

***Czy zgodne z prawem jest postępowanie członka zarządu spółki prawa handlowego, który zawiera umowę gospodarczą na dostawę surowców i korzysta przy tym z gwarancji spółki-matki kontrahenta, a nie z gwarancji banku?***

# Opinia prawna

**WALDEMAR GONTARSKI**

***opinię sporządzono na zlecenie Komisji Śledczej powołanej do zbadania zarzutu nieprawidłowości w nadzorze Ministerstwa Skarbu Państwa nad przedstawicielami Skarbu Państwa w spółce PKN Orlen S.A. oraz zarzutu wykorzystania służb specjalnych (d. UOP) do nielegalnych nacisków na organa wymiaru sprawiedliwości w celu uzyskania postanowień służących do wywierania presji na członków Zarządu PKN Orlen***

## I. Stan faktyczny i prawny

**I.1.a)** Jeśli menedżer nie podejmuje ryzyka gospodarczego – może podpaść pod art. 296 Kodeksu karnego (niegospodarność menedżera polegająca na nadużyciu zaufania mocodawcy<sup>1</sup>). Jeśli ryzyko jest irracjonalne – też w grę wchodzi zastosowanie art. 296 k.k. Przepisy tam zawarte ograniczają swobodę menedżera (bez względu na strukturę własnościową powierzonego majątku) w ten sposób, że wymagają podporządkowania się zasadzie „dopuszczalnego ryzyka gospodarczego” – o której to zasadzie mowa w uchwale Połączonych Izb Karnej i Wojсковой Sądu Najwyższego z 26 czerwca 1989 r., VI KZP 28/87. Kodeks karny statuuje więc **obowiązek racjonalnego ryzyka gospodarczego**. W takim ujęciu racjonalne ryzyko gospodarcze składa się na kompetencje menedżera<sup>2</sup> i jako takie nie jest bezprawnością<sup>3</sup>. Działalność gospodarcza nie może być bowiem ujmowana statycznie, czyli właśnie bez elementów ryzyka, tj. ze „stuprocentową pewnością” – zauważa to SN w postanowieniu z 27 kwietnia 1994 r., I KZP 6/94. Działalność gospodarcza nie jest statyczna i bez ryzyka traciłaby swoją dynamikę,

a w efekcie swój sens. Dlatego pogląd kwalifikujące racjonalne ryzyko gospodarcze jako bezprawność (i ewentualny kontraryt), należy uznać za sprzeczny z koncepcją ustawodawcy racjonalnego<sup>4</sup>.

Czyn zabroniony art. 296 k.k. zawiera się m.in. w następującej alternatywie (warunki konieczne – ale niewystarczające – odpowiedzialności):

- ◆ nadużycie uprawnień (wykroczenie poza zakres udzielonych uprawnień, jak również działania mieszczące się formalnie w tych uprawnieniach, lecz sprzeczne z interesem mocodawcy albo z obowiązkami „dobrego gospodarza”);
- ◆ niedopełnienie ciążącego na sprawcy obowiązku (zaniechanie podjęcia działań wynikających bezpośrednio z umocowania formalnego albo z zasady „dobrego gospodarza”)<sup>5</sup>.

Innym warunkiem koniecznym przestępstwa niegospodarności menedżerskiej jest odpowiednia szkoda majątkowa, o której mowa w przepisach zawartych w art. 296 k.k. Co istotne: nie podlega karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie naprawił w całości wyrządzoną szkodę – tak stanowi art. 296 § 5 Kodeksu karnego.

Podmiotem tego przestępstwa jest jedynie ten, jak czytamy w hipotezie tego przepisu, **kto będąc obowiązany na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej**. Dopiero gdy te podstawy prawne istnieją, obowiązki w nich określone można rozwiązać odwołując się do faktycznych treści.

Mamy do czynienia z szeroko pojmowanym prawem podmiotowym, tj. z uprawnieniami i obowiązkami sformułowanymi nie tylko w prawie przedmiotowym (ustawowe obowiązki prawne, z natury o charakterze statycznym), lecz wynikającymi nawet ze źródeł innych niż powiernictwo, bo z samego charakteru prowadzonych spraw (obowiązki faktyczne, czyli dynamiczne, determinowane treścią interesów będących rozminięciem podstawy formalnej obowiązków menedżera). *Rozważając możliwość przypisania oskarżonemu popełnienia przestępstwa z art. 296 k.k. sąd powinien szczegółowo odnieść się do zakresu obowiązków osoby upoważnionej do zajmowania się sprawami majątkowymi osoby prawnej, mając na uwadze* ►

