

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Sylwia Giżowska-Szarek

„Zajmowanie się sprawami majątkowymi i działalnością gospodarczą” jako znamię przestępstwa z art. 296 § 1 k.k.

Tytuł rozdziału XXXVI k.k. z dnia 6 czerwca 1997 r. „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu” wskazuje, że jego przepisy służą ochronie obrotu gospodarczego. Nazwa ta oznacza wymianę dóbr i usług odbywające się za pośrednictwem pieniądza i powstające w jej procesie stosunki prawne pomiędzy jej uczestnikami. W systemie gospodarki wolnorynkowej zagrożenie dla prawidłowego funkcjonowania obrotu gospodarczego, a także interesów majątkowych i gospodarczych jego uczestników stwarza zachowanie osób, które zajmując się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą innych podmiotów, nadużywają przysługujących im uprawnień lub nie dopełniają ciążących na nich obowiązków. Przepisem penalizującym tego typu zachowanie jest między innymi artykuł 296 k.k. Znamię „zajmowanie się prawami majątkowymi i działalnością gospodarczą” tego przestępstwa jest złożone i wciąż budzi wątpliwości oraz rozbieżne poglądy. Odpowiedzialność z art. 296 k.k. ponosi osoba, która zajmuje się prowadzeniem cudzych spraw majątkowych lub działalnością gospodarczą innej osoby na podstawie uzyskanego upoważnienia umownego lub ustawowego. Jak z tego wynika, ustawodawca przy tworzeniu tej konstrukcji wyraźnie rozróżnił sferę spraw majątkowych od działalności gospodarczej, w przeciwieństwie do przepisów art. 296 k.k. z 1932 i art. 206 k.k. z 1969 r., które takiego rozróżnienia nie dokonywały i dotyczyły zajmowania się cudzymi sprawami majątkowymi w ogóle¹. Zadaniem tego opracowania jest przedstawienie głównych pro-

¹ J. Lachowski, T. Oczkowski, Sporne problemy wykładni przepisów o przestępstwie nadużycia zaufania (uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*), PS 2002, nr 5, poz. 63.

blemów tego zagadnienia. Z powyższego tekstu nasuwa się między innymi pytanie, jak należy rozumieć pojęcie „zajmowania się cudzymi sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą”, co może być podstawą zajmowania się tymi sprawami i jakie rodzi obowiązki. Moim zamiarem jest udzielenie odpowiedzi na te pytania.

W ujęciu słownikowym „zajmować się” oznacza: „zabrać się do czegoś, wziąć się do pracy, zacząć wykonywać lub pracować nad czymś, zabrać się, wziąć się do czegoś”². Natomiast „pracować” to: „wykonywać pracę, zajmować się czymś rzetelnie, aktywnie, spełniać czynności, robić coś, pracować fizycznie umysłowo, naukowo, zawodowo”³.

W literaturze prawniczej w tej materii występują dwa poglądy. Według jednego z nich znamie „zajmuje się” jest rozumiane szeroko jako „rozstrzyganie w tych sprawach, współdziałanie w nich lub wpływanie na rozstrzygnięcia, a więc jako rozporządzanie mieniem, dokonywanie czynności prawnych dotyczących mienia lub spraw majątkowych, wreszcie udzielenia rady, jeśli się jest do tego z jakiegokolwiek tytułu zobowiązany”⁴. Drugi pogląd, który według mnie nie znajduje uzasadnienia, ogranicza pojęcie „zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą” tylko do takich sytuacji, w których sprawca jest zobowiązany lub uprawniony do podejmowania decyzji dotyczących majątku jednego z podmiotów, tj. do decyzji należących do sfery zarządzania majątkiem, „zajmowanie się” miałoby oznaczać wyłącznie pełnienie obowiązków opiekuna i zarządcy majątkiem w całości lub w części, a więc samodzielne dbanie o wzrost tego majątku i zapobieganie stratom.

W literaturze i orzecznictwie panuje jednak daleko idąca zbieżność poglądów co do znamienia „zajmowania się cudzymi sprawami majątkowymi i działalnością gospodarczą”. W zasadzie przyjmuje się jego szerokie rozumienie, za czym również się opowiadam, obejmujące dokonywanie czynności prawnych, których przedmiotem jest m.in. rozporządzanie składnikami cudzego majątku, zaciąganie zobowiązań, a także jednorazowe dokonywanie tego rodzaju czynności. Niewątpliwie chodzi tu o taki zakres uprawnień, których wykonywanie może prowadzić do obciążenia lub powiększenia majątku podmiotu reprezentowanego. Nie jest to natomiast spełnienie czynności ściśle wykonawczych⁵.

