nie da się przypisać skutku znamionowego dla art. 296 § 1 czy § 3 k.k.

Bez cienia wątpliwości jednak, tylko specjalistyczna wiedza dotycząca prawideł rynku w danej dziedzinie będzie mogła przyczynić się do odpowiedzi na pytanie czy sprawcy można obiektywnie przypisać skutek, o którym mowa w art. 296 § 1a k.k.⁵⁹. Dopiero zatem

⁵⁵ W tym kontekście stawiany jest ustawodawcy zarzut, iż sztywno zakreślona granica kwotowa nie pozwala na uwzględnienie subiektywnego odczucia pokrzywdzenia czy stosunku wyrządzonej szkody do wielkości prowadzonej działalności. Nie jest to jednak zarzut do końca słuszny. Obecnie bowiem okoliczności te mogą wpływać na ustalenie stopnia społecznej szkodliwości, a przez to na wymiar kary. Natomiast w przypadku nieprawidłowości w działaniu instytucji, których działanie ma szczególne znaczenie dla prawidłowości całego systemu gospodarczego (np. banki, towarzystwa ubezpieczeniowe etc.), uzależnienie ścigania wyłącznie od woli pokrzywdzonego, stanowiłoby niebezpieczeństwo dla interesów ogromnej ilości uczestników obrotu – por. J. Kowalska, *ibidem*, s.73-75; O. Górniok [et al.], *Kodeks karny. Komentarz. Tom II Art. 117 – 363*, Gdańsk 2005, s. 428. W doktrynie wyrażona została propozycja, by uregulować znamię skutku w sposób identyczny jak to ma miejsce w art. 231 § 3 k.k., a zatem określić je jako „istotną szkodę”. Dzięki temu, karalność zachowania zależałaby od stosunku wysokości wyrządzonej szkody do wielkości majątku jednostki reprezentowanej – tak T. Oczkowski, *op.cit.*, s. 274. Nie jest to jednak także pogląd przekonujący, ponieważ na gruncie d.k.k. znamieniem skutku była szkoda „poważna”, co łączyło się później w praktyce z dużymi problemami interpretacyjnymi i nierzadko musiał w tym temacie wypowiadać się Sąd Najwyższy. Tym samym, współczesny ustawodawca świadomie odszedł od takiej formy jego niedookreślenia. Nadto, dokonał on pewnego różnicowania w zakresie karygodności zachowania sprawcy, regulując typ kwalifikowany czynu, zależny właśnie od wysokości wyrządzonej szkody (art. 296 § 3 k.k.).

⁵⁶ sygn: BM – VI – 061 – 189/12

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ R. Zawłocki, *Nowe...*, s. 971.

⁵⁹ Wydaje się, że kwestia obiektywnego przypisania skutku będzie miała szczególnie niebagatelne znaczenie dla przypisania sprawcy popełnienia przestępstwa z art. 296 § 1a k.k.

zasięgnięcie opinii biegłych z zakresu analizy ekonomicznej czy finansów⁶⁰ pozwoli sądowi ustalić stopień prawdopodobieństwa wystąpienia szkody, a także związek przyczynowy łączący go z zachowaniem sprawcy.

4. Sposoby obliczania szkody majątkowej.

W świetle uwag poczynionych powyżej, w niniejszej pracy przyjęto, iż wysokość szkody majątkowej na gruncie art. 296 k.k. należy ustalać analogicznie jak ma to miejsce w prawie cywilnym. W tamtejszej doktrynie oraz praktyce orzeczniczej wykreowano dwie metody jej wyliczenia. Pierwszą z nich jest **metoda obiektywna**, polegająca na określeniu wysokości szkody w odniesieniu do konkretnego dobra, bez uwzględnienia związku naruszonego dobra z całością mienia poszkodowanego, a zatem odnosząca się jedynie do bezpośrednich następstw zdarzenia sprawczego⁶¹. Jest to jednak sposób nieprecyzyjny w swojej konsekwencji, ponieważ niekiedy wyodrębnienie tylko jednego, ściśle określonego składnika majątkowego może być trudne i spowodować niemożliwość dokładnego ustalenia wysokości szkody. Pomimo iż jej zaletą jest realny a nie rachunkowy charakter szkody, to gdy dotyka ona całości majątku, metoda ta całkowicie zawodzi⁶². Dlatego choć trudniejszą do zastosowania w praktyce, to jednak pozwalającą na lepsze zaspokojenie interesów poszkodowanego i realizację zasady pełnej kompensacji⁶³ jest **metoda dyferencyjna**⁶⁴.

Metoda ta polega na ustaleniu różnicy w ekonomicznej wartości mienia pokrzywdzonego, zaistniałej pomiędzy wartością rzeczywistą (aktualną oraz istniejącą przed zachowaniem sprawczym)⁶⁵ a hipotetyczną, tj. taką, która zaistniałaby, gdyby sprawca nie zrealizował czynności sprawczej⁶⁶. Jej cechą charakterystyczną jest uwzględnienie wszelkich następstw określonego zdarzenia dla majątku poszkodowanego, a więc także dalszych konsekwencji dla wszelkich dóbr składających się na majątek poszkodowanego⁶⁷. Wykorzystanie tej metody prowadzi do osiągnięcia jednego z czterech rezultatów:

⁶⁰ Por. R. Zawłocki, *Nowe...*, s. 969.

⁶¹ Por. A. Zientara, *Przestępstwo ...*, s. 105-106, przyp. 280; A. Duży, op.cit., s. 57; W. Czachórski, op.cit., s. 102.

⁶² A. Duży, *ibidem*, s.57.

⁶³ W. Czachórski, op.cit. s. 102; A. Duży, *ibidem*, s.59.

⁶⁴ Rzecz jasna nie to jest głównym zadaniem prawa karnego, nie sposób jednak abstrahować od takich instytucji, mogących mieć miejsce w toku postępowania karnego, jak rozpoznanie powództwa cywilnego czy orzeczenie obowiązku naprawienia szkody.

⁶⁵ A. Duży, op.cit., s.57.

⁶⁶ Por. R. Zawłocki, *Nowe...*, s. 971; tenże, *Karalna...*, s. 645; A. Zientara, *Przestępstwo ...*, s. 105, A. Duży, op.cit., s. 57.

⁶⁷ A. Olejniczak, op.cit., komentarz do art. 361, teza 13; A. Duży, *ibidem*., s.58.

- 1) rzeczywisty stan majątku po zachowaniu sprawcy nie zmienił się lub jest wyższy od stanu hipotetycznego – brak wystąpienia szkody;
- 2) stan rzeczywisty jest niższy zarówno od stanu sprzed zachowania sprawcy, jak i stanu hipotetycznego – występuje *damnum emergens*;
- 3) stan rzeczywisty jest równy stanowi sprzed zachowania sprawcy, ale niższy od stanu hipotetycznego – występuje *lucrum cessans*;
- 4) stan rzeczywisty jest niższy od stanu hipotetycznego, a jednocześnie różnica ta jest większa, niż różnica między stanem rzeczywistym sprzed i po zachowaniu sprawcy – występuje zarówno strata rzeczywista, jak i utracone korzyści⁶⁸.

Przy zastosowaniu tego sposobu bierze się pod uwagę adekwatny związek przyczynowy⁶⁹, na podstawie którego ustala się czy dany uszczerbek jest normalnym następstwem zachowania sprawczego. To znaczy, iż należy ustalić, czy prawdopodobieństwo skutku zwiększa się każdorazowo wraz z wystąpieniem przyczyny danego rodzaju, nie należy zaś odnosić się do przewidywalności (a więc kryterium podmiotowego, stosowanego przy ustalaniu winy). Przy czym nie ma tu znaczenia, iż relacja kauzalna była wieloczłonowa – wszelkie ogniwa łańcucha przyczynowego podlegają ocenie w świetle kryterium normalności⁷⁰. Na gruncie prawa karnego natomiast, możliwość pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności wystąpi dopiero, gdy skutek w postaci wyrządzonej szkody będzie mu można obiektywnie przypisać, jednocześnie wykazując jego zawinienie.

4.1. Obliczanie szkody w praktyce.

Nie stanowi większego problemu wyliczenie szkody w postaci rzeczywistej straty na podstawie metody dyferencyjnej⁷¹. Biorąc pod uwagę specyfikę stosunków chronionych na podstawie art. 296 k.k. może to polegać m.in. na:

⁶⁸ Za Z. Radwańskim, op.cit., s. 93.