► *fakt, że pojęcie „zajmowania się sprawami majątkowymi” charakteryzuje się elementem statycznym (dbałość o zachowanie powierzonego mienia), jak i dynamicznym (powiększanie wartości mienia) – wyrok SN z 9 września 2003 r., WA 39/03.*

*Za osobę zajmującą się cudzimi sprawami majątkowymi można uznać tylko tego, kogo obowiązki i uprawnienia obejmują łącznie zarówno dbałość o uchronienie powierzonego mienia przed uszczerbkiem, zniszczeniem lub zagubieniem, pogorszeniem stanu interesów majątkowych, jak i wykorzystanie tego mienia w procesie gospodarowania w taki sposób, aby zostało ono powiększone lub wzrosła jego wartość. Ten zatem, kto ma jedynie obowiązki w zakresie dbałości o to, aby stan mienia powierzonego nie uległ pogorszeniu, nie może być uważany za zajmującego się cudzimi sprawami majątkowymi – postanowienie SN z 27 kwietnia 2001 r., I KZP 7/2001.* Dlatego w orzecznictwie dotyczącym karalnej niegospodarności sięgnięto po wywodzącą się z terminologii ekonomicznej zasadę „dobrego gospodarza”, uwzględniającą obowiązki faktyczne, ale mające umocowanie formalne, czyli będące dynamicznym rozwinięciem tego umocowania. Jednak art. 296 k.k. nie odnosi się do tzw. menedżerów faktycznych, tj. do osób zajmujących się cudzimi sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą bez umocowania formalnego, np. z grzeszności.

Podstawy formalne umocowania menedżera mogą wyznaczać obowiązki jedynie ogólnie i ich rozwinięcia szukamy w stanie faktycznym określanym lapidarnie mianem „dobrego gospodarza”. Wszystko po to, aby o cudze interesy dbać w sposób odformalizowany, czyli tak jak o własne. W judykaturze pojęcie „dobry gospodarz” zastąpiło „dobrego zarządcę”, gdy okazało się, że do dokonania kwalifikacji prawnej działalności gospodarczej „dobry zarządca” ma niedostateczny zakres przedmiotowy – tak: orzeczenie SN z 22 sierpnia 1950 r., K-430/50 oraz orzeczenie SN z 19 grudnia 1951 r., I K 880/51. Termin „dobry gospodarz” pokrywać się może z wymogiem staranności – tak np. w orzeczeniu SN z 7 września 1950 r., K 720/50.

**Granica ryzyka dopuszczalnego przez art. 296 k.k. jest wymieniona**

**już dbałość, czyli cywilistyczna staranność albo karnistyczna ostrożność (wymagana w danych warunkach, czyli w danej dziedzinie obrotu gospodarczego)**<sup>6</sup>, a więc przesłanki zobiektywizowane. Na tym polega racjonalizacja ryzyka gospodarczego.

Analiza prawna należytej staranności za swój pierwowzór uznaje formułę Handa (amerykańskiego sędziego)<sup>7</sup> – uwzględniającą trzy parametry:

- ◆ prawdopodobieństwo wyrządzenia szkody;
- ◆ możliwy rozmiar szkody;
- ◆ koszty związane z przeciwdziałaniem powstania szkody.

*Jeśli wysokość kosztów przedsięwziętych przez sprawcę jest mniejsza od rozmiaru szkody pomnożonego przez prawdopodobieństwo jej wystąpienia, wtedy sprawca nie działał z należyłą starannością, gdyż powinien był ponieść większe koszty dla zapobieżenia szkodzie. Z tego powodu powinien ponieść odpowiedzialność.*<sup>8</sup> Taki wniosek znajduje uzasadnienie teoretyczne na gruncie prakseologii. Chodzi bowiem o racjonalność prakseologiczną. Doktryna prawa karnego odsyła do poglądów T. Kotarbińskiego. *Postępowanie jest tym wydajniejsze, im cenniejszy daje wytwór przy danych ubytkach, jest zaś ono tym cenniejsze, im mniejszą miarą ubytków opłaciło się osiągnięcie danego wytworu.*<sup>9</sup>