² Słownik Poprawnej Polszczyzny, red. W. Doroszewski, Warszawa 1981, s. 959; Słownik Języka Polskiego, M. Szymczak (red.), Warszawa 1979, t. III, s. 911.

³ Słownik Poprawnej Polszczyzny, *op. cit.*, s. 564; Słownik Języka Polskiego, *op. cit.*, t. II, s. 905.

⁴ L. Peiper, Komentarz do Kodeksu Karnego, Kraków 1936, s. 580.

⁵ Zob. J. Wojciechowski, Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem, Warszawa 1994, s. 1; W. Świada, Kodeks karny z komentarzem, Warszawa 1973, s. 628; P. Kardas, Kodeks Karny; część szczególna. Komentarz do art. 278–363 k.k., t. 3, pod red. A. Zolla, s. 279.

Pojęcie „zajmowanie się” ma szerszy zakres znaczeniowy od pojęcia „prowadzenie”, którego istotę da się sprowadzić do „sprawowania nadzoru, zarządzania lub kierowania czymś”⁶. „Zajmowanie się” charakteryzuje się pewną samodzielnością działania, której nie można rozumieć zbyt wąsko, jedynie jako samodzielnego podejmowania decyzji lub samodzielnego dbania, w sensie decydowania o zamierzonych działaniach, o wzrost majątku lub zapobieganie stratom⁷.

Za przestępstwo określone w art. 296 k.k. może odpowiadać jedynie ten, na kim ciążył obowiązek zajmowania się sprawami majątkowymi podmiotu gospodarczego lub kto miał obowiązek zajmowania się ich działalnością gospodarczą. Warunkiem odpowiedzialności karnej jest zajmowanie się sprawami majątkowymi lub prowadzenie działalności gospodarczej na określonej podstawie prawnej, a więc gdy podmiot ma wyraźną legitymację prawną do wykonywania tych czynności. Podstawami prawnymi przekazanych sprawcy kompetencji są: przepis ustawy, decyzja właściwego organu, oraz umowa – najczęściej podejmowana czynność prawna, polegająca na zgodnym oświadczeniu co najmniej dwóch osób, zmierzających do nawiązania stosunku prawnego. Niekiedy obowiązek, o jakim tu mowa, może wynikać z innych źródeł, np. opiekun obowiązany jest do zajmowania się sprawami podopiecznego z mocy ustawy określającej treść obowiązku, jak i z mocy postanowienia sądu ustanawiającego ten obowiązek w odniesieniu do konkretnej osoby⁸.

Ustawa to akt normatywny uchwalony przez Sejm RP w przewidzianym przez Konstytucję trybie, podpisany przez prezydenta RP i opublikowany w Dzienniku Ustaw. Przepis ustawy to norma zawarta w tym akcie prawnym zawierająca nakaz bądź zakaz określonego zachowania skierowany do oznaczonego kręgu podmiotów. P. Kardas twierdzi, iż za źródło obowiązków i uprawnień w zakresie zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą uznać także należy, obok przepisu zawartego w ustawie, przepisy zawarte w aktach podustawowych, wydane na podstawie delegacji ustawowych przez upoważniony organ. Natomiast nie stanowią źródła obowiązków lub uprawnień przepisy zawarte w tzw. prawie powielaczowym (instrukcjach, zarządzeniach i okólnikach), ani jako „przepisy ustawy” przepisy zawarte w aktach prawa miejscowego. P. Kardas wymienia 29 rodzajów osób, których obowiązek zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą wynika wprost z przepisów ustawy⁹. Przeciwny pogląd wyraża J. Skorupka, który twierdzi, iż podkreślony jest tutaj prymat ustawy w hierarchii źródeł prawa jako źródła prawa nakładającego obowią-

⁶ Słownik Języka Polskiego, *op. cit.*, t. II, s. 944–945.

⁷ P. Kardas, *Kodeks Karny...*, *op. cit.*

⁸ J. Wojciechowski, *Kodeks Karny. Komentarz z orzecnictwem*, Warszawa 1998, s. 513.

