

9

Mateusz Wawrzeńczuk

Dozwolone ryzyko gospodarcze w decyzjach osób zarządzających z perspektywy znamion przestępstwa z art. 296 kodeksu karnego

Opiekun naukowy: prof. ALK, dr hab. Anna Błachnio-Parzych



Mateusz Wawrzeńczuk

Student prawa w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie. Otrzymał stypendium specjalne Rektora Akademii Leona Koźmińskiego dla laureatów olimpiad szczebla ogólnopolskiego, a także stypendium Ministra Edukacji i Nauki. Ukończył z wyróżnieniem studia licencjackie na kierunku Zarządzanie Finansami i Rachunkowość na Uniwersytecie Warszawskim. Doświadczenie zawodowe zdobywa w renomowanej kancelarii prawnej. Jest ambasadorem wydawnictwa C.H. Beck w obszarze edukacji prawniczej na studiach wyższych w Polsce.

Abstrakt

Ryzyko gospodarcze towarzyszy każdej decyzji podejmowanej na wolnym rynku i ma kluczowe znaczenie dla odpowiedzialności karnej z art. 296 k.k. Przekroczenie granic dopuszczalnego ryzyka gospodarczego, gdy jednocześnie spełnione są inne znamiona przestępstw sformułowanych w art. 296 k.k., stanowi podstawę do pociągnięcia osoby podejmującej decyzję gospodarczą do odpowiedzialności karnej. Tymczasem stwierdzenie, czy dopuszczalne ryzyko gospodarcze zostało przekroczone, czy też zachowanie osoby decyzyjnej nie wykroczyło poza ramy zachowania legalnego, stanowi kwestię budzącą kontrowersje. Jest ono bowiem zagadnieniem złożonym niestanowiącym wyłącznie problemu prawnego. Celem autora niniejszego opracowania jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, jak granice ryzyka gospodarczego, po przekroczeniu których jest ono ryzykiem niedozwolonym, rozumiane są w naukach prawnych i w dziedzinie nauk ekonomicznych. Odpowiedź na to pytanie wymagała odniesienia do sposobu rozumienia ryzyka w obrocie gospodarczym i kryteriów oceny dopuszczalnego ryzyka gospodarczego w doktrynie prawa karnego, orzecznictwie sądowym oraz w dziedzinie nauk ekonomicznych. W artykule zawarto również wyniki badania przeprowadzonego w formie wywiadów eksperckich z biegłymi sądowymi wydającymi opinie z zakresu prawa karnego gospodarczego.

Słowa kluczowe: 296 k.k., dozwolone ryzyko gospodarcze, prawo karne gospodarcze, biegli sądowi.

Permitted economic risk in executive decision-making from the perspective of the constituent elements of the crime under Article 296 of the Polish Criminal Code

Abstract

Economic risk accompanies every decision taken on the free market and is crucial for criminal liability under Article 296 of the Criminal Code. Exceeding the limits of permissible economic risk, when at the same time other constituent elements of the offences laid down in Article 296 of the Criminal Code are met, provides the grounds for holding the economic decision-maker criminally liable. However, the determination of whether the permissible economic risk was actually exceeded, or whether the conduct of the decision-maker remained within the scope of legitimate behaviour raises a lot of controversy. Indeed, it is a complex issue that is not merely a legal problem. The purpose of this paper is to answer the question of how the limits of economic risk, beyond which it becomes a prohibited risk, are understood in legal sciences and in the field of economic sciences. The answer to this question required reference to the way in which risk is understood in business transactions, and to the criteria for assessing permissible economic risk in the doctrine of criminal law, in jurisprudence, and in the field of economic sciences. The article also contains the results of a study conducted in the form of expert interviews with expert witnesses who issue statements of opinion on matters pertaining to economic criminal law.

Keywords: permitted economic risk, criminal business law, expert witnesses, white collar crime.

Autor składa podziękowania Polskiemu Stowarzyszeniu Rzecznawców i Biegłych Sądowych (www.psribs.pl) oraz biegłym sądowym, którzy zgodzili się wziąć udział w przeprowadzonym badaniu. Bez Państwa pomocy nie udałoby mi się przygotować niniejszego opracowania.

1. Wstęp

Przepis art. 296 obecnie obowiązującego kodeksu karnego (dalej: k.k.) zawiera znamiona przestępstwa, a właściwie kilku typów przestępstw, których sprawcą może być m.in. osoba zarządzająca przedsiębiorstwem¹. Ustawodawca zaakcentował jego znaczenie dla ochrony prawidłowego obrotu gospodarczego, umieszczając art. 296 k.k. jako pierwszy w rozdziale XXXVI kodeksu karnego zatytułowanym *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym*. W praktyce wymiaru sprawiedliwości oraz w dorobku doktryny wiele miejsca poświęca się wykładni tego przepisu, zwłaszcza niektórym przesłankom ponoszenia odpowiedzialności za to przestępstwo. Stosunkowo rzadko poruszana jest jednak problematyka związana z granicą dozwolonego ryzyka gospodarczego, które ma znaczenie dla odpowiedzialności za karalną niegospodarność, ale należy do pojęć z zakresu dziedziny nauk ekonomicznych².

Jak wskazała O. Górniok „Odpowiedzialność karna menedżera nie opiera się na zasadach odmiennych, aniżeli obowiązujących przy ustalaniu odpowiedzialności karnej innych osób. Jednakże treść ich kompetencji i sytuacje, w jakich je sprawują, mają częstokroć znaczenie dla osądzenia czynów popełnianych w takich warunkach. Wyłaniają się bowiem specyficzne problemy, a ich rozstrzygnięcie wymaga niejednokrotnie uwzględnienia treści tych kompetencji i okoliczności, w jakich menedżerowie sprawują swe funkcje” (Górniok, 2002, s. 4). Wspomniana powyżej specyfika przestępstwa karalnej niegospodarności polegająca na konieczności odnoszenia jego znamion do skomplikowanej sfery życia społecznego stawia przed organami wymiaru sprawiedliwości konieczność badania ryzyka gospodarczego. Wypełnienie znamion tego przestępstwa, zwłaszcza w jego typie nieumyślnym (art. 296 § 4 k.k.) może bowiem polegać na podjęciu decyzji gospodarczej stanowiącej przekroczenie granicy dozwolonego ryzyka.

Mając na uwadze powyższe zagadnienia wstępne, przedmiotem rozważań na łamach niniejszego opracowania jest próba odpowiedzi na pytanie: „Jak jest rozumiane w naukach prawnych i w dziedzinie nauk ekonomicznych ryzyko gospodarcze, które jest ryzykiem niedozwolonym, czyli takim, którego

¹ W literaturze przestępstwa zawarte w art. 296 k.k. nazywane jest różnorodnie. R. Zawłocki nazywa je „przestępstwem niegospodarności menadżera” (Zawłocki, 2004, s. 5–14). O. Górniok posługuje się określeniem „przestępstwo nadużycia zaufania” (Górniok, 2004, s. 68). W związku z tym w niniejszym opracowaniu używany będzie termin „karalna niegospodarność”.

² Np.: Górniok, O. (2000); Duży (2004).

przekroczenie, gdy jednocześnie spełnione są inne znamiona przestępstw z art. 296 k.k., stanowi podstawę do pociągnięcia osoby podejmującej decyzję gospodarczą do odpowiedzialności karnej?”.

Rozstrzygnięcie głównego problemu wymagało sformułowania następujących problemów szczegółowych:

1. Czy dopuszczalne ryzyko gospodarcze jest kategorią obiektywną?
2. Czy ocena ryzyka w związku z odpowiedzialnością z art. 296 k.k. posiada pewne stałe ramy, czy też jest dostosowywana do zmieniającego się otoczenia gospodarczego?
3. Czy ocena ryzyka w ramach 296 k. k. przejawia się w ocenie sposobu podejmowania decyzji gospodarczej?
4. Czy sposób rozumienia ryzyka gospodarczego przez przedstawicieli prawa karnego odpowiada temu, jak to ryzyko rozumiane jest w dziedzinie nauk ekonomicznych?
5. Jak to ryzyko jest rozumiane przez specjalistów występujących w charakterze biegłych w postępowaniach karnych?

Zbadanie powyższych problemów wymagało w pierwszej kolejności przedstawienia podstawowych znamion przestępstw stypizowanych w art. 296 k.k. W dalszych częściach opracowania znalazło się odniesienie do sposobu rozumienia ryzyka w obrocie gospodarczym i kryteriów oceny dopuszczalnego ryzyka gospodarczego w doktrynie prawa karnego, orzecnictwie sądowym oraz w dziedzinie nauk ekonomicznych. W ostatnim rozdziale zostały przedstawione wyniki badań przeprowadzonych w formie wywiadów z biegłymi sądowymi opiniującymi w sprawach karnych gospodarczych.