⁶⁹ Oznacza to, iż po pomyślnym przeprowadzeniu testu warunku *sine qua non*, należy ocenić czy wyrządzona szkoda stanowiła normalne następstwo zachowania sprawcy – por. wyrok SN z dn. 28 kwietnia 2004 r., III CK 495/02, LEX nr 164003; wyrok SN z dn. 24 sierpnia 2007 r., V CSK 174/07, LEX nr 442571; wyrok SN z dn. 11 maja 2007 r., I CSK 55/07, LEX nr 453745; R. Zawłocki, *Przestępstwo...*, s. 987; J. Kowalska, op.cit., s.70, A. Duży, op.cit., s. 57. Odmiennie, J. Jastrzębski w *Glosie do wyroku SN z dnia 11 października 2001 r., II CKN 578/99*, PPH 2003, nr 4, s. 50. Autor ten uważa, iż irrelevantna jest normalność następstwa, a znaczenie przy ustaleniu związku przyczynowego ma jedynie teoria relewancji, co ma wynikać z zapisu art. 361§1 k.c.: „(...) *gdyby mu szkody nie wyrządzono*”, a dodatkowo, czynić zadość postulatowi uwzględnienia indywidualnej sytuacji poszkodowanego.

⁷⁰ A. Olejniczak, op.cit., komentarz do art. 361, teza 5 i 7.

⁷¹ Niekiedy jednak i na tej płaszczyźnie mogą pojawić się kontrowersje. Dotyczy to m.in. takich strat jak pozbawienie uprawnionego samej możliwości korzystania z rzeczy, utrata posiadania rzeczy czy utrata możliwości skorzystania z pewnych świadczeń o określonej wartości majątkowej – por. W. Czachórski, op.cit., s. 101.

- wyliczeniu różnicy pomiędzy niespłaconym, a udzielonym kredytem (pożyczką)⁷², gdy przy jego udzielaniu doszło do nadużycia uprawnień (np. podczas zawierania umów o wykup wierzytelności leasingowych, gdy przekroczone kwoty nabywanych wierzytelności) lub niedopełnienia obowiązków (np. brak nadzoru nad przeprowadzeniem oceny sytuacji ekonomiczno – finansowej leasingobiorców i leasingodawców)⁷³;
- w przypadku niewykonania uchwały walnego zgromadzenia akcjonariuszy o obniżeniu wynagrodzenia członkom zarządu, szkodę stanowi różnica pomiędzy wynagrodzeniem określonym tą uchwałą, a pobranym w poprzedniej wysokości, pomnożona przez ilość członków oraz ilość miesięcy, podczas których wypłacano zawyżone wynagrodzenie⁷⁴;
- zsumowaniu wynagrodzeń wypłaconych za rzekome wykonanie szeregu prac na rzecz podmiotu gospodarczego, do czego jednak nigdy nie doszło, a faktury wystawiano na fikcyjne usługi⁷⁵;
- określeniu na podstawie wyciągu z kont bankowych kwoty z majątku mocodawcy, której wyciągnięcie przez osobę trzecią umożliwiło zaniedbanie po stronie sprawcy przestępstwa nieumyślnego (np. upoważnienie ojczyma do konta bankowego, na którym znajdowały się pieniądze syna, przez matkę, która postanowieniem sądu (jak i na mocy ustawy), miała sprawować pieczę nad tymi środkami finansowymi⁷⁶;
- obliczeniu różnicy pomiędzy kwotą wierzytelności mocodawcy, która miała zostać ściągnięta przez windykatora, a kwotą, jaką mógł on realnie uzyskać i ją uzyskać. Dopiero bowiem ta kwota nieprzekazana mocodawcy, stanowi wysokość znamienia skutku⁷⁷;
- wyliczeniu różnicy pomiędzy ceną zakupu nieruchomości przez jej poprzedniego właściciela a znacznie zawyżoną ceną zapłaconą przez spółdzielnię mieszkaniową za tę nieruchomość po upływie zaledwie dwóch dni⁷⁸, czy też różnicy pomiędzy ceną zakupu nieruchomości od spółki przez ekstraneusa do prezesa zarządu, a sumą za jaką ją dalej odsprzedał⁷⁹.

⁷² Z kolei w przypadku złego zabezpieczenia wysokiego kredytu przez dyrektora banku, w konsekwencji czego bank ten został pozbawiony możliwości obracania kwotą pozostałą do spłacenia, może powstać także szkoda w postaci *lucrum cessans*, której wysokość równać się będzie kwocie oprocentowania, jakie mógłby uzyskać on w wyniku lokaty terminowej w innym banku - por. wyrok SN z dn. 7 sierpnia 2003 r., IV CKN 340/01, LEX nr 602728.

⁷³ II K 473/06/K; II K 430/07/S. Dodatkowo w takim stanie faktycznym doszło także do wyrządzenia szkody w postaci *lucrum cessans*, w wysokości niespłaconych odsetek z umów o wykup.

⁷⁴ II K 2506/04/S.

⁷⁵ II K 2268/04/S.

⁷⁶ III K 116/10.

⁷⁷ III K 305/08.

⁷⁸ II K 482/02/K.

⁷⁹ XIV K 1170/07/S.

Odnosnie ostatniego przykładu to warto zaznaczyć, iż w praktyce, parokrotnie sądy podkreślały, że cena zakupu nieruchomości nie musi równać się jej wartości rynkowej⁸⁰, a niekiedy zapłata sumy zawyżonej jest ekonomicznie uzasadniona⁸¹. Nadużyciem na gruncie art. 296 k.k. byłaby sprzedaż nieruchomości za cenę rażąco niską, albo za cenę równą wartości rynkowej, jeśli można było uzyskać za nią cenę znacznie korzystniejszą⁸². Na znaczący wzrost ceny nieruchomości na krótkim odcinku czasu może mieć wpływ konieczność uregulowania jej stanu prawnego, ogólny wzrost cen na rynku nieruchomości w danym czasookresie czy zmiana przepisów dotyczących konkretnego typu budowli (np. sklepów wielkopowierzchniowych)⁸³.

Zdecydowanie większe problemy sprawia ustalenie na podstawie metody dyferencyjnej wysokości utraconych korzyści⁸⁴. Oczywiście cały przebieg zdarzeń musi tu stanowić pewną hipotezę⁸⁵, dlatego należy dążyć do ustalenia jak najwyższego stopnia prawdopodobieństwa. Wobec tego, **slusznym wydaje się określanie *lucrum cessans* z uwzględnieniem okoliczności, które miały miejsce w trakcie kształtowania się zdarzenia sprawczego, jak również po jego zajściu⁸⁶. To pozwala na pominięcie dochodów, wydawałoby się bardzo prawdopodobnych, których osiągnięcie okazało się jednak**

⁸⁰ II K 482/02/K; XIV K 1170/07/S. Tak też SA we Wrocławiu, który stwierdził, iż „jeżeli z umowy spółki nie wynika inaczej, w prywatnym obrocie gospodarczym nie ma nakazu (obowiązku) nabycia nieruchomości po cenie rynkowej. Cenę sprzedaży nieruchomości strony ustalają według zasady ekwiwalentności świadczeń. Oceny, czy wzajemne świadczenia stron umowy są ekwiwalentne, w pierwszym rzędzie powinny dokonywać organy podmiotów korporacyjnych.” – wyrok SA we Wrocławiu z dn. 1 grudnia 2010 r., II AKa 326/10, LEX nr 677944.

⁸¹ Np. II K 663/07/K; III 337/07.

⁸² XIV K 1170/07/S. W takiej sytuacji należałoby wykazać, iż od innego, konkretnego kontrahenta, istniała możliwość uzyskania ceny powyżej wartości rynkowej nieruchomości – por. wyrok SN z dn. 24 stycznia 1983 r., IV CR 555/82, LEX nr 2861.

⁸³ XIV K 1170/07/S.

⁸⁴ Od szkody w postaci utraconych korzyści należy odróżnić szkodę ewentualną, zasadzającą się na utracie jedynie pewnej szansy uzyskania określonej korzyści majątkowej (np. pozbawienie szansy wygrania w grze losowej). Tym samym prawdopodobieństwo uzyskania takiej korzyści jest niezbyt wielkie, a przewidywany przebieg zdarzeń cechuje brak pewności co do jego konsekwencji. Na gruncie prawa cywilnego szkoda ewentualna nie podlega naprawieniu – por. W. Czachórski, op.cit., s. 103; wyrok SN, z dn. 24 sierpnia 2007 r., V CSK 174/07, LEX nr 442571; wyrok SO w Poznaniu z dn. 31 sierpnia 2007 r., IX Gc 318/05, LEX nr 522303. Także na płaszczyźnie prawa karnego należałoby odrzucić możliwość przypisania odpowiedzialności za tak wyrządzoną szkodę, a to ze względu na brak możliwości jej obiektywnego przypisania sprawcy.