⁹ P. Kardas, *Kodeks Karny...*, *op. cit.*, s. 283–285.

ki, bowiem zajmowanie się sprawami majątkowymi i działalnością gospodarczą w rozumieniu art. 296 k.k. wynikać musi z przepisu ustawy, a nie z przepisu prawa¹⁰. Wobec czego akt innej rangi nie może stanowić takich praw. Przykładem umocowania ustawowego do zajmowania się sprawami majątkowymi spółki z ograniczoną odpowiedzialnością może być art. 201 § 2 k.h., stanowiący, że członek zarządu ma prawo i obowiązek prowadzenia spraw spółki. Osobiście opowiadam się za pierwszym z poglądów. Wprawdzie w art. 296 § 1 k.k. użyto jedynie stwierdzenia „ustawa”, nie wymieniając aktów podstawowych, sędzę jednak, że za źródło obowiązków i uprawnień w zakresie zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą należy także uznać przepisy wydane na podstawie delegacji ustawowych przez upoważniony organ, bowiem nie wszystkie kwestie mogą zostać uregulowane w ustawach, niektóre zostają dopiero ujęte w aktach wykonawczych.

Podstawą kompetencji podmiotu nadużycia zaufania może być również decyzja właściwego organu, która może przybrać różne formy, np. orzeczenia sądu, decyzji administracyjnej wydawanej przez organy administracji rządowej, organy samorządu terytorialnego, a także organy państwowych i komunalnych jednostek organizacyjnych, organizacji zawodowych, samorządowych, spółdzielczych i innych organizacji społecznych. Przez decyzję rozumieć należy także władczy akt jednego z podmiotów wymienionych w art. 296 § 1 k.k., chociażby nie był to organ administracyjny w rozumieniu kodeksu postępowania administracyjnego, wydany w zakresie posiadany przez ten organ kompetencji, przyznający określonej osobie uprawnienia lub nakładający na nią obowiązki, w zakresie zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą, oraz zobowiązujący ją do ich wypełnienia¹¹. Przykładem umocowania prawnego decyzji właściwego organu może być postanowienie sądu wydane na podstawie art. 14 § 1 pkt 3 prawa upadłościowego o wyznaczeniu syndyka, który zajmować się będzie sprawami majątku stanowiącego masę upadłościową.

Inną podstawą do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą w rozumieniu art. 296 § 1 k.k. jest umowa. Jako termin języka prawa cywilnego oznacza czynność prawną, polegającą na zgodnym oświadczeniu co najmniej dwóch osób, zmierzających do nawiązania stosunku prawnego¹². Umowa, aby stanowić źródło obowiązków i uprawnień, może być zawarta w dowolnej formie, chyba że przepis prawa wymaga zachowania formy szczególnej pod rygorem nieważności (np. formy aktu notarialnego lub formy pisemnej). L. Peiper zalicza do umów jako podstaw prawnych zajmowania się sprawami majątkowymi innych „wszelkie postacie pełnomocnictw ogólnych i szczególnych, powiernictwo, zawiadowstwo, komis,

¹⁰ J. Skorpka, *Prokuratura i Prawo* 1998, nr 2, s. 22.

¹¹ P. Kardas, *Kodeks Karny...*, *op. cit.*, s. 283.

¹² E. Łętowska, *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 1994, s. 92.

prokurę itp.¹³. Zgodnie z wyrokiem z dnia 21 marca 1969 r. podstawy takiej nie stanowi umowa o dzieło. „W ramach takiej umowy osoba wykonująca dzieło działa we własnym imieniu i na własny rachunek, ponosząc ryzyko wykonania lub niewykonania dzieła”¹⁴. Nie stanowią podstawy, o których tu mowa, dzierżawa i użytkowanie, gdyż w oparciu o nie zajmujący się cudzym majątkiem działa na własny rachunek¹⁵. Do grona osób, których obowiązek zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą wynika z umowy, zaliczyć można w szczególności: pełnomocnika, zleceniobiorcę, agenta, komisanta, powiernika itp.

