

Z Komisji Legislacyjnej NRA

Jacek Giezek, Piotr Kardas

KONSTRUKCJA DZIAŁANIA NA SZKODĘ SPÓŁKI HANDLOWEJ ORAZ PRZESTĘPSTWA STANOWIĄCE JEJ ODPOWIEDNIK – PROJEKT NOWELIZACJI¹

I. Konstrukcja przestępstwa działania na szkodę spółki od dłuższego już czasu pozostaje w kręgu zainteresowań przedstawicieli doktryny prawa karnego². Jest również – choć w znacznie węższym zakresie – przedmiotem wypowiedzi judykatury³. Powody owego – jak na tzw. pozakodeksowy przepis prawa karnego szczególnego – zainteresowania zda-

¹ Prezentowany niżej tekst przygotowano na podstawie opracowanego przez autorów – przy udziale członków Komisji Legislacyjnej NRA adwokatów dr. hab. Janusza Raglewskiego oraz prof. Tomasza Siemiątkowskiego – projektu nowelizacji art. 585 k.s.h. i innych przepisów kryminalizujących działanie na szkodę określonego podmiotu. Projekt ten – inaugurując prace Komisji Legislacyjnej Naczelnej Rady Adwokackiej, kierowanej przez prof. Piotra Kardasa – przedstawiony został Ministrowi Sprawiedliwości w dniu 14 stycznia 2011 r.

² Jedynie tytułem przykładu można wskazać opublikowane w przestrzeni ostatnich dziesięciu lat opracowania komentatorskie, artykułowe oraz zamieszczane w publikacjach zbiorowych: K. Sitkowska, *Odpowiedzialność cywilna i karna w spółkach*, Warszawa 1995, s. 23 i n.; J. Giezek, P. Kardas, *Sporne problemy przestępstwa działania na szkodę spółki na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*, „Palestra” 2002, nr 9–10, s. 18 i n.; M. Uliasz, *Przepisy karne w kodeksie spółek handlowych*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 4, s. 155 i n.; J. Giezek, P. Kardas, *Przepisy karne kodeksu spółek handlowych. Komentarz*, Kraków 2003; R. Zawłocki, *Przestępstwa przeciwko przedsiębiorcom. Komentarz*, Warszawa 2003; J. Duży, *Odpowiedzialność karna członków organów spółek kapitałowych. Działania na szkodę spółki*, Toruń 2004; O. Górniok, *Odpowiedzialność karna menadżerów*, Toruń 2004; L. Wilk, *Przestępstwo działania na szkodę spółki*, Prok. i Pr. 1998, z. 3, s. 76 i n.; M. Rodzyńkiewicz, *Przestępstwo działania na szkodę spółki a techniki obrony przed tzw. wrogiem przejęciem spółki*, (w:) *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora A. Wąska*, Lublin 2005, s. 521 i n.; P. Kardas, *Działanie na szkodę spółki – konkretne czy abstrakcyjne narażenie na niebezpieczeństwo*, PiP 2006, nr 6, s. 58 i n.

³ Warto już w tym miejscu zaznaczyć, że w orzecznictwie SN odnaleźć można na przestrzeni lat zaledwie kilka wypowiedzi poświęconych konstrukcji przestępstwa działania na szkodę spółki, z których jedna ma szczególne znaczenie, sygnalizuje bowiem – lecz w żadnym zakresie nie rozstrzyga – problem związany ze skutkowym bądź też bezskutkowym charakterem tego typu czynu zabronionego. Zob. szerzej uzasadnienie wyroku SN z 4 kwietnia 2000 r., V KKN 20/00, LEX nr 50959. Por. też uchwałę SN z 15 kwietnia 1999 r., I KZP 8/99, OSNKW 1999, nr 5–6, poz. 31; wyrok SN z 26 października 2000 r., V KKN 226/98, LEX nr 50966; wyrok SA w Krakowie z 20 kwietnia 2000 r., II Aka 32/00, KZS 2000, z. 6, poz. 26.

ją się tkwić w konstrukcyjnych właściwościach przestępstwa działania na szkodę, przede wszystkim zaś w swoiste „kautukowym” ujęciu znamion jego strony przedmiotowej, nieklarownej charakterystyce typu z punktu widzenia koniecznych dla odpowiedzialności karnej cech zachowania sprawcy oraz wywołującym wątpliwości sposobie ustawowego określenia podmiotu sprawczego, determinującym zakres prawnokarnej ochrony spółek prawa handlowego. Właściwości konstrukcyjne typu określającego przestępstwo działania na szkodę spółki oraz wylaniające się na ich kanwie – zarówno z perspektywy dogmatycznej, jak również w procesie praktycznej aplikacji tej konstrukcji – wątpliwości interpretacyjne, pozostają niezmiennie na przestrzeni prawie osiemdziesięciu lat.

Przestępstwo działania na szkodę spółki, jakkolwiek obecnie umieszczone w uchwalonym całkiem przecież współcześnie tytule V Kodeksu spółek handlowych, w zasadzie nie różni się niczym od ujęcia, jakie przyjęto w 1934 r., gdy wchodził w życie Kodeks handlowy. Odnosząc się z wielką atencją do rozwiązań wypracowanych przez jego twórców, ustawodawca powstrzymał się od dokonywania nadmiernej i naruszającej ich integralność konstrukcyjną ingerencji. Rezultatem tej polityki legislacyjnej jest stan, w którym prawnokarne regulacje obowiązującej kodyfikacji spółek handlowych – po części również w odpowiedzi na potrzebę ich strukturalnego uporządkowania – umiejscowione zostały w osobnym tytule V, noszącym nazwę „przepisy karne”. Poprzez taki zabieg legislacyjny zmierzano do stworzenia jednolitego modelu ochrony prawidłowości funkcjonowania spółek prawa handlowego, a więc zarówno spółek kapitałowych (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki akcyjnej), jak i osobowych (spółki jawnej, spółki partnerskiej, spółki komandytowej, spółki komandytowo-akcyjnej). Rzecz jednak w tym, że realizacja powyższej idei powiodła się tylko częściowo, gdyż ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie koniecznych z tego punktu widzenia zmian dostosowawczych w jurydycznym kształcie znamion poszczególnych typów czynów zabronionych⁴.

Zróznicowanie zakresu prawnokarnej ochrony przepisów tytułu V k.s.h. wynika przede wszystkim z odmienności konstrukcyjnych osobowych i kapitałowych spółek handlowych. W szczególności te pierwsze nie przewidują chociażby organu w postaci zarządu (wyjątkiem jest jedynie spółka partnerska, w której organ taki może być powołany – art. 97 k.s.h.). Tworząc zapisy Kodeksu spółek handlowych, nie zrezygnowano jednak nawet z tych spośród nich, których wadliwość była wielokrotnie podnoszona w literaturze⁵. Z całą pewnością najbardziej wyrazistym przykładem nieuzasadnionego wzorowania się na poprzednio istniejących unormowaniach są art. 585 § 2 oraz art. 593 k.s.h.

II. Spenalizowane w przepisach tytułu V k.s.h. czyny przestępne (art. 585–592 k.s.h.) zaliczają się do szerszej kategorii przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu. Taka klasyfikacja znajduje normatywne odzwierciedlenie w art. 16 ust. 1 pkt 1 lit. f ustawy z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary⁶. Truizmem jest stwierdzenie, że pewien margines życia gospodarczego

⁴ Co do wskazywanych w doktrynie prawa karnego wadliwości konstrukcji przewidzianych w tytule V Kodeksu spółek handlowych oraz propozycji ich modyfikacji zob. szerzej J. Giezek, P. Kardas, *Przepisy karne kodeksu spółek handlowych – propozycje de lege ferenda*, „Przegląd Legislacyjny” 2004, nr 2 (42), s. 181–208.

⁵ J. Giezek, P. Kardas, *Przepisy karne kodeksu spółek handlowych – propozycje de lege ferenda*, s. 181–208.

⁶ Dz.U. nr 197, poz. 1661 ze zm.

stanowią przypadki, w których prowadzenie działalności gospodarczej wykorzystywane jest do popełniania czynów karalnych i osiągania tą drogą nielegalnych korzyści. Występujące zjawiska patologiczne dostatecznie uzasadniają potrzebę istnienia – oprócz odpowiedzialności organizacyjnej (korporacyjnej) i o charakterze cywilnoprawnym – dodatkowego, prawnokarnego zabezpieczenia prawidłowego funkcjonowania podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym. W przypadkach najbardziej rażącego naruszenia reguł obowiązujących w obrocie gospodarczym stosowanie środków penalnych wydaje się zatem uzasadnione.