II. Przesłanki odpowiedzialności za przestępstwo z art. 296 k.k.

Przedmiot ochrony przestępstw stypizowanych w poszczególnych paragrafach art. 296 k.k., podobnie jak innych przestępstw zawartych w rozdziale XXXVI Kodeksu karnego, jest tożsamy i oznacza prawidłowy „obrót gospodarczy”. Indywidualnym przedmiotem ochrony są przede wszystkim interesy gospodarcze podmiotu, którymi zarządza osoba do tego uprawniona (podmiot przestępstwa) (Królikowski i Zawłocki, 2017).

Przestępstwa stypizowane w art. 296 k.k. mają charakter indywidualny. Ich sprawcą może być tylko taka osoba, która jest obowiązana 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. W orzecznictwie sądowym podkreśla się, że chodzi o osoby mające faktyczny wpływ decyzyjny na kształtowanie określonych wartości ekonomicznych zarządzanego mienia (Wyrok SA w Katowicach z 27.10.2005, II AKa 88/050).

Odnosząc się do strony przedmiotowej tych przestępstw, to zachowanie jego sprawcy polegać ma na nadużyciu udzielonych uprawnień lub niedopełnieniu obowiązków. Te zachowania mogą mieć postać podjęcia wymaganej decyzji błędnie lub zaniechania jej podjęcia (Królikowski i Zawłocki, 2011). Przez „nadużycie uprawnień” należy rozumieć wszelkie zachowanie polegające na przekroczeniu przez sprawcę przyznanych mu kompetencji (Zoll, 2001). Warto podkreślić, że ustawodawca posłużył się określeniem „nadużywa uprawnień”, a nie określeniem „przekracza uprawnienia”. Oznacza to, że obejmuje ono także zachowanie sprawcy, które nie stanowi przekroczenia uprawnień, ale jest niezgodne z celem gospodarczym” (Górniok, 2000). Jeśli chodzi natomiast o sposób rozumienia znamienia „niedopełnienia obowiązków”, to Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 20.10.2011 r. wskazał, że należy je rozumieć jako niewypełnienie czynności, do których sprawca był zobowiązany. Mogą one polegać na całkowitym zaniechaniu czynności, które powinny być zrealizowane, na częściowym wypełnieniu ich lub wypełnieniu w sposób nienależyty albo niestaranny, jak również na ich wykonaniu niezgodnie z ich treścią (Wyrok SA w Krakowie z 20.10.2011 r., II AKa 145/11, KZS 2011, Nr 12, poz. 33, s. 22).

Jeśli chodzi o umiejscowienie dozwolonego ryzyka w strukturze przestępstwa z art. 296 k.k., to w opracowaniach z zakresu prawa karnego znaleźć można dwie koncepcje. Pierwsza z nich klasyfikuje dozwolone ryzyko gospodarcze jako pozaustawowy kontratyp, którego istotą jest wyłączenie bezprawności za konkretne, prawnokarne zachowanie, które godzi w reguły prawidłowego obrotu gospodarczego (Zawłocki, 2004). Druga koncepcja określa dozwolone ryzyko gospodarcze jako istotną część określającą płaszczyznę bezprawności danego typu czynu zabronionego (Górniok, 2002). Jeśli zachowanie nie przekracza poziomu akceptowalnego społecznie ryzyka, nie może zostać uznane za bezprawne. Z uwagi na związanie dozwolonego ryzyka gospodarczego ze

znamionami „nadużycia uprawnień” lub „niedopełnienia obowiązków” zachowania nieprzekraczające granic dopuszczalnego ryzyka gospodarczego nie mogą zostać uznane za wypełniające znamiona typu czynu zabronionego (Kardas, 2019).

Warunkiem odpowiedzialności karnej za typ podstawowy tego przestępstwa jest wyrządzenie mandantowi znacznej szkody majątkowej, a za typ szczególnie z § 3 szkody majątkowej w wielkich rozmiarach. Znaczna szkoda zgodnie z art. 115 § 5 i § 7 k.k. to szkoda przekraczająca 200 000 zł, a wielka szkoda majątkowa to szkoda przekraczająca 1 000 000 zł (art. 115 § 6 i § 7 k.k.) (Sąd Najwyższy w uchwale z 21.06.1995 r., I KZP 22/9). W art. 296 § 1a k.k. prawodawca przewidział natomiast skutek w postaci stanu bezpośrednio niebezpieczeństwa wyrządzenia znacznej szkody majątkowej. Ten skutek karalny należy definiować jako oceniane na podstawie kryteriów obiektywnych realne zagrożenie samoczynnego powstania co najmniej (nominalnie) znacznej różnicy pomiędzy rzeczywistą wartością mienia pokrzywdzonego w chwili czynu a hipotetyczną wartością tego mienia, która powstałaby, gdyby zagrożenie to przekształciło się w stan rzeczywistego pomniejszenia wartości majątku (Giezek i Kardas, 2011).

Przestępstwo z art. 296 § 1 i § 2 k.k. można popełnić tylko umyślnie, w zamiarze bezpośrednim albo ewentualnym. W art. 296 § 3 k.k. przewidziano jego typ kwalifikowany ze względu na cel, jaki towarzyszy zachowaniu sprawcy, którym jest osiągnięcie korzyści majątkowej. Z kolei typ tego przestępstwa przewidziany w art. 296 § 4 k.k. ma charakter nieumyślny. Podkreślić należy, że w art. 296 k.k. nie występują typy umyślno-nieumyślne, dlatego w przypadku ustalenia umyślności tylko co do niedopełnienia obowiązków, a nieumyślności co do wartości szkody majątkowej, za podstawę odpowiedzialności należy uznać art. 296 § 4 k.k. (Wyrok SN z 27.06.2001 r., sygn. V KKN 49/99).

Warto podkreślić, że na wzrost znaczenia omawianej tematyki może mieć wpływ treść art. 306 b k.k., który przewidziany został w nowelizacji kodeksu karnego z 07.07.2022 r. (Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, 2022). Zgodnie z jego treścią przestępstwa z art. 296 § 1 i 2 k.k. zagrożone są karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3, jeśli wyrządzono albo spowodowano bezpośrednio niebezpieczeństwo wyrządzenia szkody majątkowej o wartości wyższej niż pięciokrotność kwoty określającej mienie wielkiej wartości.

III. Ryzyko w obrocie gospodarczym – wprowadzenie

Problematyka dopuszczalnego ryzyka w obrocie gospodarczym na kanwie art. 296 k.k. wymaga uporządkowania siatki pojęć, które stanowią podstawę do analizy tej problematyki. Ryzyko w ujęciu języka polskiego jest pojęciem utożsamianym z niebezpieczeństwem, narażeniem na szkodę (Encyklopedia Powszechna PWN, 1987). Ryzyko w ujęciu nauk ekonomicznych najczęściej określa się jako „prawdopodobieństwo, że podmiot gospodarczy poniesie straty w następstwie podjęcia danej decyzji ekonomicznej. Także takie działanie czy przedsięwzięcie, w którym nie wszystkie zmienne są oszacowane lub nie dadzą się oszacować na bazie rachunku prawdopodobieństw” (Begg, Fischer i Dornbusch, 2004).

Natomiast w dziedzinie prawa karnego termin „ryzyko” to związany z podejmowaniem decyzji o działaniu, świadomie założony stopień niepewności co do powstania jej przewidywanych skutków (Orłowicz, 1968). Według A. Gaberle’a ryzyko charakteryzuje się niepewnością co do ostatecznego rezultatu działania, która jest wynikiem nieznanowości wszystkich czynników mogących wpłynąć na przebieg czynności, a tym samym na ukształtowanie jej ostatecznego rezultatu (Gaberle, 1968). Z kolei A. Zoll definiuje ryzyko jako ściśle powiązane z obiektywną sytuacją, będącą rezultatem działania człowieka, charakteryzującą się niepewnością co do dalszego rozwoju w tym sensie, że może przekształcić się w zamierzony przez działającego skutek i dla niego korzystny albo skutek niezamierzony i niekorzystny dla osoby podejmującej ryzyko (Zoll, 2007). W przybliżony sposób ryzyko rozumie K. Buchała, według którego nierozłączną cechą ryzyka jest pewien procent niepewności co do przyszłego stanu rzeczy, wiążący się z niepełną świadomością i wiedzą dotyczącą właściwości procesów, środków lub metod albo też wysoką złożonością i zależnością czynników wchodzących w grę, których różne działanie zależy od konkretnego układu warunków (Buchała, 1989). Powyższe interpretacje ryzyka określają je jako cechę sytuacji, charakteryzującą się niepewnością, gdzie z góry zakładana jest możliwość wystąpienia skutków – zarówno korzystnych, jak i niekorzystnych.

