

PRAWO KRZYWDZĄCE PRZEDSIĘBIORCÓW

*Prawa natykają się zawsze na namiętności
i na przesady prawodawcy.
Czasami przechodzą przez nie i barwią się od nich;
czasem utkwią w nich i wrosną w nie.*

Montesquie

Cezary Kulesza

PRAWO
KRZYWDZĄCE PRZEDSIĘBIORCÓW

Wybrane aspekty ingerencji państwa
w sferę wolności działalności gospodarczej



Temida 2

Białystok 2004

© Copyright by Temida 2,
Białystok 2004

Żadna część tej pracy nie może być powielana i rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie i w jakikolwiek sposób (elektroniczny, mechaniczny), włącznie z fotokopiowaniem, bez pisemnej zgody wydawcy.

ISBN 83–86137–99–1

Recenzent

Cezary Kosikowski

Opracowanie graficzne i typograficzne

Jerzy Banasiuk

Opracowanie graficzne okładki

Jerzy Stachijuk

Redakcja techniczna

Jerzy Banasiuk

Korekta

Marian Suchożebrski

Wydawca: **Temida 2**

Przy współpracy i wsparciu finansowym Wydziału Prawa
Uniwersytetu w Białymstoku

Spis treści

Rozdział I

Uwagi wstępne	7
----------------------------	---

Rozdział II

Zasada wolności gospodarczej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego .14	
---	--

1. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego odwołujące się wprost do zasady wolności gospodarczej14
2. Zasada wolności gospodarczej na tle zasady demokratycznego państwa prawa38
3. Zasady konstytucyjne odnoszące się do sfery finansów publicznych48

Rozdział III

Niektóre ograniczenia i zagrożenia swobody działalności gospodarczej w prawie handlowym i gospodarczym	62
---	----

1. Prawo handlowe62
2. Ograniczenia zasady wolności gospodarczej w ustawie prawo działalności gospodarczej73
3. Zakończenie działalności gospodarczej87

Rozdział IV

Prawo karne a ochrona interesów przedsiębiorców	104
--	-----

1. Ochrona interesów przedsiębiorców w kodeksie karnym z 1997 r.....105
2. Prawnokarna ochrona interesów przedsiębiorców w wybranych przepisach pozakodeksowych.....153

Rozdział V

Karnoprawna ochrona fiskalnych interesów państwa a prawa podatnika	170
--	-----

1. Materialnoprawne aspekty odpowiedzialności karnej skarbowej podatnika172
2. Postępowanie karne skarbowe a prawa podatnika189

Rozdział VI

Ingerencja państwa w stosunki pracodawca – pracownik oraz w sferę ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych	208
1. Ograniczenia swobody przedsiębiorcy w sferze polityki zatrudnienia.....	208
2. Zasada wolności gospodarczej a ochrona związkowców	219
3. Ograniczenia wynikające z systemu ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych	228
4. Lekarze jako przedsiębiorcy	246

Rozdział VII

Pozycja przedsiębiorcy w polskim systemie prawnym – podsumowanie	269
Wykaz aktów prawnych ojętych analizą	305
Bibliografia	307

UWAGI WSTĘPNE

W obecnej rzeczywistości oczywista jest konieczność ingerencji państwa w sferę gospodarki; mimo różnych podejść doktrynalnych do problemu interwencjonizmu państwowego. Do podstawowych form zachowań państwa wobec gospodarki należy tworzenie prawa, programowanie i planowanie gospodarcze oraz realizacja polityki gospodarczej.¹ Konieczność interwencjonizmu państwowego wynika z różnorodnych przyczyn o charakterze politycznym, ekonomicznym i społecznym. Państwo jest zobowiązane do chronienia ustroju gospodarczego, realizacji funkcji ogólnospołecznych (takich jak obrona suwerenności), zapewnienia społeczeństwu bezpieczeństwa i porządku publicznego, edukacji i opieki zdrowotnej, udzielania pomocy i świadczeń społecznych oraz realizacji innych zadań wiążących się z wydatkami publicznymi. Ciężar tych wydatków musi ponieść społeczeństwo, zaś państwo ma zapewnić stworzenie – sprawiedliwego społecznie – systemu gromadzenia dochodów publicznych oraz racjonalnego wykorzystania ich na cele publiczne, co wymaga wkraczania państwa w sferę gospodarczą, jako źródła realnego produktu.² Realizacja tych funkcji państwa nie powinna preferować interesów określonych grup społecznych przez nadmierne obciążanie kosztami rozwoju i pokrzywdzenie innych obywateli

Pokrzywdzenie jest pojęciem często używanym w języku potocznym. W języku prawniczym należy tu podnieść znany cywilistycznie podział szkód na majątkowe i niemajątkowe, czyli krzywdy. Szkada majątkowa oznacza realny uszczerbek w majątku człowieka bądź utratę przez niego spodziewanych korzyści majątkowych (*damnum emergens* i *lucrum cesans* – art. 415 kc.). Natomiast zakres pojęcia krzywdy, czyli szkody niemajątkowej obejmuje zarówno uszczerbek na zdrowiu fizycznym bądź psychicznym czy też krzywdy moralne, jak również naruszenie dóbr osobistych (por. art. 444–448 kc.). W przeciwieństwie do szkody majątkowej nie wywołuje ona skutków w majątku uprawnionego, lecz stanowi naruszenie dóbr i interesów chronionych przez prawo, w tym czci i dobrego imienia, sfery prywatności, tajemnicy korespondencji czy dóbr osobistych, także w stosunkach gospodarczych.³ Oba te rodzaje szkody będą w niniejszej pracy określane mianem pokrzywdzenia. Mogą być spowodowane przez człowieka jako osobę fizyczną,

1 Por. np. C. Kosikowski: Polskie publiczne prawo gospodarcze (wyd. IV), Warszawa 2001, s. 66–112.

2 Ibidem, s. 60–61

3 A. Sinkiewicz: Pojęcie i rodzaje szkody w polskim prawie cywilnym, Rejent 1998/2/59; M. Safjan: Ochrona majątkowa dóbr osobistych po zmianie kodeksu cywilnego, PPH 1997/1/10.

osobę prawną, jednostkę organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej, organizacji społeczne, samorządowe bądź państwo i jego organy. Wszystkie wyżej wymienione postacie pokrzywdzenia stanowią, generalnie rzecz biorąc, przejawy naruszenia bądź zagrożenia dóbr prawnych obywatela (w tym przypadku przedsiębiorcy) dokonane przez działanie bądź zaniechanie. Problematyka tego opracowania będzie obejmowała pokrzywdzenie przedsiębiorcy dokonywane przez państwo i działające w jego imieniu organy stanowiące i stosujące prawo. Przedsiębiorca będzie tu traktowany jako podmiot pokrzywdzenia (realnego bądź potencjalnego) w drodze naruszenia przez organy państwa jego dóbr prawnych (działanie) bądź też odmowę ich ochrony (zaniechanie).

Definiując w dość swobodny sposób dla potrzeb niniejszego opracowania pokrzywdzenie, natykamy się przynajmniej na dwa problemy. Ze względu na aspekt potencjalności pokrzywdzenia i wymogu bezprawności działania podmiotu naruszającego dobra chronione przez prawo cywilne pojęcie cywilistyczne szkody (w obu jej aspektach) wydaje się zbyt wąskie. Dlatego też rezygnuje się tutaj ze stosowania pojęcia poszkodowanego znanego cywilistycy, zastępując je pojęciem pokrzywdzonego zapożyczonym z prawa karnego. Wynika to przede wszystkim z faktu, iż pojęcie poszkodowanego łączy się w sposób nierozzerwalny z pojęciem szkody, której określenie w przypadku naruszenia bądź zagrożenia chronionych dóbr prawnych przedsiębiorcy nie zawsze będzie możliwe zgodnie z wymogami prawa cywilnego. Natomiast art. 49 par. 1 kodeksu postępowania karnego z 1997r. definiuje pokrzywdzonego jako osobę fizyczną bądź prawną, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo. Z kolei jeden z nurtów wiktymologii jako nauki o ofierze przestępstwa (zwany nową wiktymologią) interesuje się „pokrzywdzeniem” w znaczeniu szerszym niż prawo, zarówno karne, jak i cywilne, obejmując nim również wszelkie naruszenia wolności i praw obywatelskich dokonywane przez organy państwa, w tym organy stanowiące i stosujące prawo.⁴

Drugi problem wynika z faktu, iż w opracowaniu przyjęto założenie, iż również prawo może być źródłem pokrzywdzenia obywateli, w szczególności przedsiębiorców. W tym też kontekście niezbędne jest określenie pojęcia prawa jakie będzie tu stosowane, a także zdefiniowanie istoty tego pokrzywdzenia.

Do historii odeszło już rozumienie prawa przyjęte w doktrynie marksistowskiej jako wyrazu interesów klasy panującej. Podobnie nie może się ostać koncepcja prawa jako *consensusu* zawartego pomiędzy grupami społecznymi, a mającego na celu zapewnienie porządku społecznego i sprawne funkcjonowanie państwa. Jednakże nie wglębiając się w spory doktrynalne wokół definicji prawa wystę-

4 R. Eljas: *Victims of the System. Crime Victims & Compensation in American Politics*, New Brunswick–London 1983. Por. także C. Kulesza: *Rola pokrzywdzonego w procesie karnym w świetle ustawodawstwa i praktyki wybranych krajów zachodnich*, Białystok 1995, s. 17–26 i podana tam literatura.

pujące w literaturze przedmiotu nie sposób nie zauważyć, iż dość często prawo realizuje interesy państwa, poszczególnych grup społecznych (bądź nawet obywateli) kosztem innych grup społecznych. Jeśli chodzi o zakres tego pojęcia, to wzorem doktryny amerykańskiej jest ono rozumiane bardzo szeroko. Przedmiotem rozważań będzie nie tylko (i nie przede wszystkim) prawo stanowione i skodyfikowane (*law in books*), lecz także prawo stosowane, prawo w działaniu (*law in action*). Płaszczyzna prawa stanowionego obejmować będzie zarówno akty ustawowe jak i akty wykonawcze.

Również orzecznictwo Sądu Najwyższego i NSA będzie stanowiło podstawę do analizy procesu stosowania prawa – prawa w działaniu. Szczególne znaczenie dla naruszeń bądź zagrożeń wolności obywateli mają nie tyle normy prawa materialnego, co procedury ich stosowania (określone przez ustawę) i oparta na nich praktyka organów państwa.

Tak więc dla potrzeb tej pracy przez pokrzywdzenie przez prawo rozumie się naruszenie bądź zagrożenie przez normy prawne i stosujące je organy państwa podstawowych praw i wolności osób prowadzących działalność gospodarczą.

W związku z tym powstaje problem, czy możliwe jest, aby prawo naruszało dobra prawne obywateli? Celem podjęcia próby rozwiązania tego problemu należałoby sięgnąć do dóbr chronionych aktami wyższego rzędu niż akty ustawowe. Możliwe byłoby tu nawiązanie do koncepcji praw naturalnych człowieka czy aktów prawa międzynarodowego, jak Pakty Praw Obywatelskich i Politycznych. Ponieważ problematyka niniejszej pracy obejmuje jedynie rzeczywistość polską, za punkt odniesienia przyjęto podstawowe prawa obywatelskie gwarantowane przez akt najwyższego rzędu – Konstytucję RP z 1997 r. Akt ten określa w art. 20 i 22 zasadę wolności prowadzenia działalności gospodarczej. Zasada ta jest określona również w art. 5 ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – prawo o działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178. z późn. zm.) stwierdzający, iż podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa.

Dlatego też akty prawa materialnego, formalnego oraz oparte na nich praktyki stosowania prawa będą analizowane pod kątem ich zgodności z tą zasadą.

Instytucjonalną formą badania zgodności ustawodawstwa z Konstytucją RP jest oczywiście Trybunał Konstytucyjny. Dlatego też znaczną część opracowania poświęcono orzecznictwu Trybunału odnoszącego się bezpośrednio lub pośrednio do konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej. Jednakże już na początku wypada wskazać, w kontekście celu niniejszej monografii, na ograniczoność tego modelu badania konstytucyjności ustaw i aktów wykonawczych.

Po pierwsze: Trybunał nie dokonuje badania konstytucyjności ustawodawstwa z urzędu, lecz jedynie na wniosek uprawnionego podmiotu, i to w granicach tego

wniosku. W związku z tym nie są z reguły przedmiotem jego rozpoznania nie kwestionowane przez wnioskodawcę części aktu prawnego, chociażby ich konstytucyjność była wątpliwa.