Nie negując konieczności zwalczania przestępczości gospodarczej za pomocą sankcji karnych, należy mieć jednak świadomość, że stosowanie tego rodzaju środków stanowić musi *ultima ratio* oraz spełniać warunki określone w konstytucyjnej zasadzie proporcjonalności, wyznaczającej nieprzekraczalne granice ingerencji prawodawcy, zwłaszcza gdyby miała to być ingerencja w sferę praw i wolności obywatelskich. Racjonalny ustawodawca, decydujący o zakresie i sposobie kryminalizacji, uwzględniać także powinien aktualne realia tej sfery życia, do której zasadniczo odnosi się dana regulacja represyjna. Takie podejście uzasadnione jest zarówno właściwością represji karnej (w sposób najbardziej drastyczny ingerującej w prawa i wolności obywatelskie), jak i specyfiką działalności gospodarczej, w którą ona ingeruje. Nie jest z całą pewnością dobrym rozwiązaniem wymuszanie za pomocą sankcji karnej określonych zachowań podejmowanych w sferze obrotu gospodarczego lub wymuszenie w ten sposób należytej efektywności podejmowanych działań gospodarczych. Z oczywistych powodów w warunkach gospodarki rynkowej zagrożenie karą nie może stanowić głównej determinanty podejmowania określonych decyzji gospodarczych. W szczególności nie jest dopuszczalne powstrzymywanie za pomocą takiego instrumentarium osób będących członkami organów spółek handlowych od podejmowania strategicznych i – ze swej istoty – ryzykownych decyzji gospodarczych. Mielibyśmy bowiem wówczas do czynienia z nadmiernym, a więc nieuzasadnionym ograniczeniem wolności gospodarczej, będącej wszak jedną z zasad konstytucyjnych.

III. Przepisem karnym k.s.h., który ma najistotniejsze znaczenie praktyczne wśród wszystkich zawartych w tytule V, jest artykuł 585 k.s.h. – penalizujący przestępstwo tradycyjnie określane mianem działania na szkodę spółki. Konstrukcja tego przepisu już od dłuższego czasu – co sygnalizowano na wstępie – stanowi przedmiot szczególnego zainteresowania przedstawicieli nauki prawa karnego, praktyków oraz menadżerów.

W aktualnie obowiązującym ujęciu artykuł 585 k.s.h. stanowi: „§ 1. Kto, biorąc udział w tworzeniu spółki handlowej lub będąc członkiem jej zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej albo likwidatorem, działa na jej szkodę, podlega karze pozbawienia wolności do lat 5 i grzywnie. § 2. Tej samej karze podlega, kto osobę wymienioną w § 1 nakłania do działania na szkodę spółki lub udziela jej pomocy do popełnienia tego przestępstwa”⁷. Analizując treść cytowanych przepisów, można *prima facie* sformułować wniosek, że znajdują one zastosowanie do wszystkich spółek prawa handlowego. Jeśli jednak uwzględnimy jurystyczną charakterystykę podmiotu czynu zabronionego

⁷ Odpowiednikami regulacji przestępstwa działania na szkodę spółki w przedwojennej polskiej kodyfikacji handlowej z 1934 r. były art. 300 k.h. (spółka z o.o.) i art. 482 k.h. (spółka akcyjna).

w kontekście unormowania poszczególnych typów spółek handlowych, to z łatwością zauważymy, że zakres prawnokarnej ochrony jest istotnie zróżnicowany. Z zakresem najszerszym mamy do czynienia przy handlowych spółkach kapitałowych, w których funkcjonują takie organy jak zarząd, rada nadzorcza czy komisja rewizyjna (spółka z o.o.). Zdecydowanie węższa jest natomiast ochrona spółek osobowych, gdyż wymienione w dyspozycji art. 585 § 1 k.s.h. organy zasadniczo w nich nie istnieją. Kryminalizacją objęte są więc jedynie zachowania szkodzące spółkom osobowym na etapie ich tworzenia oraz likwidowania.

Mimo tak długiej tradycji legislacyjnej nie brak w typizacji czynu zabronionego z art. 585 k.s.h. także innych kwestii kontrowersyjnych. W literaturze spotkać się można nawet z poglądem w ogóle negującym zasadność istnienia takiej podstawy odpowiedzialności karnej, za czym przemawiać mają trzy racje⁸. Po pierwsze – podnoszone są wątpliwości co do zgodności określenia czynności sprawczej z wymogami wynikającymi z konstytucyjnej zasady dostatecznej określoności czynu zabronionego (zasada *nullum crimen sine lege*)⁹. Po drugie – dostrzegana jest okoliczność, że obszar penalizowany w art. 585 k.s.h. krzyżuje się częściowo z regulacją przewidzianą w art. 296 k.k. (przestępstwo tzw. nadużycia zaufania). Po trzecie wreszcie – nie brak formułowanych przez praktyków opinii, że w przypadku działania na szkodę spółki handlowej wystarczająca jest odpowiedzialność cywilnoprawna. Podnoszone w piśmiennictwie argumenty mające uzasadniać postulat uchylenia przepisu statuującego przestępstwo działania na szkodę spółki nie wydają się jednak przekonywujące, przeto – nie kwestionując znaczenia przedstawianych uwag krytycznych co do funkcjonowania w systemie prawa tego przestępstwa – należy wyrazić wątpliwość, czy ograniczenie się do art. 296 k.k., określającego przestępstwo znamienne skutkiem w postaci co najmniej znacznej szkody majątkowej (§ 1), zapewniłoby dostateczną prawnokarną ochronę interesom spółki handlowej przed grozącymi jej nadużyciami. Jeśli więc nawet art. 585 k.s.h. „(...) należy do przepisów, które spędzać mogą sen z powiek co wrażliwszych menadżerów”¹⁰, kompleksowe spojrzenie na tę konstrukcję prawną nie uzasadnia postulatu jej eliminacji z systemu prawa. Nie oznacza to jednak, że – w świetle prezentowanych w piśmiennictwie oraz ujawniających się na kanwie nielicznych judykatów SN wadliwości konstrukcyjnych tego typu czynu zabronionego – nie powinien on zostać przez ustawodawcę istotnie skorygowany. Z uwagi na charakter przedstawianych wobec

⁸ M. Rodzynekiewicz, *Przestępstwo działania na szkodę spółki*, s. 521 i n.

⁹ Trzeba jednak w tym miejscu podkreślić, że kryminalizujący przestępstwo przestępnego nadużycia władzy publicznej przepis art. 231 k.k., wykazujący daleko idące podobieństwo konstrukcyjne do stypizowanego w art. 585 § 1 k.s.h. przestępstwa działania na szkodę spółki, został w ostatnim czasie poddany przez Trybunał Konstytucyjny ocenie z punktu widzenia zgodności m.in. z konstytucyjną zasadą dostatecznej określoności typu czynu zabronionego. Trybunał Konstytucyjny nie dostrzegł w konstrukcji art. 231 k.k. niczego, co stanowiłoby naruszenie wskazanej wyżej zasady konstytucyjnej. Szkoda jednak, że w uzasadnieniu tego judykatu Trybunał Konstytucyjny nie dostrzegł i w konsekwencji całkowicie pominął wskazywane w doktrynie prawa karnego oraz stanowiące przedmiot poważnych trudności w praktyce stosowania właściwości konstrukcyjne przestępstwa stypizowanego w art. 231 k.k., w konsekwencji czego w uzasadnieniu orzeczenia stwierdzającego zgodność tego przepisu z Konstytucją RP zabrakło rudymenarnych rozważań dotyczących znamion strony przedmiotowej uznanego za nienaruszający zasady dostatecznej określoności typu czynu zabronionego. Zob. szerzej uzasadnienie wyroku TK z 9 czerwca 2010 r., SK 52/08.