Pojęcie „ryzyko” w ujęciu *stricte* ekonomicznym ma wiele znaczeń, jednakże odmiennie niż w płaszczyźnie prawnokarnej, wyraźnie rozróżnia się ryzyko od niepewności. Wielu przedstawicieli nauk ekonomicznych podkreśla, że nie jest możliwe ujęcie ryzyka w jednej definicji, jednakże można nadać mu zespół szczególnych cech, które pomagają w jego klasyfikacji, identyfikacji

(Jedynak i Szydło, 1997). W naukach ekonomicznych rozróżnia się w zasadzie dwa podejścia do ryzyka, jeżeli chodzi o jego skutki, czyli wywołany efekt: ryzyko czyste oraz spekulatywne. Dzięki temu podziałowi jesteśmy w stanie opisać istotę ryzyka związanego z podejmowaniem decyzji gospodarczych, a w szczególności uwzględnić cel, do którego zmierza podmiot. Pierwsze podejście uwzględnia wystąpienie dwóch możliwych stanów, które stanowią będą konsekwencją decyzji: – straty w przypadku zdarzenia niepewnego objętego ryzykiem oraz sytuacją przeciwną; – braku straty, w przypadku niewystąpienia zdarzenia objętego ryzykiem (Jajuga i Jajuga, 1998). W ujęciu drugim, określającym ryzyko jako spekulatywne, decyzja podejmowana w warunkach ryzyka może mieć w konsekwencji trzy możliwe skutki: brak zysku i brak straty, które stanowią skutek niezrealizowanego ryzyka, strata jako konsekwencja zrealizowanego ryzyka oraz zysk, który jest następstwem niezrealizowanego ryzyka.

Główną różnicą pomiędzy ryzykiem czystym a spekulatywnym jest to, iż ryzyko czyste stanowi zagrożenie dla działalności przedsiębiorstwa, zaś ryzyko spekulatywne ma charakter proaktywny, uwzględnia bowiem możliwość uzyskania korzyści (Buła, 2003). Obecność ryzyka gospodarczego, biznesowego towarzyszy procesowi gospodarowania bez względu na kształt ustroju gospodarczego państwa czy też uwarunkowań globalnych (Rejman, 1968), albowiem jest integralną częścią prowadzenia działalności gospodarczej, reprezentowania podmiotów uczestniczących w podmiocie i zarządzanie ich majątkiem.

Analizując opracowania z zakresu prawa karnego poświęcone problematyce dopuszczalnego ryzyka, należy stwierdzić, że dotyczą one dwóch rodzajów ryzyka – ryzyka zwykłego (codziennego) i ryzyka nowatorstwa. Różnica między ryzykiem nowatorstwa a ryzykiem zwykłym polega na częstotliwości jego występowania. W pierwszym z nich prawdopodobieństwo niebezpieczeństwa jest trudne do ustalenia, nie ma możliwości jego dokładnego oszacowania, zależy bowiem ono od wielu zewnętrznych czynników, których nie da się w pełni określić w ostatecznym rozliczeniu. W odniesieniu do ryzyka zwykłego prawdopodobieństwo niebezpieczeństwa jest możliwe do oszacowania, chociażby z uwagi na cykliczność jego występowania, oparte na nim doświadczenie dla różnego rodzaju działalności i występujących czynników. Jak pisze J. Duży – „odmianą ryzyka nowatorskiego jest ryzyko gospodarcze, które na gruncie Kodeksu karnego z 1969 roku określono w art. 217 § 3 co do

przestępstwa nadużycia zaufania, następnie w 1985 roku wprowadzono do tego kodeksu art. 23a regulujący ogólnie kontratyp dopuszczalnego ryzyka” (Duży, 2004, s. 152–153). Kodeks karny z 1997 roku nie używa w art. 27 pojęcia ryzyka, posługując się wyłącznie pojęciem eksperymentu (Duży, 2004, s. 152–153). Jak stwierdza A. Zoll, nie modyfikuje, nie wpływa to na charakter określonej w tym przepisie karnym okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną (Zoll, 1998).

IV. Kryteria oceny dopuszczalnego ryzyka gospodarczego w poglądach doktryny prawa karnego i orzecznictwa sądowego

Określenie dopuszczalnego poziomu ryzyka gospodarczego nie należy do materii oczywistych. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 20.05.2021 r., II AKa 406/19, w odniesieniu do „typowych przedsięwzięć gospodarczych” ryzyko jest dozwolone wówczas, gdy oczekiwana korzyść będzie znacznie przewyższała stratę, a jednocześnie w chwili podejmowania decyzji prawdopodobieństwo nastąpienia szkody było niewielkie, a prawdopodobieństwo korzyści duże (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 20 maja 2021 r., sygn. II AKa 406/19). To stanowisko co do kryterium oceny dopuszczalnego ryzyka akceptowane jest w literaturze, ale podkreśla się, że przy porównywaniu korzyści i strat należy zachować „współmierność”. Nie należy jej jednak interpretować bezpośrednio przez zachowanie warunku równowartości lub mniejszej wartości dobra zagrożonego od bezpośrednio uzyskanej korzyści, która może być o wiele mniejsza niż wartość zagrożonego dobra, jednakże uzyskanie danej korzyści otwiera perspektywę na uzyskanie w przyszłości korzyści przewyższających wartość obecnie zagrożonego dobra (Gaberle, 1965). Podkreśla się przy tym, iż istnieją wartości społeczne, które ciężko porównywać do dóbr materialnych, a z istoty ryzykownego zachowania wynika, iż nie mogą być określone *ex ante* wszelkie możliwe jego skutki (Zientara, 2010). W konsekwencji pierwotnie przewidywana szkoda może być o wiele większa (Gaberle, 1965).

Kolejnym kryterium oceny dopuszczalności ryzyka gospodarczego jest staranność osoby podejmującej decyzję gospodarczą. P. Kardas stwierdził, że ryzyko gospodarcze jest związane ze standardem należytego postępowania. Do elementów wyznaczających standard starannego działania należy ocena

przez osobą podejmującą decyzję ewentualnego ryzyka związanego z tymi decyzjami (Kardas, 2016). Jak stwierdził Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z 29.02.2012 r., „ponosząc odpowiedzialność prawną za podjęte decyzje, przedsiębiorca nie może bagatelizować ryzyka gospodarczego, a przeciwnie powinien być przygotowany na wszelkie niebezpieczeństwa wynikające ze specyfiki obrotu gospodarczego i być w stanie, przed podjęciem każdej decyzji, zlokalizować ewentualne źródła ryzyka” (Wyrok SA we Wrocławiu z 29.02.2012 r., II AKa 28/12). Oczywiście jest, że z punktu widzenia czysto ekonomicznego nieudana działalność gospodarcza lub jej część (np. określona działalność) nie może bezpośrednio prowadzić do konsekwencji prawnokaranych dla jej uczestników. Także w odniesieniu do działalności gospodarczej obowiązuje zasada, że prawnokarne konsekwencje tej działalności – odpowiedzialność karna za czyny popełnione w sferze działalności gospodarczej – wchodzi w rachubę tylko wtedy, gdy sprawcy udowodni się winę, a więc m.in. wykaże się, że już to działał ze świadomością bezprawności, już to nie miał tej świadomości, ale mógł takiego błędu uniknąć przy dołożeniu należytej staranności (Wyrok SA w Poznaniu z 28.12.2017). Analogicznie kwestię tę ujął również Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 22.08.2002 roku (Wyrok SN z 22.08.2002 r., IV KKN 614/99).

Odmienny aspekt został podniesiony przez Sąd Apelacyjny w Lublinie w postanowieniu z 22.04.2009 roku, gdzie stwierdzono, iż zarzucanie oskarżonemu przekroczenie uprawnień rozpatrywać należy zawsze przy uwzględnieniu posiadanej przez niego wiedzy i doświadczenia oraz obiektywnie istniejących okoliczności faktycznych, nie zaś wiadomości specjalnych, jakie posiada np. biegły. W przeciwnym razie każda decyzja gospodarcza osoby uprawnionej i zobowiązanej do jej podjęcia wymagałaby uprzedniego skorzystania przez nią z pomocy biegłego stosownej specjalności, dla ewentualnego uchylenia się od odpowiedzialności grożącej z mocy przepisów art. 296 k.k.