Po drugie: przy ocenie zgodności z Konstytucją zaskarżonego aktu prawnego Trybunał bierze pod uwagę nie tylko i nie przede wszystkim poszanowanie praw przedsiębiorców gwarantowanych przez zasadę wolności gospodarczej, lecz i inne wartości konstytucyjne bądź też niekiedy nie wynikające z tego aktu, a nawet względy pozaprawne, np. skutki finansowe dla Skarbu Państwa mogące ewentualnie wynikać z uchylecia przepisu niezgodnego z Konstytucją. Orzecznictwo Trybunału odwołuje się często do takich pojęć jak solidaryzm i sprawiedliwość społeczna, koszty ponoszenia transformacji społecznej, względna swoboda ustawodawcy przy stanowieniu prawa daninowego.

Po trzecie: wydaje się, że z powyższych względów w linii orzecznictwa Trybunału można doszukać się generalnej tendencji do zapewnienia stabilności uchwalonego prawa, nawet jeśli jest to prawo krzywdzące przedsiębiorców. W szczególności – jak wykaże analiza przeprowadzona w dalszej części opracowania – niekiedy nawet kanon zachowania przez ustawodawcę wymogów przyzwoitej legislacji musi ustąpić wartościom uznawanym przez Trybunał Konstytucyjny za dostatecznie istotne, aby utrzymać w mocy akty prawne nie spełniające tych wymogów.

W związku z tym także akty prawne, które przeszły pozytywnie weryfikację Trybunału mogą być nadal prawem krzywdzącym przedsiębiorców do czasu ich uchylecia przez samego ustawodawcę (np. wskutek nacisku samorządu przedsiębiorców) bądź też względnego sanowania przez stosujące wadliwe prawo sądy, w szczególności Sąd Najwyższy.

Kolejny problem polega na tym, czy zakresem pokrzywdzenia powinno obejmować się jedynie realne naruszenie dóbr chronionych przez zasadę wolności gospodarczej, czy także ich zagrożenie. Załączeniem obu aspektów przemawia chociażby sięgnięcie, w drodze dość daleko idącej analogii, do pojęcia pokrzywdzonego przyjętego w art. 49 polskiego kpk z 1997 r. Dlatego też za uprawnione i sensowne należy uznać przeprowadzenie analizy norm prawnych i procesu ich stosowania pod kątem nie tylko naruszeń, lecz także zagrożeń, jakie tworzą, bądź mogą tworzyć dla zasady wolności gospodarczej. Jeśli chodzi o przedmiotowy zakres rozważań w tym opracowaniu, to obejmował on będzie m.in. wybrane aspekty publicznego prawa gospodarczego jako prawa interwencji państwa i jego organów w sferze gospodarczej, w szczególności dotyczące form prawnych prowadzenia działalności gospodarczej, ochrony prawnej mechanizmów gospodarczych i praw ekonomicznych oraz organizację i formy prawne ingerencji państwa w stosunki gospodarcze⁵. Analizą objęte będą również wybrane aspekty prawa handlo-

5 C. Kosikowski, op. cit., s. 20–28.

wego, cywilnego oraz prawa pracy i ubezpieczeń społecznych jako regulujące stosunki między zasadniczo równouprawnionymi podmiotami, gdzie wpływ państwa nie ma zasadniczo form bezpośredniej ingerencji, a jedynie sprowadza się do określania prawnych ograniczeń swobody kształtowania tych stosunków. Poza zakresem rozważań pozostawiono natomiast prawo publicznej działalności gospodarczej, gdzie w roli przedsiębiorcy występuje państwo bądź jednostki samorządu terytorialnego.

To opracowanie nie ma wyłącznie wymiaru teoretycznego, lecz w dużej mierze bazuje na obserwacjach praktyki. Autor oparł swoje rozważania nie tylko na wiedzy zdobytej w dziedzinie wiktymologii i prawa karnego, lecz także na doświadczeniach zebranych w trakcie kontaktów z przedsiębiorcami jako dyrektor Izby Gospodarczej, dyrektor Centrum Doradczego Biznesu (działającego w ramach Funduszu PHARE), jak również kilkunastoletniej praktyki radcy prawnego a obecnie adwokackiej.

Moje opracowanie – ze względu na szeroki zakres objętego nim ustawodawstwa – nie może siłą rzeczy mieć charakteru kompleksowego i wyczerpującego. Analizą objęto, jak wynika z tytułu pracy, jedynie wybrane aspekty ingerencji państwa w zasadę wolności gospodarczej. Dlatego też analiza dotyczy tych aktów prawnych, bądź ich poszczególnych regulacji, które pozostają w najbardziej jaskrawej sprzeczności z powyższą zasadą, naruszając ją bądź ograniczając jej działanie. Tego typu podejście może rodzić pozory pewnej stronniczości i subiektywizmu w ocenie funkcjonującego systemu prawa. Nie ulega żadnej wątpliwości, iż system ten w dużym stopniu sprzyja rozwojowi przedsiębiorczości prywatnej (w porównaniu z minioną epoką) pełniąc funkcje ochronną i stymulującą, także w stosunku do przedsiębiorców. Jednakże zamierzeniem niniejszej pracy jest wykazanie swoistych patologii prawa „utrudniających życie” osób prowadzących działalność gospodarczą.

Wybór przedsiębiorcy jako podmiotu regulacji ustawowych i prawa stosowanego jest uzasadniony chociażby faktem znaczenia przedsiębiorczości prywatnej, jako podstawy rozwoju nowoczesnego państwa. Fakt ten został również dostrzeżony przez twórców Konstytucji RP z 1997 r., która w art. 20 stanowi, iż „Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej”.

W opracowaniu przyjęto podstawową terminologię w oparciu o definicje ustawowe. I tak **działalnością gospodarczą** w rozumieniu ustawy jest zarobkowa działalność wytwórcza, handlowa, budowlana, usługowa, oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i eksploatacja zasobów naturalnych, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły (art. 2 ust. 1 ustawy prawo o działalności gospodarczej). Z kolei **przedsiębiorcą** może być osoba fizyczna, osoba prawna, oraz nie mająca osobo-

wości prawnej, spółka prawa handlowego, która zawodowo, we własnym imieniu podejmuje i wykonuje działalność gospodarczą (art. 2 ust. 2 prawa o działalności gospodarczej).

Przedmiotem naszych rozważań będą w szczególności administracyjno–prawne instrumenty regulacji swobody działalności gospodarczej jak i jej ograniczenia wynikającej z szeroko rozumianego prawa gospodarczego i handlowego, w szczególności ustawy z 19. listopada 1999 r. Prawo o działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178. z późn. zm.) i obowiązującej od 01. stycznia 2001 r. ustawy z dnia 19 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 1073), który zastąpił wprowadzony na mocy rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27. czerwca 1934 r. kodeks handlowy (Dz.U. Nr 57, poz. 502 z późn. zm.).

Szczególnie istotne ograniczenia w dziedzinie działalności gospodarczej stwarza niewątpliwie prawo karne jako ostateczny środek (*ultima ratio*) egzekwowania przymusu państwowego. Analizą objęto tutaj przede wszystkim przepisy ustawy z dnia 06. czerwca 1997 r. kodeks karny (Dz.U. Nr 88 poz. 553 z późn. zm.) dotyczące ochrony obrotu gospodarczego i chroniące finansowe interesy państwa w tym obrocie – regulacje ustawy z dnia 10. września 1999 r. kodeks karny skarbowy (Dz.U. Nr 83 poz. 930 z późn. zm.).

Ze względu na zakres poruszanej tu tematyki zrezygnowano z analizy ustawodawstwa podatkowego, które niewątpliwie stanowi jeden z najbardziej dotkliwych, aczkolwiek koniecznych aspektów prowadzenia działalności gospodarczej. Zabieg taki jest usprawiedliwiony z jednej strony bogatą literaturą przedmiotu, z drugiej zaś skomplikowaniem i obszernością problemu. Jednakże pewne wybrane akcenty podatkowe wystąpią w tle prowadzonych tu rozważań.

Jednym z aspektów prowadzenia działalności gospodarczej jest występowanie przedsiębiorcy w roli pracodawcy zatrudniającego pracowników. Pracodawcą jest jednostka organizacyjna, choćby nie posiadała osobowości prawnej, a także osoba fizyczna, jeżeli zatrudniają one pracowników (art. 3 ustawy kodeks pracy), zaś pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania, lub spółdzielczej umowy o pracę (art. 2 powołanej ustawy). Kodeks pracy i związane z nim akty prawne, a w szczególności ustawa z dnia 23. maja 1991 r. o związkach zawodowych (Dz.U. Nr 55 poz. 236 z późn. zm.) narzucają przedsiębiorcy jako pracodawcy szereg ograniczeń w prowadzonej polityce zatrudnienia i polityce płacowej. W sferze dochodzenia roszczeń pracowniczych przed sądami pracy należy stwierdzić również znajdującą oparcie w ustawie wyraźną nierówność stron procesowych przez preferowanie interesów pracowników nad interesy przedsiębiorcy.

Nadmierna ingerencja państwa reprezentowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w sferę ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych w imię idei solidar-

ności czyni ze składek na to ubezpieczenie (i trybu ich egzekwowania) poważne obciążenie swobody działalności gospodarczej. Przedsiębiorcy jako grupa społeczna ponoszą najwyższe koszty realizacji *de facto* socjalnych funkcji państwa otrzymując w zamian świadczenia ubezpieczeniowe i zdrowotne na takim samym poziomie jak inni obywatele.

W tej części opracowania znaczną uwagę zwrócono na sytuację prawną lekarzy, jako szczególnej kategorii przedsiębiorców. Wybór tej grupy zawodowej i analiza ich statusu właśnie w tym rozdziale wynika z jej specyfiki, zasadniczo zdeterminowanej przez kolejne reformy systemu ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych powodowane nie tyle względami racjonalnymi, co politycznymi. Polityka państwa oraz mass–mediów wydaje się zmierzać do skonfliktowania tej grupy z pozostałymi przedsiębiorcami, celem ukrycia błędów państwa przy reformowaniu tak istotnej dla wszystkich obywateli dziedziny życia społecznego jak ochrona zdrowia. Mimo dającej się zauważyć pewnej nagonki mediów na lekarzy i całą służbę zdrowia, przypominającej jako żywo sterowaną odgórnie kampanię medialną towarzyszącą w minionej epoce chociażby sprawie zabójstwa Grzegorza Przemyska, kolejne sondaże wykazują niską ocenę systemu ochrony zdrowia przy jednocześnie wysokim prestiżu społecznych samych lekarzy. Warto dodać, iż analizą objęto nie tylko obowiązujące ustawodawstwo, lecz także wybrane aspekty jego ewolucji.

Opracowanie wieńczy wnioski końcowe dotyczące podstawowych przyczyn pokrzywdzenia przedsiębiorców w procesie tworzenia i stosowania prawa. Podjęta zostanie próba wartościowania tych czynników z punktu widzenia z jednej strony – ochrony słuszych interesów państwa i społeczeństwa, z drugiej zaś – zapewnienia przedsiębiorcom niezbędnej swobody w prowadzeniu działalności gospodarczej.

Za trudy związane z recenzją wydawniczą chciałbym serdecznie podziękować Prof. zw. dr hab. Cezaremu Kosikowskiemu, którego cenne uwagi, jako eksperta poruszanej w pracy problematyki znacznie wpłynęły na jej ostateczny kształt.

Wyrazy wdzięczności jestem winien także aplikantowi radcowskiemu, mgr. Andrzejowi Ołyńskiemu za pomoc przy opracowaniu materiałów wykorzystanych w niniejszej monografii życząc mu, aby zdobytą w ten sposób wiedzę wykorzystał w przyszłej praktyce radcy prawnego.