¹⁰ M. Rodzynekiewicz, *Przestępstwo działania na szkodę spółki*, s. 521

przestępstwa stypizowanego w art. 585 k.s.h. zastrzeżeń zmiany normatywne mające na celu racjonalizację tej konstrukcji prawnej winny mieć dwukierunkowy charakter: z jednej strony zmierzać do doprecyzowania charakteru typu działania na szkodę spółki oraz elementów charakteryzujących stronę przedmiotową, w pewnym zakresie zawężając pole kryminalizacji, z drugiej natomiast – zdążać do zapewnienia adekwatnej prawnokarnej ochrony wszystkim typom spółek prawa handlowego, i w tym zakresie prowadzić do poszerzenia zakresu kryminalizacji działania na szkodę spółki¹¹.

IV. Wprowadzenie przez ustawodawcę podstawy odpowiedzialności karnej za działanie na szkodę określonego podmiotu nie jest właściwe tylko dla kodeksu spółek handlowych. W polskim ustawodawstwie karnym istnieje szereg bliźniaczych typów czynów karalnych. Przewidziane są one w:

1) art. 130 ustawy z 4 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej¹²;

2) art. 224 i 224a ustawy z 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej¹³;

3) art. 267a ustawy z 16 września 1982 r. prawo spółdzielcze¹⁴;

4) art. 107 ustawy z 22 lipca 2006 r. o spółdzielni europejskiej¹⁵.

Pod względem konstrukcyjnym powołane przepisy opierają się na niemal identycznych prawnokarnych konstrukcjach, występujące zaś między nimi różnice uzasadnione są jedynie specyfiką podmiotów będących ich adresatami. Oznacza to, że przedstawione poniżej uwagi dotyczące proponowanych zmian w konstrukcji przestępstwa działania na szkodę spółki odnoszą się w zasadniczej części wprost do wymienionych wyżej przepisów.

V. W okresie dotychczasowego obowiązywania regulacji wynikającej z art. 585 k.s.h. często wskazywano na rozmaite jej mankamenty. Przedkładany projekt uwzględnia w szczególności uwagi krytyczne, dotyczące następujących kwestii:

1) zbyt wąsko określonego katalogu podmiotów, jakie mogą być sprawcami czynu zabronionego z art. 585 § 1 k.s.h., nieuwzględniającego w szczególności konieczności stosowania tego przepisu także do osobowych spółek handlowych;

2) problemu odpowiedzialności karnej podmiotu, którego tryb powołania do organu spółki prawa handlowego jest wadliwy;

3) problemu braku w juretycznym opisie typu czynu zabronionego z art. 585 § 1 k.s.h. znamion modalizujących, wskazujących na konieczność nadużycia przez sprawcę przysługujących mu uprawnień bądź niedopełnienia ciążących na nim obowiązków;

¹¹ Trzeba zaznaczyć, że tego typu postulaty były prezentowane w piśmiennictwie już w 2004 r. i mimo że opracowanie poświęcone problematyce nowelizacji art. 585 k.s.h. oraz pozostałych przepisów tytułu V k.s.h. zamieszczone zostało w miesięczniku wydawanym przez Radę Legislacyjną działającą przy Premierze, nie zostało dostrzeżone ani przez instytucjonalne podmioty zajmujące się profesjonalnie przygotowaniem zmian legislacyjnych, ani też przez przedstawicieli praktyki stosowania prawa. Zob. szerzej J. Giezek, P. Kardas, *Przepisy karne kodeksu spółek handlowych – propozycje de lege ferenda*, s. 181–208.

¹² Dz.U. nr 62, poz. 551 z późn. zm.

¹³ Dz.U. z 2010 r. nr 11, poz. 66 z późn. zm.

¹⁴ Dz.U. z 2003 r. nr 188, poz. 1848 z późn. zm.

¹⁵ Dz.U. nr 149, poz. 1077.

4) problemu z jednoznacznością kwalifikacją czynu przestępnego określonego w art. 585 § 1 k.s.h. do kategorii przestępstw materialnych lub formalnych oraz przestępstw tzw. konkretnego bądź abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo;

5) ograniczenia znamienia grożącej „szkody” jedynie do szkody o charakterze majątkowym oraz jej skwantyfikowania jako znacznej;

6) zasadności istnienia w art. 585 § 1 k.s.h. niezwykle represyjnego typu ustawowego zagrożenia obejmującego kumulatywnie ujętą karę pozbawienia wolności i grzywnę (mamy bowiem w tym wypadku do czynienia z takim zagrożeniem, które nie występuje w innych przepisach karnych k.s.h., a – co istotniejsze – jest wyjątkowe na gruncie polskiego ustawodawstwa karnego;

7) rezygnacji z przepisu art. 585 § 2 k.s.h.

8) wprowadzenia klauzuli ścigania na wniosek.

Ad 1) Przestępstwo z art. 585 § 1 k.s.h. zaliczane jest do kategorii tzw. przestępstw indywidualnych (*delictum proprium*). Konstrukcja znamion typu działania na szkodę spółki przesądza, że warunkiem odpowiedzialności karnej jest posiadanie przez sprawcę wymaganych ustawowo kwalifikacji, pozwalających uznać daną osobę za tzw. *intraneusa*. Mając na względzie szczególne usytuowanie podmiotów mogących być sprawcami działania na szkodę spółki (są to osoby obdarzone specjalnym zaufaniem korporacyjnym), ten typ czynu przestępnego zalicza się do kategorii przestępstw nadużycia zaufania¹⁶. Wedle aktualnego brzmienia chodzi o następujące kategorie podmiotów: 1) osoby biorące udział w tworzeniu spółki handlowej, 2) członkowie zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej, 3) likwidator. Zawarte w art. 585 § 1 k.s.h. wyliczenie ma charakter taksatywny. Obowiązujący katalog nie obejmuje jednak wszystkich podmiotów pełniących w spółce prawa handlowego funkcje wiążące się z dużą dozą zaufania ze strony mandanta. Poza zakresem pozostają w szczególności takie osoby, jak: wspólnicy spółki jawnej, spółki komandytowej bądź spółki komandytowo-akcyjnej, którym umowa spółki, statut albo uchwała wspólników przyznają prawo prowadzenia jej spraw oraz reprezentacji (art. 40, 140 k.s.h.), prokurent, pełnomocnik powołany uchwałą zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) do reprezentowania spółki w umowach oraz sporach z członkami zarządu (art. 210 i 379 k.s.h.), kurator spółki (art. 42 k.c., art. 26 ustawy o KRS).

Wyłączenie tak szerokiej kategorii osób spod możliwości zastosowania odpowiedzialności karnej z art. 585 § 1 k.s.h. należy ocenić jako poważny błąd ustawodawcy. Z łatwością zauważalna jest przy tym istotna niekonsekwencja. Otóż przepis penalizuje przykładowo działanie na szkodę spółki jawnej przez jej założycieli i likwidatorów, natomiast nie mogą na jego podstawie ponosić odpowiedzialności karnej wspólnicy prowadzący sprawy spółki i działający na jej szkodę w czasie istnienia takiego podmiotu. W praktyce chodzić tu zaś będzie najczęściej o te same osoby¹⁷. Z uwagi na trudno akceptowalne konsekwencje obowiązującego ujęcia niezbędność interwencji ustawodawczej wydaje się zatem oczywista. Proponowana zmiana polega na rozszerzeniu katalogu podmiotów, które mogą ponosić odpowiedzialność karną, także na wszystkie

¹⁶ O. Górniok, *Jeszcze o przestępstwach nadużycia zaufania*, Prok. i Pr. 2005, z. 10, s. 7–19.

¹⁷ M. Rogala, *Spółki osobowe a przepisy kodeksu spółek handlowych*, „Prawo Spółek” 2001, nr 1, s. 22 i n.

„osoby prowadzące sprawy spółki handlowej”. W ten sposób zlikwidowane zostanie istotne rozwarstwienie zakresu prawnokarnej ochrony, istniejące *de lege lata* między spółkami osobowymi i kapitałowymi.