Warto podkreślić, iż odnośnie do konkretnych czynności służących ocenie stopnia ryzyka gospodarczego przez osobą podejmującą decyzję gospodarczą w orzecznictwie wymienione zostały:

- „sprawdzenie, czy prawdopodobieństwo wystąpienia szkody w chwili podjęcia działania (zaniechania) sprawcy było mniejsze niż prawdopodobieństwo osiągnięcia korzyści gospodarczych (majątkowych); chodzi tutaj o kompleksową, szacunkową ocenę rachunku potencjalnych korzyści i strat, tj. ekonomiczną opłacalność podjętego przedsięwzięcia gospodar-

czego; podstawę oceny stopnia prawdopodobieństwa szkody powinien stanowić całokształt okoliczności towarzyszących działaniu (zaniechaniu) sprawcy, a w szczególności stan obiektywnej wiedzy o istocie zachowania sprawcy, jak i doświadczenie i możliwości sprawcy według chwili popełnienia czynu,

- zbadanie, czy i ewentualnie jak podjęte przez sprawcę czynności odpowiadały celowi gospodarczemu w postaci osiągnięcia zysku lub uniknięcia strat oraz charakterowi określonej działalności gospodarczej; okoliczność tę należy oceniać w zależności od szczególnego rodzaju działalności prowadzonej przez sprawcę,
- wskazanie charakteru i wysokości rzeczywistych konsekwencji zachowania się sprawcy; należy rozważyć nie tylko skutki formalne (wyrażone w postaci znamion czynu zabronionego, np. szkoda majątkowa) i faktyczne, lecz także skutki negatywne oraz pozytywne; w tym zakresie (zabiegu) należy zbadać jak, na skutek popełnienia czynu zabronionego, prawdopodobieństwo zysków i strat przełożyło się na stan faktyczny,
- sprawdzenie, czy i ewentualnie jak sprawca zabezpieczył przedsięwzięcie przed negatywnymi skutkami spełnienia się podjętego ryzyka” (Wyrok SA w Gdańsku z 23.10.2014 r., II AKa 251/14, wyrok SA w Gdańsku z 24.08.2017 r., II AKa 155/17, LEX nr 2383359).

V. Kryteria oceny dopuszczalnego ryzyka gospodarczego w dziedzinie nauk ekonomicznych

Teoria nauk ekonomicznych nie upraszcza zadania ustalenia wzorca zachowania menedżera, czy też ustalenia granic dopuszczalnego ryzyka gospodarczego, umiejscawiając zachowania menedżerskie w relacji sprzężeń zwrotnych wielu interesariuszy, m.in. takich, jak właściciele, osoby sprawujące nadzór, konkurencja krajowa i zagraniczna, klienci, ale także reprezentanci organów administracji, administracji podatkowej oraz legislatywy. Podejmowanie decyzji przez menedżera jest uzależnione również od czynników interpretowanych w ekonomii w sposób oderwany od zachowania jakichkolwiek podmiotów, takich jak np. sytuacja rynkowa, dynamika zmian na rynku, płynność wewnętrzna przedsiębiorstwa lub płynność na rynku. Decydenci w każdej decyzji podjętej w ramach zarządzania przedsiębiorstwem mają do czynienia z nierozzerwalnym elementem niepewności, który jest związany z oceną przy-

szyłych zdarzeń dokonanych przez decydenta. Ocena ta może rozciągać się na skali – od sytuacji, które można przewidzieć, można określić ich prawdopodobieństwo, do takich, które nie dają się przewidzieć lub które przewidzieć jest bardzo trudno (Worobjow, 2010).

Biorąc pod uwagę to, w jaki sposób formułowany jest wzorzec podejmowania decyzji przez skutecznego menedżera, można wnosić o tym, na podstawie jakich kryteriów można oceniać ryzyko jako nadmierne. Skuteczny menedżer powinien akceptować ryzyko tylko wtedy, gdy dokonał uprzednio dodatkowych analiz i ocen oraz gdy na ich podstawie przekonany jest, że możliwe są do uzyskania poważne korzyści (Penc, 2010). Podejmując to ryzyko, menedżer powinien:

- „być w stanie rozpoznać lub chociaż mieć w świadomości występowanie niepewnych zdarzeń i ocenić ich wpływ na wynik swoich działań. Ponadto, po uwzględnieniu czynników niepewności, menedżerowie powinni również być w stanie ocenić prawdopodobieństwo wpływ skutków wyborów w zakresie równych wariantów działań,
- uzyskać dodatkowe informacje o ryzyku przed podjęciem decyzji. Dotyczy to w szczególności identyfikacji, skali decyzji w obecnej sytuacji gospodarczej,
- starannie ocenić i zidentyfikować ryzyka swojego przedsiębiorstwa poprzez ustalenie kryteriów określających poziomu i rodzajów dopuszczalnego ryzyka w organizacji. Kryterium to może służyć jako podstawa do wyboru spośród różnych ryzykownych opcji,
- dokonać starannej oceny stosunku własnego przedsiębiorstwa do ryzyka, tj. ustalić kryteria pozwalające określić dopuszczalne przez firmę poziom i rodzaje ryzyka; kryterium to może stanowić podstawę wyboru spośród różnych, obciążonych ryzykiem wariantów działania” (Penc, 2010, s. 201).

W procesie decyzyjnym każdy menedżer musi uwzględniać różne rodzaje ryzyka: prawne, polityczne, finansowe, personalne, rzeczowe, marketingowe (rynkowe), ekologiczne itd. Osoba decyzyjna w szczególności powinna mieć świadomość danego ryzyka oraz rozumieć potrzeby, szanse i cele, jakie może osiągnąć w różnych sytuacjach oraz wiedzę, jak wysokie jest prawdopodobieństwo niezyskania oczekiwanej wartości (Worobjow, 2010).

W kontekście powyższych rozważań można stwierdzić, że w celu skutecznego ograniczenia ryzyka gospodarczego, na jakie narażone jest przedsiębiorstwo, konieczne jest umiejętne zarządzanie tym ryzykiem. Zarządzanie ryzykiem to nic innego jak „podejmowanie działań mających na celu obniżenie stopnia oddziaływania ryzyka na funkcjonowanie podmiotu gospodarczego i do podejmowania w tym celu optymalnych decyzji. Szczegółowe poznanie charakteru i zakresu potencjalnego ryzyka pozwala na wybór w odpowiednim czasie czynności zapobiegawczych (np. ubezpieczenie od niektórych rodzajów ryzyka) bądź też minimalizujących jego wpływ i skutki” (Coleman, 2011, s. 25). W naukach ekonomicznych przedstawiane są różne metody analizy ryzyka i ustalania jego granicznego poziomu – od analizy jakościowej problemu przez odpowiednie metody ilościowe, w tym statystyczne. Wykorzystywane są przy tym narzędzia informatyczne, które wspomagają powyższe metody albo je zastępują poprzez wykorzystanie zautomatyzowanych metod ilościowych i jakościowych. Szacowanie ryzyka polega na ocenie prawdopodobieństwa wystąpienia zdarzenia i ustaleniu potencjalnej wartości skutków jego wystąpienia. Wielkość potencjalnego ryzyka obliczana jest według formuły:

Wzór 1. Wielkość potencjalnego ryzyka

$$R = P \times S$$

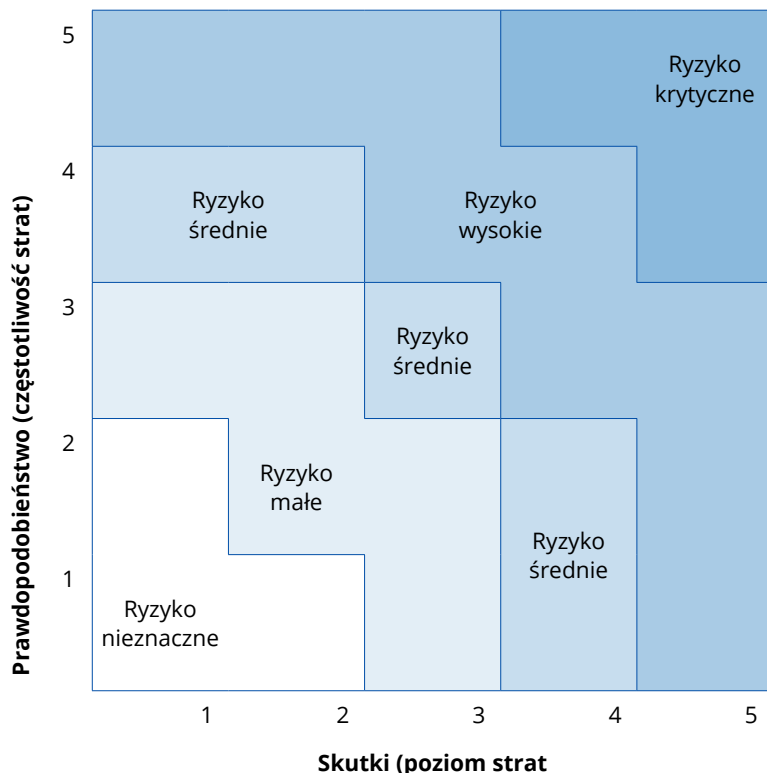
gdzie:

- R – wielkość oczekiwanej straty związanej z danym ryzykiem,
- P – prawdopodobieństwo wystąpienia rozpatrywanego zdarzenia (częstotliwość strat),
- S – skutek (oddziaływanie), gdy wystąpi rozpatrywane zdarzenie (poziom strat) (Hubbard, 2009, s. 25).