W akcie powierzającym zajmowanie się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą powinny zostać określone obowiązki i uprawnienia tej osoby, czyli powinno zostać wyznaczone jego pole funkcyjne¹⁶. Właśnie przez pryzmat tych obowiązków i uprawnień oceniać należy, czy wyzerpane zostały dalsze znamiona przestępstwa, a mianowicie, czy sprawca przekroczył te uprawnienia względnie nie dopełnił ciężących na nim obowiązków. W ocenie społeczno-etycznej istotą przestępstwa nadużycia zaufania jest to, iż sprawca zawodzi pokładane w nim zaufanie osoby powierzającej mu swoje interesy. U podstaw karygodności takiego zachowania leży obowiązek dochowania wierności podmiotowi, który powierzył je sprawcy. Wyraża się on jednocześnie w priorytecie dbałości o interesy właśnie tego podmiotu w sytuacjach kolizyjnych czy konfliktowych¹⁷.

Do istoty artykułu 296 k.k. należy istnienie szczególnego stosunku prawnego, z którego wynika kompetencja do zajmowania się cudzymi sprawami majątkowymi, w związku z czym reprezentantowi może przysługiwać wynagrodzenie. Wynagrodzenie przysługiwać może za stałe lub okresowe prowadzenie interesów mocodawcy, ale może ono dotyczyć również wykonania konkretnych, z góry ustalonych czynności. W tym wypadku nie może być mowy o uwolnieniu nierzetelnego reprezentanta od odpowiedzialności karnej na podstawie przepisu przewidującego surowszą sankcję (art. 296 § 2 k.k.), gdy dokonuje on danej czynności prawnej oraz pobiera jednocześnie za to wynagrodzenie, wiedząc, że czynność ta wyrządzi znaczną szkodę w majątku mocodawcy. Przestanką zaostrzonej odpowiedzialności karnej w takim wypadku jest działanie sprawcy w celu uzyskania korzyści majątkowej w postaci ustalonego wynagrodzenia¹⁸.

¹³ L. Peiper, Komentarz..., *op. cit.*, s. 581.

¹⁴ Wyrok z dnia 21 marca 1969 r., III KR 160/69, OSNPG 1969, nr 8, poz. 139.

¹⁵ O. Górniok, Przesłanki przestępstwa gospodarczego. Rozdziały XXXVI i XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz, Warszawa 2000, s. 17.

¹⁶ H. Pracki, Nowe rodzaje przestępstw gospodarczych, *Prokuratura i Prawo* 1995, nr 1, s. 45.

¹⁷ O. Górniok, Przesłanki przestępstwa gospodarczego..., *op. cit.*, s. 20.

¹⁸ J. Lachowski, T. Oczkowski, Sporne problemy..., *op. cit.*, s. 62.

Przez sprawy majątkowe na tle artykułu 296 k.k. rozumie się wszystko, co wiąże się z majątkiem i sytuacją majątkową podmiotu gospodarczego¹⁹. Przez majątek rozumieć należy ogół praw majątkowych przysługujących określonej podmiotowi (osobie fizycznej, osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej). W przepisie art. 296 § 1 k.k. pojęcie majątku zostało użyte w węższym znaczeniu, obejmując jedynie prawa majątkowe, czyli aktywa. Obowiązki majątkowe, czyli pasywa, nie wchodzi w skład tak pojmowanego majątku²⁰.

Sprawy majątkowe powierzane sprawcom nadużycia zaufania ujmowano w wykładni na tle k.k. z 1932 r. również szeroko jako „wszystko, co związane jest z majątkiem sytuacją majątkową, np. zarządzanie mieniem, zawieranie umów przenoszących własność, obciążenia majątku, zawarcie ugody sądowej dotyczącej majątku²¹. Włączono w nie „zawiadostwo pewnego majątku (dóbr, domu, przedsiębiorstwa przemysłowego lub handlowego, warsztatu pracy itp.) oraz wszelkie transakcje majątkowe, choćby jednorazowo dokonane, a więc zakup, sprzedaż, załatwienie sporu o majątek, zastępstwo w sprawach majątkowych”²². W konsekwencji za zajmowanie się sprawami majątkowymi uznać należy podejmowanie czynności polegających na: zarządzaniu mieniem (np. przedsiębiorstwa, firmy, spółki), zawieraniu umów w wyniku, których następuje przeniesienie własności, obciążeniu majątku, zniesieniu obowiązków lub przyjęciu zobowiązań obciążających majątek mocodawcy, zawieraniu ugody sądowej, ochronie interesów mocodawcy itp.²³. Poprzez „zajmowanie się sprawami majątkowymi” należy rozumieć taką sytuację, w której sprawca jest zobowiązany lub uprawniony do podejmowania decyzji dotyczących majątku jednego z wymienionych podmiotów. Chodzi o decyzje należące do sfery zarządzania majątkiem, nie będzie np. podlegał odpowiedzialności z art. 296 k.k. strażnik, który zbył lub w inny sposób doprowadził do utraty powierzonego jego pieczy mienia. Strażnik miał wprawdzie obowiązek zajmowania się mieniem (w sensie strzeżenia go), nie miał natomiast powinności ani uprawnień do zajmowania się sprawami majątkowymi, nie zarządzał cudzym mieniem²⁴. Nie mieści się w pojęciu „zajmowanie się” wypełnianie czynności ściśle wykonawczych (służba, robotnicy), ani też wypełnianie ściśle oznaczonych i precyzyjnych poleceń (np. stróżowanie)²⁵. Nie można przyjąć, że „zajmowanie się” oznacza wy-