⁸⁵ Hipotetyczność analizy czy doszło do wyrządzenia szkody w postaci *lucrum cessans* wynika z użycia w art. 361 § 1 k.c. trybu przypuszczającego „mógłby” – por. J. Jastrzębski, *Glosa do wyroku SN z dnia 11 października...*

⁸⁶ Tak m.in. A. Olejniczak, op.cit., komentarz do art. 361, teza 13; W. Czachórski, op.cit., s. 102.; wyrok SN z dn. 16 grudnia 1998 r., III CKN 75/98, LEX nr 519234; wyrok SA w Poznaniu, z dn. 8 marca 2007 r., I ACa 29/07, LEX nr 370925. Jako przykład można tutaj podać sprawę toczącą się przed Sądem Rejonowym dla Krakowa – Śródmieścia w Krakowie (II K 394/99/S), w której sąd orzekający poddał pod wątpliwość możliwość realizacji przez przedsiębiorstwo państwowe umów (rzekomą czynnością sprawczą przeniesionych na spółkę *joint – venture*), biorąc pod uwagę utratę jego płynności finansowej, tendencję do pogorszenia się wskaźników szybkości spłat zobowiązań czy niespodziewanie nałożony nań obowiązek zapłaty znacznej kwoty.

niemożliwe w następstwie zmienionych warunków (np. na określonym rynku)⁸⁷. Należy przy tym pamiętać, że ocena wysokości *lucrum cessans* opiera się nie na pewności a na prawdopodobieństwie⁸⁸, a zatem jej ustalenie zawsze będzie jedynie szacunkowe⁸⁹. Zarówno na gruncie prawa cywilnego⁹⁰, jak i w kontekście reguł obiektywnego przypisania skutku w prawie karnym, przyjęcie wyrządzenia szkody w postaci *lucrum cessans* polega na uznaniu, iż prawdopodobieństwo osiągnięcia określonych korzyści jest na tyle wysokie, iż graniczy z pewnością⁹¹.

Poniżej w tabeli, ujęto przykłady czynności sprawczych, które doprowadziły do wyrządzenia szkody w postaci *lucrum cessans*. W drugiej kolumnie znajduje się opis tego, w jaki sposób wyliczono jej wysokość (na podstawie opinii biegłych i po weryfikacji przez sąd odwoławczy). Zestawienie to nie ma na celu przedstawienia typowych dla praktyki orzeczniczej metod obliczania szkody, gdyż takowych nie ma – ma ono jedynie charakter poglądowy. Wybrane do niego zostały takie przypadki, w których zarówno biegli, jak i sądy obu instancji wykazały się największą wnikliwością i dokładnością, a analizy te przekonują o prawidłowości wydanych rozstrzygnięć (z pewnym zastrzeżeniem w ostatniej rubryce).

Tab. 1 Sposób wyliczenia szkody w postaci *lucrum cessans* w praktyce sądów karnych.

Czynność sprawcza	Sposób wyliczenia szkody
Prezes zarządu (i udziałowiec) sp. z o.o. uprawniona do jednoosobowej reprezentacji wycofała ofertę spółki na kontrakty z NFZ dotyczące dofinansowania długoterminowej opieki medycznej (na czym to	Wyliczenie szkody polegało na przyjęciu sumy, na którą kontrakt by opiewał i odjęciu od dochodów z kontraktu kosztów, które spółka musiałaby ponieść, dostosowując się do niektórych wymogów stawianych przez NFZ (takich jak np. zakup dodatkowego sprzętu). Fakt wyrządzenia szkody został ustalony na podstawie analizy finansowej (dokonanej przez biegłą z zakresu księgowości), porównującej przychody spółki od

⁸⁷ A. Olejniczak, *ibidem*.

⁸⁸ Por. W. Czachórski, op.cit., s. 102.

⁸⁹ J. Kowalska, op.cit., s.71.

⁹⁰ Por. wyrok SN z dn. 28 kwietnia 2004 r., III CK 495/02, LEX nr 164003; wyrok SA w Poznaniu, z dn. 8 marca 2007 r., I ACa 29/07, LEX nr 370925; wyrok SN z dn. 24 sierpnia 2007 r., V CSK 174/07, LEX nr 442571; wyrok SN z dn. 21 czerwca 2011 r., I CSK 598/10, LEX nr 863906.

⁹¹ Wężziej zakreśla to J. Duży, op.cit., uznając iż prawnokarnie relewantne są tylko takie korzyści, co od których istniała pewność ich uzyskania.

<p>polegała działalność spółki) – powodem takiego zachowania były konflikty pomiędzy dwoma wspólnikami na tle osobistym. Zachowanie to doprowadziło spółkę do upadłości.</p>	<p>momentu rozpoczęcia przez nią działalności, kiedy to otrzymywała dofinansowanie z NFZ, z rokiem obrotowym, w którym go nie uzyskała – ich drastyczne obniżenie spowodowało stratę bilansową (kontrakt z NFZ stanowił 26 % przychodów spółki i <i>de facto</i> determinował działalność spółki na rynku usług medycznych). Podstawą dla tej analizy były wystawione przez jednostkę faktury sprzedaży, a także faktury kosztowe. Na podstawie zeznań świadków – członków komisji decydującej o przyznaniu dofinansowania - ustalono, iż to właśnie ta spółka otrzymałaby kontrakt i to opiewający na pełną kwotę ujętą w ofercie. Na podstawie powyższych informacji, decyzja o wycofaniu oferty została przez biegłą uznana za ekonomicznie nieuzasadnioną⁹².</p>
<p>Prezes zarządu (i udziałowiec) sp. z o.o. pobrał z kasy spółki zaliczki na nieokreślony cel, które później spłacał przez długi okres ratałnie, przez co pozbawił spółkę środków pieniężnych, które mogły być przeznaczone na terminową spłatę bieżącego zadłużenia u wierzycieli. Zachowanie to doprowadziło do szkody w majątku spółki,</p>	<p>Zgodnie z opinią biegłego z zakresu księgowości, szkodą powstałą z czynności sprawczej była równowartość odsetek, które narosłyby na rachunku spółki, gdyby kwota zaliczki pozostała na nich zdeponowana. Wartość utraconych odsetek obliczono przy uwzględnieniu stopy procentowej dla kredytów obrotowych. Od tak uzyskanej kwoty odliczono kwotę podatku, jaką należałoby uiścić od osiągniętych odsetek.</p> <p>Przy obliczaniu wysokości szkody nie uwzględniono natomiast odsetek, które narosły od niespłacanych długów, ponieważ spółka od dłuższego czasu miała problemy finansowe (np. nie</p>

⁹² II K 775/08/K, IV Ka 297/09.

ponieważ narosły odsetki od podstawowych wierzytelności.	spłacała swoich należności względem Skarbu Państwa), a także inne czynności członków zarządu utrudniały spłatę ⁹³ .
Prezes zarządu udzielił spółce – córce pożyczkę, a następnie zaniechał naliczania i poboru odsetek.	<p>Sąd przyjął, iż doszło do utraty spodziewanych korzyści, wynikającej z wyzbycia się kapitału pieniężnego, poprzez udzielenie pożyczki. Wysokość tak powstałej szkody obliczono jako sumę odsetek umownych, które nie zostały naliczone (z braku ich zastrzeżenia) oraz odsetek ustawowych za zwłokę, których poboru sprawca zaniechał.</p> <p>Odsetki ustawowe zostały naliczone za okres od wymagalności roszczenia do dnia ogłoszenia upadłości spółki - córki, co wynika z art. 33 § 1 prawa upadłościowego i naprawczego.</p> <p>Biegli ustalili wartość odsetek umownych na podstawie stopy procentowej, obliczonej jako średnia stopa procentowa od kredytów zaciągniętych do tej pory przez spółkę – matkę (29,8 %). Następnie obliczono ilość dni od wypłaty kwoty pożyczki do dnia jej spłaty i dokonano następujących obliczeń:</p> <p>15 000 zł (kwota pożyczki) x 64 dni x 0,298/365 dni w roku⁹⁴.</p>
Prezes zarządu nieodpłatnie użyczył spółce – córce dwóch pojazdów, których właścicielem był reprezentowany przez niego	W akcie oskarżenia przyjęto, iż wysokość utraconych korzyści równa jest wartości nieodpłatnych świadczeń. W swojej opinii jednak, biegli przyznali, iż nie orientują się w wartości rynkowej tego konkretnego wózka widłowego i przyczepy

⁹³ II K 663/07/K.