Ad 2) Projekt przewiduje zastąpienie dotychczasowego określenia „(...) będąc członkiem jej zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej (...)” sformułowaniem „(...) pełniąc funkcję członka jej zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej (...)”. Poprzez taki zabieg legislacyjny osiągnąć można zneutralizowanie kontrowersji, jakie pojawiają się w kwestii dopuszczalności pociągania do odpowiedzialności karnej osób powołanych w skład np. zarządu spółki handlowej z naruszeniem przepisów określających tryb takiego powołania. Przykładowo – w przypadku powołanego niezgodnie z wymaganą procedurą członka zarządu spółki, który podjąłby działania na jej szkodę, dałoby się uzasadnić pogląd, że nie może on ponosić odpowiedzialności karnej na podstawie art. 585 § 1 k.s.h. wobec braku niezbędnej cechy, kwalifikującej go jako podmiot zdolny do popełnienia tego przestępstwa, gdyż nigdy nie stał się członkiem zarządu. Analizowany przepis k.s.h. zawiera bowiem kryterium formalne w postaci członkostwa w zarządzie spółki handlowej. Przyznać trzeba, że zgodnie z dominującym w doktrynie poglądem prawną wadliwość objęcia jakiegokolwiek z wymienionych w art. 585 § 1 k.s.h. funkcji w spółce prawa handlowego nie wyłącza odpowiedzialności za przestępstwo działania na jej szkodę¹⁸. Takie stanowisko uzasadnia się przede wszystkim względami kryminalno-politycznymi. Przyjęcie takiej koncepcji wykładniczej naraża się jednak na zarzut zastosowania niedopuszczalnej w prawie karnym wykładni funkcjonalnej, rozszerzającej granice odpowiedzialności karnej bez należytej ku temu podstawy normatywnej.

W rozważanej kwestii spotkać można się również ze stanowiskiem, zgodnie z którym odrębnego wartościowania wymagają dwie sytuacje: 1) wadliwego oraz 2) nieważnego powołania w skład organu spółki handlowej. W pierwszym wypadku nie istnieją przeszkody do pociągnięcia takiej osoby do odpowiedzialności karnej na podstawie art. 585 § 1 k.s.h. Do czasu bowiem rozstrzygnięcia wątpliwości w odpowiednim postępowaniu wadliwie powołana osoba jest formalnie członkiem zarządu spółki handlowej. Innej oceny wymaga natomiast sytuacja nieważnego powołania. Wówczas bowiem faktycznie nie dochodzi do powołania takiej osoby w skład zarządu spółki. W konsekwencji nie może ona ponosić odpowiedzialności karnej jako członek jej organu¹⁹.

Aby uniknąć powyżej zarysowanych kontrowersji interpretacyjnych – mających tak istotne konsekwencje praktyczne – należałoby przyjąć zapis, w myśl którego normatywna charakterystyka podmiotu czynu zabronionego nie opiera się na jego formalnym członkostwie w składzie organu spółki prawa handlowego, lecz powiązana jest od strony funkcjonalnej z wykonywanymi przez potencjalnego sprawcę obowiązkami²⁰. Mając na uwadze występujące w praktyce obrotu gospodarczego sytuacje wykonywania czynności z zakresu zarządzania sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą spółki prawa handlowego przez osoby pozbawione formalnego umocowania, faktycznie

¹⁸ Por. m.in. P. Siciński, *Odpowiedzialność karna za szkody wyrządzone spółce akcyjnej*, PS 1994, nr 10, s. 23; L. Wilk, *Przestępstwo działania*, s. 74; R. Zawłocki, (w:) *Kodeks spółek*, s. 1252; J. Duży, *Odpowiedzialność karna*, s. 125.

¹⁹ J. Giezek, P. Kardas, *Przepisy karne*, s. 103–104.

²⁰ J. Giezek, P. Kardas, *Przepisy karne*, s. 185.

sprawujące jednak zarząd w sposób wywołujący określone konsekwencje majątkowe po stronie spółki, proponujemy rozwiązanie umożliwiające przypisanie odpowiedzialności za działanie na szkodę spółki także temu, kto faktycznie prowadzi jej sprawy.

Ad 3) Podstawowym problemem wskazywanym w piśmiennictwie oraz wywołującym trudności w praktycznej aplikacji typu określonego w art. 585 § 1 k.s.h. jest – sygnalizowana już w okresie międzywojennym – kwestia specyficznej „syntetyczności” normatywnej charakterystyki znamion strony przedmiotowej tego typu czynu zabronionego. Opis czynności sprawczej („działa na szkodę spółki”) jednoznacznie wskazuje, że mamy w tym wypadku do czynienia z unormowaniem, które można określić z całą pewnością mianem „kauczukowego”. Z tego punktu widzenia w piśmiennictwie podnosi się zarzuty co do konstytucyjności takiego ujęcia. Choć z całą pewnością nie pozwala ono na precyzyjne wyznaczenie kręgu zachowań, jakie mogą stanowić podstawę odpowiedzialności karnej, to istnieją zasadne powody by twierdzić, że w ocenie Trybunału Konstytucyjnego spełnia jednak wymóg dostatecznej określoności typu czynu zabronionego²¹. Wydaje się, że nie byłoby dobrym pomysłem legislacyjnym wprowadzenie do brzmienia przepisu przykładowego wyliczenia zachowań, które odpowiadają takiemu jureddycznemu opisowi. Są one zresztą wskazywane w literaturze.

W jureddycznym opisie typu czynu zabronionego z art. 585 § 1 k.s.h. brak natomiast znamion o charakterze modalnym, które – wzorem chociażby konstrukcji przestępstwa tzw. nadużycia zaufania z art. 296 k.k. – wskazywałyby na konieczność godzącego w interesy spółki handlowej nadużycia przez sprawcę udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienia ciężących na nim obowiązków. Pominięcie powyższego wymogu uzasadnia się względami dowodowymi²². Regulacja taka skłania niektórych przedstawicieli doktryny do konstatacji, że podstawę odpowiedzialności karnej mogą stanowić również zachowania, które nie charakteryzują się wskazaną wyżej właściwością, lecz związane są funkcjonalnie z pozycją zajmowaną przez sprawcę w spółce handlowej²³. Opozycyjne wobec powyższego stanowisko interpretacyjne przyjmuje z kolei, że – mimo braku takich znamion modalizujących w treści art. 585 § 1 k.s.h. – uznanie, iż spełnione są przesłanki odpowiedzialności karnej za typizowany w tym przepisie czyn, wymaga ustalenia, że badane zachowanie naruszyło przyjmowany w obrocie gospodarczym standard, wyrażający się w określonych regułach postępowania, niezależnie od tego, czy mają one charakter skodyfikowany. Ich naruszenie – mając na względzie krąg podmiotów sprawczych – przybrać może postać nadużycia przez osobę, której postępowanie oceniamy, przysługujących jej uprawnień lub niedopełnienia ciężącego na niej obowiązku. W wypadku bowiem, gdy jej zachowanie mieści się w standardzie charakteryzującym dobrego menadżera – nawet jeżeli podejmowana czynność obarczona była określonym stopniem ryzyka – to nie jest ono bezprawne, a zatem pozostaje indyferentne z punktu widzenia typu czynu zabronionego działania na szkodę spółki handlowej. Czyn sprawcy winien bowiem wykraczać poza akceptowane w obrocie ry-

²¹ Wyrok TK z 9 czerwca 2010 r., SK 52/08.

²² P. Siciński, *Odpowiedzialność karna*, s. 17.

²³ D. Czura-Kalinowska, R. Zawłocki, *Odpowiedzialność karna za działanie na szkodę spółki*, Warszawa 2006, s. 54.

zyko gospodarcze²⁴. W prezentowanej kwestii występuje zatem istotny spór wykładniczy. W celu neutralizacji kontrowersji interpretacyjnych proponujemy wprowadzić do brzmienia art. 585 § 1 k.s.h. zapis, który jednoznacznie statuuje jako warunek realizacji znamion typu czynu zabronionego opisanego w tym przepisie nadużycie przez sprawcę udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążących na nim obowiązków. Służyć to będzie nie tylko rozstrzygnięciu ujawniających się zarówno w praktyce, jak i doktrynie prawa karnego wątpliwości, lecz także klarownie zakreśli podstawy odpowiedzialności karnej za zaniechanie, która w świetle aktualnego brzmienia przepisu art. 585 § 1 k.s.h. wywoływać może wątpliwości, zwłaszcza jeżeli przyjmuje się optykę interpretacyjną, prowadzącą do uznania działania na szkodę spółki za przestępstwo formalne²⁵.