ZASADA WOLNOŚCI DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ W ORZECZNICTWIE TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO

1. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego odwołujące się wprost do zasady wolności działalności gospodarczej

Jak już wspomniano wcześniej zasadę wolności działalności gospodarczej jako podstawę rozwoju społecznego określają art. 20 i 22 Konstytucji RP z 1997 r. W szczególności art. 22 stwierdza, iż „Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny” Wolność gospodarcza jako pojęcie doktrynalne ma niewątpliwie różne aspekty, w tym ekonomiczny, polityczny i jurydyczny. Zgodnie z założeniem tej pracy przedmiotem rozważań będzie wolność gospodarcza jako konstrukcja danego porządku prawnego oznaczająca domniemanie swobody podejmowania i prowadzenia działalności przedsiębiorców, której ograniczenia muszą wynikać z wyraźnych przepisów ustawy. Wolność gospodarcza stanowi tak zwane publiczne prawo podmiotowe o charakterze „negatywnym” przejawiające się w sferze działalności gospodarczej jako zasada, że wszystko, co nie jest zakazane, jest dozwolone.¹ Taka definicja została przyjęta już w orzecznictwie Sądu Najwyższego w oparciu o poprzednią konstytucję i ustawę o działalności gospodarczej z dnia 23. grudnia 1988 r. (Dz.U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm.). W uchwale 7. sędziów Sądu Najwyższego z 10. stycznia 1990 r. (III CZP 97/89²) stwierdzono” ...art. 6 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej gwarantuje swobodę działalności gospodarczej bez względu na formę własności, a ograniczenie tej swobody może nastąpić jedynie w ustawie, w myśl zaś art.1 ustawy o działalności gospodarczej podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej jest wolne i dozwolone każdemu na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. Wymienione przepisy proklamują zasadę „wolności gospodarczej”. Wszelkie wyłączenia od tej zasady lub jej ograniczenia mogą wynikać tylko z wyraźnego przepisu ustawy lub przepisu wydanego na podstawie ustawy. W razie braku takich przepisów szczególnych przyjęć należy domniemanie na rzecz wolności gospodarczej. Z takiego rozwiązania prawnego wynika dyrektywa interpretacyjna, stosownie do której wszel-

1 Por. np. R.W. Kaszubski, J. Kólkowski: Wolność gospodarcza w świetle Konstytucji RP, Glosa 2000/6/6; S. Biernat: Podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda, PPH 1994, nr 9; C. Kosikowski: op. cit., s. 162–181.

2 OSNC 1990/6/74

kie wątpliwości wyłaniające się przy wykładni obowiązujących przepisów należy tłumaczyć zawsze na rzecz swobody działalności gospodarczej (*in dubio pro libertate*) i równocześnie z zastrzeżeniem, że wyjątków od zasady swobody działalności gospodarczej nie wolno interpretować rozszerzająco (*exceptiones non sunt extendae*)³.

Zasada wolności gospodarczej znalazła poczesne miejsce także w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, które dotyczy poprzednio obowiązującej konstytucji, a zachowującego swoją aktualność w konstytucji obecnej. W szeregu orzeczeń Trybunał Konstytucyjny podkreślał rangę wyrażonej w art. 6 poprzedniej konstytucji i art. 22 nowej konstytucji (uchwalonej przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2. kwietnia 1997 r.) zasadę swobody działalności gospodarczej (por. np. orzeczenie z dnia 26. kwietnia 1995 r. sygn. akt: K11/94⁴).

Z jednolitej linii wcześniejszego orzecznictwa Trybunału wynikają następujące tezy:

- ograniczenia tej działalności powinny mieć rangę ustawową, być wprowadzane tylko w niezbędnym zakresie, traktowane w kategorii wyjątków i nie mogą naruszać jej istoty (por. np. uchwała Trybunału Konstytucyjnego z 02. marca 1994 r., W. 3/93)⁵,
- ograniczenia takiej swobody (nawet w formie ustawy) nie mogą być dowolne, powinny mieć u podstaw względy racjonalne, być uzasadnione merytorycznie na tyle, by w konflikcie z zasadą „swobodnej działalności gospodarczej” rachunek aksjologiczny przeważał na korzyść ograniczenia (por. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 20. sierpnia 1992 r., K.4/92)⁶.

Trybunał Konstytucyjny wywodził z art. 1 przepisów poprzedniej konstytucji zasadę proporcjonalności w odniesieniu do ustawowych ingerencji w sferę praw i wolności jednostek. Uznawał, że ustawodawca nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, a zwłaszcza zatracających proporcję między stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego, który w ten sposób ma podlegać ochronie. Zakaz ten jest jednym z przejawów zasady ochrony zaufania obywatela do państwa (orzeczenie z 09. stycznia 1996 r. sygn. akt: K 18/95)⁷.

Warto dodać również, iż wyłącznie ustawową ingerencję w ograniczenie zasady swobody działalności gospodarczej dostrzega także Sąd Najwyższy. W wyroku z dnia 13. grudnia 1990 r. (SN III ARN 31/90 niepublikowane) SN stwierdził, iż

3 S. Biernat, A. Wasilewski: Wolność gospodarcza w Europie, Zakamycze 2000, s. 135–136.

4 OTK 1995 nr 1, poz. 12 oraz cytowane tam orzeczenia.

5 OTK 1994. str. 158–159.

6 OTK 1992, nr 2 poz. 22.

7 OTK 1996, nr 1/4.

„Sąd nie jest związany tymi postanowieniami rozporządzenia Rady Ministrów wydanego na podstawie ustawy i w celu jej wykonania, które sprzeczne są z wynikającą z art. 6 Konstytucji RP oraz z art. 1 ustawy z dnia 23. grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm.) ustrojową zasadą swobody prowadzenia działalności gospodarczej przysługującej każdemu na równych prawach z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa”.

Podobne stanowisko, aczkolwiek dotyczące prawno–karnych ograniczeń wolności gospodarczej, na tle art. 1 poprzedniej konstytucji zajmował także Trybunał Konstytucyjny. W orzeczeniu z 26. kwietnia 1995 r. K11/94.⁸ Trybunał stwierdził: ”ustawowe sformułowanie przepisów karnych represyjnych musi w sposób zupełny odpowiadać zasadzie określoności. Oznacza to, że sama ustawa musi w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny definiować wszystkie znamiona czynów zagrożonych karą”. Trybunał w uzasadnieniu swojego orzeczenia wyjaśnia dalej, iż nie może tego dokonywać akt wykonawczy, bo w prawie karnym wyłączność ustawy ma charakter bezwzględny.

Powyższe reguły ochrony wolności gospodarczej są pochodną ogólnego wymogu współmierności ingerencji ustawodawcy we wszelkie konstytucyjne prawa obywatela do celu jakim służyć mają ograniczenia tych praw. Jak podkreśla się w doktrynie⁹, z szeregu zapisów obecnej Konstytucji RP można wywieść generalną zasadę, iż wszelkie ograniczenia praw oraz wolności człowieka i obywatela mogą być „ustanawiane” lub „określane” jedynie w ustawie i tylko wówczas, gdy jest to niezbędne do osiągnięcia celów wskazanych w tej konstytucji, a równocześnie – nie powoduje naruszenia istoty danego prawa czy wolności.

Zdaniem S. Biernata i M. Wasilewskiego przyjęte w przepisach konstytucyjnych ujęcie wolności działalności gospodarczej traktowanej jako podstawowa zasada ustrojowa Rzeczypospolitej (art. 20 oraz art. 22 Konstytucji RP z 1997 r. zamieszczone zostały w jej rozdziale I „Rzeczpospolita”), przesądza w szczególności o tym, że:¹⁰

- podstawę ustroju gospodarczego państwa stanowi właśnie system gospodarki rynkowej, która – wykluczając scentralizowany system gospodarki planowej – zakłada równocześnie realizację podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej (art. 5 Konstytucji);
- system gospodarki rynkowej opierać się ma na zasadzie wolności gospodarczej, która – stanowiąc zasadę ustroju gospodarczego państwa – ma być również gwarancją wolności podstawowych, w tym szczególnie własności

8 OTK 1995, nr 1, poz. 12.

9 D.R. Kijowski: Pozwolenia w administracji publicznej, Białystok 2000, s. 237–239.

10 S. Biernat, A. Wasilewski: Wolność gospodarcza w Europie, s. 141–142.

prywatnej (art.64 Konstytucji RP) oraz wolności wyboru i wykonywania zawodu, a także wyboru miejsca pracy (art. 65 Konstytucji);

- zasada wolności gospodarczej nie jest rozumiana w sposób absolutny, a jej realizacja dopuszczalna jest w granicach wyznaczonych przepisami ustaw, które powinny uwzględniać ważny interes publiczny (art. 22 Konstytucji RP), ale ograniczenia mogą być ustanawiane wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie prawnym w celu zapewnienia bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź ochrony środowiska i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób (art. 31 ust. 3 konstytucji);
- korzystanie z wolności działalności gospodarczej nie może przy tym naruszać przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka oraz powinno mieć na względzie zasady solidarności, dialogu i współpracy z innymi partnerami dialogu społecznego (art. 20 *in fine* Konstytucji RP), a tym samym powinno urzeczywistniać zasady sprawiedliwości społecznej w państwie (art. 2 konstytucji).

Za szczególnie istotne w dziedzinie równości podmiotów gospodarczych wobec prawa należy uznać orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16. maja 1995 r. (K 12/93)¹¹ zapadłe jeszcze pod rządami poprzedniej konstytucji i poprzedniego prawa bankowego z dnia 31. stycznia 1989 r. (Dz.U. Nr 72 poz. 359 ze zm.). Orzeczenie to zapadło wskutek wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 16. sierpnia 1993 r. o stwierdzenie nieważności art. 52 i 53 powołanej ustawy prawo bankowe, w którym zarzucił zaskarżonym przepisom, że uprzywilejowują banki w stosunku do ich klientów przez:

- przyznanie bankom prawa do dokonywania potrąceń swoich wierzytelności z zobowiązań klientów przed terminem ich płatności;
- wyposażenie dokumentów bankowych w moc prawną dokumentów urzędowych;
- nadanie niektórym dokumentom banku mocy prawnej tytułów wykonawczych bez potrzeby uzyskiwania dla nich sądowych klauzul wykonalności, naruszając zasadę równości wobec prawa wyrażoną w art. 67 poprzedniej konstytucji oraz zasadę prawa obywateli do sądu, wyrażoną w art. 56 przepisów konstytucyjnych, a tym samym zasadę wyrażoną w art. 1 tych przepisów, stanowiącą, iż Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej.¹²

W orzeczeniu z dnia 16. maja 1995 r. Trybunał Konstytucyjny uwzględnił jedynie częściowo wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich uznając, że tylko art.

11 OTK 1995, z. 1, poz. 14.

12 A. Janiak: Nietrafność i nieaktualność orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16. maja 1995 r. o zgodności przywilejów bankowych z Konstytucją, „Przegląd Sądowy” Nr 5/2001, s. 18–19.

53 ust. 2 poprzednio obowiązującego prawa bankowego „, zakresie, w jakim nadaje moc tytułów wykonawczych bez potrzeby uzyskiwania sądowych klauzul wykonalności dokumentom w tym przepisie wymienionym, w odniesieniu do roszczeń banku wynikających z wierzytelności nabytych przezeń na podstawie czynności prawnych z dotychczasowym wierzycielem nie będącym bankiem z pominięciem zgody dłużnika na egzekwowanie należności w trybie przewidzianym w powyższym przepisie – naruszając zasadę zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez niego prawa przez nadmierną ingerencję w zasadę stabilności stosunków umownych – jest niezgodny z zasadą demokratycznego państwa prawnego ustanowioną przez art. 1 przepisów konstytucyjnych”. W pozostałym zakresie Trybunał Konstytucyjny stwierdził zgodność zaskarżonych przepisów poprzednio obowiązującego prawa bankowego z 1989 r. z przepisami konstytucyjnymi. Uzasadniając zajęte stanowisko, Trybunał sformułował dość ogólnikową tezę, iż przywileje bankowe uzasadnione są szczególną rolą społeczno-gospodarczą banków jako instytucji zaufania publicznego oraz tym, że banki występując w obronie swoich interesów jako samodzielne osoby prawne, występują jednocześnie w obronie interesów swoich klientów, którzy powierzyli im swoje pieniądze.