⁹⁴ II K 72/03/S.

podmiot.	samowyladowczej, w związku z czym nie są w stanie określić wysokości potencjalnego czynszu, a tym samym powstałej szkody ⁹⁵ .
Prezes zarządu, aneksem do umowy najmu obniżył wysokość czynszu z 5 zł za 1 m ² na 3,50 zł, a jednocześnie zmienił dane dot. powierzchni lokalu z 560 m ² na 200 m ² – co nie miało żadnego ekonomicznego uzasadnienia.	Biegli ustalili tutaj wartość <i>lucrum cessans</i> , w następujący sposób: różnicę między czynszem sprzed zmiany a zmienionym aneksem (1,50 zł) pomnożyli przez 200 (m ²), do czego dodali iloczyn pełnego czynszu (5zł) i fikcyjnie nieistniejącej powierzchni lokalu (360 m ²). Tak uzyskaną sumę pomnożyli przez ilość miesięcy, przez które lokal był wynajmowany – od wejścia w życie zmian wprowadzonych aneksem do dnia rozwiązania umowy najmu ⁹⁶ .
Nieegzekwowanie odsetek od ratalnych wpłat dokonywanych przez dłużnika, które podlegały waloryzacji w wysokości 30% stopy kredytu refinansowego obowiązującego w NBP.	Wysokość odsetek obliczono w sposób następujący: kwota raty uiszczona przez dłużnika x 30/365 x (ilość dni opóźnienia)/100 ⁹⁷ .
Niewyegzekwowanie odsetek karnych, pomimo niedotrzymania przez dłużnika terminu płatności waloryzacji raty za nabycie udziałów w spółce.	Kwotę waloryzacji ustalono zgodnie z treścią umowy, bo to ona wiązała strony, a nie jak przyjęto w akcie oskarżenia - według rzeczywistej stopy kredytu refinansowego NBP (kwota z umowy stanowiła jej dwukrotność).

⁹⁵ II K 72/03/S.⁹⁶ II K 72/03/S.⁹⁷ II K 1227/07/S.

	Wysokość szkody przyjętej w wyroku równała się tej, ustalonej na dzień sporządzenia opinii przez biegłego. Tym samym, sąd mimo iż dysponował wzorem do obliczeń, nie dokonał ponownych wyliczeń na dzień wyrokowania (mimo iż do spłaty nie doszło) ⁹⁸ .
--	---

Biorąc pod uwagę, iż w niniejszej pracy przyjęto analogię z prawa cywilnego, co do sposobu obliczania szkody, warto poniżej przytoczyć kilka stanów faktycznych, ocenionych przez sądy cywilne. Czynności sprawcze opisane poniżej, mogłyby zrealizować znamiona czynu z art. 296 k.k.

Tab. 2 Sposób wyliczenia szkody w postaci *lucrum cessans* w praktyce sądów cywilnych.

Czynność sprawcza	Sposób wyliczenia szkody
Pozbawienie mandanta możliwości korzystania z samochodu w celach gospodarczych.	Wysokość utraconych korzyści można ustalić np. na podstawie przesłanych mu ofert wykonania określonych zleceń, czy zawartych już umów o usługi transportowe. Należy jednak zbadać, czy faktycznie dany pojazd był (miał być) wykorzystywany w tym celu, a także czy po odzyskaniu jego posiadania pokrzywdzony kontynuował tę działalność, a jeśli nie, to z jakich powodów ⁹⁹ .
Mandatariusz bez uzasadnienia wypowiada na długo przed terminem, umowę najmu zawartą na kilka lat przez jego mocodawcę jako wynajmującego.	Szkoda w postaci <i>lucrum cessans</i> powstałaby w wysokości czynszu najmu, pobieranego przez dalszy okres trwania umowy, gdyby jej nie rozwiązano, tylko w przypadku, gdyby ustalono, że mandat miałby trudności ze znalezieniem chętnych do wynajęcia zwolnionych pomieszczeń. To mogłoby wynikać np. z

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Wyrok SN z dn. 16 grudnia 1998 r., III CKN 75/98, LEX nr 519234; wyrok SA w Lublinie z dnia 31 maja 2011 r., I ACa 195/11, LEX nr 861318.

	<p>zastrzeżeń co do ich stanu sanitarno – epidemiologicznego, szczególnie niekorzystnej lokalizacji, czy też z tego, że obowiązujący dotychczas czynsz był znacznie zawyżony w stosunku do cen rynkowych¹⁰⁰.</p> <p>Średnią wartość rynkową czynszu (x zł za m²) ustala biegły rzeczoznawca majątkowy (z zakresu szacowania nieruchomości), biorąc pod uwagę ceny, jakie można uzyskać w danej lokalizacji przy podobnym stanie technicznym lokalu.</p>
<p>Mandatariusz wprowadził do obrotu produkt, którego pochodzenie mogłoby wprowadzać odbiorców w błąd (sądziliby, że jego wytwórcą jest mandat).</p>	<p>Szkoda w postaci <i>lucrum cessans</i> obliczona jest jako zysk netto, który mandatariusz uzyskał ze sprzedaży takiego produktu¹⁰¹.</p>
<p>Niedozwolone użycie znaku słowno – graficznego (czyn nieuczciwej konkurencji).</p>	<p>Szkoda w postaci <i>lucrum cessans</i> obliczona została na podstawie różnicy między zyskiem osiągniętym przez mandanta ze sprzedaży produktu, a przewidywanym (na podstawie zestawień obrotów związanych z danym produktem za poprzednie lata). Sytuacją bardziej klarowną jest, gdy np. strata wynika z faktu, iż dotychczasowy główny kontrahent mandanta, wprowadzony w błąd, zakupił określoną ilość od nieuczciwego sprzedawcy – wtedy przyjmuje się pełną kwotę, na jaką opiewało zamówienie¹⁰².</p>

¹⁰⁰ Por. wyrok SN z dn. 29 listopada 2006 r., II CSK 259/06, LEX nr 233065.

¹⁰¹ Wyrok SN z dn. 11 października 2001 r., II CKN 578/99, LEX nr 49705.

¹⁰² Wyrok SN z dn. 11 maja 2007 r., I CSK 55/07, LEX nr 453745.

Doktryna i orzecznictwo cywilistyczne wypracowały również skondensowane ujęcie szeregu okoliczności, wpływających na wymiar konkretnego rodzaju szkody, bądź też w odniesieniu do określonego kręgu podmiotów czy zachowań sprawczych. Warto je tutaj przytoczyć, ponieważ wydaje się, iż analogiczne przesłanki mogłyby brać pod uwagę także sąd karny.

W przypadku szkody kontraktowej należy rozpatrzeć indywidualną sytuację wierzyciela, a nie tylko typowe konsekwencje naruszenia danego zobowiązania. Trzeba w takim przypadku wykazać, że uzyskanie pewnych korzyści (a także samo wykonanie umowy¹⁰³) było realne w jego indywidualnej sytuacji¹⁰⁴. Podstawę dla ustalenia hipotetycznej sytuacji majątkowej, która miałaby miejsce, gdyby zobowiązanie wykonano prawidłowo, winna stanowić treść stosunku prawnego łączącego strony oraz okoliczności faktyczne, które miały miejsce przy naruszeniu zobowiązania¹⁰⁵. Z kolei w przypadku niezawarcia umowy przyrzeczonej, szkoda (w obydwu postaciach) ma wynikać z liczenia na zawarcie umowy przyrzeczonej, a nie z jej niewykonania¹⁰⁶.

Z kolei stratami związanymi z fiaskiem procesu tworzenia spółki w organizacji¹⁰⁷ są głównie koszty prowadzenia w celu jej zawiązania stosownych negocjacji, mogące wystąpić w obu postaciach szkody¹⁰⁸. Natomiast odpowiedzialność za nieutworzenie spółki kapitałowej spoczywa głównie na członkach pierwszego zarządu i jej pierwszej rady nadzorczej. Straty związane z tworzeniem spółki oblicza się jako te, które wykroczyły poza wniesiony przez akcjonariuszy wkład i obejmować mogą zarówno *damnum emergens*, jak i *lucrum cessans*¹⁰⁹.

W przypadku zaś działania na szkodę już istniejących spółek kapitałowych, kwestia czy doszło do utraty spodziewanych korzyści, powinna być badana *in concreto* w kontekście celu, rodzaju prowadzonej przez nie działalności, w świetle postanowień ich umów czy

¹⁰³ K. Pędrak, *Szkoda - pojęcie, postacie i metody ustalenia jej rozmiaru*, Zam.Pub.Dor. 2008, nr 10, s. 59 i n.; J. Tropaczyńska, *Umowa o negocjacje zawarta w formie listu intencyjnego a odpowiedzialność z tytułu culpa in contrahendo*, PPH 1996, nr 2, s. 22 i n.

¹⁰⁴ A. Duży, op.cit., s.57.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ P. Sadowski, *Odszkodowanie z art. 390 § 1 k.c. (skutek słabszy umowy przedwstępnej)*, PUG 2005, nr 4, s. 13.

¹⁰⁷ Art. 11 § 1 k.s.h. nadaje spółkom kapitałowym w organizacji zdolność prawną, a więc już od momentu ich zawiązania są one odrębnym od udziałowców (akcjonariuszy) podmiotem.

¹⁰⁸ M. Tajer, *Odpowiedzialność za nieutworzenie spółki akcyjnej w organizacji oraz za niedojście do skutku spółki akcyjnej*, PSp. 2007, nr 9, s. 23. W takiej sytuacji, pokrzywdzonym na gruncie art. 296 k.k. byłby np. udziałowiec, który upoważniłby sprawcę do prowadzenia w swoim imieniu negocjacji.