Prawdopodobieństwo (P) może być wymierne lub tylko odczuwalne przez osobę decyzyjną (Szczepankiewicz, 2016). Strata w wyniku wystąpienia niekorzystnego zdarzenia (S) może mieć charakter finansowy, wywoływać skutek prawny lub utratę wizerunku, a także ich kombinację albo wszystkie jednocześnie. Dla prawdopodobieństwa oraz skutku przyjmuje się odpowiednią skalę, np. 1–3, 1–5, 1–10.

W wyniku kombinacji tych dwóch zmiennych stworzono 5-stopniową macierz ryzyka (rysunek 1).

Rysunek 1. Macierz ryzyka w skali pięciostopniowej



Źródło: Szczepankiewicz (2016).

Pola przyciemnione oznaczają ryzyka średnie, wysokie i krytyczne – w praktyce nieakceptowalne lub trudno akceptowalne, czyli takie, dla których należy podjąć działania reaktywne. Natomiast, jeśli ryzyka znajdują się w polach białych oznacza to, że są one akceptowalne, jednakże należy je wciąż monitorować. Dokonując oceny stopnia ryzyka lub wykreślając jego profil, należy określić, kto z osób zarządzających, decydentów ma kompetencje do określania wartości prawdopodobieństwa i wagi oraz wartości granicznej oddzielającej ryzyka akceptowalne od nie- lub trudno- akceptowalnych.

Interpretację prawdopodobieństwa wystąpienia ryzyka w organizacji mierzonego w skali 5-stopniowej i procentowo zawiera tabela 1.

Tabela 1. Interpretacja prawdopodobieństwa ryzyka w skali 5-stopniowej

Punkty w skali 1-5	Wartość % dla skali 1-5	Opis prawdopodobieństwa	Przykładowa interpretacja prawdopodobieństwa ryzyka
1	1-19%	małe	Prawdopodobieństwo małe, jeśli istnieje mała szansa na wystąpienie ryzyka lub w ostatnich pięciu latach ono nie występowało
2	20-39%	umiarkowane	Prawdopodobieństwo umiarkowane, jeśli ryzyko występuje rzadko, np. raz na trzy lata
3	40-59%	wysokie	Prawdopodobieństwo wysokie, jeśli ryzyko pojawia dość się często np. raz na dwa lata
4	60-79%	bardzo wysokie	Prawdopodobieństwo bardzo wysokie, jeśli ryzyko występuje często, średnio co rok
5	80-100%	krytyczne	Prawdopodobieństwo krytyczne, jeśli ryzyko występuje częściej niż raz na rok

Źródło: Szczepankiewicz (2016).

W tabeli 2 przedstawiono interpretację znaczenia poziomu strat w instytucji finansowej również w skali 5-stopniowej i procentowo.

Tabela 2. Interpretacja skutków ryzyka w skali pięciostopniowej

Punkty w skali 1-5	Wartość % dla skali 1-5	Opis skutków (poziomu strat)	Przykładowa interpretacja skutków ryzyka
1	1-19%	małe	Skutki nie wymagają nakładu czynności, nie wywołują trwałej szkody oraz nie mają istotnego wpływu na finanse instytucji
2	20-39%	znaczące	Skutki są widoczne, wymagają czasu do rozwiązania i niewielkiego nakładu czynności, mogą być zagrożone zasoby finansowe
3	40-59%	poważne	Skutki mogą powodować brak realizacji celu, wymagają nakładu pracy przez kierownictwo, mają większy wpływ na wynik finansowy
4	60-79%	bardzo duże	Skutki mogą być trudne do usunięcia, wymagają czasu, mają bardzo duży wpływ na finanse, możliwe, że zadanie nie będzie zrealizowane
5	80-100%	krytyczne	Skutki mogą nie zostać usunięte, wymaga to bardzo dużo czasu i zasobów, skutki mogą stać się wydarzeniem publicznym

Źródło: Szczepankiewicz (2016).

Podczas ustalenia istotności ryzyka należy brać pod uwagę takie czynniki, jak:

- istotność ekonomiczną strat i ich oddziaływanie na wynik finansowy jednostki,
- istotę negatywnych konsekwencji ryzyka dla wizerunku przedsiębiorstwa, a zasadniczo wpływ na obniżenie konkurencyjności i spadek zaufania wśród klientów,
- znaczenie dla wypełniania przepisów prawa, rekomendacji, standardów i regulacji wewnętrznych,
- poziom kosztów związanych z wprowadzeniem środków ochrony i zabezpieczeń oraz działań korekcyjnych (Szczepankiewicz, 2016).

Ocena i ustalenie dopuszczalnego stopnia ryzyka gospodarczego powinny opierać się na następujących przesłankach, związanych z konkretnymi okolicznościami:

- „wskazanie i ocena obowiązujących norm prawnych bezpośrednio wyznaczających granice dopuszczalnego ryzyka gospodarczego, które może podjąć przedsiębiorca,
- wskazanie średniego stopnia ryzyka dla danego rodzaju przedsięwzięć ocenianych na podstawie typowych wyborów i zachowań gospodarczych ze strony pozostałych uczestników obrotu gospodarczego,
- sprawdzenie, czy prawdopodobieństwo wystąpienia strat w chwili podjęcia działania jest mniejsze niż prawdopodobieństwo osiągnięcia korzyści gospodarczych, oraz zbadanie, czy ewentualnie działania odpowiadały celowi gospodarczemu w postaci osiągnięcia zysku lub uniknięcia strat oraz charakterowi określonej działalności gospodarczej,
- ocena charakteru dobranych przez decydenta środków i metod służących do osiągnięcia określonego celu gospodarczego,
- ocena możliwych do podjęcia działań o mniejszym stopniu ryzyka, analiza decyzji podjętych celem zabezpieczenia przedsiębiorstwa przed negatywnymi skutkami podjętego ryzyka” (Samuelson i Marks, 1998, s. 322).

Reasumując można stwierdzić, że nie ma uniwersalnych kryteriów oceny stopnia ryzyka. W odmienny sposób należy oceniać decyzje menedżerskie, gdy zarządzane przedsiębiorstwo znajduje się w sytuacji zagrożenia możliwości przetrwania, a odmiennie, gdy działa ono z dobrze sformułowanym modelem

biznesowym i w stabilnym otoczeniu. Sposób w jaki określone będą akceptowalne społecznie zachowania menedżerów i w którym momencie powinna nastąpić penalizacja przekroczenia granic dopuszczalnego ryzyka gospodarczego, zależy przede wszystkim od wypracowanych w danej społeczności akceptowanych reguł zarządzania, kształcenia, ale również od specyfiki branży, a także elementu szczególnej dbałości wynikającej z zawodowego charakteru działalności osoby zarządzającej (Boberek, 2016). Określenie poziomu podejmowanego ryzyka ma bezpośredni wpływ na poziom odporności firmy na kryzys, a ocena przestrzegania tego ryzyka jest równie ważna jak ocena strat poniesionych wskutek ryzykownej decyzji. Wpływa ona na ocenę strat powstałej w sytuacji kryzysowej, czy powinna być ona kwalifikowana jako przekroczenie granic dopuszczalnego ryzyka gospodarczego, czy też poziom ten był akceptowalny.