Nowe prawo bankowe wprowadzone ustawą z dnia 29. sierpnia 1997 r. (Dz.U. Nr 140 poz. 939 z późn. zm.), a więc już pod rządami nowej Konstytucji z 1997 r., zachowało dotychczasowe przywileje bankowe, z tą tylko zmianą, że prawo do wystawiania przez banki tytułów wykonawczych zastąpiono prawem do wystawiania bankowych tytułów egzekucyjnych. W literaturze przedmiotu występują obecnie poglądy kwestionujące aktualność poglądu Trybunału Konstytucyjnego wyrażone w uzasadnieniu powołanego orzeczenia z 1995 r.¹³ A. Janiak, analizując genezę instytucji tzw. potrącenia bankowego określonego w art. 52 dawnego prawa bankowego z 1989 r., określa ją jako relikw systemu nakazowo-rozdzielczego mechanicznie przeniesiony do systemu prawnego państwa demokratycznego i gospodarki rynkowej, nie mającego nic wspólnego z cywilistyczną instytucją potrącenia uregulowaną w art. 721 kc. Autor ten, kwestionując uzasadnienie powołanego orzeczenia Trybunału, zgadza się również z poglądem E. Smoktunowicza i A. Szpunara, iż w demokratycznym państwie prawa wydawanie tytułów wykonawczych należy do sądów, a w stosunkach publicznoprawnych – do organów administracji państwowej lub samorządowej¹⁴, zaś niepodobieństwem jest, aby tego typu uprawnienia władcze państwa przysługiwały bankom prywatnym, nie wykonującym jakichkolwiek zadań publicznych.¹⁵

13 A. Janiak: op. cit., s. 22–28.

14 E. Smoktunowicz: Egzekucja administracyjna i sądowa, Warszawa 1995, s. 18.

15 A. Szpunar: Glosa do postanowienia SN z dnia 16 grudnia 1994 r., IKZP 31/94, OSP 1996, nr 1, poz. 12.

Wskazując na powyższe argumenty, należy uznać za nieuzasadnione i sprzeczne z Konstytucją z 1997 r. uprzywilejowanie banków w porównaniu z innymi podmiotami gospodarczymi (w szczególności przedsiębiorcami prywatnymi) w dziedzinie zarówno dochodzenia, jak i egzekucji ich roszczeń.

Po wejściu w życie Konstytucji RP z 1997 r. Trybunał Konstytucyjny kontynuował swoją linię orzeczniczą dotyczącą wolności działalności gospodarczej¹⁶. W orzeczeniu z 09. kwietnia 1998 r. (K/10/97)¹⁷ potwierdził dotychczas wyrażany pogląd o braku absolutnego charakteru zasady swobody wolności działalności gospodarczej podkreślając, że w art. 22 Konstytucji ograniczenie tej wolności jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Nie uwzględniając wniosku Krajowej Rady Spółdzielczej o uznanie niekonstytucyjności nałożenia na posiadaczy pozwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych obowiązku ponoszenia dodatkowych opłat na potrzeby przeciwdziałania alkoholizmowi pominięto w nim w ogóle problem zachowania proporcjonalności ingerencji ustawodawcy w słusznie nabyte prawa do prowadzenia działalności gospodarczej.

W orzeczeniu z 09. sierpnia 1998 r. (sygn. akt. K 28/97)¹⁸ Trybunał wskazał, iż na gruncie Konstytucji z 1997 r. zasada odpowiedniego wyważenia interesu publicznego i praw jednostki powiązana jest z wyrażonym w art. 31 ust. 3 warunkiem „konieczności” wprowadzanych ograniczeń praw jednostki. Zdaniem Trybunału wymóg konieczności jest spełniony, jeśli ustanowione ograniczenia są zgodne z zasadą proporcjonalności. Oznacza to, że:

- 1) środki zastosowane przez prawodawcę muszą być w stanie doprowadzić do zamierzonych celów;
- 2) muszą być one niezbędne do ochrony interesu, z którym są powiązane;
- 3) ich efekty muszą pozostawać w proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela.

W orzeczeniu z 26. kwietnia 1999 r. (K 33/98)¹⁹ Trybunał Konstytucyjny uznał, iż: „art. 11 ust. 1 pkt. 3 i ust. 2 oraz art. 15 pkt. 1 i pkt. 2 lit a) ustawy z dnia 29. sierpnia 1997 r. o warunkach wykonywania krajowego drogowego przewozu osób (Dz.U. Nr 141, poz. 942 z późn. zm) są niezgodne z art. 22 i art. 65 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, przez to że wprowadzają nadmierne ograniczenia w zakresie korzystania z wolności działalności gospodarczej oraz z wolności wyboru i wykonywania zawodu”. Kwestionowane przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepisy art. 11 przytoczonej ustawy uzależniały

16 Por. D. Kijowski: Pozwolenia..., s. 244–247 i podane tam orzecznictwo.

17 OTK 1998, z. 3, poz. 29

18 OTK Nr 1998, nr 4, poz. 50, s. 303.

19 OTK 1999, nr 4, poz. 71.

udzielenie zezwolenia na prowadzenie krajowego, zarobkowego przewozu osób pojazdami nie będącymi taksówkami, od niekaralności członków organu zarządzającego za przestępstwa: karne skarbowe, przeciwko bezpieczeństwu w ruchu lądowym, przeciwko życiu i zdrowiu oraz przeciwko mieniu lub dokumentom, a nadto uzależniały zatrudnienie kierowców w takim przedsiębiorstwie od spełnienia takich samych warunków o niekaralności. Podobne wymagania postawione zostały w art. 15 pkt. 1 ustawy odnośnie wykonywania krajowego przewozu osób taksówkami.

W uzasadnieniu tego orzeczenia Trybunał potwierdził wcześniej wyrażony pogląd „o konieczności uwzględnienia przy ograniczaniu praw jednostki zasady wymagającej odpowiedniego wyważenia wagi interesu publicznego, któremu służy ograniczenie danego prawa i wagi interesów naruszonych przez to ograniczenie”. Przyznając, iż wprawdzie rzeczą ustawodawcy jest wybór celu i środków określonej regulacji ustawowej Trybunał stwierdził, podobnie jak w poprzednio cytowanym orzeczeniu, iż: „Ten cel jednak powinien znajdować uzasadnienie w konstytucyjnej aksjologii, a środki powinny pozostawać w odpowiedniej proporcji do zamierzonego rezultatu”. Trybunał wskazał w przedmiotowej sprawie, iż kodeks karny z 1997 r. w katalogu środków karnych przewiduje zakaz wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej, a także zakaz prowadzenia pojazdów (art. 39 pkt. 2 i 3 kodeksu). Główną przesłanką orzeczenia zakazu prowadzenia pojazdów jest potencjalne zagrożenie, jakie dla bezpieczeństwa w ruchu może stwarzać dany kierowca. Trybunał wyraził pogląd, iż: „Jeżeli więc sąd uzna, że wymierzenie powyższych środków nie jest konieczne, trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla faktycznego uczynienia tego przez ustawodawcę”.

Trafność takiego poglądu Trybunału, wyrażonego w kwietniu 1999 r. niejako *ex post* uzasadnia nowe brzmienie art. 42 § 2 do 4 kk. zobowiązującego sąd karny do obligatoryjnego wymierzenia kary zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych za przestępstwo prowadzenia takiego pojazdu w stanie nietrzeźwości. **Dla celów niniejszej pracy warta odnotowania jest jednak uwaga, iż w przypadku konfliktu zasady swobody działalności gospodarczej i swobodnego wyboru zawodu z potencjalnym zagrożeniem bezpieczeństwa klientów przedsiębiorstw transportowych kierowanych bądź obsługiwanych przez karanych obywateli zwyciężyła zasada swobody.**

Za symptomatyczne w tym kontekście należy uznać stwierdzenie, iż: „W ocenie Trybunału Konstytucyjnego żadna z osób, do której odnoszą się wzmiankowane ograniczenia, nie pełni, ani nie wykonuje zawodu związanego ze sprawowaniem władzy publicznej, ani nie pełni zawodu zaufania publicznego. A tylko ten fakt mógłby w jakimś stopniu uzasadnić warunek niekaralności za wymienione kategorie przestępstw (co należy podkreślić – także nieumyślnych), związanych nie z

samym rodzajem działalności gospodarczej, ale raczej z osobą i jej dotychczasowym życiem”.

Pogląd o dopuszczalności ograniczania zasady wolności gospodarczej przede wszystkim ze względu na interes publiczny można napotkać w szeregu orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, odnoszących się do podatków i sfery ubezpieczeń społecznych.

W wyroku z dnia 29. kwietnia 1998 r. (K17/97)²⁰ Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności przepisów art. 27 ust. 5, 6 i 8 ustawy z dnia 8. stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 11, poz. 50 z późn. zm.) z art. 2 Konstytucji w zakresie, w jakim dopuszczały stosowanie wobec tej samej osoby, za ten sam czyn sankcji administracyjnej określonej przez powołaną ustawę jako „dodatkowe zobowiązanie podatkowe” i odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe. Natomiast stwierdził, iż powołane przepisy były zgodne z art. 45 ust. 1 Konstytucji. Zaskarżony we wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 18. kwietnia 1997 r. przepis art. 27 ustawy o podatku od towarów i usług stanowił w ust. 5, iż w razie stwierdzenia, że podatnik w złożonej deklaracji wykazał kwotę zobowiązania podatkowego niższą od kwoty należnej, urząd skarbowy lub urząd kontroli skarbowej określa wysokość tego zobowiązania w prawidłowej wysokości oraz dodatkowe zobowiązanie w wysokości odpowiadającej 30% kwoty zawyżenia”. Ustęp 6. tegoż artykułu odnosił tę sankcję do wykazania przez podatnika w deklaracji wyższej od należnej kwoty zwrotu różnicy podatku. Natomiast ust. 8 art. 27 nakazywał stosować ją odpowiednio do sytuacji, gdy podatnik wykazał w deklaracji i otrzymał kwotę zwrotu podatku naliczonego, a powinien wykazać kwotę podlegającą wpłacie do urzędu, bądź wobec podatnika, który nie złożył deklaracji podatkowej i nie wpłacił kwoty zobowiązania podatkowego. W uzasadnieniu cytowanego orzeczenia Trybunał nie podzielił zdania RPO, iż wskazane kary pieniężne mają charakter grzywny, która może być wymierzana jedynie w postępowaniu karnym. Stwierdził także: „Przekazanie podatnikom czynności obliczania i rozliczania się z podatków oparto na założeniu zaufania do podatników. Zaufanie to obejmuje nie tylko kwestię uczciwości podatników, ale także dołożenia należytej staranności w obliczaniu wysokości tych zobowiązań” i dalej:” Sankcje za zaniżenie należności podatkowej w deklaracji wypełnionej przez podatnika, stosowane automatycznie, z mocy ustawy z tytułu jego winy obiektywnej mają znaczenie przede wszystkim prewencyjne. Zmierzają do przekonania podatników, iż rzetelne i staranne wypełnienie deklaracji podatkowej leży w ich interesie”.

W swoich rozważaniach Trybunał, dokonując zasadniczo pozytywnej oceny sankcji administracyjnej, jaką było wymierzenie dodatkowego zobowiązania podat-

20 OTK nr 3, poz. 30.

kowego, stwierdził sprzeczność tej regulacji z Konstytucją wyłącznie w zakresie, jakim dotyczyła ona podatników będących osobami fizycznymi, gdyż tylko one mogą być podmiotami odpowiedzialności karnej skarbowej, a nie np. osoby prawne. Właśnie do podatników – osób fizycznych odnosi się stwierdzenie Trybunału, iż stosowanie wobec tej samej osoby, za ten sam czyn sankcji administracyjnej, określonej przez zaskarżoną ustawę jako „dodatkowe zobowiązanie podatkowej” i odpowiedzialności za wykroczenia skarbowe w postępowaniu, jest zgodne z konstytucją.

W orzeczeniu z 08. czerwca 1999 r. (SK 12/98)²¹ Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż art. 7 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 15. lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. Nr 106, poz. 482 z późn. zm.) w brzmieniu z 1999 r. był zgodny z art. 20, art. 21 ust. 1, art. 64 w zw. z art. 2 Konstytucji i nie jest niezgodny z art. 32 Konstytucji. W sprawie będącej przedmiotem orzeczenia skarżąca Spółka zarzuciła powyższym przepisom, iż w toku prowadzenia przez nią działalności gospodarczej obowiązujące ją przepisy podatkowe zmieniły się w taki sposób, iż została pozbawiona nabytych wcześniej uprawnień do odliczeń podatkowych. Ponadto zdaniem skarżącej zmiana stanu prawnego dotknęła spółki z udziałem kapitału obcego, zaś wprowadzenie zaskarżonego przepisu oznaczało zróżnicowanie prawne podmiotów i dyskryminację podmiotów z udziałem zagranicznym. Dlatego też dało to podstawę do twierdzenia, iż poza powołanymi w skardze przepisami konstytucyjnymi naruszono przepisy umów międzynarodowych. Nie wgłębiając się w merytoryczną ocenę szerokiej analizy przez Trybunał ustaw: o podatku dochodowym od osób prawnych z dnia 31. stycznia 1989 r. (Dz.U. Nr 3, poz. 12) i nowelizującej ją ustawy z dnia 12. stycznia 1991 r. o zmianie niektórych ustaw regulujących zasady opodatkowania (Dz.U. Nr 9 poz. 30) należy wskazać na pewne ogólną uwagę. Otóż w przedmiotowej sprawie Trybunał stwierdził: „Jest rzeczą oczywistą, że ustawodawca – tworząc przepisy obowiązującego prawa – dokonuje wyboru celów, którym prawo to ma służyć. Dokonał go także w przypadku rozwiązania prawnego będącego przedmiotem niniejszej skargi. Nie ulega bowiem wątpliwości, że gdyby spółki z udziałem zagranicznym po okresie trzyletniego zwolnienia podatkowego przez kolejne trzy lata mogły korzystać z prawa odliczenia straty poniesionej w pierwszych latach swojej działalności, szanse ich rozwoju i sukcesu gospodarczego byłyby zwiększone. Dokonałoby się jednak kosztem uszczuplenia dochodów państwa. Zaskarżony przepis ustawy oraz jego poprzednik w ustawie z 1989 r. są wyrazem dbałości o wpływy do budżetu. Trybunał Konstytucyjny nie jest władny kontrolować prawidłowości decyzji ustawodawcy w tym zakresie.”