¹⁰⁹ M. Tajer, *ibidem*. W takim przypadku pokrzywdzonymi są współnicy.

statutów, a także odwołując się do wiedzy o zasadach organizacji i funkcjonowania spółek kapitałowych, czy teorii podejmowania optymalnych decyzji¹¹⁰.

Biorąc pod uwagę dynamikę stosunków i warunków zachodzących na rynku, trudna do ustalenia jest wysokość szkody poniesionej w wyniku czynu nieuczciwej konkurencji czy naruszeń z zakresu własności przemysłowej, a to z uwagi na różnorodność i intensywność jego następstw, nie zawsze możliwych do ustalenia i poznania. Należy zatem wziąć pod uwagę: zakres terytorialny i wielkość wprowadzonego do zbytu towaru, jego cenę oraz jakość, a także realne szanse jego sprzedaży przez pokrzywdzonego, po wprowadzeniu na rynek towaru wprowadzającego odbiorców w błąd, reakcję szerokiego kręgu klienteli, przyczyny spadku zainteresowania towarem, koszty niezbędne do przywrócenia pozycji rynkowej pokrzywdzonego, jak również koszty zwiększonej reklamy czy nadwerżonej, jeśli nie wręcz obniżonej renomy prowadzonego przedsiębiorstwa¹¹¹.

4.2. Jednoczesność zysków i strat.

Niezależnie od tego czy przyjmie się wąskie czy szerokie rozumienie szkody majątkowej, to przede wszystkim należy pamiętać, że **prawnokarnie relewantna jest tylko szkoda wyrządzona rzeczywiście**. Tym samym, dla określenia jej wysokości nie ma znaczenia np. późniejsze umorzenie długu¹¹². Zupełnie inną kwestią jest, gdy jedno określone zachowanie generuje nie tylko zyski, ale i straty.

W prawie cywilnym art. 363 § 2 k.c. stanowi podstawę *compensatio lucri cum damno*. W tym aspekcie dominującym stanowiskiem jest możliwość zaliczenia korzyści przy ustalaniu rozmiaru szkody tylko, gdy są one skutkiem tego samego zdarzenia i działanie szkodzące jest konieczną przesłanką uzyskania profitów. W literaturze także wyrażany jest pogląd, że uzyskana korzyść podlega zaliczeniu tylko wówczas, gdy zaspokaja interes poszkodowanego powstały wskutek owego zdarzenia¹¹³. Analogiczną konstrukcję należałoby zastosować w prawie karnym, a już w szczególności w rozdziale dotyczącym przestępstw gospodarczych. Wszak stosunki chronione w tej części kodeksu karnego, uregulowane są w głównej mierze w prawie cywilnym.

¹¹⁰ J. Duży, op.cit.

¹¹¹ Wyrok SN z dn. 11 maja 2007 r., I CSK 55/07, LEX nr 453745.

¹¹² W istocie, właśnie potrzeba podjęcia decyzji o umorzeniu dowodzi istnienia przedmiotu tegoż umorzenia. Należy więc odróżnić kwestię istnienia szkody w wyraźnie ustalonej wysokości od okoliczności związanych z wyrównaniem (naprawieniem) szkody. Ta druga sytuacja w żaden sposób nie wpływa na zakres odpowiedzialności sprawcy – por. postanowienie SN z dn. 7 czerwca 2001r., V KKN 75/01, LEX nr 51843. Tak też ws. III K 213/03.

¹¹³ A. Olejniczak, op.cit., komentarz do art. 361, teza 15.

W ramach stosunków gospodarczych bardzo często będzie dochodziło do podejmowania ryzykownych decyzji, których bezpośrednią konsekwencją, będzie uszczerbek w majątku mandanta¹¹⁴. Z drugiej strony natomiast, w perspektywie długoterminowej, podmiot, którego sprawami zajmował się sprawca, może w wyniku tej samej decyzji osiągnąć znaczną korzyść.

Bardzo dobrym zobrazowaniem takiej sytuacji jest sprawa tocząca się swego czasu przed Sądem Okręgowym w Krakowie¹¹⁵, w której stan faktyczny prezentował się następująco. Prezes zarządu biura inwestycyjnego (S.A.) zaniechał wykonania wyceny nieruchomości¹¹⁶, po czym zawarł przedwstępną umowę jej kupna w wysokości kilkakrotnie przekraczającej jej wartość rynkową. Jednocześnie wpłacił on zadatek w niebagatelnej kwocie 30% wartości transakcji, co samo w sobie przekraczało 1,5 raza rzeczywistą wartość tej nieruchomości. Ostatecznie dokonano zakupu nieruchomości. Ze względu na szereg innych okoliczności (m.in. oszukańcze działania kontrahentów na dużą skalę) doszło do upadłości spółki. Syndyk masy upadłości złożył zawiadomienie do prokuratury przeciwko byłemu prezesowi. Jak jednak okazało się w trakcie postępowania, spółka osiągnęła z zakupu tej nieruchomości ogromny zysk. Biuro inwestycyjne zajmowało się bowiem skupowaniem wszelkich nieruchomości znajdujących się w obszarze trójkąta trzech ulic (od kilku lat), które później scalono i odsprzedano ze znacznym zyskiem pod budowę wieżowców czy sklepów wielkopowierzchniowych. Sprzedający przyznał, że był świadom takiego działania inwestycyjnego oraz tego, że tylko ta spółka była mu w stanie zaoferować cenę w wysokości kilkakrotnej wartości rzeczywistej nieruchomości, więc uznał to za interes życia – co zostało przyjęte przez sąd jako normalne zachowanie w obrocie gospodarczym. Cena ta jednocześnie nie stanowiła nawet jednego procenta wartości tego trójkąta po scaleniu. Tym samym, ryzykowna acz opłacalna decyzja prezesa zarządu, byłaby finalnie z dużą korzyścią dla spółki. Niestety, główny kontrahent biura, mający zakupić dużą większość scalonych w ten sposób gruntów, dopuścił się przestępstwa oszustwa, uiszczając zaledwie niewielką część ceny przejętych już przez niego działek. Brak środków finansowych uniemożliwił dokonywanie dalszych inwestycji i wywiązywanie się z zobowiązań. To właśnie doprowadziło do upadłości spółki.

¹¹⁴ Wydaje się, iż nie ma tutaj znaczenia czy uszczerbek ten będzie wynikiem gry rynkowej czy np. konieczności zapłaty kary pieniężnej.

¹¹⁵ III K 337/07.

¹¹⁶ Ostatecznie sąd przyjął, że w prywatnym przedsiębiorstwie nie ma wymogu dokonywania wyceny przed zakupem. Wiąże to dopiero syndyka masy upadłości.

W omawianej sprawie Sąd uniewinnił oskarżonego, przyjmując iż nie doszło do wyrządzenia jakiegokolwiek szkody majątkowej. Takie rozstrzygnięcie wydaje się jak najbardziej słuszne. Na tym przecież polega proces inwestycyjny, że początkowo uszczupla się swój majątek, by później mieć szansę na znaczny zysk. Wobec tego, dla ustalenia czy zostało zrealizowane znamię skutku, należy dokonać całościowej oceny konsekwencji decyzji zarządcy, na dłuższym odcinku czasu – od rozpoczęcia przygotowań do podjęcia pierwszej decyzji, do ostatecznego uformowania się straty (bądź w dalszej perspektywie – zysku). Jeśli więc kwota osiągniętych korzyści przewyższa straty, należałoby to zbilansować i orzec, iż nie doszło do wyrządzenia co najmniej znacznej szkody majątkowej.

Problematyczną jest natomiast sytuacja, w której zachowanie mandatariusza jest nielegalne i taki też charakter mają osiągnięte przez niego korzyści (np. zysk osiągnięty czynem nieuczciwej konkurencji, poprzez uczestnictwo w zмовie cenowej). Stratą w takim przypadku może być na przykład konieczność zapłaty kary pieniężnej. Wątpliwości nasuwają się dlatego, iż art. 296 k.k. chroni przecież zasady **prawidłowego** obrotu gospodarczego¹¹⁷, a więc m. in. takiego, który funkcjonuje w sposób zgodny z obowiązującym prawem. Tym samym należy przyjąć, że uprawnienia i obowiązki, o których mowa w treści tego przepisu dotyczą tylko podejmowania tak rozumianych działań, a zatem każde zachowanie nielegalne stanowi ich nadużycie czy niedopełnienie¹¹⁸. Nigdy także nie zaistnieje możliwość zastosowania w takim przypadku instytucji dopuszczalnego ryzyka gospodarczego. Dla odpowiedzialności karnej nieistotne jest także subiektywne poczucie pokrzywdzenia po stronie podmiotu reprezentowanego. Z drugiej strony, najczęściej mocodawca wie, iż jego pełnomocnik podejmuje takie decyzje i wyraża na to zgodę¹¹⁹, a to jego interes jest bezpośrednim przedmiotem ochrony w omawianym przepisie. Wydaje się, iż mimo wszystko należałoby zatem zbilansować tak powstałą stratę z osiągniętymi korzyściami, skoro na gruncie art. 296 k.k. znaczenie ma tylko **rzeczywiście** wyrządzona szkoda. Oczywiście, gdyby stanowisko takie się ugruntowało, to mogłoby prowadzić ono do rozpowszechnienia się bezprawnych zachowań zarządców, dążących do osiągnięcia zysku za wszelką cenę, mimo ustawowych zakazów. Niemniej jednak, cechą charakterystyczną zachowań nielegalnych jest

¹¹⁷ Por. A. Zientara, *Przestępstwo...*, s. 112. Autorka poprzestaje jednak na tym lakonicznym stwierdzeniu, nie wyciągając z niego żadnych wniosków końcowych.