**I.1.b) Sposobem na minimalizowanie ryzyka jest posłużenie się przez menedżera specjalistyczną opinią prawną lub ekonomiczną**<sup>10</sup>. Doktryna jako przykład karalnego zaniechania menedżerskiego wskazuje „nieprzeprowadzenie koniecznych analiz ekonomicznych..., co przyczyniło się do tego, że podjęta w tych warunkach decyzja doprowadziła do powstania znacznej szkody”<sup>11</sup>. W systemie prawa znajdujemy normy prawne dokonujące alokacji ryzyka gospodarczego (w szczególności przepisy dotyczące odpowiedzialności *ex contractu*). Normy te pozwalają dokonać alokacji ryzyka wystąpienia szkody (poprzez przeniesienie odpowiedzialności odszkodowawczej) na dwa sposoby:

- ◆ Jeśli menedżer przed podjęciem decyzji gospodarczej skorzysta z opinii prawnej stwierdzającej możliwość wystąpienia jedynie ryzyka racjonal-

nego, a opinia okaże się błędna i wystąpi w związku z tym szkoda (o której mowa właśnie w art. 296 k.k.), wówczas odpowiedzialność odszkodowawczą ponosi autor opinii<sup>12</sup>. Tak samo rzecz się ma z opinią ekonomiczną, gdyż istotą symptomów przestępczego działania gospodarczego jest odstępstwo od „normalnego” stanu ekonomiczno-finansowego<sup>13</sup> albo – inaczej mówiąc – *czynności sprawcze w przestępstwach gospodarczych wykazują z reguły charakter ekonomiczny*<sup>14</sup>.

- ◆ Norma prawna pozwala przenieść ryzyko na innego uczestnika obrotu gospodarczego, np. na kontrahenta<sup>15</sup> albo na bank.

Oba sposoby są powiązane – z opinii prawnej (bądź ekonomicznej) powinna wynikać możliwość przeniesienia ryzyka na kontrahenta (albo na inny podmiot). Nawet w przypadku znacznego ryzyka projektów inwestycyjnych, zastosowanie instrumentów finansowych współczesnej inżynierii finansowej w połączeniu z instrumentami prawnymi, pozwala dokonać redystrybucji ryzyka pomiędzy uczestnikami systemu finansowego<sup>16</sup>. Realizuje się to poprzez wykorzystanie **różnorodności profilu ryzyka**, wynikającej ze zróżnicowanych skłonności i możliwości do ryzykowania przez poszczególnych uczestników obrotu gospodarczego.

**I.1.c) Gwarancje bankowe** są klasycznym sposobem na ograniczanie ryzyka gospodarczego poprzez jego redystrybucję, możliwą z kolei za sprawą wykorzystania różnorodności profilu ryzyka. Jak zwraca uwagę doktryna prawa karnego w komentarzu do art. 297 § 1 k.k. (karalna dezinformacja instytucji finansowej w celu uzyskania od niej środków finansowych, w szczególności gwarancji): *Gwarancją jest nieuregulowana w Kodeksie cywilnym (nienazwana) umowa zabezpieczająca ewentualne roszczenie wierzyciela... Udzielający gwarancji zobowiązuje się wobec beneficjariusza gwarancji do spełnienia świadczenia w przypadku niespełnienia go przez dłużnika.*<sup>17</sup> W związku z tym, nieskorzystanie przez menedżera z gwarancji bankowej przy zawieraniu umów gospodarczych, należy do sfery czynności sprawczych w przestępstwie

menedżerskim określanych jako naruszenie zasady dobrego gospodarza, będącej szczególną formą sprzeniewierzenia się wymaganej prawnie staranności.

W myśl art. 81 ust. 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe, gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku<sup>18</sup>. Jest więc gwarancja bankowa jednostronną, odpłatną, konsensualną umową zobowiązującą<sup>19</sup>, której istota polega na przeniesieniu – za zapłatą prowizji – ryzyka gospodarczego na bank<sup>20</sup> (powstaje wtedy ryzyko bankowe). *Zobowiązanie gwaranta wobec beneficjenta jest... niezależne od relacji między dłużnikiem a wierzycielem (tzw. stosunek waluty...)*<sup>21</sup>. *Bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” nie może skutecznie powołać się – w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty – na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona – uchwała SN (7) z 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/9322. Uchwalono nie odstępować od zasady prawnej zawartej w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 1993 r. sygn. akt III CZP 16/93 o treści następującej: bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” nie może skutecznie powołać się – w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty – na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona – uchwała SN (pełny skład Izby) z 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/9423.*

Jak zwraca uwagę doktryna odnośnie do umów gwarancyjnych: *W praktyce obrotu wykształciły się różne odmiany gwarancji bankowych, co wiązało się i wiąże, z jednej strony z gospodarczą (ekonomiczną) funkcją tych umów, jako forma zabezpieczenia wykonania różnego rodzaju*