¹⁹ O. Górniok, O przestępstwie nadużycia zaufania, Pr. Bankowe 1997, nr 4, poz. 95.

²⁰ S. Grzybowski, System prawa cywilnego. Część ogólna, t. 1, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź 1985, s. 462 i n.

²¹ L. Peiper, Komentarz..., *op. cit.*, s. 580.

²² *Ibidem*.

²³ P. Kardas, Kodeks Karny; część szczególna. Komentarz do art. 278–363 k.k., t. 3, pod red. A. Zolla, s. 280.

²⁴ J. Wojciechowski, Kodeks Karny..., *op. cit.*, s. 513.

²⁵ L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego i prawa o wykroczeniach, Kraków 1936, s. 537.

łącznie pełnienie obowiązków opiekuna i zarządcy majątkiem (w całości lub wydzielonej w części), a więc samodzielnie dbanie o wzrost tego majątku i zapobieganie stratom²⁶. Zajmowanie się cudzymi sprawami majątkowymi cechować powinna samodzielność decyzyjna²⁷. Chodzi tu więc o posiadanie uprawnień do podejmowania decyzji i ich realizacji, które jednocześnie wpływają na stosunki majątkowe mocodawcy.

H. Pracki w „zajmowaniu się sprawami majątkowymi” wyróżnił dwa elementy charakteryzujące to pojęcie: statyczny i dynamiczny. Element statyczny rozumiany jest jako „dbałość o zachowanie substancji powierzonego mu w zarząd mienia i uchronienie go przed uszczerbkiem, pomniejszeniem i pogarszaniem stanu interesów majątkowych (tzw. standingu), czyli przed stratami”. Wyraża więc postulat dbałości o zachowanie substancji powierzonego mienia i uruchomienia go przed uszczerbkiem, pomniejszeniem, pogorszeniem stanu interesów majątkowych lub zniszczeniem. Natomiast element dynamiczny wyraża się w „takim wykorzystaniu powierzonego mienia w procesie gospodarowania, aby to mienie zostało powiększone lub wzrosła jego wartość”²⁸. Należy więc rozumieć go jako postulat wykorzystania powierzonego mienia w procesie gospodarowania w taki sposób, aby mienie to zostało powiększone lub aby wzrosła jego wartość albo by prowadzenie działalności gospodarczej przyniosło oczekiwane korzyści. Przy innych formach aktywności, w których osiąganie zysku nie jest podstawowym celem (np. fundacje), aspekt dynamiczny polega na takim zarządzaniu majątkiem, które powinno zapewnić jak najefektywniejszą realizację zamierzonych celów. Istotą aspektu statycznego natomiast jest dbałość o zachowanie substancji powierzonego mienia i uchronienia go przed uszczerbkiem, jak również zabezpieczenie przed jego zniszczeniem lub uszkodzeniem czy też pomniejszeniem lub pogorszeniem stanu interesów majątkowych²⁹.

Według W. Świdy zajmowanie się sprawami majątkowymi innej osoby, jest to pełnienie obowiązków opiekuna i zarządcy majątkiem, a więc samodzielne dbanie o wzrost tego majątku i zapobieganie stratom³⁰. Natomiast L. Peiper wyraził pogląd, że zajmuje się sprawami innej osoby tylko ten, kto ma prawo inicjatywy w tych sprawach lub prawo samodzielnego działania w tym zakresie³¹.