Ad 4) Jedną z najbardziej kontrowersyjnych na gruncie art. 585 § 1 k.s.h. kwestii, co do których nie uzyskano do tej pory konsensusu – zarówno w literaturze, jak i orzecznictwie – jest rozstrzygnięcie, czy mamy w tym wypadku do czynienia z przestępstwem materialnym (do którego znamion należy powstały w następstwie popełnionego przez sprawcę czynu skutek)²⁶, czy też formalnym (kryminalizujące jest samo zachowanie, niezależnie od tego, czy jego konsekwencją jest zaistnienie jakiegokolwiek skutku)²⁷. Ustalenie tej kwestii determinuje rozwiązanie innego zagadnienia, sprowadzającego się do odpowiedzi na pytanie, czy działanie na szkodę spółki jest typem przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo (gdy podstawę odpowiedzialności stanowi niebezpieczeństwo samego zachowania opisanego znamieniem czynnościowym), czy też chodzi o przestępstwo konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo (realizacja znamion typu czynu zabronionego warunkowana jest wówczas wywołaniem stanu rzeczywistego zagrożenia dla chronionego dobra). Zwolennicy pierwszego ujęcia wskazują, że wystarczającą podstawą odpowiedzialności karnej jest podjęcie określonego zachowania opisanego w art. 585 § 1 k.s.h. Przeciwnicy uznają natomiast, że „[...] sformułowanie «działa na szkodę» jest odzwierciedleniem pewnego bliżej niekonkretyzowanego łańcucha kauzalnego, którego pierwszym ogniwem jest właśnie samo działanie (zachowanie), ostatnim zaś – wynikała z niego szkoda”²⁸. Istota sporu sprowadza się zatem do rozstrzygnięcia kwestii, czy dla realizacji znamion analizowanego typu czynu przestępnego wymagane jest sprowadzenie stanu konkretnego i realnego zagrożenia powstaniem szkody.

Jedną z przyczyn istniejących trudności w dogmatycznym objaśnieniu charakteru

²⁴ J. Raglewski, *Komentarz do niektórych przepisów karnych kodeksu spółek handlowych*, e/Lex 2008.

²⁵ Zob. szerzej P. Kardas, *Działanie na szkodę spółki – konkretne czy abstrakcyjne narażenie na niebezpieczeństwo...*, s. 67 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

²⁶ Takie stanowisko prezentują m.in.: L. Wilk, *Przestępstwo działania*, s. 77 i n.; J. Giezek, P. Kardas, *Sporne problemy przestępstwa działania na szkodę spółki na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*, „Palestra” 2002, nr 9–10, s. 18 i n.; M. Rodzyńkiewicz, *Przestępstwo działania na szkodę spółki*, s. 525 i n.; A. Barczak, M. Barczak, *Działanie na szkodę spółki – zagadnienia wybrane*, „Prawo Spółek” 2008, nr 7–8, s. 55; P. Kardas, *Działanie na szkodę spółki – konkretne czy abstrakcyjne narażenie na niebezpieczeństwo*, s. 58 i n.

²⁷ Za bezskutkowym charakterem przestępstwa z art. 585 § 1 k.s.h. opowiedzieli się m.in.: K. Sitkowska, *Odpowiedzialność cywilna*, s. 44; M. Uliasz, *Przepisy karne*, s. 155, O. Górniok, (w:) *Prawo karne*, s. 128; R. Zawłocki, *Kodeks spółek*, s. 1259; J. Duży, *Odpowiedzialność karna*, s. 54–55; M. Sieradzka, *Przestępstwo działania na szkodę spółki handlowej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 5, s. 54.

²⁸ J. Giezek, P. Kardas, *Sporne problemy*, s. 22.

przestępstwa działania na szkodę spółki jest fakt, że konstruując juretryczny opis czynu karalnego z art. 585 § 1 k.s.h., legislator nie posłużył się charakterystycznym dla przestępstw konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo opisem skutku (zob. m.in. art. 160, 161, 174 k.k.). Rozstrzygnięcie powyższej kwestii nie ma jedynie waloru teoretycznego, skutkuje bowiem m.in. poważnymi implikacjami w zakresie problematyki dowodowej. Praktyczne znaczenie tej wady konstrukcyjnej dobrze oddaje stanowisko SN wyrażone w jedynym publikowanym orzeczeniu, w którym podjęta została problematyka charakteru przestępstwa działania na szkodę spółki. Uzasadniając projektowaną zmianę normatywną w omawianym zakresie, warto przytoczyć *in extenso* stanowisko SN, który w pierwszej kolejności stwierdził, że „nie powinno budzić wątpliwości, że przepis art. 300 § 1 k.h. konstruuje typ przestępstwa (ściśle biorąc – czynu zabronionego) z narażenia dobra prawnego – interesów spółki na niebezpieczeństwo (por. O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, Toruń 1997, s. 135; M. Bojarski, W. Radecki, *Przewodnik po pozakodeksowym prawie karnym*, Wrocław 1998, s. 369–370; A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 614). W literaturze prawa karnego brak jest jednak jednolitości poglądów co do bliższej charakterystyki tego przestępstwa z narażenia. Jedni autorzy utrzymują, że przestępstwo z art. 300 § 1 k.h. jest przestępstwem z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, a zatem przestępstwem formalnym (por. M. Bojarski, W. Radecki, *Przewodnik po pozakodeksowym prawie karnym...*, s. 370–371; J. Giezek, D. Wnuk, *Odpowiedzialność cywilna i karna w spółkach prawa handlowego. Komentarz*, Warszawa 1994, s. 89), inni zaś twierdzą, że jest to przestępstwo z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, a zatem że jest to przestępstwo skutkowe (L. Wilk, *Przestępstwo działania na szkodę spółki*, Prok. i Pr. 1998, z. 3, s. 78), by po dostrzeżeniu wątpliwości wykładniczych dotyczących fundamentalnego – zarówno z punktu widzenia podstaw odpowiedzialności karnej, jak i powinności dowodowych w postępowaniu karnym – zagadnienia ostatecznie konstatować, że „przy ponownym rozpoznaniu sprawy sąd okręgowy będzie się musiał bliżej zająć kwestią wykładni przepisu art. 300 § 1 k.h., jak też kwestią jego właściwego zastosowania na gruncie poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych”²⁹. Wydaje się, że trudno o lepsze uzasadnienie konieczności dokonania stosownej zmiany normatywnej w tej części znamion przestępstwa działania na szkodę spółki. Zmierzając do przecięcia ujawniających się wciąż kontrowersji i wątpliwości w doktrynie i praktyce stosowania prawa, w proponowanym ujęciu postuluje się wprowadzenie jednoznacznej charakterystyki typu przestępstwa działania na szkodę spółki poprzez zamieszczenie w treści art. 585 k.s.h. sformułowania ustawowego: „(...) naraża tę spółkę handlową na bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia jej znacznej szkody (...)”. W ten sposób jednoznacznie zostanie rozstrzygnięty charakter przestępnego działania na szkodę spółki jako przestępstwa tzw. konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, a zatem przestępstwa materialnego (skutkowego).

Ad 5) Przepis art. 585 § 1 k.s.h. zawiera znamień normatywne „szkoda” bez bliższego określenia jej charakteru. W szczególności brak jest jej doprecyzowania poprzez posłużenie się przymiotnikiem „majątkowa”. Na tle takiego zapisu ustawowego przeważa stanowisko, zgodnie z którym pojęcie to obejmuje uszczerbek zarówno o charakterze

²⁹ Uzasadnienie wyroku SN z 4 kwietnia 2000 r., V KKN 20/00, LEX nr 50959.

majątkowym, jak i niemajątkowym³⁰. Spotkać można się jednak również z odmiennym poglądem, zgodnie z którym „naruszenie takich dóbr spółek (...) jak firma, znaki towarowe, czy wreszcie *good will*, będzie mieściło się w pojęciu szkód majątkowych (...) jeżeli przyjąć, że o charakterze szkody decydują skutki, jakie konkretne zachowanie wywołuje w sytuacji podmiotu, to w przypadku działania na szkodę spółek (...) będzie chodziło o uszczerbek dający się przełożyć na pogorszenie sytuacji finansowej tych podmiotów”³¹. W pełni zasadne jest więc wprowadzenie ustawowego ograniczenia szkody wyłącznie do uszczerbku o charakterze majątkowym. Za takim rozwiązaniem przemawia w szczególności fakt, że w wypadku innego przestępstwa menadżerskiego, jakim jest tzw. nadużycie zaufania (art. 296 k.k.), mamy także do czynienia z uszczerbkiem o charakterze jedynie majątkowym. Nie wydaje się przeto racjonalny taki stan legislacyjny, w którym na przedpolu naruszenia dobra prawnego (a więc na etapie poprzedzającym wyrządzenie uszczerbku) podstawą odpowiedzialności karnej jest wyrządzenie szkody jakiegokolwiek rodzaju, odpowiedzialność karna za późniejsze wyrządzenie szkody wiąże się zaś już tylko z uszczerbkiem o charakterze majątkowym. Także w wymiarze praktycznym znaczenie ma jedynie szkoda majątkowa. Na gruncie proponowanego zapisu art. 585 § 1 k.s.h. może się ona przejawiać zarówno w postaci rzeczywistej straty (*damnum emergens*), jak i utraconych korzyści (*lucrum cessans*).