21 OTK 1999 Nr 5, poz. 96.

Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego w zakresie wyłącznie ustawowego nakładania na podatników odpowiedzialności karnej skarbowej podzielił na tle nowej Konstytucji z 1997 r. także Sąd Najwyższy. W wyroku SN z dnia 22. czerwca 1999 r. (III KKN 391/97)²² sąd podniósł, iż nie może stanowić przestępstwa z art. 100 § 1 poprzedniej ustawy karnej skarbowej (u.k.s. z 1971 r.) naruszenie obowiązku wynikającego z rozporządzenia Ministra Finansów dotyczącego prowadzenia ksiąg handlowych, oraz w uchwale z dnia 19. sierpnia 1999 r. (I KZP 22/99)²³, w których uznano, że nie jest przestępstwem z art. 247 § 1 d.k.k. złożenie nieprawdziwego oświadczenie w deklaracji wymienionej w § 11 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10. grudnia 1997 r. w sprawie sposobów i warunków wykonywania kontroli celnej (Dz.U. Nr 45, poz. 1007 z późn. zm.).²⁴

Za bardzo istotne i jednocześnie kontrowersyjne rozstrzygnięcie konfliktu między prawami podatników a troską o finanse publiczne należy uznać wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11. kwietnia 2000 r. (K 15/98)²⁵ uznający za zgodne z przepisami konstytucyjnymi przepisy art. 182 i 183 ustawy z dnia 29. sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. Nr 137, poz. 926 z późn. zm.).

We wniosku Rzecznik Praw Obywatelskich kwestionował uprawnienia naczelnika urzędu skarbowego określone w przepisach art. 182 i 183 powołanej ustawy – Ordynacja podatkowa do żądania ujawnienia przez banki, domy maklerskie, towarzystwa funduszy powierniczych i towarzystwa funduszy inwestycyjnych informacji chronionych tajemnicą bankową, dotyczących strony nie będącej podmiotem gospodarczym we wszczętym przez urząd skarbowy postępowaniu, i to w sytuacji, gdy żądania takie dotyczą podatnika, w stosunku do którego nie jest prowadzone postępowanie karne lub karne skarbowe. Nadto wnioskodawca kwestionował uprawnienia tego samego organu podatkowego do żądania od takiego podatnika informacji z tego samego zakresu o samym sobie, dla określenia zobowiązania podatkowego.

Trybunał w tym orzeczeniu stwierdził zgodność zaskarżonych przepisów z art. 47, 49, 51 ust. 1 i 31 ust. 3 Konstytucji RP ustanawiającymi zasady ochrony prywatności, ujawniania informacji o samym sobie, ochrony tajemnicy komunikowania się i określającymi zakres możliwych ograniczeń tych zasad. Ponadto orzekł o zgodności zaskarżonych przepisów Ordynacji podatkowej z art. 78 Konstytucji stanowiącym, że – z wyjątkami przewidzianymi w ustawie – strona ma prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji, oraz z art. 77 ust. 2

22 OSNKW 1999, nr 9–10, poz. 52.

23 OSNKW nr 9–10, poz. 51.

24 J. Michalski: Komentarz do kodeksu karnego skarbowego. Tytuł I. Przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, Warszawa 2000, s. 12.

25 OTK 2000, nr 3, poz. 86.

Konstytucji stanowiącym, że ustawa nie może zamykać nikomu drogi sądowej do dochodzenia naruszonych praw.

Do podstawowych argumentów przytoczonych przez Trybunał Konstytucyjny dla poparcia stanowiska zajętego w przedmiotowej sprawie należy zaliczyć:

1. Art. 84 Konstytucji RP nakładający na obywateli obowiązek ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków określonych w ustawie. Przyznane w art. 182 i 183 Ordynacji podatkowej kompetencje organów skarbowych mają zapewnić urzędowi skarbowemu możliwość efektywnej kontroli rzetelności deklaracji podatkowych. W opinii Trybunału: „...wyrażona w art. 84 Konstytucji zasada powszechności obciążeń publicznych wyraża również zobowiązanie państwa wprowadzenia gwarancji instytucjonalnych, które zapewniają organom władzy wykonawczej kontrolę prawidłowego wywiązania się z tego obowiązku przez wszystkie osoby, nad którymi rozciąga się władztwo personalne i władztwo terytorialne państwa”.
2. Celem ustanowienia tajemnicy bankowej jest przede wszystkim zapewnienie bezpieczeństwa wkładów oraz osób gromadzących środki i dokonujących transakcji. Zdaniem Trybunału: „Ten zasadniczy cel ochrony tajemnicy bankowej nie jest naruszony, czy choćby zagrożony przez umożliwienie organom podatkowym, w uzasadnionych przypadkach wglądu do informacji objętych tajemnicą bankową”.
3. Gwarancji praw podatnika upatruje Trybunał w procedurze zwracania się przez naczelnika urzędu skarbowego do stosownych instytucji o uchylenie tajemnicy bankowej: „Naczelnik urzędu skarbowego po zapoznaniu się z materiałami postępowania podatkowego, gdy uzna, iż sprawa podatkowa budzi wątpliwości, których wyjaśnienie wymaga wglądu do informacji objętych tajemnicą bankową, zwraca się do podatnika o ujawnienie tych informacji. Podatnik ujawniając informacje objęte tajemnicą bankową ma możliwość składania wyjaśnień, co do okoliczności mających znaczenie dla ustalenia i wymiaru zobowiązania podatkowego. Dopiero w przypadku odmowy podatnika ujawnienia tych informacji, naczelnik urzędu skarbowego może zwrócić się do banku lub innej ze wskazanych instytucji finansowych o ujawnienie tych danych”. Dostrzegając niebezpieczeństwo nadużywania tego uprawnienia przez organy skarbowe, Trybunał wskazuje ogólnikowo: „Korzystanie z tego nadzwyczajnego środka dowodowego dopuszczalne jest tylko z zachowaniem zasady proporcjonalności między stopniem zagrożenia interesu fiskalnego państwa, a konstytucyjnym nakazem ochrony życia prywatnego.”
4. Zdaniem Trybunału brak możliwości odwołania się przez podatnika od powyższej decyzji naczelnika urzędu skarbowego (w szczególności do sądu) jest usprawiedliwiony po części tym, że: „Zapoznanie się przez organ podatkowy z

informacjami objętymi tajemnicą bankową nie zamyka postępowania w sprawie podatkowej”. Gwarancję praw podatnika w postępowaniu podatkowym ma stanowić jego dwuinstancyjność i możliwość złożenia skargi od ostatecznej decyzji administracyjnej do sądu administracyjnego. W przedmiotowej kwestii ingerencję państwa w prawa podatnika ma łagodzić fakt, iż informacje objęte tajemnicą bankową a przekazane urzędowi skarbowemu są chronione przepisami o zabezpieczeniu tajemnicy państwowej i służbowej.

O kontrowersyjności powyższego orzeczenia świadczyć może chociażby fakt, iż spośród pięcioosobowego składu sędziowskiego aż dwóch sędziów nie zgodziło się z nim i złożyło zdania odrębne. Sędzia TK, A. Mączyński w uzasadnieniu swojego zdania odrębnego podkreślił fakt, iż zaskarżone przepisy nie określają dostatecznie jasno ani warunków, w których naczelnik urzędu (izby) skarbowego może wykonywać przewidzianą w tych przepisach kompetencję, ani przesłanek uzasadniających skorzystanie z niej w stosunku do konkretnego podatnika. Ponadto podniósł, że „przepisy te zapewniają temu organowi wyłączność decyzji o zastosowaniu przewidzianych w nich środków, nie dając podatnikowi jakichkolwiek instrumentów ochronnych umożliwiających mu spowodowanie sprawdzenia w trybie kontroli instancyjnej lub sądowej zastosowania tych środków, a tym bardziej – zapobieżeniu nieuzasadnionej ingerencji w sferę konstytucyjnych wolności i praw”.

Natomiast sędzia TK, J. Skórzewska-Łosiak swoje zdanie odrębne motywowała przede wszystkim koniecznością ochrony autonomicznego konstytucyjnego dobra jakim jest prawo do ochrony życia prywatnego. Wskazuje na brak mechanizmów zapobiegających nadużywaniu przez organy podatkowe kwestionowanych uprawnień, które są niezgodne z zasadą konieczności i zasadą proporcjonalności ingerencji państwa w sferę praw jednostki. Ostatecznie autorka zdania odrębnego dochodzi do wniosku: „Tak daleko idąca ingerencja w dobra o fundamentalnym znaczeniu dla rozwoju jednostki i funkcjonowania społeczeństwa nie znajduje usprawiedliwienia w konieczności ochrony porządku publicznego oraz sprawiedliwości podatkowej. Ustawodawca nałożył na jednostkę ciężar oczywiście nieproporcjonalny do efektów regulacji”.

Asumpt do orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego dała reforma systemu ubezpieczeń społecznych wprowadzona przede wszystkim ustawą z dnia 13. października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. Nr 137, poz. 887 z późn. zm.). Już w wyroku z 04. stycznia 2000 r. (K 18/99)²⁶ Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że przeprowadzona reforma systemu ubezpieczeń społecznych znajduje oparcie w wartościach i normach konstytucyjnych. Ma ona na celu urzeczywistnienie prawa do zabezpieczenia społecznego w aktualnych warunkach demograficznych i gospodarczych.

26 OTK 2000, nr 1, poz. 1.

W wyroku z 04. grudnia 2000 r. (K 9/00)²⁷ Trybunał orzekł o zgodności z Konstytucją art. 9 ust. 4a i 4b powołanej ustawy. Powodem wniesienia wniosku RPO z dnia 30. marca 2000 r. były liczne skargi emerytów i rencistów, którzy z racji podjęcia działalności zarobkowej podlegają obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym, przy czym obowiązek ubezpieczenia obejmuje tylko niektóre rodzaje pracy zarobkowej, a wpłacone składki nie zawsze mają wpływ na podwyższenie wysokości pobieranych świadczeń. Taka regulacja prowadzi do naruszenia zasady równości (art. 32 Konstytucji) i nosi cechy dodatkowego obciążenia o charakterze podatkowym. W ocenie RPO określone przepisami zaskarżonej ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych zasady podlegania ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym dzielą na dwie grupy osoby, które mając ustalone prawo do emerytury lub renty kontynuują aktywność zawodową.

Pierwsza grupa, to objęci obowiązkowym ubezpieczeniem emeryci i renciści, prowadzący działalność zarobkową w ramach stosunku pracy lub służby, członkostwa w spółdzielni lub na podstawie umów cywilnoprawnych.