VI. Kryteria oceny dopuszczalnego ryzyka gospodarczego według biegłych sądowych

Głównym celem badania było rozpoznanie stosunku biegłych sądowych do problemu dozwolonego ryzyka gospodarczego w decyzjach osób zarządzających z perspektywy znamion przestępstw sformułowanych w art. 296 k.k. Badanie zostało zrealizowane za pomocą wywiadów eksperckich z biegłymi sądowymi, którzy brali udział w postępowaniach karnych, w których postawiono zarzut popełnienia jednego z przestępstw z 296 k.k. Wybór tej metody badawczej uzasadniony był chęcią skonfrontowania z praktyką stanowisk prezentowanych w nauce prawa i w naukach ekonomicznych. Interpretując wyniki tego rodzaju badań, należy pamiętać, że jest to metoda, która nie pozwala na ich ekstrapolowanie na całą populację. Pozwala jednak na eksplorację pewnego fragmentu rzeczywistości i pozyskanie cennych informacji wynikających z obserwacji ekspertów. Wybór niniejszej metody badawczej pozwolił na szersze spojrzenie na badaną problematykę, która w ocenie autora nie powinna być analizowana w oderwaniu od jej praktycznego wymiaru.

Na potrzeby opisywanego badania został stworzony scenariusz wywiadu podzielony na pytania odpowiadające szczegółowym celom badawczym, jednakże część badanych nie odpowiedziała na wszystkie pytania. Czas trwania pojedynczego wywiadu został oszacowany na 30 minut. Przeprowadzono łącznie 7 wywiadów eksperckich, jednakże tylko 5 z nich odpowiadało zakre-

sowi opracowania. Dlatego zrezygnowano z analizy pozostałych wywiadów. Wywiady odbyły się za pośrednictwem platform videokonferencyjnych bądź telefonicznie. Zadaniem prowadzącego badania było właściwe ukierunkowanie rozmowy oraz zachęcanie respondentów do aktywności.

Celem sformułowanych pytań było uzyskanie materiału pozwalającego na poznanie praktycznych aspektów oceny przez biegłych granic dopuszczalnego ryzyka w sprawach z art. 296 k.k., ale przede wszystkim praktycznej interpretacji dopuszczalnego ryzyka gospodarczego przez biegłych sądowych.

Pierwsze pytanie zadane biegłym brzmiało: „Czy dopuszczalne ryzyko gospodarcze jest kategorią obiektywną?”. Z większości udzielonych odpowiedzi wynikało, iż nie można bezpośrednio przypisać mu charakteru kategorii obiektywnej. Przede wszystkim biegli wskazywali na potrzebę zdefiniowania ryzyka, ponieważ wyróżniamy wiele rodzajów ryzyka i nie ma uniwersalnych kryteriów ich oceny. Właśnie dopiero odpowiednia klasyfikacja i weryfikacja ryzyka pozwalają na użycie odpowiednich narzędzi, takich jak rachunek prawdopodobieństwa czy metody statystyczne mające zastosowanie do konkretnych rodzajów ryzyka, pozwalających na jego szacowanie³.

Następnie zapytano badanych: „Czy ocena ryzyka w ramach 296 k.k. posiada pewne stałe ramy czy też jest dostosowywana do zmieniającego się otoczenia gospodarczego?”. Zdecydowana większość odpowiedzi wskazywała, iż oceniając granice dopuszczalnego ryzyka gospodarczego brane jest pod uwagę otoczenie gospodarcze i zmiany w nim zachodzące. Podkreślano, że wpływ zmieniającego się otoczenia można było szczególnie zauważać podczas pandemii COVID-19, restrykcji gospodarczych, czy aktualnie w dobie wojny w Ukrainie. Niestabilna sytuacja gospodarcza na świecie, wysokie ceny energii oraz historycznie wysoka inflacja – to okoliczności mające zasadniczy wpływ na ocenę granic dopuszczalnego ryzyka. Do przykładowych stałych elementów oceny dopuszczalnego ryzyka przy podejmowanych decyzjach przez osoby decyzyjne można zaliczyć:

- aktualną sytuację finansową przedsiębiorstwa. Jeden z biegłych wskazał na potrzebę uwzględnienia współczynników płynności, współczynników rentowności, wolnego kapitału obrotowego, przyszłych przepływów pieniężnych;

³ Jak wskazał jeden z biegłych, ryzyko gospodarcze z 296 k.k. można szacować, a nie mierzyć. Wynika to z braku możliwości jego dokładnego określenia, natomiast tutaj można je oszacować z pewną granicą błędów.

- charakter planowanego przedsięwzięcia na tle dotychczasowej działalności przedsiębiorstwa. Jeden z biegłych wskazał, że zbadać należy, „czy to planowane przedsięwzięcie jest czymś nowym dla przedsiębiorstwa, wejściem w nowy obszar czy też rozwinięciem udoskonaleniem dotychczasowego obszaru prowadzenia działalności”;
- jeśli chodzi o decyzje dotyczące produktów, usług – wyniki analiz marketingowych – SWOT, analiz konkurencji, analiz potrzeb konsumenckich.

Ważnym punktem odniesienia do problematyki niniejszego opracowania było pytanie, stanowiące w części rozwinięcie wcześniejszego pytania, a mianowicie: „Czy ocena granic dopuszczalnego ryzyka zależna jest od rodzaju działalności, rodzaju decyzji gospodarczej oraz czy okoliczności dodatkowe mają wpływ na ocenę dopuszczalnego ryzyka w odniesieniu do przestępstwa z art. 296 k.k. Jeżeli tak, to jakie okoliczności są istotne przy ustalaniu dozwolonego ryzyka gospodarczego?”. Badani jednoznacznie potwierdzili, że rodzaj działalności i charakterystyka decyzji gospodarczej mają kluczowe znaczenie. Cytując jednego z biegłych: „gdy przedsiębiorstwo nie zawiera żadnych kontraktów walutach obcych, czyli ani nie sprzedaje w walucie obcej, ani nie kupuje w walucie obcej to ryzyko walutowe zwyczajnie nie ma miejsca, w inny sposób będziemy badać i analizować ryzyko gospodarcze w przypadku piekarni, a inaczej w przypadku na przykład KGHM”. Skala działalności, obszar działalności, otoczenie rynkowe – to wszystko ma wpływ na uwzględnienie, jaki wzorzec należytej staranności powinien być zachowany przy podejmowaniu decyzji gospodarczych, a szczególnie decyzji inwestycyjnych oraz jak badać granice dopuszczalnego ryzyka gospodarczego. To, co jest charakterystyczne dla jednej branży i jest akceptowalnym, normalnym ryzykiem, będzie zupełnie nieakceptowalnym ryzykiem w innej branży. Zróżnicowane będą rodzaje ryzyka i sposób wytyczania granic dopuszczalnego ryzyka w przedsiębiorstwie handlowym, usługowym i w produkcyjnym. Jeśli chodzi o okoliczności dodatkowe, które mają wpływ na ocenę dopuszczalnego ryzyka z perspektywy znamion przestępstwa z art. 296 k.k., to wskazywano, iż czynniki dodatkowe zależą od tego, jaki jest charakter przedsięwzięcia, które oceniamy, i podkreślano, że nie da się ich skategoryzować.

Jeden z biegłych podkreślił istotę i znaczenie dodatkowych okoliczności na przykładzie często spotykanym w realiach obecnej gospodarki. Stwierdził, że menedżer, wiedząc, że przedsiębiorstwo znajduje się aktualnie w kryzysie-

wej sytuacji, będzie dążył do odzyskania rentowności, stabilności finansowej i ochrony przed jego upadkiem, uzasadniając tym samym przesuwając granicę dopuszczalnego ryzyka gospodarczego.

Kolejne pytanie brzmiało: „Czy ocena ryzyka w ramach 296 k.k. przejawia się w ocenie sposobu podejmowania decyzji gospodarczej?”. Wszyscy badani twierdzili, iż przedmiotowa ocena ryzyka nie ma bądź bardzo rzadko w praktyce ma wpływ na sposób podejmowania decyzji gospodarczej w przedsiębiorstwie. Tym samym biegli nie odnieśli się do tego, czy sposób podejmowania decyzji przez zarządzającego przedsiębiorstwem ma dla nich znaczenie, ale do tego, w jaki sposób w badanych przez nich sprawach zarządzający podejmowali ryzykowne decyzje. Z udzielonych przez biegłych wypowiedzi wynikało, że zarządzający rzadko korzystają ze specjalistycznej wiedzy w tym zakresie. Jeden z biegłych stwierdził wręcz, że „menedżerowie posiadają wiedzę popularną”. Jej źródłem są ich dotychczasowe doświadczenia. Wyjątek stanowią decyzje dotyczące inwestycji, których niepowodzenie mogłoby uniemożliwić podmiotowi dalszą kontynuację działalności oraz decyzje podejmowane w warunkach konfliktu między wspólnikami, a także między zarządzającymi a radą nadzorczą. Jak stwierdził jeden z badanych „paradoksalnie kłótnie między wspólnikami czy rady nadzorczej z zarządem bardzo poprawiają jakość funkcjonowania pod względem poprawności podejmowania decyzji”. Jeśli chodzi natomiast o to, czy dla biegłych ma znaczenie sposób podejmowania decyzji przy ocenie jej ryzykowności, jeden z biegłych stwierdził, iż „w pierwszej kolejności bada się tak naprawdę, czy zostały podjęte kroki w celu zniwelowania, zmniejszenia i ograniczenia tego ryzyka poprzez prawidłowe przygotowanie się do procesu decyzyjnego i to jest już kwestia decydująca”.