¹¹⁸ Dla precyzji wyводу należy poczynić zastrzeżenie, iż przez zgodność z obowiązującym prawem trzeba rozumieć całokształt aktualnego stanu prawnego i takowy stawiać na piedestale. Wykonywanie każdej funkcji zarządczej zawsze wiąże się z uprawnieniami i obowiązkami, które z założenia muszą być legalne. To w interesie samego reprezentanta leży, by w taki właśnie sposób postępować, nawet niezależnie od woli podmiotu, który udziela mu umocowania. Tym samym, dla odpowiedzialności sprawcy irrelewantne jest, czy możliwość podjęcia zachowania nielegalnego mieściła się w zakresie wykonywanej funkcji.

¹¹⁹ Por. uwagi w rozdziale piątym.

to, iż są one odpowiednio represjonowane w oddzielnych aktach normatywnych (bądź na podstawie innych artykułów kodeksu karnego). Wobec tego, sprawca czy też mocodawca mogliby zostać pociągnięci do odpowiedzialności na podstawie odrębnych przepisów. Nie można byłoby tutaj zastosować art. 296 k.k., ponieważ całościową konsekwencją zachowania sprawczego nie byłoby wyrządzenie szkody w majątku, nad którym miał sprawować pieczę, a zatem nie doszłoby do realizacji znamienia skutku. Przy tym, należałoby tutaj dokonać nieco bardziej skomplikowanej operacji obrachunkowej, niż proste odjęcie poniesionej straty od osiągniętego zysku. Istotnym byłoby porównanie aktualnego stanu majątku mocodawcy ze stanem hipotetycznym, gdyby jego działalność prowadzona była *lege artis*¹²⁰.

Ostatnia sytuacja warta omówienia ma miejsce wtedy, gdy prawnokarnie relewantne straty poniesione w majątku mocodawcy będą wynikały z pojedynczych zachowań zarządcy, składających się na całość zajmowania się interesami tegoż mandanta, jednakże w ogólnym rozrachunku bilans jego działań okaże się korzystny. W takim przypadku brak będzie m.in. subiektywnego poczucia pokrzywdzenia. Mimo iż wprowadzenie nie ma ono znaczenia dla zakresu odpowiedzialności karnej, to jednak należałoby postulować umorzenie takiego postępowania ze względu na znikomy stopień społecznej szkodliwości¹²¹. Pewne wątpliwości nasuwa tutaj duża wartość naruszonego dobra. Jeśli więc nie zachodziłyby przesłanki do umorzenia, to z całą już pewnością należałoby wziąć odpowiednio obniżony stopień społecznej szkodliwości pod uwagę przy wymiarze kary.

W świetle powyższego należy kategorycznie stwierdzić, iż nie sposób ustalić jednej metody obliczenia każdej szkody wyrządzonej przestępstwem z art. 296 k.k., a zatem należy to czynić *in concreto*, biorąc pod uwagę szereg przeróżnych okoliczności, występujących w danym stanie faktycznym. Co do *lucrum cessans*, to należy się zgodzić z P. Kardasem, iż możliwość przypisania szkody w postaci utraconych korzyści powinna mieć miejsce wtedy, gdy prawdopodobieństwo ich uzyskania w określonej wysokości jest bezsprzecznie możliwe do ustalenia¹²². Po to wszak istnieje możliwość zasięgnięcia opinii uzupełniającej, czy wręcz powołania kolejnych biegłych, aby rozwiązać wszelkie wątpliwości, które mogłyby powziąć nie tylko strony, ale i sąd. Jeśli natomiast nie uda się bezspornie ustalić wysokości *lucrum cessans*, konieczne będzie odejście od pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności w tym

¹²⁰ Tak A. Zientara, *Przestępstwo...*, s.112.

¹²¹ Podobnie O. Górniok, *Przestępstwa ...*, s. 21.

¹²² Por. P. Kardas, *Szkoda...*, s. 48.

zakresie, zgodnie z zasadą *in dubio pro reo*. Jedyne czego należy sobie życzyć, to aby taki materiał dowodowy podlegał faktycznej analizie przez skład sędziowski, a nie opierał się na bezrefleksyjnym powielaniu wniosków końcowych z opinii biegłych – jak to ma miejsce w praktyce.

5. Aspekt temporalny wystąpienia skutku przestępnego.

Zgodnie z art. 6 § 1 k.k. czasem popełnienia przestępstwa jest moment działania lub zaniechania sprawcy. Przy tym irrelevantna jest chwila wystąpienia skutku przestępnego (nawet jeśli stanowi on znamię czynu), odmiennie niż przy ustalaniu miejsca popełnienia przestępstwa (art. 6 § 2 k.k.)¹²³. Należy jednakowoż odróżnić od siebie moment popełnienia od momentu dokonania określonego przestępstwa – ten drugi ma miejsce w sytuacji zrealizowania wszystkich znamion danego typu czynu zabronionego (może wystąpić jednocześnie z momentem popełnienia czynu, bądź długo po nim). Dobrze obrazuje to art. 101 k.k., dotyczący problematyki przedawnienia. Co do zasady jego bieg rozpoczyna się w chwili **popełnienia** czynu (§1), chyba że mamy do czynienia z przestępstwem materialnym, którego **dokonanie** zależne jest od wystąpienia określonego w ustawie skutku – wtedy przedawnienie zaczyna biec od tego właśnie momentu (§3). Tym samym, dla odpowiedzialności sprawcy na gruncie art. 296 k.k. nie jest istotne po jakim czasie od zachowania przestępnego, dojdzie do wyrządzenia szkody w majątku mocodawcy.

W kontekście czasu popełnienia a dokonania przestępstwa z art. 296 k.k., problematycznym jest ustalenie czasookresu, za który należy obliczyć wysokość wyrządzonej szkody, a także przyjęcie określonej ku temu miary. Działanie czy też zaniechanie sprawcy bowiem, może mieć niekiedy miejsce na wiele lat przed powstaniem szkody¹²⁴. Mniej wątpliwości związanych jest ze szkodą w postaci *damnum emergens*, ponieważ występuje ona zazwyczaj jednocześnie z czynnością sprawczą. W przypadku, gdy wynika ona z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, należy przyjąć, że powstaje ona z momentem, z którym dane roszczenie staje się wymagalne i na tę chwilę należy ustalić jej wartość¹²⁵. Kuriozalnym byłoby obliczanie wartości szkody na moment, w którym jeszcze w ogóle do niej nie doszło (czyli popełnienia czynu). Te same bowiem okoliczności, które

¹²³ Por. A. Zoll [w:] *Kodeks karny...*, s. 96; M. Mozgawa (red.), op.cit., s. 28; A. Marek, op.cit., s. 34.

¹²⁴ Najczęściej dojdzie wtedy do nieumyślnego wyrządzenia szkody w postaci *lucrum cessans*. Różnica ta może wynieść np. 9 lat (II K 799/10/P).

¹²⁵ Podobnie R. Zawłocki, *Przestępstwo...*, s. 986, przyp. 11; tenże, *Karalna...*, s. 643.

wpłynęły na fakt jej zaistnienia, najczęściej także uwarunkowały jej wartość, są więc one immanentnie ze sobą związane.

Dużo więcej trudności sprawia określenie szkody w postaci *lucrum cessans*. W rzeczywistości nie ma możliwości, by dokonał tego autorytarnie skład sędziowski i konieczne jest zasięgnięcie w tym aspekcie opinii biegłego. W praktyce sądowej panuje pełna dowolność co do momentu, na który należy ustalić wartość tak powstałej szkody. Niekiedy oblicza się ceny na moment działania sprawczego, kiedy indziej na moment sporządzania opinii, a rzadziej na moment wyrokowania. Nie byłoby w tym nic złego, gdyby sądy kierowały się jakimkolwiek schematem, co jednak nie ma miejsca.