*transakcji gospodarczych (zwłaszcza w zakresie obrotu towarowego, inwestycyjnego itp.) w obrocie krajowym, zwłaszcza zaś w międzynarodowym, z drugiej strony z potrzebą zróżnicowania „intensywności” tego zabezpieczenia.*<sup>24</sup> **Słowem, korzystanie z gwarancji bankowej, zwłaszcza w międzynarodowym obrocie gospodarczym (towarowym, inwestycyjnym, itp.), należy do utrwalonej i racjonalnej praktyki biznesowej. Dlatego co do zasady nieskorzystanie przez menedżera z tego rodzaju przeniesienia ryzyka gospodarczego na bank jako podmiot trzeci – trzeba uznać za czyn zabroniony z art. 296 k.k.**<sup>25</sup>.

**I.2.** Fakt, że w każdym przypadku udzielenia kredytu istnieje możliwość niespłacenia tego kredytu, wcale nie dowodzi tezy o wyłączeniu działalności kredytowej banków poza granice objęte penalizacją niegospodarności – zauważa SN w postanowieniu z 27 kwietnia 1994 r., I KZP 6/94 (w związku z pytaniem prawnym sugerującym wyłączenie działalności bankowej spod przepisu o karnej niegospodarności, ze względu na znaczny poziom ryzyka decyzji kredytowej banku). Zdaniem SN, do sądu orzekającego należy zajęcie stanowiska, czy o wypełnieniu strony przedmiotowej czynu określonego w przepisach karnej o niegospodarności może być mowa tylko wtedy, gdy decyzja o charakterze gospodarczym (w danym przypadku o udzieleniu kredytu) nie została poprzedzona „stuprocentową pewnością” o jej powodzeniu, a więc czy istotnie norma prawa karnego stawia sprawcy taki wymóg. *Dla dokonania w przedmiotowej sprawie oceny znamienia „poważnej szkody”, zwłaszcza w nawiązaniu do zawartego w rewizji poglądu, że „prawo bankowe nie traktuje nieściągniętego kredytu jako straty (szkody)”, a ponadto, że istnieje realna możliwość odzyskania kwoty udzielonego kredytu w wyniku cywilnego postępowania sądowego, wystarczające będzie posłużenie się przez Sąd Wojewódzki zasadami logiki – uzasadnia SN i swoje rozumowanie opiera na truizmie, że każda działalność gospodarcza, także bankowa, zawiera ze względu na swoją naturę (istotę) element ryzyka.*

Słowem – zdaniem SN – **w konkretnej sprawie, przy formułowaniu zarzutu**

**przestępstwa gospodarczego, w każdej sferze gospodarczej należy ustalić, czy podejmujący decyzję gospodarczą wykazał wymaganą w danych okolicznościach dbałość (ostrożność, staranność) oraz czy i w jakiej postaci naruszenie tego obowiązku dbałości było zawinione.**

**I.3.** Przestępstwo niegospodarności menedżera z art. 296 k.k. ma charakter materialny (przestępstwo skutkowe), czyli warunkiem odpowiedzialności jest **faktyczne wyrządzenie mocodawcy znacznej szkody majątkowej, nie samo narażenie na szkodę**. Pod tym kątem należy też dokonywać oceny ryzyka podejmowanego przez menedżera. *Przez szkodę majątkową jako skutek zachowania się sprawcy przestępstwa... należy rozumieć zarówno uszczerbek w majątku, obejmujący rzeczywistą stratę (damnum emergens), polegającą na zmniejszeniu się aktywów majątku przez ubytek, utratę lub zniszczenie jego poszczególnych składników albo na zwiększeniu się pasywów, jak i utracony zysk (lucrum cessans), wyrażający się w udaremnieniu powiększania się majątku – uchwała SN z 21 czerwca 1995 r., I KZP 22/95.*

*Między skutkiem w postaci wyrządzenia znacznej szkody majątkowej a zachowaniem się sprawcy, polegającym na nadużyciu uprawnień lub niedopełnieniu obowiązków, zachodzić musi szczególna więź. W wypadku, gdy sprawca zrealizował znamię czynności sprawczej przez działanie, konieczne jest ustalenie związku przyczynowego. W wypadku zaniechania – ustalenie, że na sprawcy ciążył obowiązek określonego działania. Ponadto zarówno w wypadku działania, jak i zaniechania, konieczne jest ustalenie szczególnego powiązania normatywnego, przesądzającego istnienie stosunku sprawstwa – wyrok SN z 8 lutego 2000 r., V KKN 557/99.*