Projekt przewiduje także kwantyfikację szkody należącej do znamion proponowanego tutaj ujęcia poprzez jej określenie jako znacznej. Argumentów przemawiających za potrzebą skwantyfikowania szkody, której niebezpieczeństwo wystąpienia stanowić miałoby skutek przestępstwa z art. 585 k.s.h., dostarczać może analiza relacji, w jakiej przepis ten pozostaje do przestępstwa nadużycia zaufania, stypizowanego w art. 296 k.k.

Dostrzegając fakt, że zakresy normowania obu tych przepisów krzyżują się, zwrócić przede wszystkim należy uwagę, iż kryminalizowanie zachowań narażających interes spółki na szkodę majątkową oznacza ingerencję ustawodawcy na przedpolu czynów, których dalej idącym (rzeczywistym) skutkiem jest wyrządzenie tego rodzaju szkody³². Rzecz charakterystyczna, że o ile w przypadku przestępstwa z narażenia (art. 585 k.s.h.) grożąca spółce szkoda nie podlega żadnej kwantyfikacji, o tyle przy przestępstwie z art. 296 k.k. należąca do jego znamion szkoda wyrządzona – jest precyzyjnie (tzn. za pomocą znamienia liczbowego) kwantyfikowana jako znaczna (w typie podstawowym) lub jako szkoda w wielkich rozmiarach (w typie kwalifikowanym). Efekt jest więc taki, że zachowania zmierzające do skutku w postaci szkody mniejszej niż znaczna kryminalizowane są w odniesieniu do spółek handlowych na przedpolu jego wystąpienia

³⁰ Por. m.in. K. J. Kmiecik, M. Parszewski, *Odpowiedzialność spółek*, s. 149; L. Wilk, *Przestępstwo działania*, s. 77; P. Siciński, *Odpowiedzialność karna*, s. 24; J. Skorupka, *Odpowiedzialność członków*, s. 35; M. Uliasz, *Przepisy karne*, s. 155; J. Giezek, P. Kardas, *Przepisy karne*, s. 132.

³¹ J. Duży, „Szkoda” jako znamię przestępstwa z art. 585 kodeksu spółek handlowych (uwagi w kontekście odpowiedzialności karnej za działanie na szkodę spółek kapitałowych), *Prok. i Pr.* 2001, z. 4, s. 86–87. Podobne stanowisko zajmuje O. Górniok, *Odpowiedzialność karna*, s. 75.

³² Przyznać trzeba, że współczesny ustawodawca – z różnych zresztą powodów – coraz częściej sięga do swoich ujmowanych typów czynów zabronionych, które stanowią tzw. przedpole dotychczasowej kryminalizacji. Jednym z najważniejszych elementów tego przedpola stają się zaś właśnie przestępstwa narażenia na niebezpieczeństwo.

(na podstawie normy wynikającej z art. 585 k.s.h.), nie stanowią zaś odrębnie typizowanego przestępstwa w przypadku, gdy narażenie przechodzi w stadium naruszenia oznaczającego wyrządzenie szkody. Mówiąc inaczej – sprawca, który w warunkach określonych w dyspozycji art. 296 k.k. faktycznie wyrządzi spółce handlowej szkodę majątkową o rozmiarach mniejszych niż znaczne, będzie co najwyżej odpowiadać za narażenie jej interesu na szkodę, a więc na podstawie art. 585 k.s.h. Trudno w tym kontekście oprzeć się wrażeniu, że kryminalizowanie zachowań narażających jedynie interes spółki na szkodę o dowolnych rozmiarach (a więc także nieznacznych), przy jednoczesnym obejmowaniu zakresem dyspozycji wynikającej z art. 296 k.k. zachowań prowadzących do naruszenia, czyli skutku dalej idącego, pod warunkiem wszakże, iż wyrządzona szkoda okaże się co najmniej znaczna – świadczyć może o swoistym braku konsekwencji ustawodawcy.

Uwzględniając stosowane w prawie karnym standardy kryminalizowania zachowań występujących na przedpolu naruszenia dobra prawem chronionego należałoby w zasadzie oczekiwać, że konfrontowane przepisy pozostawać będą – gdy idzie o kwantyfikację należącej do ich znamion szkody – w relacji dokładnie odwrotnej do obecnie obowiązującej. Jest przecież oczywiste, że im bardziej oddalać będziemy podlegające kryminalizacji zachowanie od naruszenia dobra prawem chronionego (tzn. im głębiej sytuować je będziemy na przedpolu), tym niższa staje się jego społeczna szkodliwość, której odzwierciedleniem powinny być granice ustawowego zagrożenia. Z dogmatycznej oraz kryminalnopolitycznej perspektywy można by również powiedzieć, że wraz z oddalaniem się od naruszenia dobra prawem chronionego (na jego przedpolu, obejmujące abstrakcyjne i konkretne narażenie) większa powinna być skala i rozmiary potencjalnego naruszenia, jeśli jego stwarzane przez sprawcę niebezpieczeństwo uzasadniać miałoby jakąkolwiek prawnokarną reakcję. Tak ujętą zasadę można oczywiście odpowiednio odwrócić.

Rezygnując z dalszego rozwijania podnoszonej tutaj argumentacji, sformułować można wniosek odnoszący się wprost do przestępstwa z art. 585 k.s.h. Otóż w zarysowanym wyżej kontekście dogmatycznym oraz kryminalnopolitycznym z łatwością dostrzec można brak spójności między dyspozycją wynikającą z przepisu art. 585 k.s.h., do której znamion należy szkoda w żaden sposób niekwantyfikowana (wystarczające jest bowiem narażenie na niebezpieczeństwo wyrządzenia jakiejkolwiek, a więc najmniejszej chociażby szkody), a dyspozycją sformułowaną w przepisie art. 296 k.k., zawierającą znamie modalne, określające już w typie podstawowym wyrządzoną szkodę jako co najmniej znaczną. W rezultacie zaś faktyczne wyrządzenie spółce handlowej szkody mniejszej niż znaczna nie jest traktowane jako przestępstwo z naruszenia dobra prawem chronionego, lecz – dzięki wspomnianej wyżej kryminalizacji przedpola – staje się ono przestępstwem z jego narażenia na niebezpieczeństwo. Mówiąc zaś inaczej – sprawca nie odpowiada za to, że faktycznie wyrządził szkodę, lecz – co można by nawet uznać za dość nieintuicyjne – jedynie za to, iż naraził spółkę na niebezpieczeństwo jej wystąpienia. Przywrócenie spójności między obiema normami (wynikającymi z art. 585 k.s.h. oraz 296 k.k.) teoretycznie można by osiągnąć dzięki zastosowaniu jednego z dwóch alternatywnych rozwiązań:

a) wyeliminowaniu z art. 296 § 1 k.k. jakiejkolwiek kwantyfikacji wyrządzonej szkody;

b) wprowadzeniu kwantyfikacji do dyspozycji art. 585 k.s.h. poprzez określenie szkody (na której wyrządzenie sprawca swym zachowaniem spółkę handlową naraża) jako znacznej.

Pierwsze rozwiązanie (a) z różnych powodów – głównie zaś ze względu na zbędne z kryminalnopolitycznego punktu widzenia rozszerzenie kryminalizacji zachowań określanych jako nadużycie zaufania – jawi się jako zdecydowanie trudniejsze do zaakceptowania. Pozostaje więc rozwiązanie drugie (b), które wprowadzone zostało do sformułowanej wyżej propozycji nowelizacji art. 585 k.s.h.