Pojęcie „działalność gospodarcza” ma charakter normatywny i w najogólniejszym ujęciu oznacza każdą działalność mającą cel zarobkowy i podle-

²⁶ W. Świda, I. Andrejew, W. Wolter, Kodeks karny z komentarzem, Warszawa 1973, s. 628.

²⁷ A. Marek, Komentarz do kodeksu karnego. Część szczególna, Warszawa 2000, s. 330.

²⁸ H. Pracki, Nowe rodzaje..., *op. cit.*, s. 44.

²⁹ J. Lachowski, T. Oczkowski, Sporne problemy..., *op. cit.*, s. 64.

³⁰ W. Świda, Prawo Karne, Warszawa 1982, s. 566.

³¹ L. Peiper, Komentarz..., *op. cit.*, s. 381.

gającą obowiązku wpisu do ewidencji lub wyłączoną od tego obowiązku na mocy szczególnego przepisu. W procesie interpretacji pojęcia „działalność gospodarcza” podstawowym punktem odniesienia winny być przepisy ustawy z dnia 6 sierpnia 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej³². Zgodnie z brzmieniem art. 2 ust. 1 działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Wykonywanie działalności gospodarczej w sposób ciągły nie jest jednak cechą, na podstawie której można odróżnić działalność gospodarczą od innej działalności³³. Wskazanie na zarobkowy charakter działalności gospodarczej wiąże się z podkreśleniem, iż jej celem jest przysporzenie zysku podmiotowi ją prowadzącemu. Nie mają więc takiego charakteru działania mające na celu jedynie zaspokojenie potrzeb własnych, które nie służą sprzedaży towaru lub usługi, np. działalność prowadzona wyłącznie dla własnych potrzeb³⁴. Ustawodawca nie chce traktować jako działalności gospodarczej takiej działalności, która ma charakter przypadkowy i nie jest zorganizowana, chociaż przynosi wykonującemu mu podmiotowi zarobek. Chodzi w szczególności o czynności wykonywane w ramach pomocy sąsiedzkiej lub koleżeńskiej bądź w ramach tzw. grzeczności, chociażby ich wykonanie było odpłatne. Nowa ustawa zrezygnowała natomiast z używania nazwy tzw. uboczne zajęcia zarobkowe i ich ewidencjonowania, co przewidywała poprzednia ustawa w art. 9. To zaś oznacza, że obecnie zajęcia takie są traktowane jako działalność gospodarcza, o ile odpowiadają innym jej cechom normatywnym³⁵.

Według P. Kardasa działalność gospodarcza jako znamię nadużycia zaufania obejmuje również organizacyjno-gospodarczą działalność państwa³⁶. Pogląd ten budzi zastrzeżenia dlatego, iż ten rodzaj działalności państwa w sferze gospodarczej nie ma celu zarobkowego. Ponadto, wobec pozbawienia w nowym kodeksie karnym przepisu art. 231 (nadużycia służbowe) charakteru subsydiarnego, rozszerzająca wykładnia znamienia „działalność gospodarcza” wydatnie powiększy pole zbiegu art. 296 k.k. o częste okazje konkurowania z art. 231 k.k. P. Kardas twierdzi, że w pojęciu „działalność gospodarcza” mieszczą się działania podejmowane przez funkcjonariuszy publicznych reprezentujących interesy państwa lub instytucji komunalnych

³² Dz. U. z dnia 17 grudnia 1999 r., Nr 101, poz. 1178.

³³ C. Kosikowski, Nowa ustawa o działalności gospodarczej, PIP 2000, nr 1, poz. 3.

³⁴ E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Wieńczyło-Chlabicz, Działalność gospodarcza i przedsiębiorca na gruncie ustawy prawo działalności gospodarczej, PPH 2000, nr 4, poz. 13.

³⁵ C. Kosikowski, Nowa ustawa..., *op. cit.*

³⁶ P. Kardas, Kodeks Karny..., *op. cit.*, s. 286.