**I.4.a)** Jeśli obiektywnie rzecz biorąc naruszyliśmy przepisy prawa karnego, ale subiektywnie wydaje nam się, że nie uczyniliśmy tego, to w pewnych sytuacjach sąd ma obowiązek przyjąć, że prawa nie naruszyliśmy. Na tym polega działanie pod wpływem nieświadomionego błędu co do prawa (*error iuris* – art. 30 k.k.)<sup>26</sup>. Okolicznością wyłączającą bezprawność ►

► jest brak świadomości, że sądy stosują inną wykładnię – ale pod warunkiem, że sprawca wykaże, iż brak świadomości jest usprawiedliwiony. Rzecz jest stara jak świat. Już bowiem zauważył Labeon (jeden z najwybitniejszych jurystów rzymskich; żył w okresie Chrystusa) – zasadę, że nieznanostwo prawa szkodzi, należy odnieść do tych, którzy albo mieli możliwość skorzystania z prawników, albo sami dysponują odpowiednią wiedzą, a wtedy nieznanostwo prawa będzie szkodziła tylko tym, którzy mogli je łatwo poznać<sup>27</sup>.

Przypisanie winy (a tym samym odpowiedzialności za przestępstwo) ustawodawca uzależnia od możliwości uświadomienia sobie przez sprawcę bezprawności podejmowanego działania. Taka racjonalizacja oznacza odejście (wyjątek) od reguły *ignorantia iuris nocet* (nieznajomość prawa nie usprawiedliwia), co z kolei oznacza realizację teorii winy (wina jako warunek przestępności). Warunkiem przypisania winy jest rozpoznawalność bezprawności czynu, czyli świadomość, że czyn jest sprzeczny z normą prawa. Wina w ujęciu normatywnym polega na braku dochowania wierności prawu.

Art. 30 k.k., jak podkreślono w uzasadnieniu projektu Kodeksu karnego z 1997 r.<sup>28</sup>, oparto właśnie na teorii winy. Taka konstrukcja prawa do błędu prawnego sprawia, że w zasadzie art. 30 k.k. nie będzie miał zastosowania do przestępstw klasycznych, czyli *mala per se* (zło samo przez się), mocno zakodowanych w świadomości potocznej jako czyny zabronione (kryterium obiektywne). Dopiero rozszerzenie penalizacji o *mala prohibita* (zło zakazane), czyli o czyny określone w zmiennych regulacjach karnych bądź w regulacjach ze specjalistycznych dziedzin – np. przepisy prawa karnego gospodarczego<sup>29</sup> – otwiera możliwość posłużenia się prawem do błędu prawnego. Jednak, oprócz tych obiektywnych kryteriów, zawsze trzeba brać pod uwagę indywidualne cechy sprawcy w zakresie percepcji prawa (kryteria subiektywne). W przeciwnym razie jesteśmy narażeni na popełnienie błędu maksymalizacji, czyli żądania od konkretnego człowieka rzeczy niemożliwych, co byłoby sprzeczne z paremią: *lex neminem cogit ad impossibilia* (ustawa nie może żądać rzeczy niemożliwych).

Słowem, art. 30 k.k. stosujemy w oparciu o kryteria przedmiotowo-podmiotowe.

*W doktrynie prawa karnego przeważa pogląd, iż usprawiedliwiony błąd prawny to taki, którego sprawca nie mógł uniknąć. Kryteria usprawiedliwienia mają przede wszystkim charakter obiektywne, co oznacza, że przy ich rozpoznawaniu i ustalaniu należy posłużyć się kryterium normatywnym miarodajnego (wzorcowego) obywatela, a następnie uwzględnić również kryterium subiektywne...* – postanowienie z 14 maja 2003 r., II KK 331/02. Jak widać, SN stosuje to, co powyżej określiłem mianem kryteriów przedmiotowo-podmiotowych, chociaż tak tego nie nazywa.

**Ponieważ w przypadku menedżera mamy do czynienia z profesjonalnym obrotem gospodarczym, więc o zastosowaniu art. 30 k.k. będzie można mówić dopiero po skorzystaniu przez menedżera specjalistycznej opinii prawnej, a nie tylko opinii radcy prawnego** – na co słusznie zwraca uwagę SN w wymienionym wcześniej wyroku z 21 listopada 2000 r., I PKN 95/2000. Także według orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu w sprawie *Cantoni v. Francja* z 15 listopada 1996 r. – od osób prowadzących działalność zawodową można oczekiwać szczególnej staranności przy ocenie ryzyka wynikającego z określonych regulacji. Według tego orzeczenia (dotyczącego szeroko rozumianego prawa karnego gospodarczego), ten obowiązek szczególnej staranności ma polegać właśnie np. na skorzystaniu z opinii prawnika.