Do drugiej grupy należą ci emeryci i renciści, którzy prowadzą działalność zarobkową w pozostałych formach prawnych, nie objętych obowiązkiem ubezpieczenia. Dotyczy to np. osób prowadzących działalność gospodarczą lub wykonujących wolny zawód. Ta grupa rencistów i emerytów może być objęta ubezpieczeniem na swój wniosek. Trybunał wskazał w uzasadnieniu orzeczenia, iż podstawą do złożenia wniosku przez Rzecznika była zmiana ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych z 1998 r. wprowadzona ustawą z dnia 23. grudnia 1999r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 110, poz. 1256). Ustawa ta dodała do art. 9 nowe ustępy 4a i 4b. Zgodnie z ustępem 4a emeryt lub rencista, który na rzecz jednego podmiotu wykonuje pracę na podstawie umowy agencyjnej lub zlecenia albo umowy o świadczenie usług, a u innego podmiotu wykonuje pracę na podstawie stosunku pracy, obowiązkowo podlega ubezpieczeniu emerytalnemu i rentowym tylko z tytułu wykonywania pracy na podstawie stosunku pracy. Natomiast w przypadku, gdy emeryt lub rencista zawarł umowę agencyjną lub zlecenia albo umowę o świadczenie usług z podmiotem, z którym pozostaje w stosunku pracy, to wówczas zatrudnienie na podstawie wszystkich umów traktuje się jako pozostawanie w stosunku pracy i wobec tego to łączne zatrudnienie powoduje obowiązek ubezpieczenia emerytalnego i rentowych (art. 9 ust. 4b ustawy). Zgodnie bowiem z art. 8 ust. 2a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych za pracownika, w rozumieniu ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, uważa się także osobę wykonującą pracę na podstawie umowy agencyjnej, umowy zlecenia lub innej umowy o świadczenie usług, do której – zgodnie z kodeksem cywilnym – stosuje się przepisy dotyczące

27 OTK 2000, nr 8, poz. 294

umowy zlecenia, albo umowy o dzieło, jeżeli umowę taką zawarła z pracodawcą, z którym pozostaje w stosunku pracy, albo jeżeli w ramach takiej umowy wykonuje pracę na rzecz pracodawcy, z którym pozostaje w stosunku pracy. Zasada ta rozszerzająca pojęcie pracownika stosuje się nie tylko do wszystkich osób czynnych zawodowo, ale także, na mocy zaskarżonych przepisów, do emerytów i rencistów.

W przedmiotowej sprawie RPO wskazał na orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 22. czerwca 1999 r. (K 5/99)²⁸ stwierdzające, iż więź między wkładem pracownika a gromadzonym funduszem ubezpieczeń społecznych stanowi podstawową przesłankę materialnoprawną do świadczeń, a zarazem zasadniczy argument na rzecz ochrony tych praw. Z zasadą wzajemności wiąże się ściśle wymóg zachowania proporcjonalności między wysokością opłacanych składek a wysokością składek.

W będącym przedmiotem rozważań orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z 04. grudnia 2000 r. stwierdzono, iż: „Obowiązujące obecnie regulacje dowodzą jednak, że zasada wzajemności nie jest, podobnie jak w poprzednio obowiązującym systemie, w pełni realizowana”. Trybunał, powołując się na swoje wcześniejsze orzeczenia, podnosi, że: „Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego zasada proporcjonalności nie wyklucza więc rozpiętości wysokości świadczeń w porównaniu z rozpiętością wysokości zarobków i składek”. Ostatecznie stwierdza się, co następuje:” Równowaga finansów publicznych stanowi wartość chronioną konstytucyjnie. Stosowane przez państwo środki mające na celu ochronę równowagi finansów publicznych muszą być zgodne z regułami chronionymi przez konstytucję. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego kwestionowane przepisy ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych nie stanowią naruszenia tych zasad”.

W orzeczeniu z dnia 30. stycznia 2001 r. (K 17/00)²⁹ Trybunał Konstytucyjny stwierdził zgodność z art. 2, 20 i 64 ust. 3 Konstytucji art. 110 ust. 1 ustawy z dnia 13. października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. Nr 137 z późn. zm.) oraz § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej w sprawie sposobu przeliczania przychodu w związku z wprowadzeniem obowiązku opłacania składki na ubezpieczenie społeczne przez ubezpieczonych (Dz.U. Nr 153 poz. 1006 z późn. zm.) i § 2 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z 18. grudnia 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne (Dz.U. Nr 161 poz. 1006 z późn. zm.).

W przedmiotowej sprawie Konfederacja Pracodawców Polskich wystąpiła 16. maja 2000 r. z wnioskiem o stwierdzenie niezgodności powyższych przepisów z konstytucją, gdyż naruszają one:

28 OTK 1999, nr 5, poz. 100.

29 OTK 2001, nr 1, poz. 4.

- art. 2 Konstytucji RP (zasada sprawiedliwości społecznej), przez ustanowienie przymusowej i powszechnej podwyżki niektórych świadczeń pieniężnych ze stosunku pracy, sprzecznej z przepisami prawa i postanowieniami układów zbiorowych pracy lub innych porozumień dwustronnych, regulujących zasady zróżnicowania wynagrodzenia za pracę odpowiednio do sposobu wykonywania obowiązków pracowniczych, rodzaju pracy i kwalifikacji wymaganych przy jej wykonywaniu oraz ilości i jakości pracy;
- art. 20 Konstytucji RP (zasada wolności gospodarczej), przez ograniczenie swobody pracodawców w zakresie gospodarowania środkami pieniężnymi na wynagrodzenie i przymusowe zobowiązanie ich do podwyższania kwot „bazowych” zasadniczego wynagrodzenia za pracę, w następstwie czego nastąpił nie zamierzony i nie liczący się z możliwościami finansowymi poszczególnych pracowników, wzrost tych świadczeń pieniężnych ze stosunku pracy, których wysokość – zgodnie z odpowiednimi przepisami płacowymi – ustalana jest wielokrotnością wynagrodzenia zasadniczego pracownika;
- art. 64 ust. 3 Konstytucji RP (zasada ochrony prawa własności), przez ograniczenie prawa własności pracodawców do środków pieniężnych przewidzianych na wynagrodzenie za pracę i jednostronne przeznaczenie części tych środków nie tylko na cele niezgodne z wolą podmiotów uprawnionych do rozporządzenia nimi, ale także nie wynikające bezpośrednio i jednoznacznie z przepisów ustawy;
- art. 110 ust. 1 ustawy z 13. października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych wprowadza obowiązek przymusowej i powszechnej podwyżki wynagrodzenia należnego od 01. stycznia 1999 r., przeliczając je tak, aby po potrąceniu składek na ubezpieczenie emerytalne i rentowe oraz na ubezpieczenie chorobowe nie było ono niższe niż przed przeliczeniem. Miało to na celu doprowadzenie do takiego stanu, by różnica między przychodem po oraz przed odliczeniem odpowiadała kwocie składek na ubezpieczenie społeczne – tzw. ubruttwienie. Konfederacja Pracodawców Polskich zarzucała tym zasadom naruszenie zasady sprawiedliwości społecznej podnosząc argument, że wdrażanie przez ustawodawcę nowej zasady systemu ubezpieczeń społecznych nie może łączyć się z powszechnym, niezapowiedzianym i nieoczekiwanym podniesieniem kosztów pracy obciążających pracodawców. Tym bardziej niedopuszczalne było, zdaniem wnioskodawcy, automatyczne i powszechne podniesienie dochodów z pracy, niezależnie od podziałów grupowych i warstwowych pracowników, np. ze względu na ich kwalifikacje;
- wnioskodawca podnosił dalej, że omawiane przepisy naruszają zasadę wolności gospodarczej. Zasada ta, jego zdaniem, oznacza swobodę zrównoważonego i racjonalnego kształtowania kosztów pracy, ograniczonej jedynie

przez system podatkowy oraz inne przewidziane przez ustawy daniny i opłaty ustanowione w interesie publicznym. Według wnioskodawcy art. 110 ust. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych narusza zasadę wolności gospodarczej poprzez: a) obciążenie przedsiębiorcy dodatkowymi, nieprzewidywanymi kosztami, związanymi z prowadzeniem działalności gospodarczej; b) ograniczenie swobody decydowania o kształtowaniu środków na wynagrodzenie w granicach własnych zobowiązań; c) w przeważającej liczbie przypadków pozbawienie, wynikającej z § 2 rozporządzenia z 14. grudnia 1998 r., możliwości dokonania zmian w przepisach o wynagrodzeniu w zakresie wynikającym z wyłączenia z podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie emerytalne i rentowe niektórych przychodów z pracy.

W związku z faktem, iż reforma ubezpieczeń społecznych będzie analizowana w dalszych częściach opracowania, skoncentrujemy się na argumentach zawartych w uzasadnieniu orzeczenia, odnoszących się do zasady wolności gospodarczej. Trybunał, stwierdzając zgodność zaskarżonych przepisów z konstytucją wskazał, iż zgodnie z art. 20 Konstytucji RP społeczna gospodarka rynkowa wyznaczona jest z jednej strony przez podstawowe, tradycyjne elementy rynku w postaci wolności gospodarczej i własności prywatnej, z drugiej zaś – przez solidarność społeczną, społeczny dialog i współpracę partnerów społecznych. Podkreślał, że idea społecznej gospodarki rynkowej dopuszcza korygowanie praw rynku przez państwo w celu realizacji określonych potrzeb społecznych, niemożliwych do spełnienia przy całkowicie swobodnym funkcjonowaniu praw rynkowych. Trybunał Konstytucyjny wyraził pogląd, iż społeczna gospodarka rynkowa powinna być interpretowana w związku z art. 1 Konstytucji stanowiącym, iż „Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli” oraz art. 2 Konstytucji określającym zasadę państwa demokratycznego i sprawiedliwości społecznej: „Trybunał chce przez to powiedzieć, że społeczna gospodarka rynkowa ma swoje szersze podstawy, niż tylko te w art. 20 Konstytucji. Społeczna gospodarka rynkowa oznacza również przyjęcie współodpowiedzialności państwa za stan gospodarki w postaci wymogu podejmowania działań, których celem jest łagodzenie społecznych skutków funkcjonowania gospodarki rynkowej. Treść działań realizujących ten cel w konkretnych okolicznościach winien jednak określić ustawodawca”.

Wskazując na ideę solidaryzmu społecznego, Trybunał odwołał się do szeregu swoich wcześniejszych orzeczeń, w których wyraził pogląd, że „idee równości społecznej i solidarności wymagają, aby ciężar kryzysu gospodarczego obarczał wszystkie warstwy społeczne, a nie dotyczył tylko niektóre z nich” oraz że „społeczna solidarność znajduje się u podstaw funkcji redystrybucyjnej zasady sprawiedliwości społecznej”. Ostatecznie uzasadniając swój pogląd o zgodności zaskarżonych przepisów m.in. z zasadą wolności gospodarczej, Trybunał Konstytucyjny stwierdza: „Dzisiaj odwołanie się do solidarności, o której mowa w art. 20, oznacza konstytucyjny obowiązek wspólnego ponoszenia przez partnerów społecz-

nych, a więc także przez pracodawców, kosztów transformacji społecznej. Należy ponadto przyjąć, że wspomniana wartość daje wyraz preferencjom na rzecz negocjacyjnego trybu załatwiania spornych spraw społecznych, a na tle art. 1 Konstytucji, określającego Rzeczpospolitą jako wspólne dobro wszystkich obywateli, rozumieć należy w ten sposób, że wszyscy obywatele, zarówno pracodawcy jak i pracownicy, są w stopniu odpowiednim do swoich możliwości zobowiązani do poświęcania pewnych interesów dla dobra wspólnego”.

W wyroku z dnia 10. kwietnia 2001 r. (U 7/00)³⁰ Trybunał Konstytucyjny stwierdził niezgodność z art. 22 konstytucji rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 31. marca 2000 r. w sprawie wprowadzenia obowiązku stosowania marż urzędowych oraz stosowania cen w obrocie importowanymi lekami gotowymi, surowcami i szczepionkami oraz środkami antykoncepcyjnymi (Dz.U. Nr 225, poz. 302). W uzasadnieniu orzeczenia Trybunał Konstytucyjny zauważył, że art. 22 Konstytucji pełni dwojaką funkcję:³¹ „Z jednej strony traktować go należy jako wyrażenie jednej z zasad ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej (i w tym zakresie stanowi on konkretyzację ogólniejszych zasad, wyrażonych w art. 20), z drugiej strony – może on stanowić podstawę do konstruowania prawa podmiotowego, przysługującego każdemu, kto podejmuje działalność gospodarczą. Oczywiście, wolność gospodarcza, w państwie współczesnym, musi podlegać różnego rodzaju ograniczeniom; wynika to chociażby z zaakcentowania w art. 20 socjalnego charakteru gospodarki rynkowej. Art. 22 formułuje jednak dwojakiego rodzaju ograniczenia dla wprowadzania owych ograniczeń. W płaszczyźnie materialnej wymaga, aby ograniczenia wolności znajdowały uzasadnienie w „ważnym interesie publicznym”, a w płaszczyźnie formalnej – aby były wprowadzone „tylko w drodze ustawy”. Trybunał wskazuje jednocześnie, powołując się na wcześniejsze orzecznictwo, iż działalność gospodarcza może podlegać różnego rodzaju ograniczeniom w stopniu większym niż prawa i wolności o charakterze osobistym i politycznym.