(gmin, związków międzygminnych), jeżeli występują one jako podmioty gospodarcze, równoprawne z innymi uczestnikami obrotu gospodarczego i prowadzą działalność zarobkową. Do działalności gospodarczej nie zalicza się natomiast tzw. organizacyjno-gospodarczej działalności państwa, z uwagi na prowadzenie tej działalności w celach innych niż zarobkowe. W naszych warunkach przechodzenia do pełnej gospodarki rynkowej stosunkowo liczni funkcjonariusze publiczni reprezentują interesy państwa czy instytucji komunalnych jako podmiotów gospodarczych, równoprawnych z innymi uczestnikami obrotu gospodarczego (przedsiębiorstw państwowych, jednoosobowych spółek Skarbu Państwa) uprawiających zarobkową działalność gospodarczą. Funkcjonariusze publiczni występują również w innych rolach państwa, organizując w jego imieniu działalność gospodarczą na niektórych obszarach i realizując państwową politykę ekonomiczną. Skoro przedmiotem ochrony art. 296 k.k. są interesy majątkowe i działalność gospodarcza w celach zarobkowych, to nie mieszczą się w jego zasięgu funkcje władcze państwa lub innych instytucji publicznych polegające na organizowaniu sfery działalności gospodarczej, stosownie do przyjętej polityki ekonomicznej³⁷.

Elementem towarzyszącym także w różnym stopniu zajmowaniu się cudzymi sprawami majątkowymi i działalnością gospodarczą jest ryzyko. Wątpliwości budzi tutaj kwestia, czy szczególny stopień ryzyka nie powinien wykluczać pewnych rodzajów działalności gospodarczej z zakresu znamion art. 296 k.k. Wątpliwości te znalazły wyraz w skierowanym do Sądu Najwyższego pytaniu: „czy przestępstwo niegospodarności obejmuje swoim zakresem podmiotowym działalność kredytową banków?” Sąd Najwyższy w swoim postanowieniu z dnia 27 kwietnia 1994 r., I KZP 6/94 (Inf. Praw. 1994, nr 4–6, poz. 1) odmówił odpowiedzi na to pytanie. W uzasadnieniu jednak wyraził pogląd wyjaśniający powyższą wątpliwość. Uznał, że obowiązujące przepisy karne nie dają podstaw do ograniczenia zawartego w nim zwrotu „działalność gospodarcza” ze względu na związany z nią element ryzyka. Każda bowiem taka działalność pozbawiona ryzyka traciłaby swój dynamizm. Element ryzyka brany jest pod uwagę przy rozpoznawaniu w konkretnych stanach faktycznych przedmiotowych i podmiotowych znamion przestępstwa. W szczególności ustala się, czy podejmujący decyzje wykazał wymaganą w danych okolicznościach dbałość o interesy mandanta oraz czy i w jakiej postaci naruszenie tego obowiązku dbałości było zawinione³⁸. Okoliczność wyłączająca bezprawność czynu ujęta w art. 27 k.k. odnosi się do tzw. ryzyka nowatorskiego, tj. podejmowanego w warunkach, do których zgromadzona dotychczas wiedza i doświadczenie nie dostarczały jeszcze odpowiednich reguł bezpieczeństwa postępowania. W większości

³⁷ O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, Toruń 1997.

³⁸ O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze...*, *op. cit.*, s. 22.

spraw gospodarczych koniecznym jest podejmowanie przedsięwzięć bardziej ryzykownych, pożądanym dla uzyskania lepszych efektów oraz maksymalnych zysków, jednak nie mamy tu do czynienia z ryzykiem nowatorskim, a z ryzykiem życia codziennego, powszechnym³⁹.

W podsumowaniu można stwierdzić, że wiele kwestii z zakresu wykładni art. 296 k.k., między innymi wyjaśnienia pojęcia „zajmowania się cudzymi sprawami lub działalnością gospodarczą”, w dalszym ciągu wzbudza kontrowersje i trudnym będzie jednoznacznie ją doprecyzować. Należy pamiętać, iż charakter dziedziny, z jaką jest związane funkcjonowanie przestępstwa nadużycia zaufania, jest niezwykle skomplikowany. Ze względu na rozwój i odrębne reguły funkcjonowania obrotu gospodarczego, nie jest na pewno wskazane kazuistyczne ujęcie tego przestępstwa, które by rozwiązało wątpliwości pojawiające się na gruncie obecnej regulacji prawnej.

³⁹ *Ibidem*.