**I.4.b)** Przesłanki przestępstwa gospodarczego od innych przestępstw odróżniał specyficzny typ sprawcy, który był podstawą sformułowanej już w 1939 r. przez E. Shutherlanda koncepcji „przestępców w białych kołnierzykach” (*white-collar criminals*). Między białymi kołnierzykami a sprawcami przestępstw pospolitych (typu kradzież czy rozbój), odnotowano istotne różnice. Ci pierwsi wywodzili się ze sfer wyższych i byli zintegrowani, nie posługiwali się przemocą, lecz machinacjami zachowującymi pozory legalności (manipulacje oszukańcze). Ofiarami były zwykle nie pojedyncze osoby, lecz szerokie rzesze anonimowych konsumentów lub ogólny interes gospodarczy. Jednak postęp nau-

kowo-techniczny wymuszał pojawienie się coraz większej rzeszy powierników cudzych spraw gospodarczych i na dodatek na coraz niższych szczeblach zarządzania. To tak pojmowana „demokratyzacja” białych kołnierzyków sprawiła, że zwłaszcza w niemieckiej nauce prawa karnego<sup>30</sup>, zakwestionowano odrębny typ sprawcy przestępstwa gospodarczego. Z kolei dalszy postęp naukowo-techniczny nie tylko przyczynił się do przeniesienia funkcji powierniczych na coraz niższe i masowe szczeble zarządzania, ale też skomplikował proces zarządzania. W miejsce elitarności sprawców akcentowana jest elitarność czynności sprawczej.

Oto z najnowszego orzecznictwa polskiego Sądu Najwyższego wynika, że amerykańska koncepcja „białych kołnierzyków” na początku XXI w. może mieć znaczenie praktyczne, właśnie ze względu na złożoność czynności sprawczej. Z punktu widzenia odpowiedzialności odszkodowawczej osoby zarządzającej (dyrektora), może nie wystarczyć, iż dyrektor przed podjęciem decyzji gospodarczej w dziedzinach wymagających wiedzy specjalnej, skorzystał jedynie z opinii radcy prawnego, nie zlecił natomiast przygotowania zewnętrznej, specjalistycznej opinii prawnej. Takie postępowanie dyrektora SN w wymienionym już wyroku z 21 listopada 2000 r., I PKN 95/2000 – określa jako „rażąco niedbałe”. W uzasadnieniu tego orzeczenia czytamy m.in.: *Znamionem zawinięcia z reguły nie wykazuje decyzja dyrektora powzięta po zasięgnięciu opinii specjalisty z danej dziedziny, choćby nawet opinia ta okazała się merytorycznie błędna, jeżeli dyrektor nie miał podstaw do powątpiewania o jej prawdziwości* (podkreślenie moje – W.G.)<sup>31</sup>.

Inaczej mówiąc, jeśli dyrektor miał świadomość, że specjalistyczna opinia prawna jest błędna, odpada prawo do błędu prawnego – i na tym polega stosowanie wspomnianych kryteriów przedmiotowo-(specjalistyczna opinia)-podmiotowych (świadomość, że opinia jest błędna). Należy przyjąć istnienie usprawiedliwionego błędu prawnego, jeżeli menedżer (dyrektor) otrzymał informacje ze specjalistycznej opinii prawnej o legalności zamierzonego czynu (kryterium przedmiotowe), chyba że menedżer wiedział, iż informacja jest błędna (kryte-

rium podmiotowe), gdyż np. autor opinii specjalistycznej i menedżer byli w zmo-wie. Jeśli w takiej sytuacji rzecz dotyczy specjalistycznej opinii ekonomicznej, akcent należy kłaść na sprzeniewierzenie się staranności wymaganej przez naturę działalności gospodarczej.

**Reasumując:** Osoby zarządzające, że-by nie podpaść pod przepisy oparte na za-sadzie winy – w szczególności zarówno pod art. 52 k.p. (rozwiązanie umowy o pracę w trybie dyscyplinarnym), jak i pod art. 296 § 1, 2, 3 k.k. – powinny uwzględniać elitarny charakter prze-stępstw gospodarczych, ale nie ze wzglę-du na podmiot przestępstwa, lecz ze względu na czynność sprawczą. W szcze-gółności menedżer powinien rozważyć możliwość skorzystania ze specjalistycz-nej opinii prawnej (bądź ekonomicznej) – jako sposobu na eliminowanie ryzyka. Wtedy może on uniknąć odpowiedzialno-sci prawnej. Skorzystać może bowiem z prawa do błędu prawnego (przy wyklu-czaniu odpowiedzialności karnej)<sup>32</sup> bądź w grę wchodzi dotrzymanie odpowiedniej staranności (przy wykluczaniu cywilno-prawnej odpowiedzialności odszkodo-wawczej).