Znaczące miejsce w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, dotyczące wolności gospodarczej, zajmuje problematyka równości podmiotów (w szczególności gospodarczych) wobec prawa. W wyroku z 17. stycznia 2001 r. (K 5/00) Trybunał stwierdził zgodność z art. 2 i 32 Konstytucji art. 7 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 08. stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 11 poz. 50 z późn. zm.) wyłączającego ze zwolnienia od podatku od towarów i usług działalność lombardów, chyba że usługi lombardowe są świadczone przez banki. W uzasadnieniu swojego poglądu Trybunał – powołując się na wcześniejsze orzecznictwo – wskazuje, iż istotą zasady równości (art. 32 Konstytucji) jest równe traktowanie wszystkich podmiotów charakteryzujących się w rów-

30 OTK 2001, nr 3, poz. 56.

31 OTK 2001, nr 1, poz. 2.

nym stopniu daną cechą istotną (relewantną). W uzasadnieniu orzeczenia przy pomocy szerokiej argumentacji usprawiedliwił Trybunał jakościowe zróżnicowanie banków i lombardów i podkreślił (powołując m.in. analizowane wcześniej krytycznie orzeczenia z 26. kwietnia 1995 r., (K 11/94)³² szczególną sytuację prawną tych ostatnich jako „instytucji zaufania publicznego” dzieląc uprzednio wyrażany, kontrowersyjny pogląd, iż „banki i inne podmioty gospodarcze nie mogłyby być uznawane za podmioty podobne w takim stopniu, by odnosić się do nich musiały wszelkie konsekwencje zasady równości”. Trybunał podkreślił, iż: „W gospodarce rynkowej opartej na wolności gospodarczej, jaką jest stosownie do art. 20 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, państwo nie ma możliwości bezpośredniego wpływania na obrót; może to czynić pośrednio, wykorzystując szczególne narzędzia prawne, między innymi – podatki”. W oparciu o swoje wcześniejsze orzecznictwo stwierdził także: „Zdaniem Trybunału, swoboda przysługująca ustawodawcy szczególnie wyraźnie rysuje się w odniesieniu do kształtowania ulg i zwolnień podatkowych”.

Na szczególną rolę banków, a konkretnie Narodowego Banku Polskiego wskazał także Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 28. czerwca 2000 r. (K 25/99)³³ stwierdzającym zgodność z konstytucją większość zaskarżonych w tej sprawie przepisów ustawy z dnia 29. sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (Dz.U. Nr 140, poz. 938 z późn. zm.). Trybunał zakwestionował jedynie przepis art. 23 ust. 4 powołanej ustawy o NBP upoważniający Zarząd NBP do określania w drodze uchwały trybu i szczegółowych zasad przekazywania danych, o których mowa w ust. 2 i 3 tego przepisu. Stwierdzając niezgodność z Konstytucją powołanego przepisu, Trybunał kierował się przede wszystkim względami niejako formalnymi, wynikającymi z nieprecyzyjnego określenia przez ustawę kompetencji Zarządu NBP: „Ustawa nie wyjaśnia treści wspomnianych szczegółowych zasad, a zwłaszcza charakteru i zakresu przedmiotowego tego pojęcia. Natomiast szeroko ujmuje zakres podmiotowy, bowiem tego rodzaju adresatów obowiązku przekazywania danych, jak: naczelne organy państwowe, organy administracji rządowej i samorządu terytorialnego i banki wymienia także: „inne osoby prawne, jednostki organizacyjne nie będące osobami prawnymi oraz innych przedsiębiorców”. Tak szeroki zakres podmiotowy właściwy jest aktom normatywnym powszechnie obowiązującym. Nie mógłby więc mieć zastosowania w sytuacji, gdy w świetle zajętego przez Trybunał Konstytucyjny stanowiska, organy NBP mogą wydawać jedynie akty wewnętrzne na zasadach i w granicach określonych w art. 93 Konstytucji”. Szczególna pozycja NBP i jego rola w kształtowaniu polityki państwa skłoniła Trybunał do stwierdzenia zgodności z Konstytucją innych, szerokich uprawnień NBP i Rady Polityki Pieniężnej, np. upoważnieniu tej ostatniej w sytuacjach zagrożenia

32 OTK 1995, nr 1 poz. 12.

33 OTK 2000, nr 5, poz. 141.

realizacji polityki pieniężnej do wprowadzania w drodze uchwał ograniczenia wielkości środków pieniężnych oddawanych przez banki do dyspozycji kredytobiorców i pożyczkobiorców (art. 46 ustawy o NBP).

Za nie budzące, naszym zdaniem, kontrowersji należy uznać stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wyrażone w wyroku z dnia 23. czerwca 1999 r. (K 30/98),³⁴ iż art. 4 pkt. 3, 5 i 6 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 21. sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz.U. Nr 106 poz. 679) są zgodne z Konstytucją. We wskazanych przepisach skarżąca Rada Miejska Gdańska upatrywała daleko idące zaostżenia, w porównaniu z poprzednią regulacją, zakazów prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne i przez to sugerowała ich sprzeczność przede wszystkim z zasadą równości wobec prawa oraz wolności wyboru i wykonywania zawodu (art. 32 i 65 Konstytucji). Zakaz prowadzenia działalności gospodarczej obejmuje teraz już nie tylko prowadzenie jej na własny rachunek, ale także wspólnie z innymi osobami, zarządzanie taką działalnością i pełnienie funkcji przedstawiciela lub pełnomocnika w jej prowadzeniu (poza działalnością rolniczą). Zakaz pełnienia funkcji w zarządach, radach nadzorczych i komisjach objął także spółdzielnie (z wyjątkiem mieszkaniowych). Zakaz posiadania udziałów lub akcji, obejmujących dotąd pakiety kontrolne, teraz dotyczy już 10% kapitału spółki.

Stwierdzając zgodność zaskarżonych przepisów z Konstytucją Trybunał Konstytucyjny wskazał przede wszystkim, powołując się na wcześniejsze orzeczenia, że celem ograniczenia aktywności gospodarczej osób pełniących funkcje publiczne „jest zapobieżenie angażowaniu się osób publicznych w sytuacje i uwikłania mogące nie tylko poddawać w wątpliwość ich osobistą bezstronność i uczciwość, a także podważać autorytet konstytucyjnych organów Państwa oraz osłabiać zaufanie wyborców i opinii publicznej do ich prawidłowego funkcjonowania” (W. 2/94)³⁵. Trybunał wskazuje także na „szczególne wyczulenie opinii publicznej na sposób postępowania osób zajmujących kierownicze stanowiska państwowe”, co „nie pozostaje z większymi możliwościami tych osób do zyskiwania różnego rodzaju przywilejów”. Istotną rolę odgrywa tu także „szczególna łatwość pojawiania się konfliktu interesów, gdy poszczególne funkcje pełnione przez tę samą osobę popadają ze sobą w kolizję”.

Trybunał Konstytucyjny analizował także zgodność powyższych zakazów z zasadą wolności gospodarczej. Uzasadniając w tym względzie zgodność zaskarżonych przepisów z Konstytucją Trybunał odniósł się do doświadczeń praktyki funkcjonowania poprzedniej ustawy antykorupcyjnej z 1992 r.: „Trybunał przypomina jeszcze raz trudności, jakie powstawały przy interpretacji kryteriów ocennych, któ-

34 OTK 199, nr 5, poz. 101.

35 OTK 1994, cz. I, s. 191.

rymi posługiwała się dawna ustawa antykorupcyjna. Miały one, rzecz jasna, złagodzić ograniczenia swobody gospodarczej, relatywizując je do konkretnych okoliczności. Mimo interwencji Trybunału Konstytucyjnego, zakres stosowania przepisów poprzedniej ustawy do końca budził wątpliwości. W praktyce oznaczało to, że wysocy funkcjonariusze publiczni zawsze mieli możliwość powoływania się na to, że wyjątki od zasady (wolności gospodarczej) muszą być interpretowane restryktywnie. W konsekwencji ograniczenia wynikające z ustawy antykorupcyjnej nie były respektowane. Trybunał stoi więc na stanowisku, że w tym przypadku tylko zakazy bezwzględne, nie dopuszczające „luzów interpretacyjnych”, mogą w praktyce doprowadzić do realizacji niepołączalności sprawowania funkcji publicznej z prowadzeniem działalności gospodarczej. Ponieważ z całą pewnością wymaga tego ważny interes publiczny, art. 4 pkt. 6 zaskarżonej ustawy nie może być uznany za sprzeczny z art. 22 Konstytucji”.

W tym samym nurcie orzecznictwa należy umieścić wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 07. maja 2001 r. (K 19/00)³⁶ stwierdzający zgodność z Konstytucją, a w szczególności zasadą równości wobec prawa i wolności działalności gospodarczej art. 1, 2 i 3 w zw. z art. 5–13 ustawy z dnia 03 marca 2000 r. o wynagradzaniu osób kierujących niektórymi podmiotami prawnymi (Dz.U. Nr 26 poz. 306) w zakresie odnoszącym się do tych państwowych lub samorządowych jednostek organizacyjnych mających osobowość prawną, które prowadzą działalność gospodarczą.

Do jednego z najważniejszych zarzutów podniesionych w tej sprawie we wniosku Konfederacji Pracodawców Polskich należało stwierdzenie, iż regulacje prawne zaskarżonej ustawy dotyczące umów o świadczenie usług w zakresie zarządzania („umów menedżerskich”) stanowi ograniczenie swobody umów, jako jednego z istotnych elementów przedmiotowych wolności działalności gospodarczej.

W uzasadnieniu tegoż orzeczenia Trybunał Konstytucyjny wyraźnie stwierdza, że zasada wolności gospodarczej określona w art. 20 i 22 Konstytucji nie obejmuje w jednakowym stopniu wszystkich podmiotów faktycznie zajmujących się jej prowadzeniem, gdyż dotyczy osób fizycznych i innych podmiotów, które korzystają z praw i wolności przysługujących człowiekowi i obywatelowi. Adresatem uprawnień wynikających z tej zasady nie może być państwo i inne instytucje publiczne, gdyż mogą być one jedynie podmiotami zobowiązanymi do poszanowania uprawnień jednostek i innych podmiotów spoza „sektora publicznego”. Jak stwierdza Trybunał: „Formuły wolnościowej nie można używać w odniesieniu do państwa i innych instytucji publicznych, których bezpośredni udział lub pośredni wpływ na gospodarkę nie jest wykluczony, ale których działalność podlegać musi innemu

36 OTK 2001, z. 4 poz. 82.

reżimowi pod względem konstytucyjnym niż działalność podmiotów prywatnych”. Systemowa wykładnia przepisów konstytucyjnych, a w szczególności art. 20 i 22 Konstytucji wskazuje na to, iż gwarancjami wynikającymi z zasady wolności gospodarczej objęta jest jedynie ta działalność gospodarcza, której materialną podstawą jest szeroko rozumiana własność prywatna.

Zdaniem Trybunału z art. 20 Konstytucji wynika wniosek, że prowadzenie przez państwo i jego agendy działalności gospodarczej powinno mieć charakter wyjątku, zaś jej uzasadnieniem ma być realizacja innych wartości konstytucyjnych, w szczególności służyć powinno zapewnieniu społecznego charakteru gospodarki rynkowej i zrównoważonemu rozwojowi (art. 5 Konstytucji). Działalność państwa nie może naruszać zasady swobodnej konkurencji jako fundamentu gospodarki rynkowej, co wiąże się z zakazem preferencji dla podmiotów państwowych. Trybunał Konstytucyjny stwierdza ostatecznie: „Rozważania powyższe prowadzą do wniosku, że konstytucyjna zasada wolności działalności gospodarczej nie ma zasadniczo zastosowania do działań państwa podejmowanych w formie bezpośredniego lub pośredniego jej prowadzenia, oddziałują na nie natomiast pośrednio jako zakaz rozbudowy sektora publicznego ponad uzasadnione konstytucyjnie potrzeby oraz nakaz przestrzegania zasady swobodnej konkurencji w gospodarce i nienaruszania praw „prywatnych” podmiotów gospodarczych”.