Autor zapytał również badanych o to: „Czy istnieje sposób interpretacji wytyczenia wyraźnych granic pomiędzy zachowaniem legalnym a zachowaniem nielegalnym w świetle art. 296 k.k., biorąc pod uwagę możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności za przekroczenie granic dopuszczalnego ryzyka gospodarczego?”. Grupa badanych zgodnie uznała, iż trudno tę granicę z góry określić. Część badanych odnosiła się do materii prawa upadłościowego i prawa handlowego, gdzie wskazywano, iż przedmiotową granicą jest sytuacja, gdy podjęta decyzja doprowadzi podmiot gospodarczy do konieczności złożenia wniosku o upadłość. Badani wskazywali również na art. 5 § 2 kodeksu postępowania karnego, w którym sformułowano zasadę *in dubio pro reo*. Zgodnie

z tą zasadą niedające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego, w tym wypadku menedżera.

W odpowiedzi na to pytanie część biegłych podkreślała znaczenie dorobku nauk ekonomicznych oraz nauk o zarządzaniu i jakości. Wskazywali, że opracowano tam elementy procedury prawidłowej oceny każdego projektu gospodarczego i jego skutków. Stanowią one podbudowę teoretyczno-praktyczną, pozwalającą ocenić, kiedy zachodzi ryzyko gospodarcze, które przekracza dopuszczalne granice i stanowi zachowanie niezgodne z prawem. Ciekawym stwierdzeniem odnośnie do granic legalności decyzji ryzykowej z perspektywy art. 296 k.k. była odpowiedź: „zachowanie legalne to nie tylko zachowanie zgodne z przepisami prawa obowiązującymi w danym kraju, ale przede wszystkim kroczenie ścieżką wytyczonych celów i strategii przedsiębiorstwa i realizowanie tychże celów i strategii. Jeżeli nie ma firma takich celów spisanych, to jest jak samochód bez hamulców albo samolot bez pilota.”

Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że na wyznaczenie granicy dopuszczalnego ryzyka gospodarczego wpływ mają nie tylko normy prawa czy wzorce podejmowania decyzji ukształtowane w naukach ekonomicznych, naukach o zarządzaniu i jakości, lecz także reguły i strategie przyjęte wewnątrz przedsiębiorstwa.

Podsumowując: biegli sędziowie z zakresu prawa karnego gospodarczego byli zgodni co do trudności towarzyszących ocenie granic dopuszczalnego ryzyka w sprawach o przestępstwa z art. 296 k.k. Te komplikacje wynikają z różnic dotyczących zakresu działalności przedsiębiorstw, sytuacji przedsiębiorstwa, charakteru pojmowanej decyzji, różnic organizacyjnych, ale także okoliczności zewnętrznych. Podkreślali oni znaczenie dla oceny tego ryzyka narzędzi opracowanych na gruncie dziedziny nauk ekonomicznych, takich jak: macierze ryzyka, rachunek prawdopodobieństwa, analizy statystyczne czy marketingowe. Niepokojącym zjawiskiem było odwoływanie się przez niektórych biegłych odpowiadających na pytanie dotyczące granic ryzyka gospodarczego na gruncie odpowiedzialności za przestępstwa z art. 296 k.k. do przesłanek złożenia wniosku o upadłość. Zaniechanie złożenia takiego wniosku może świadczyć o popełnieniu innego przestępstwa.

Różnorodny charakter interpretacji przesłanek odpowiedzialności karnej w art. 296 k.k. przez biegłych sędziów, zróżnicowana interpretacja i zauważalne mylenie kategorii dopuszczalnego ryzyka gospodarczego stanowią istotny, niepokojący wniosek z przeprowadzonego badania. Część biegłych

odnosiła się do prawa upadłościowego, część badanych do dziedziny nauk ekonomicznych, a kolejna grupa stwierdziła, że wykorzystywane instrumenty to jeden element, a indywidualne podejście do każdego przypadku to odrębna, równie ważna kwestia.

VII. Wnioski

Z wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa karnego i orzecznictwa sądowego wynika, że analizując ryzyko prawnicy skupiają się przede wszystkim na prawdopodobieństwie straty i zysku, zachowaniu standardu starannego zachowania, weryfikacji, czy badane decyzje gospodarcze odpowiadały założonemu celowi gospodarczemu, czy przewidziano formy zabezpieczenia przed stratą. Prawnicy nie odwołują się jednak do opracowanych w naukach ekonomicznych instrumentów, które pomogłyby ocenić granice przedmiotowego ryzyka. Odniesienie do prawdopodobieństwa straty i zysku ma w opracowaniach przedstawicieli doktryny nauk prawnych zasadniczo charakter ogólny, stanowiący swoisty „ozdobnik” bez rozwinięcia tej kwestii. Najczęściej nie towarzyszy temu odwołanie do konkretnych narzędzi pozwalających zbadać to ryzyko.

Odmienne sytuacja wygląda w dziedzinie nauk ekonomicznych, w których przedstawia się różne metody analizy ryzyka i ustalenia jego granicznego poziomu. Odwołaniu do prawdopodobieństwa wystąpienia określonego zdarzenia towarzyszy odwołanie do konkretnych narzędzi, dzięki którym można zbadać, oszacować dozwolone ryzyko gospodarcze. Wyróżnia się metody jakościowe, ilościowe oraz narzędzia informatyczne, które agregują i łączą zalety niniejszych metod. Warto jednak podkreślić, iż brak jest uniwersalnych kryteriów oceny stopnia ryzyka – poczynając od fundamentalnej weryfikacji i kategoryzacji ryzyka, po ocenę kondycji przedsiębiorstwa czy przyjęte w danej społeczności akceptowane reguły zarządzania, które zależą od rodzaju branży bądź otoczenia gospodarczego.

Należy wskazać, że te różnice w sposobie traktowania ryzyka gospodarczego w doktrynie prawa karnego i w naukach ekonomicznych wynikają z tego, że stanowi ono pojęcie z zakresu nauk ekonomicznych, nauk o zarządzaniu i jakości. Jeśli chodzi o prawo karne, to jego znaczenie ogranicza się głównie do art. 296 k.k. Na gruncie przestępstw sformułowanych w tym przepisie ma ono jednak zasadnicze znaczenie, gdyż od stwierdzenia przekroczenia granic dopuszczalnego ryzyka ekonomicznego zależy odpowiedzialność karna

osoby decyzyjnej. Dlatego prawnicy w większym stopniu powinni korzystać z dorobku nauk ekonomicznych.

Kwestią wspólną zarówno dla doktryny prawa, dotychczasowego orzecznictwa oraz dziedziny nauk ekonomicznych jest to, że problematyka granic dozwolonego ryzyka gospodarczego odnosi się do wzorca skutecznego menedżera, czyli do konkretnych czynności służących ocenie stopnia ryzyka gospodarczego przez osobę podejmującą decyzję gospodarczą w odpowiedni sposób. Zarówno w świetle poglądów przedstawicieli doktryny prawa karnego, jak i przedstawicieli nauk ekonomicznych, do kluczowych elementów wyznaczających standard starannego działania zaliczane jest dokonanie przez osobę decyzyjną indywidualnej analizy i oceny dozwolonego ryzyka związanego z tymi podejmowanymi przez niego decyzjami. Prowadziłoby to jednak do zbytnej subiektywizacji tego pojęcia. Od osoby decyzyjnej zależałoby, jaki standard starannego działania powinna ustalić, jakie kryteria wziąć przy tym pod uwagę. Dlatego warto zwrócić uwagę na wypowiedzi biegłych sądowych, którzy wskazali, że to właśnie skala, obszar działalności i otoczenie rynkowe przedsiębiorstwa powinny mieć fundamentalny wpływ na to, jaki standard starannego działania powinien być przyjęty przez menedżera – a tym samym jakie dopuszczalne ryzyko jest akceptowalne. Jak można zauważyć, nawet nie pomijając kwestii indywidualnej analizy ryzyka przez decydenta i tego, jaki standard przy podejmowaniu decyzji zostanie przez niego przyjęty, w ramach poprawnie zastosowanego procesu decyzyjnego mogą zostać popełnione błędy, które będą wynikały z tych stałych elementów oceny dopuszczalnego ryzyka, tj.: nieuwzględnienia skali, obszaru działalności, otoczenia przy podejmowaniu decyzji gospodarczej.