W doktrynie przyjmuje się, że szkoda w postaci *lucrum cessans* dotyczy korzyści utraconych od czasu zdarzenia ją wyrządzającego do chwili orzekania, jak i korzyści które prawdopodobnie nie zostaną osiągnięte w przyszłości¹²⁶. Nie byłoby właściwe obliczanie wysokości szkody na moment jej początkowego ujawnienia, gdyż (szczególnie w obrocie gospodarczym) może ona ulegać pewnej dynamice. *Lucrum cessans* nie powstaje bowiem równocześnie ze zdarzeniem wyrządzającym szkodę, lecz jest jego późniejszym następstwem.

I tak, nie ma problemu, jeśli biegli orzekną, że wszelkie możliwe utracone korzyści da się wyliczyć i ich wartość już się nie powiększy. Sprawa natomiast komplikuje się, gdy na dzień sporządzania opinii, wysokość szkody nadal nie jest klarowna – na przykład gdy czynność sprawcza polegała zarówno na zaniechaniu naliczania, jak i poboru odsetek od nieterminowo spłacanych rat udzielonej pożyczki, przy czym nie doszło jeszcze do spłaty zadłużenia przez osobę trzecią i ich wartość nadal się powiększa¹²⁷. W takiej sytuacji należy kategorycznie postulować, aby biegli w sposób jasny i precyzyjny wyłuszczyli w opinii sposób naliczania odsetek (bądź świadczeń podobnych), tak aby sąd mógł bezproblemowo skorzystać z zastosowanej przez nich metody i dokonać wyliczenia wysokości wyrządzonej szkody na moment wyrokowania. Zarówno w prawie, jak i w procesie karnym, nie ma żadnych podstaw dla uznania za istotny w obliczaniu wartości szkody dzień sporządzenia opinii przez biegłego (szczególnie, gdy ta nadal rośnie, aż do momentu wyrokowania).

Wydaje się, iż ze względu na funkcję gwarancyjną prawa karnego, nie jest słusznym wyliczanie takiej szkody, która może powstać hipotetycznie jeszcze po wydaniu orzeczenia w sprawie. Jeśli bowiem dojdzie do skazania, to sąd cywilny będzie tym wyrokiem związany, a zatem uzyskanie odszkodowania za powstałą później szkodę nie powinno przysporzyć

¹²⁶ A. Sinkiewicz, *Pojęcie i rodzaje szkody w polskim prawie cywilnym*, Rejent 1999, nr 2, s. 59.

¹²⁷ Zakładając, że podmiot sprawczy nadal wykonuje swoją funkcję, a zatem w dalszym ciągu zobligowany jest do dopełnienia tego obowiązku.

pokrzywdzonemu trudności. Problemem może być jedynie sytuacja, w której reakcja organów ścigania była za wczesna i wyrządzona szkoda nie osiągnęła jeszcze znacznej wysokości. W takim przypadku nie można zawiesić postępowania i poczekać, aż dojdzie do realizacji skutku, ponieważ nie sposób uznać takiej sytuacji za przeszkodę uniemożliwiającą prowadzenie postępowania (art. 22 k.p.k.). Wobec tego, konieczne będzie umorzenie postępowania przygotowawczego na podstawie art. 17 § 1 p. 2 k.p.k. lub uniewinnienie sprawcy (art. 414 § 1 k.p.k.)¹²⁸, a pokrzywdzonemu pozostanie realizacja roszczeń na gruncie prawa cywilnego. Brak bowiem przesłanek dla wznowienia postępowania karnego w przypadku, gdy szkoda przekroczy w końcu pułap 200 000 zł¹²⁹.

Jak zwrócono uwagę powyżej, przedawnienie przestępstwa materialnego rozpoczyna swój bieg w momencie, w którym nastąpił skutek przestępny. Ta wydawałaby się jasna dyspozycja art. 101 § 3 k.k., w kontekście specyfiki następstw zachowania sprawczego na gruncie art. 296 k.k. może powodować pewne wątpliwości. Rodzi się bowiem zasadnicze pytanie o to, czy należy pod pojęciem „nastąpienia skutku” rozumieć samą tylko realizację znamienia skutku (a zatem w art. 296 § 1 k.k. wyrządzenie szkody na kwotę powyżej 200 000 zł) czy też uformowanie jego faktycznego całokształtu (co jak zostało wspomniane wcześniej, może nastąpić nawet po wydaniu prawomocnego wyroku). Zagadnienie to nie było poruszane w doktrynie, w jego temacie też nigdy nie wypowiedział się Sąd Najwyższy.

Za drugim rozwiązaniem przemawiałaby między innymi analogia z przestępstw zbiorowych i wieloczynowych, a więc czynów, które podobnie jak skutek z art. 296 k.k. są rozciągnięte w czasie. Bieg przedawnienia wobec nich rozpoczyna się od definitywnego zakończenia wykonywania czynności sprawczej (ponieważ to moment ostatniego działania sprawcy uznaje się za czas popełnienia przestępstwa)¹³⁰. Dalej, sąd w swym wyroku nie poprzestaje na stwierdzeniu, że szkoda przekroczyła 200 000 zł, lecz określa jej rzeczywistą wysokość i to ona w realiach konkretnej sprawy stanowi zaistniały skutek. Niemniej jednak, podstawowa różnica pomiędzy przestępstwem wieloczynowym a skutkiem rozciągniętym w

¹²⁸ Oczywiście będzie to konieczne jedynie w przypadku, gdy jednocześnie niemożliwym będzie przypisanie sprawy usiłowania z art. 296 § 1 czy też dokonania przestępstwa z art. 296 § 1a k.k. – tym samym, będą to przypadki jedynie marginalne.

¹²⁹ Można się zastanowić czy nie byłby to nowy istotny fakt nieznan w poprzednim postępowaniu, o którym mowa w art. 327 § 2 k.p.k. (odmiennie bowiem niż w przypadku postępowania sądowego, okoliczność taka może być podstawą wznowienia postępowania przygotowawczego także na niekorzyść sprawcy). Wydaje się jednak, że przepis tego zastosować nie można, a to dlatego, że nowy fakt nie może wynikać z okoliczności już znanych w poprzednim postępowaniu, a takową jest samo wyrządzenie jakiegokolwiek szkody i świadomość, że jej wysokość nadal się powiększa.

¹³⁰ A. Zoll [w:] *Kodeks karny...*, s. 97.

czasie polega na tym, że to pierwsze w całości zależne jest od woli sprawcy. Co do skutku natomiast, to sprawca może godzić się na jego wystąpienie w określonej wysokości, nie zawsze jednak zależne jest od niego jak długo skutek taki będzie się formować. Przyjęcie wobec tego drugiej z możliwości byłoby zdecydowanie mniej korzystne dla sprawcy, ponieważ organy ścigania dysponowałyby dłuższym okresem, w trakcie którego miałyby możliwość pociągnięcia go do odpowiedzialności. Z drugiej strony, nie można w tym przypadku kierować się interesem sprawcy, ponieważ nastąpienie w przyszłości przedawnienia nie jest dla niego ekspektatywą i z instytucji tej nie wynikają dla niego żadne prawa (m.in. nie stosuje się do zmian tych terminów art. 4 k.k.)¹³¹.

Należy się zatem zastanowić czy bardziej przekonujące racje nie występują w pierwszym przypadku. Otóż art. 101 § 3 k.k. stanowi, iż bieg przedawnienia rozpoczyna się od czasu, gdy **nastąpił** skutek określony w ustawie, jeśli od jego wystąpienia ustawa uzależnia dokonanie czynu. W przypadku art. 296 § 1 k.k. sytuacja ta ma miejsce, gdy szkoda wyrządzona przez sprawcę przekroczy pułap 200 000 zł – wtedy skutek **nastąpił** (a więc wydarzył się, pojawił się, nastąpił¹³²). Należy zatem odróżnić realizację znamienia skutku determinującą dokonanie określonego przestępstwa, od późniejszego wykreowania jego całokształtu. Gdyby bowiem przyjąć ten drugi moment jako relewantny, to zważywszy na możliwość zakończenia jego formowania się dopiero po wydaniu wyroku, sąd nie mógłby orzec, iż przestępstwo zostało popełnione w formie dokonania, co prowadzi do konstatacji absurdalnej. Jeśli oczywiście w późniejszym czasie wyrządzona szkoda osiągnęłaby wysokość 1 000 000 zł, to dopiero od tego momentu zaczęłby biec 15-letni termin przedawnienia. Gdyby z kolei doszło do tego już po wydaniu prawomocnego wyroku, to pokrzywdzonemu pozostałoby jedynie dochodzenie odszkodowania na zasadach ogólnych prawa cywilnego. Czyn taki korzystałby wszak z powagi rzeczy osądzonej i nie byłoby w takim przypadku podstawy do wznowienia postępowania karnego. Niemniej jednak, pokrzywdzony korzystałby z udogodnienia w postaci związania sądu cywilnego skazującym wyrokiem sądu karnego. W świetle powyższego przyjąć zatem należy, że przedawnienie karalności przestępstwa z art. 296 k.k. zaczyna biec od momentu, w którym szkoda wyrządzona zachowaniem sprawcy przekroczyła odpowiednio 200 000 lub 1 000 000 zł.