## II. Odpowiedź na pytanie opinii

**II.1.** Jeśli menedżer (w szczególności członek zarządu spółki prawa handlowe-go) zawierając umowę gospodarczą na dostawę surowców korzysta z gwarancji spółki-matki kontrahenta, a nie z gwarancji banku i gdy w związku z tym doszło do powstania szkody, o której mowa w art. 296 k.k., wówczas w grę wchodzi prze-stępstwo z tego przepisu (przestępstwo menedżerskiej niegospodarności), gdyż mamy do czynienia z przekroczeniem granicy ryzyka racjonalnego – i to z dwóch względów:

Po pierwsze – wzgląd teoretyczny – menedżer nie skorzystał z możliwości do-konania redystrybucji ryzyka pomiędzy uczestnikami systemu finansowego. Taką operację jako wymóg staranności (ostroż-ności) realizuje się poprzez wykorzystanie różnorodności profilu ryzyka, wynikającej ze zróżnicowanych skłonności i możliwo-sci do ryzykowania przez poszczególnych uczestników obrotu gospodarczego.

Po drugie – wzgląd praktyczny – w świetle powołanego w tej opinii pi-smiennictwa prawniczego, korzystanie z gwarancji bankowej, zwłaszcza w mię-dzynarodowym obrocie gospodarczym (towarowym, inwestycyjnym, itp.), należy do utrwalonej i racjonalnej praktyki bizne-sowej. W związku z tym, co do zasady, nie-skorzystanie przez menedżera z tego ro-dzaju przeniesienia ryzyka gospodarcze-go na bank jako podmiot trzeci, podpada pod bezprawność karłą (art. 296 k.k.).

**II.2.** Jeśli menedżer skorzystał z opinii prawnej lub ekonomicznej z konkluzją, że gwarancja bankowa w konkretnej sytu-acji jest zbędna, wówczas ewentualna od-powiedzialność odszkodowawcza (cywil-noprawna) spoczywa na autorze opinii, chociaż menedżer może nie być zwolnio-ny z odpowiedzialności karnej (art. 296 k.k.), jeśli miał świadomość, że opinia jest błędna. ■

<sup>1</sup> Termin „przestępstwa menedżerskie” w pi-smiennictwie polskim zaproponowano w: D. Czajka, *Przestępstwa menedżerskie*, Warszawa 2000 r.

<sup>2</sup> Tak O. Górniok, *Odpowiedzialność karna mene-dżerów a ryzyko w ich działalności*, Przegląd Ustawo-dawstwa Gospodarczego 2002/2/4.

<sup>3</sup> Przeciwnie R. Zawłocki, *Podstawy odpowiedzial-ności karnej za przestępstwa gospodarcze*, Warszawa 2004 r., s. 406-407 – według tego autora dopuszczal-ne ryzyko w gospodarce powinno być ujmowane ja-ko kontratyp.

<sup>4</sup> O koncepcji ustawodawcy racjonalnego por. L. Nowak, *Próba metodologicznej charakterystyki pra-woznawstwa*, Poznań 1968 r., s. 80-138; S. Wronkow-ska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997 r., s. 161-164; M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002 r., s. 81-84.

<sup>5</sup> Szerzej W. Gontarski, *Dobry gospodarz zastąpił dobrego zarządcę. Prawo karne. Gdy menedżer nie podejmuje ryzyka lub gdy ryzyko jest irracjonalne*, Rzeczpospolita z 18 III 2004 r.

<sup>6</sup> O tożsamości cywilistycznej staranności i kar-nistycznej ostrożności por. A. Szpunar, *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999 r., s. 213-214.

<sup>7</sup> Tak R. T. Stroński, (w:) *Ekonomia dla prawni-ków i nie tylko*, pod red. M. Bednarskiego i J. Wikli-na, Warszawa 2003 r., s. 514.

<sup>8</sup> Tamże.

<sup>9</sup> Tym cytatem – z *Traktatu o dobrej robocie* – po-sługuje się (w komentarzu do art. 296 k.k.) M. Bo-jarski, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. O. Górniok, Warszawa 2004 r., s. 801.