Ad 6) Ustawowe zagrożenie przestępstwa działania na szkodę spółki handlowej jest wyjątkowo surowe. Obejmuje ono bowiem kumulatywnie karę pozbawienia wolności (w wymiarze od miesiąca do 5 lat) oraz grzywnę. Warto dodać, że zagrożenie takie nie jest przewidziane w jakimkolwiek innym przepisie tytułu V k.s.h., jak również nie nawiązuje ono do żadnej z sankcji występujących w kodeksie karnym. Stopień karygodności czynu przestępnego z art. 585 § 1 k.s.h. nie uzasadnia – jak się zdaje – aż tak surowego zagrożenia. Rozwiązanie takie trudno również zrationalizować w kontekście ustawowego zagrożenia za przestępstwo nadużycia zaufania (art. 296 k.k.), sprowadzającego się wszak jedynie do kary pozbawienia wolności w wymiarze do 5 lat, mimo że jego dokonanie warunkowane jest nie tylko narażeniem interesów mandanta, lecz wyrządzeniem mu co najmniej znacznej szkody majątkowej. Taką co najwyżej sankcją – jeśli system pozostać ma spójny – powinno więc być obwarowane działanie na szkodę spółki handlowej z art. 585 k.s.h. Pamiętać przy tym należy, że w sytuacji gdy sprawca działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub gdy korzyść majątkową osiągnął (z czym w praktyce mamy zazwyczaj do czynienia), sąd może wymierzyć sprawcy kumulatywnie grzywnę obok kary pozbawienia wolności na podstawie art. 33 § 2 k.k.

Ad 7) Artykuł 585 § 2 k.s.h. zawiera regulację, której odpowiedniki w kodeksie handlowym (art. 300 § 2 i art. 482 § 2 k.h.) określane były mianem przestępstwa *sui generis* podżegania do działania na szkodę spółki handlowej lub udzielania do takiego czynu zabronionego pomocy³³. W porównaniu z poprzednio obowiązującym stanem prawnym nie wprowadzono żadnych zmian w opisie tego typu czynu zabronionego. Chodzi w tym wypadku o regulację nawiązującą do występujących w kodeksie karnym jurydycznych formuł podżegania (art. 18 § 2 k.k.) i pomocnictwa (art. 18 § 3 k.k.). Pojawiające się między nimi różnice widoczne są w dwóch punktach. Przepis Kodeksu spółek handlowych nie przewiduje ograniczenia strony podmiotowej podżegania wyłącznie do zamiaru bezpośredniego³⁴, w wypadku zaś pomocnictwa brak wskazania na istotę tej niesprawczej formy popełnienia przestępstwa („ułatwienie popełnienia czynu zabronionego”) oraz regulacji dotyczącej popełnienia jej przez zaniechanie³⁵. Geneza art. 585 § 2 k.s.h. związana jest z istniejącymi jeszcze w okresie międzywojennym kontrowersjami co do możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osoby nieposiadającej kwalifikacji

³³ Por. m.in. P. Siciński, *Odpowiedzialność karna*, s. 17; L. Wilk, *Przestępstwo działania*, s. 78.

³⁴ M. Uliasz, *Przepisy karne*, s. 155.

³⁵ J. Giezek, P. Kardas, *Przepisy karne*, s. 103 i n.

normatywnej wymaganej od sprawcy przestępstwa indywidualnego (a zatem będącej *extraneusem*) za podżeganie i pomocnictwo do dokonania takiego czynu zabronionego³⁶. W celu neutralizacji istniejących w tym względzie wątpliwości zdecydowano się już w Kodeksie handlowym z 1934 r. na poświęcenie temu zagadnieniu odrębnej regulacji (art. 300 § 2, art. 482 § 2 k.h.). Obecnie akceptowany jest w literaturze i orzecznictwie pogląd, w myśl którego obie niesprawcze formy przestępstwa mogą być popełnione przez każdy podmiot zdalny do ponoszenia odpowiedzialności karnej (przestępstwo powszechne), nawet jeżeli odnoszą się do czynów zabronionych, charakteryzujących się zawężonym kręgiem podmiotów zdalnych do ich popełnienia. Chodzi w tym wypadku o odmienny typ czynu zabronionego³⁷. Mając powyższe na względzie, należy stwierdzić, że dalsze utrzymywanie art. 585 § 2 k.s.h. w obowiązującym porządku prawnym nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia. Trudno także oprzeć się wrażeniu, że przywiązanie do tradycji legislacyjnej okazało się silniejsze niż wymóg racjonalności ustawodawczej. Jest przy tym charakterystyczne, że wśród bliźniaczych typów czynów karalnych (np. działania na szkodę spółki europejskiej lub spółdzielni albo spółdzielni europejskiej) próżno szukalibyśmy odpowiednika takiego zapisu ustawowego.

Ad 8) Propozycja, aby przestępstwu narażenia spółki handlowej na szkodę nadać charakter przestępstwa wnioskowego, wychodzi naprzeciw oczekiwaniom tych uczestników obrotu gospodarczego, którzy – nie stroniąc od niestandardowych, a niekiedy nawet nowatorskich decyzji gospodarczych – skłonni są ponadprzeciętnie ryzykować własnym majątkiem lub – wobec braku sprzeciwu lub nawet przy pełnej aprobacie właściciela – także majątkiem cudzym³⁸. Zdarza się bowiem niekiedy, że oskarżyciel publiczny stawia osobom pełniącym funkcję zarządców zarzut działania na szkodę spółki, mimo że jej właściciele szkody takiej albo w ogóle nie dostrzegają, albo traktują ją jako naturalną i nieuniknioną konsekwencję aktualizującego się w ten sposób ryzyka gospodarczego. Najpoważniejsze wątpliwości rodzi sytuacja, w której zarządcy będącemu jednocześnie udziałowcem spółki kapitałowej stawia się zarzut, że – podejmując określone decyzje gospodarcze – wywołuje stan narażenia na szkodę majątek tejże spółki, co w konsekwencji oznaczać będzie spadek wartości posiadanych w niej udziałów. Nie dostrzega się zatem, że w rezultacie – mimo iż spółka kapitałowa jest odrębną od udziałowca osobą prawną – szkoda dotknie wszak jego samego. Narażenie spółki na szkodę jest więc w istocie – patrząc z perspektywy udziałowca – swoistym samonarażeniem się na jej wystąpienie.

Nie tracąc z pola widzenia, że narażenie spółki na bezpośrednie niebezpieczeństwo

³⁶ Zob. szerzej J. Raglewski, *Komentarz do przepisów*, do art. 585 k.s.h.

³⁷ Zob. m.in. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 542 i n.

³⁸ Niezwykle istotne z punktu widzenia formułowanej tutaj propozycji są konsekwencje procesowe wnioskowego charakteru przestępstwa. Ściganie przestępstwa na wniosek jest bowiem jednym z trybów ścigania *ex officio*, przy którym posiadanie wniosku o ściganie, złożonego przez uprawniony podmiot, staje się przesłanką dodatnią dla wszczęcia i kontynuowania postępowania karnego. Brak wymaganego wniosku o ściganie stanowi przeszkodę prawną, która powoduje odmowę wszczęcia lub umorzenie wszczętego postępowania, gdyby potrzeba posiadania wniosku ujawniła się już po wszczęciu procesu (art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.). Zob. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2008, s. 84.

wyrządzenia jej szkody majątkowej ujmowane jest w tym miejscu jako skutek zachowania sprawcy, na płaszczyźnie dogmatycznej podnieść należałoby zasadniczą wątpliwość, czy tak ujęty skutek, dotyczący przecież samego samonarażającego się na jego wystąpienie sprawcę, nadaje się w ogóle do prawnokarnego, obiektywnego przypisania. Samonarażenie się współnika – mającego możliwość rozpoznania zagrożenia oraz akceptującego konsekwencje podejmowanych przez zarząd zachowań – jest wyrazem jego autonomii. Skoro więc mamy tutaj do czynienia z obiektywnie rozpoznawalnym przez współnika niebezpieczeństwem dla jego dóbr prawnych (czyli dla jego majątku), to pociąganie do odpowiedzialności karnej wszystkich tych osób, które wcielały w życie jego autonomiczną decyzję, ocenić należy jako nieuzasadnione³⁹. Autonomia dysponenta dobra prawnego (a takim jest przecież m.in. udziałowiec spółki handlowej) zdaje się stanowić negatywną przesłankę obiektywnego przypisania skutku, jaki z zachowań takich może wynikać⁴⁰.