¹³¹ A. Zoll, *ibidem*, s. 1095.

¹³² S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego. Tom 2*, Warszawa 2003, s. 847, H. Zgółkowa, op.cit., s. 276; <http://slovníki.gazeta.pl/pl/nast%C4%85pi%C4%87>; <http://www.sjp.pl/nast%B1pi%E6>, 28.04.2012.

Biorąc pod uwagę wcześniejsze rozważania, wydaje się, iż ogromnym problemem będzie ustalenie wartości grożącej szkody, przy popełnieniu przestępstwa z art. 296 § 1a k.k. Wtedy najpewniej będzie należało dokonać obliczeń na moment realizacji czynności sprawczej. Niepewne jest, czy zawsze będzie istniała możliwość skrupulatnego oszacowania tej wartości, tym bardziej, iż może być ona zmienna w czasie. R. Zawłocki wyciągnął z tego wniosek, iż oparcie znamienia karalnego skutku na potencjalnej szkodzie o ściśle określonej (nominalnej) wartości może prowadzić do istotnej dysfunkcji przepisu art. 296 § 1a k.k.¹³³.

Ze stawianiem stanowczych tez należy poczekać do momentu, w którym okaże się czy przepis ten będzie miał jakiegokolwiek znaczenie w praktyce orzeczniczej, co obecnie wydaje się być mocno wątpliwe. Zważywszy jednak na sądową niejednolitość w określaniu momentu, na który obliczyć należy powstałą szkodę, można wyrazić obawę, iż w przypadku przestępstwa bezszkodowego również judykatura niższych instancji nie udzieli odpowiedzi na wszelkie nurtujące pytania. Tym samym może się okazać, że koniecznym będzie w tej sytuacji uzyskanie stanowiska Sądu Najwyższego.

5.1. Miernik wartości i moment jego przyjęcia.

Różne istnieją mierniki wartości, według których ustala się wysokość szkody. Można zatem brać pod uwagę wartość rynkową danego dobra, wartość szczególną według ceny, jaką przedstawia ona dla pokrzywdzonego ze względu na specyficzny sposób jego użycia, czy też wartość emocjonalną, jaką dany przedmiot ma wyłącznie dla pokrzywdzonego. W prawie cywilnym dominuje zastosowanie pierwszej z wymienionych wartości¹³⁴. Także i w prawie karnym należało przychylić się do stosowania miernika wartości w postaci cen rynkowych – tym bardziej w kontekście penalizacji przestępstw gospodarczych, które to przepisy chronią obrót rynkowy bezpośrednio, a zatem miernik ten wydaje się być najbardziej adekwatnym.

Analogii nie można już natomiast dokonać dla momentu przyjęcia powyższego miernika. W cywilistyce bowiem, wartość wyrządzonej szkody określa się *de facto* na podstawie art. 363 § 2 k.c., a więc przez pryzmat możliwego do uzyskania odszkodowania – ponieważ rzadko powód wybiera formę restytucji naturalnej. Dlatego też, jego wysokość powinna być ustalona według cen z daty ustalenia odszkodowania, chyba że szczególne okoliczności wymagają przyjęcia za podstawę cen istniejących w innej chwili (to najczęściej,

¹³³ R. Zawłocki, *Nowe...*, s. 968.

¹³⁴ W. Czachórski, *op.cit.*, s.104-105. Według tego autora, w zasadzie nie jest wręcz możliwe stosowanie innych mierników wartości. Z kolei A. Olejniczak opowiada się za dodatkowym odniesieniem wartości rynkowej danego dobra do całego majątku poszkodowanego, a zatem także z uwzględnieniem wartości dla niego szczególnej - A. Olejniczak, *op.cit.*, komentarz do art. 363, teza 7.

gdy w momencie zdarzenia wywołującego szkodę były one wyższe¹³⁵). Zatem czym innym jest wysokość rekompensaty pieniężnej, która ma na względzie także inne czynniki niż sama wartość szkody (np. potrzeba przeprowadzenia długiego procesu, subiektywne odczucie poszkodowania etc.), a czym innym wysokość szkody stanowiącej znamię czynu zabronionego, która musi być obliczona jako wartość obiektywna. W tym drugim przypadku w ogóle nie ma znaczenia funkcja kompensacyjna, która jest jedną z podstawowych przy obliczaniu wysokości odszkodowania.

Z tego powodu nie powinno nastęrczać żadnych wątpliwości, iż miernik wartości szkody (ceny rynkowe) powinno się przyjmować w stosunku do każdego z jej elementów osobno, na moment jego powstania. Wyjątkiem mógłby być skutek jednolity, mocno rozciągnięty w czasie. Wtedy wydaje się, iż uzasadnionym byłoby wykorzystanie wartości uśrednionej. Natomiast czynniki dodatkowe czy subiektywne może wziąć sąd karny pod uwagę, przy rozpoznaniu powództwa cywilnego czy orzekaniu obowiązku naprawienia szkody.

6. Podsumowanie

Problematyka skutku przestępnego na gruncie art. 296 k.k. jest wielowątkowa, co z pewnością jest jedną z przyczyn mierności judykatów sądów powszechnych. W niniejszej publikacji zaprezentowano jedynie wybrane jej aspekty. Stanowczo opowiedziano się za szerokim rozumieniem szkody majątkowej, jako iż nie istnieją przekonujące argumenty za brakiem możliwości recepcji wykładni tego pojęcia z prawa cywilnego.

W kontekście nowego przestępstwa uregulowanego w art. 296 § 1a k.k. wydaje się, iż choć ustawodawcy udało się zniwelować szereg problemów wynikających z niedoskonałej konstrukcji przestępstwa na szkodę spółki, to jednocześnie wprowadził do kodeksu karnego przepis, który nadal będzie rodził trudności w zastosowaniu praktycznym. Największe problemy będą wynikać z określenia czynności sprawczej jako sprowadzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia szkody. Po pierwsze jest to wyrażenie, którego znaczenie na gruncie analogicznych przepisów budzi do tej pory kontrowersje. Nadto, zważywszy na trudności, jakie w praktyce wywołuje wyliczenie szkody powstałej rzeczywiście, uczynienie tego na gruncie hipotetycznym będzie tym bardziej problematyczne. Z analizy przeprowadzonych badań aktowych wysunął się bowiem wniosek, iż nie tylko sądy mają trudności z ustaleniem całokształtu konsekwencji, jakie dla majątku pokrzywdzonego

¹³⁵ A. Olejniczak, op.cit., komentarz do art. 363, teza 9.

wynikają z postępowania sprawcy, ale także nie korzystają należycie z pomocy, jaką jest dla nich opinia biegłych. Nadto, ponieważ na gruncie omawianego przepisu, znaczenie ma dopiero szkoda wyrządzona rzeczywiście, powinny one w większości przypadków dokonywać bilansu zysków i strat, wynikających z działań zarządcy.

Z kolei obliczenia wartości szkody, jako skutku stanowiącego znamię art. 296 k.k. należy dokonać w dwóch aspektach. Zacząć trzeba od tego, iż pod uwagę należy wziąć całokształt konsekwencji dla interesów majątkowych mocodawcy, jakie wynikły z zachowania przestępnego, z tym jednak zastrzeżeniem, iż chodzi jedynie o te elementy, które da się sprawcy obiektywnie przypisać. W przypadku, w którym szkoda jest wynikiem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, początkowym powinien być dzień wymagalności danego roszczenia. Z kolei w sytuacji, w której szkoda się powiększa (lub może się powiększać) także po zakończeniu postępowania, wyliczenia należy dokonać na moment wyrokowania, według metod przyjętych w zaaprobowanej przez sąd opinii biegłego. Natomiast jeśli chodzi o miernik wartości, to należy stosować ceny rynkowe relewantne na moment wyrządzenia każdego z elementów składowych skutku oddzielnie, bądź uśrednione wartości funkcjonujące w dłuższym czasookresie występowania skutku jednolitego¹³⁶.

¹³⁶ Prostym przykładem jest tutaj szkoda w postaci utraconych korzyści z czynszu najmu, który sprawca bezzasadnie wypowiedział przed terminem. Jej wysokość należy obliczyć zgodnie z cenami obowiązującymi w okresie, w którym pokrzywdzony mógłby to świadczenie pobierać, a nie według cen istniejących na rynku nieruchomości w chwili sporządzania opinii przez biegłego.