<sup>10</sup> Szerzej W. Gontarski, *Dobry gospodarz zastąpił dobrego zarządcę. Prawo karne. Gdy menedżer nie podejmuje ryzyka lub gdy ryzyko jest irracjonalne*,

Rzeczpospolita z 18 III 2004 r.; W. Gontarski, *Prawo do błędu prawnego. Kodeks karny. Niejasne i często zmieniane przepisy mogą okazać się bezużyteczne*, Rzeczpospolita z 21 X 2004 r.

<sup>11</sup> H. Pracki, *Przestępstwa gospodarcze w nowym Kodeksie karnym. Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, zeszyt nr 15, Minister-stwo Sprawiedliwości, Warszawa 1998 r., s. 142.

<sup>12</sup> Szerzej W. Gontarski, *Dobry gospodarz zastąpił dobrego zarządcę. Prawo karne. Gdy menedżer nie podejmuje ryzyka lub gdy ryzyko jest irracjonalne*, Rzeczpospolita z 18 III 2004 r.; W. Gontarski, *Prawo do błędu prawnego. Kodeks karny. Niejasne i często zmieniane przepisy mogą okazać się bezużyteczne*, Rzeczpospolita z 21 X 2004 r.

<sup>13</sup> Tak O. Krajniak, *Symptomy przestępczego dzia-lania gospodarczego*, (w:) *Czynności procesowo-krymi-nalistyczne w polskich procedurach*, pod red. C. Kwiat-kowskiej-Darul, Toruń 2004 r., s. 281-288.

<sup>14</sup> R. Zawłocki, *Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze*, Warszawa 2004 r., s. 190.

<sup>15</sup> Por. R.T. Stroński, (w:) *Ekonomia dla prawni-ków i nie tylko*, pod red. M. Bednarskiego i J. Wikli-na, Warszawa 2003 r., s. 501-503.

<sup>16</sup> Tak W. Grabowski, (w:) tamże, s. 177.

<sup>17</sup> R. Zawłocki, (w:) *Kodeks karny. Część szcze-gólna*, tom drugi, wydanie drugie, pod red. A. Wąska, Warszawa 2005 r., s. 1179.

<sup>18</sup> DzU 1997 nr 140, poz. 939 – ze zm.

<sup>19</sup> Por. K. Kruczałak, *Umowy i inne czynności han-dlowe*, Warszawa 2002 r., s. 126-129.

<sup>20</sup> Tamże, s. 127.

<sup>21</sup> K. Zaradkiewicz, (w:) *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, J. Rajski, wydanie trzecie, Warszawa 2002 r., s. 297.

<sup>22</sup> OSNCP 1993/10/166.

<sup>23</sup> OSNC 1995/10/135.

<sup>24</sup> K. Kruczałak, *Umowy i inne czynności handlo-we*, Warszawa 2002 r., s. 129.

<sup>25</sup> O zaniechaniu jako o czynie por. np. P. Koniecz-niak, *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Zakamycze 2002 r., s. 199 i nast.

<sup>26</sup> Szerzej W. Gontarski, *Prawo do błędu prawne-go. Kodeks karny. Niejasne i często zmieniane prze-pisy mogą okazać się bezużyteczne*, Rzeczpospolita z 21 X 2004 r.; W. Gontarski, *Error iuris w oświadczeniu lustracyjnym*, Gazeta Sądowa IX 2004 r.

<sup>27</sup> W. Gontarski, *Prawo do błędu prawnego. Kodeks karny. Niejasne i często zmieniane przepisy mogą oka-zać się bezużyteczne*, Rzeczpospolita z 21 X 2004 r.

<sup>28</sup> Druk sejmowy nr 1274, II kadencja.

<sup>29</sup> O prawie karnym gospodarczym jako przykla-dzie *mala per se* – vide: A. Wąsek, *Kodeks karny. Kom-mentarz*, tom pierwszy, Gdańsk 2000 r., s. 373.

<sup>30</sup> G. Kaiser, *Kriminologie*, Heidelberg 1983 r., s. 434 i nast.

<sup>31</sup> Orzeczenie omówione w: W. Gontarski, *Dobry gospodarz zastąpił dobrego zarządcę. Prawo karne. Gdy menedżer nie podejmuje ryzyka lub gdy ryzyko jest irracjonalne*, Rzeczpospolita z 18 III 2004 r.

<sup>32</sup> O prawnokarnym wymaganii od osób prowa-dzących działalność gospodarczą opinii specjalistów prawników – vide: O. Górniok, *Odpowiedzialność kar-na menedżerów*, Toruń 2004 r., s. 36.