Wyjątkiem powinny być sytuacje, w których działanie na szkodę spółki oznacza również zagrożenie dla jej niezaspokojonego wierzyciela. Nie jest bowiem wykluczone, że współnicy spółki oraz członkowie jej władz będą zainteresowani podejmowaniem nieracjonalnych decyzji gospodarczych, potencjalnie szkodzących spółce, ryzykując w ten sposób nie tylko – na zasadzie autonomii uprawnionego – majątkiem własnym, ale także, a nawet przede wszystkim majątkiem wierzycieli, którzy – w przypadku gdyby stan narażenia przekształcił się w rzeczywistą szkodę – ponieść mogliby stratę wynikającą z ograniczenia lub całkowitego udaremnienia zaspokojenia przysługujących im roszczeń. Obiektywne przypisanie skutku staje się wówczas w pełni możliwe, gdyż w takim zakresie narażenie na szkodę nie może być postrzegane jako przejaw autonomii podmiotu, którego skutek ten miałby dotknąć.

Rozsądnym rozwiązaniem omawianego tutaj problemu jest przeto ujęcie omawianego przestępstwa jako ściganego na wniosek, przy czym uprawnienie do złożenia takiego wniosku winno przysługiwać samej spółce (odpowiednio reprezentowanej – np. przez zarząd), jej współnikowi, który do prowadzenia spraw spółki oraz występowania w jej imieniu zazwyczaj nie jest wszak uprawniony, oraz niezaspokojonemu wierzycielowi⁴¹. Ten ostatni – widząc bierność spółki (jak również organów jej władzy czy samych współników) wobec zachowań narażających na niebezpieczeństwo wyrządzenia szkody – może w obronie swych interesów majątkowych, powiązanych – ze względu

³⁹ Już przed laty – choć w innym nieco kontekście – A. Spotowski zauważył, że narażenie własnego dobra prawnego na niebezpieczeństwo świadczy o tym, iż sam dysponent nie przywiązuje do niego zbytnej wagi. Skoro zaś dysponent dobra prawnego nie ceni go wysoko, to również społeczna ocena wartości dobra w konkretnej sytuacji musi zostać obniżona. Dlaczego więc przydawać mu taką samą ochronę, jaką mają analogiczne dobra innych osób? Zob. A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 290.

⁴⁰ Szerzej ten temat autonomii dysponenta dobra prawnego zob. J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 151 i n.; por. także M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, Kraków 2009 (niepublikowana praca doktorska), s. 293 i n.

⁴¹ Osobą uprawnioną do złożenia wniosku o ściganie jest najczęściej pokrzywdzony, w niektórych przypadkach może to być jednak również inny podmiot (czego przykładem jest chociażby organ pomocy społecznej lub organ podejmujący działania wobec dłużnika alimentacyjnego z art. 209 § 2 k.k., a na obszarze pozakodeksowego prawa karnego – przy czynach z prawa autorskiego – organizacja zbiorowego zarządzania takimi prawami) Por. T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego*, s. 89.

na istniejącą wierzytelność – z interesami spółki, złożyć wniosek o ściganie sprawców tychże zachowań.

VI. Wprowadzenie projektowanych modyfikacji jurydycznego opisu znamion typu czynu zabronionego w art. 585 k.s.h. wymaga dokonania stosownych zmian w innych bliźniaczych typach przestępstw, opierających się wszak na takiej samej konstrukcji normatywnej. Łatwo zauważyć, że proponowane zmiany niemal w pełni korespondują z projektowanym ujęciem przepisu art. 585 k.s.h., stanowiąc w istocie jego konstrukcyjny odpowiednik. Wyjątkiem jest propozycja potraktowania mieszczącego się w tym schemacie przestępstwa jako wnioskowego, którą ograniczono – oprócz działania na szkodę spółki handlowej – do przestępstw narażenia na szkodę spółki europejskiej, spółdzielni oraz spółdzielni europejskiej. Uznano bowiem, że ściganie przestępstw narażenia na szkodę zakładu ubezpieczeń oraz zakładu reasekuracji (art. 224 i 224a ustawy z 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej) nie powinno być uzależnione od złożenia wniosku o ich ściganie. Rozległy zakres działania tego rodzaju zakładów oraz rozbudowany krąg podmiotów, którym uprawnienie do złożenia ewentualnego wniosku o ściganie należałoby zagwarantować, wskazują bowiem na to, że – także w interesie osób ubezpieczonych oraz ubezpieczających – powinny być one ścigane z urzędu. Dodać także należy, że argumenty, które przywołano w uzasadnieniu postulatu nadania charakteru wnioskowego przestępstwu z art. 585 k.s.h. oraz wymienionym wyżej typom czynów najbardziej z nim spokrewnionych, w przypadku zakładu ubezpieczeń oraz zakładu reasekuracji w swej zasadniczej części tracą na znaczeniu.

VII. Uwzględniając sformułowane wyżej spostrzeżenia i wnioski, krytycznie odnoszące się do obowiązującego stanu prawnego oraz zawierające szereg propozycji nowego, zdaniem Autorów, lepszego – zarówno pod względem dogmatycznym, jak i kryminalnopolitycznym – ujęcia analizowanych przepisów, przejść należy do tego, co zazwyczaj bywa najtrudniejsze, tzn. do ich zredagowania w odpowiednio ujęte jednostki tekstu prawnego. Otóż w świetle przedstawionego uzasadnienia nowelizacji przepisu art. 585 ustawy z 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych⁴² powinien on otrzymać następujące brzmienie:

Art. 585. § 1. Kto, biorąc udział w tworzeniu spółki handlowej, pełniąc funkcję członka jej zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej lub będąc osobą faktycznie prowadzącą jej sprawy, albo likwidatorem, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, naraża spółkę na bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia jej znacznej szkody majątkowej, podlega karze pozbawienia wolności do lat 5.

§ 2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonej spółki, jej wspólnika lub niezaspokojonego wierzyciela.

Chcąc zachować pożądaną konsekwencję oraz nie tracąc z pola widzenia konstrukcyjnego pokrewieństwa analizowanych przestępstw, propozycje nowelizacji przepisów je typizujących sformułować należałoby następująco:

⁴² Dz.U. nr 94, poz. 1037 z późn. zm.

1) art. 130 ustawy z 4 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej otrzymuje brzmienie:

Art. 130. 1. Kto, biorąc udział w tworzeniu SE lub pełniąc funkcję członka jej zarządu, rady nadzorczej, rady administrującej lub będąc dyrektorem wykonawczym albo likwidatorem, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, naraża SE na bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej, podlega karze pozbawienia wolności do lat 5.

2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonej spółki, jej akcjonariusza lub niezaspokojonego wierzyciela.

2) art. 224 i 224a ustawy z 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej otrzymuje brzmienie:

Art. 224. 1. Kto, biorąc udział w czynnościach mających na celu powstanie zakładu ubezpieczeń albo pełniąc funkcję członka jego zarządu, rady nadzorczej albo będąc likwidatorem, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, naraża zakład ubezpieczeń na bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej, podlega karze pozbawienia wolności do lat 5.

2. Tej samej karze podlega, kto dopuszcza się czynu określonego w ust. 1, działając w imieniu osoby prawnej.

Art. 224a. 1. Kto, biorąc udział w czynnościach mających na celu powstanie zakładu reasekuracji albo pełniąc funkcję członka jego zarządu, rady nadzorczej albo będąc likwidatorem, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, naraża zakład reasekuracji na bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej, podlega karze pozbawienia wolności do lat 5.

2. Tej samej karze podlega, kto dopuszcza się czynu określonego w ust. 1, działając w imieniu osoby prawnej.

3) art. 267a ustawy z 16 września 1982 r. prawo spółdzielcze otrzymuje brzmienie:

Art. 267a. § 1. Kto, biorąc udział w tworzeniu spółdzielni lub pełniąc funkcję członka jej zarządu, rady albo będąc likwidatorem, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, naraża spółdzielnię na bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej, podlega karze pozbawienia wolności do lat 5.

§ 2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonej spółdzielni, jej członka lub niezaspokojonego wierzyciela.

4) art. 107 ustawy z 22 lipca 2006 r. o spółdzielni europejskiej otrzymuje brzmienie:

Art. 107. 1. Kto, biorąc udział w tworzeniu SCE lub pełniąc funkcję członka jej zarządu, rady nadzorczej, rady administrującej albo będąc likwidatorem, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, naraża SCE na bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej, podlega karze pozbawienia wolności do lat 5.

2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonej spółdzielni, jej członka lub niezaspokojonego wierzyciela.