Wywiady przeprowadzone z biegłymi pozwoliły na stwierdzenie, że interpretacja granic dozwolonego ryzyka gospodarczego przez biegłych zależy od wielu okoliczności. Część z nich występuje w każdej sprawie, ma charakter stały, a część zależy od konkretnego przypadku. Dla oceny granic przedmiotowego ryzyka znaczenie ma gruntowna analiza sytuacji danego przedsiębiorstwa, kondycji ekonomicznej, jego dotychczasowej działalności, przyjętych strategii i reguł podejmowania decyzji.

W ocenie autora, praktyka wymiaru sprawiedliwości w zakresie przestępstw menedżerskich podlega zmianom zachodzącym w dużej mierze pod wpływem orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, dorobku przedstawicieli prawa karnego gospodarczego, a nie świadomej analizy dyna-

micznie zmieniającej się sytuacji gospodarczej w Polsce i na świecie. Na gruncie nauk prawnych wkład w rozwój analizy granic dopuszczalnego ryzyka gospodarczego przedmiotowej problematyki przedstawiciele nauk ekonomicznych jest znikomy, mimo że jest to dziedzina, która podlega ciągłemu rozwojowi. Zmiany w tej dziedzinie wynikają z konieczności uwzględniania w podejściu do zarządzania przedsiębiorstwami zmian zachodzących we współczesnej gospodarce. Mają one również wpływ na ewolucję ryzyka gospodarczego, z jakim menedżerowie obecnie się mierzą.

Mając na uwadze, że każda decyzja w obrocie gospodarczym niesie za sobą ryzyko, a złożoność i dywersyfikacja procesów gospodarczych nie ułatwiają zadania rekonstrukcji standardu należytego zachowania menedżera, pożądane wydaje się podniesienie poziomu wsparcia merytorycznego organów wymiaru sprawiedliwości w sprawach dotyczących przestępstw gospodarczych. W ocenie autora ograniczenie tego wsparcia do korzystania w sprawach karnych gospodarczych z opinii biegłych sądowych z tego zakresu wydaje się niewystarczające. Przede wszystkim należy postulować o lepsze przygotowania merytoryczne prokuratorów i sędziów podejmujących decyzje w tego typu sprawach. Sprzyjałoby dokonywaniu przez nich świadomej oceny sporządzonych przez biegłych opinii. Warte przemyślenia są również postulaty sformułowane przez jednego z biegłych sądowych, które dotyczyły „wyposażenia” polskiego wymiaru sprawiedliwości w doradców naukowych w niniejszym zakresie. Propozycja takiego rozwiązania wymagałaby jednak gruntownego przemyślenia i nie oznaczałaby rezygnacji z instytucji biegłego, ale mogłaby stanowić podbudowę teoretyczną z zakresu wiedzy z dziedziny nauk ekonomicznych i nauk o zarządzaniu i jakości w polskim wymiarze sprawiedliwości.

Bibliografia

Literatura

- Begg, D., Fischer, S. i Dornbusch R. (2003). *Mikroekonomia*. Warszawa: PWE.
- Boberek, Ł. (2016). Granice odpowiedzialności menedżera za odporność przedsiębiorstwa na kryzys, czyli o skutkach nieugruntowanych w orzecznictwie kryteriów prawnych, będących podstawą ustalania adekwatnej awersji menedżera do ryzyka. *Studia i Prace Kolegium Zarządzania i Finansów/Szkoła Główna Handlowa*, 150.
- Buchała, K. (1989). *Prawo karne materialne*, Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

- Buła, P. (2003). *Zarządzanie ryzykiem w jednostkach gospodarczych. Aspekt uniwersalistyczny*, Kraków: Akademia Ekonomiczna w Krakowie.
- Coleman, T.S. (2011). *A practical guide to risk management*. New *The Research Foundation of CFA Institute*, 3.
- Duży, J. (2004). *Odpowiedzialność karna członków organów spółek kapitałowych: działania na szkodę spółki*. Bydgoszcz: Oficyna Wydawnicza Branta.
- Encyklopedia Powszechna (1986). Warszawa: PWN.
- Gaberle, A. (1965). Dopuszczalne ryzyko jako okoliczność wyłączająca bezprawność czynu. *Nowe Prawo*, 12.
- Gaberle, A. (1968). Jeszcze w sprawie karnoprawnego uregulowania ryzyka. *Palestra*, 12(3).
- Giezek, J. i Kardas, P. (2011). Przepięstwo narażającego na wyrządzenie szkody nadużycia zaufania. Część I. *Wrocławskie Studia Sądowe*, 1.
- Górniok, O. (2002). Odpowiedzialność karna menadżerów a ryzyko w ich działalności. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, 2.
- Górniok, O. (2000). *Przestępstwa gospodarcze*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Górniok, O. (1994). *Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie*. Warszawa: PWN.
- Hubbard, D. (2009). *The failure of risk management. Why it's broken and how to fix it*. John Wiley & Sons, Inc.
- Jajuga, K. i Jajuga, T. (1998). *Inwestycje. Instrumenty finansowe. Ryzyko finansowe. Inżynieria finansowa*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Jedynak, P. i Szydło, S. (1997). *Zarządzanie ryzykiem*. Wrocław: Wydawnictwo Ossolineum.
- Kardas, P. (2016). Komentarz do art. 296 k.k., nb. 14–16. W: A. Zoll. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Królikowski, M., Zawłocki, R. (red.) (2011). *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. II, Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Mucha, A. (2013). *Struktura przestępstwa gospodarczego oraz okoliczności wyłączające bezprawność czynu w prawie karnym gospodarczym. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Mucha, M. (2018). Uchylenie odpowiedzialności karnej w związku z popełnieniem przestępstwa gospodarczego. Problem kontratypizacji. W: P. Łabuz, I. Malinowska, M. Michalski, T. Safjański (red.), *Przestępczość gospodarcza. Istota zjawiska*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Orłowicz, F. (1968). Ryzyko gospodarcze a prawo karne. *Nowe Prawo*, 3.

- Penc, J. (2001). *Decyzje menedżerskie – o sztuce zarządzania*, Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Rejman, G. (1968). Problem ryzyka gospodarczego na tle konkretnego orzeczenia Sądu Najwyższego, *Palestra*, 2.
- Rutkowski, K. (2020). *Alternatywne śledztwo. Prywatyzacja funkcji śledczej państwa w obszarze przestępczości gospodarcze*. Warszawa: Eneteia.
- Samuelson, W.F., Marks, S.G. (1998). *Ekonomia menedżerska*. Warszawa: PWE.
- Szczepankiewicz, E.I. (2016). Wykorzystanie punktowej metody oszacowania ryzyka operacyjnego w instytucjach finansowych. *Studia Ekonomiczne*, 298.
- Worobjow, L. (2010). Niepewność i ryzyko w podejmowaniu decyzji. *Ekonomiczne Problemy Usług*, 55.
- Zawłocki, R. (2004). *Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Zawłocki, R. (2011). W: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. II, Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Zientara, A. (2010). *Przestępstwo nadużycia zaufania z art. 296 k.k.* Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Zoll, A. (1998). W: K. Buchała, A. Zoll (red), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.
- Zoll, A. (2007). W: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.
- Zoll, A. (red.) (2008). *Kodeks karny*, t. III., Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Żółtek, S. (2009). *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady proporcjonalności*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Akty prawne

Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2022 r., poz. 2600).

Orzecznictwo Sądu Najwyższego

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2001 r., sygn. V KKN 49/99, LEX nr 51678.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 sierpnia 2002 r., sygn. IV KKN 614/99, LEX nr 56083.

Orzecnictwo Sądów Powszechnych

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 października 2005 r., sygn. II AKA 88/05, LEX nr 183847.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 25 października 2007 r., sygn. II AKA 136/07, Legalis nr 99310.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 października 2011 r., sygn. II AKA 145/11, LEX nr 1232359.

Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 29 lutego 2012 r., sygn. II AKA 28/12, LEX nr 1130087.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 23 października 2014 r., sygn. II AKA 251/14, LEX nr 1799207.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 24 sierpnia 2017 r., sygn. II AKA 155/17, LEX nr 2383359.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 28 grudnia 2017 r., sygn. II AKA 238/17, LEX nr 2761773.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 20 maja 2021 r., sygn. II AKA 406/19, LEX nr 3191737.