Opinię o konstytucyjności zaskarżonych regulacji ustawowych ograniczających wysokość wynagrodzeń menedżerów państwowych podmiotów gospodarczych wyjaśniono ostatecznie w końcowej części uzasadnienia: „Trybunał Konstytucyjny podziela pogląd, że przepisy konstytucyjne, a w szczególności art. 65 i art. 2 w części odwołujące się do zasad sprawiedliwości społecznej, dają pełną podstawę do uznania zasady sprawiedliwego (godziwego) wynagradzania za świadczoną pracę jako założenia o randze konstytucyjnej. Trybunał Konstytucyjny nie podziela natomiast poglądu, że sprawiedliwe i godziwe wynagrodzenie wyznaczone jest przez wartość pracy, o której decydują prawa rynku. Już sam art. 65 ust. 4 Konstytucji zaprzecza takiemu wnioskowi. Niezależnie bowiem od wartości rynkowej praca ma być wynagradzana godziwie w takim rozumieniu, iż wystarcza na zaspokojenie pewnych uzasadnionych potrzeb życiowych jednostki (minimalnego standardu godnego życia). Przepis ten nie jest tylko – jak to ujmuje wnioskodawca – wyjątkiem od zasady swobodnego kształtowania treści umów o pracę (i wynikających z nich stosunków pracy), ale także konkretyzacją ogólnej zasady sprawiedliwości społecznej.

W szeregu orzeczeń Trybunał Konstytucyjny odniósł się do dopuszczalności ograniczeń prawa własności, jako podstawy ustroju społeczno-gospodarczego Rzeczypospolitej, a także realizacji zasady swobody działalności gospodarczej.

Za jedną z zasadniczych przesłanek ograniczenia prawa własności Trybunał uznał argument „porządku publicznego (por. wyrok z 12. stycznia 2000 r. (P 11/98,

dotyczący zgodności z Konstytucją ustawy z 02. lipca 1994 r. o najmie lokali mieszkalnych i dodatkach mieszkaniowych).³⁷ W wyroku z 12. stycznia 1999 r. (P 2/98)³⁸ Trybunał Konstytucyjny dokonał próby zdefiniowania tego pojęcia:” przesłanka porządku publicznego, mimo jej dalece niedookreślonego treściowo charakteru mieści w sobie niewątpliwie postulat takiego ukształtowania stanu faktycznego wewnątrz państwa, który umożliwi normalne współżycie jednostek w organizacji państwowej. Dokonując ograniczenia konkretnego prawa lub wolności, ustawodawca kieruje się przede wszystkim troską o należyte, harmonijne współżycie członków społeczeństwa, co obejmuje zarówno ochronę interesów poszczególnych osób, jak i określonych dóbr społecznych, w tym i mienia publicznego”.

Z kolei w wyroku z 07. lutego 2001 r. (K 27/00)³⁹ dotyczącym zgodności z konstytucją art. 1 ustawy z 13. lipca 2000 r. o zmianie ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym dokonał swoistego podsumowania dotychczasowej linii orzecznictwa dotyczącego ograniczeń prawa własności. Wskazał, iż:” „W świetle art. 64 ust. 3 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji warunkami dopuszczalności ograniczeń praw własności są: ustawowa forma ograniczenia, istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia, funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 wartości oraz zakaz naruszania istoty prawa własności. Wymóg istnienia w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia odpowiada zasadzie proporcjonalności”.

Za istotny dla przedsiębiorców należy uznać wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17. października 2000 r. (SK 5/99)⁴⁰ stwierdzający zgodność z konstytucją, a w szczególności z zasadą wolności gospodarczej art. 5 ustawy z dnia 23. kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16 poz. 93 z późn. zm.). Przepis ten zawiera dwa kryteria, które uzasadniają uznanie określonego działania lub zaniechania za nadużycie prawa:

- sprzeczność ze społeczno–gospodarczym przeznaczeniem prawa,
- lub z zasadami współżycia społecznego.

Jest to klauzula generalna, która niejako „współlistnieje” z całym systemem prawa cywilnego i z tego punktu widzenia musi być brana pod uwagę przez sądy przy rozstrzyganiu każdej sprawy (por. uchwała SN z 20. kwietnia 1962 r. IV CO 9/62)⁴¹. Trybunał Konstytucyjny w obszernym uzasadnieniu swojego stanowiska

37 OTK 2000, nr 1, poz. 3.

38 OTK 1999, nr 1, s. 20.

39 OTK 2001, nr 2, poz. 29.

40 OTK 2000, nr 7, poz. 254.

41 OSN 1963, nr 1.

podniósł, iż taka klauzula generalna ma swoje uzasadnienie historyczne i znajduje odpowiedniki w systemach prawnych innych państw.

Zdaniem skarżącego indywidualnego przedsiębiorcy art. 5 kc. (ze względu na jego nadmierną ogólność) nie stwarza podmiotom prawa dostatecznych gwarancji przewidywalności rozstrzygnięcia z punktu widzenia sprawiedliwości materialnej, co jest sprzeczne zarówno z zasadą państwa prawnego (art. 2 Konstytucji) jak i prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji).

Z uzasadnienia orzeczenia wynika, iż: „Trybunał Konstytucyjny jest zdania, że naruszenie wymagania przewidywalności orzeczenia sądu przy zastosowaniu klauzuli generalnej może nastąpić w trzech sytuacjach. Po pierwsze, gdyby przesłanki rozumienia tej klauzuli generalnej miały nie tylko obiektywny, lecz i subiektywny charakter. Po drugie, gdyby treść tej klauzuli generalnej nie stwarzała dostatecznych gwarancji, że jej interpretacja orzecznicza stanie się jednolita i ścisła, tak, żeby była zapewniona możliwość przewidzenia określonego rozstrzygnięcia. Po trzecie, gdyby z brzmienia tej klauzuli generalnej można było wyprowadzać uprawnienia prawotwórcze sądów, wyrażające się w szczególności w prawie sądu do samoistnego nadawania nowej treści art. 5 kc.”

Odnosnie sytuacji pierwszej, Trybunał wskazuje – powołując się na stosowne orzecznictwo sądowe – iż zastosowanie art. 5 kc. nie może prowadzić do nabycia i utraty prawa podmiotowego, zaś ochrona z niego wynikająca ma charakter przejściowy, a nie trwały, ze względu na zmieniające się okoliczności. Również w oparciu o obszerne orzecznictwo sądowe Trybunał Konstytucyjny wskazuje na niewątpliwe ograniczenia arbitralności sądów przy stosowaniu art. 5 kc. Stanowi je wymóg dokładnego określenia na kim spoczywa ciężar dowodzenia nadużycia prawa oraz konieczność wykazania, o jaką dokładnie zasadę współzycia chodzi, a także obowiązek brania, z tego punktu widzenia, pod uwagę całokształtu okoliczności konkretnego przypadku. Reguła ciężaru dowodu spoczywającego na osobie mającej zamiar skorzystać z regulacji art. 5 kc. wynika z konieczności przełamania przez nią domniemania korzystania z prawa w sposób zgodny z zasadami współzycia społecznego i jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem. Odnosząc się więc do kryterium drugiego, Trybunał ostatecznie stwierdza, że dotychczasowa bogata linia orzecznictwa wskazuje na to, że art. 5 kc. nie stwarza zagrożenia dla stabilności systemu prawa w procesie jego stosowania.

Nawiązując do określonego wyżej trzeciego kryterium, Trybunał Konstytucyjny badał, czy art. 5 kc. jest sformułowaniem tak ogólnym, iż w istocie zawiera upoważnienie do prawotwórczego działania sądów, w szczególności poprzez zastępowanie stosowania innych szczegółowych instytucji prawa cywilnego przez tę klauzulę. Również w tym względzie przytaczane przez Trybunał orzeczenia Sądu Najwyższego uzasadniają tezę, iż norma wynikająca z art. 5 kc., której odpowiedniki znajdują także inne systemy prawne, w okresie jej funkcjonowania w porządku

konstytucyjnym RP nie była i nie jest rozumiana jako upoważnienie sądu do działalności prawotwórczej.

Trybunał Konstytucyjny dochodzi ostatecznie do wniosku, iż „z przedstawionych utrwalonych tendencji orzeczniczych Sądu Najwyższego wynika jednoznacznie, iż art. 5 kc. nie ogranicza prawa do sądu w znaczeniu podanym wyżej. Służy on także realizacji sprawiedliwości w znaczeniu materialno–prawnym, będącej wartością konstytucyjnie chronioną przez art. 45 ust. 1 Konstytucji”.

W końcowej części uzasadnienia orzeczenia, odnoszącej się do zgodności art. 5 kc. z konstytucyjną zasadą sprawiedliwości społecznej i swobodą działalności gospodarczej, Trybunał podkreśla, że regulacja ta nie narusza konstytucyjnej zasady równej dla wszystkich ochrony praw majątkowych: „Nie różnicuje tej ochrony w szczególności w zależności od „potencjału ekonomicznego” uczestników obrotu gospodarczego. Jego następstwem jest odmowa ochrony każdemu, kto wykonuje swe prawo sprzecznie z zasadami współżycia społecznego lub ze społeczno–gospodarczym przeznaczeniem tego prawa”.

2. Zasada wolności gospodarczej na tle zasady demokratycznego państwa prawa

Nie należy zapominać o tym, iż orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego dotyczące wolności działalności gospodarczej nie może być analizowane w oderwaniu od praktyki orzeczniczej tego Trybunału odnoszącej się do innych zasad konstytucyjnych. Zasada ta w doktrynie i orzecznictwie była zawsze wiązana z zasadą demokratycznego państwa prawa⁴². Ta ostatnia, niejako nadrzędna zasada konstytucyjna pozwalała wyodrębnić także nie skodyfikowaną bezpośrednio w konstytucji zasadę zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa.

Zasada zaufania obywateli do państwa, zwana niekiedy zasadą lojalności państwa wobec obywateli dotyczy stosowania prawa i jest podstawą budowy szczegółowych zasad stanowienia prawa, tzw. reguł przyzwoitej legislacji. Była ona przedmiotem zainteresowania Trybunału Konstytucyjnego jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r. Trybunał zastanawiał się w tym przypadku nad charakterem i zakresem tej zasady, problemem jej naruszeń przez niedochowanie reguł techniki legislacyjnej, jej konstytucyjną podstawą, składnikami tej zasady, relacją z zasadą bezpośredniego działania nowego prawa i naruszeń tej zasady – w przypadku naruszeń zasady sprawiedliwości społecznej. W dziedzinie prawodawczej działalności państwa stwarza ona w szczególności obowiązek kształtowania prawa w taki sposób, by nie ograniczać wolności obywateli, jeśli nie wymaga tego ważny interes społeczny lub indywidualny, chroniony Konstytucją, obowiązek przyznawania obywatelom praw z jednoczesnym ustanowieniem gwarancji tych praw, obowiązek stanowienia prawa spójnego, jasnego i zrozumiałego dla obywateli, wreszcie obowiązek nie nadawania przepisom prawa mocy wstecznej.⁴³ Trybunał Konstytucyjny wskazuje również na fakt, że określając treść konstytucyjnej zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa nie można ignorować podstawowego faktu, iż w świadomości społecznej treść prawa rozpoznawana jest przede wszystkim ze sposobu jego interpretacji w praktyce stosowania prawa przez organy państwowe.⁴⁴

Zasada lojalności państwa wobec obywatela znalazła również poczesne miejsce w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego opartego na nowej Konstytucji z 1997 r. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 13. kwietnia 1999 r. odniósł się do stanowiącego element tej zasady zagadnienia zaufania obywatela do sądowej interpretacji prawa (K. 36/98). W uzasadnieniu tego wyroku Trybunał stwierdził, iż

42 Por. szerzej na temat tej zasady J. Oniszczyk: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Zakamycze 2000, s. 40 i nast.

43 Tamże, s. 47–51 i podane tam orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego.

44 P. Czarny: Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 27 listopada 1997 r. (U.11/97), Przegląd Sejmowy 1998, nr 3 (26), s. 200 i nast.

zasada podziału władz i zasada podległości sędziego ustawie dopuszczają dokonywanie w prawie zmian, które pociągają za sobą konieczność odpowiednich zmian orzecznictwa sądowego w odniesieniu do stosunków prawnych, które ukształtują się na tle nowych przepisów. Zasada podziału władz oznacza też, że dopóki przepis prawa nie zostanie zmieniony, jego stosowanie jest rzeczą sądów, a ustawodawca nie ma już na to bezpośredniego wpływu. Swoboda sądowego stosowania prawa może być ograniczona przez odpowiednio precyzyjne sformułowanie stanowionych przepisów. Jeżeli jednak regulacja ustawowa nie jest do końca jasna i pozostawia różne możliwości interpretacyjne, to wybór możliwości najwłaściwszej należy już do sądów, które kierują się przy tym ogólnymi zasadami wykładni prawa, a w szczególności posługują się techniką wykładni ustawy w zgodzie z Konstytucją.⁴⁵

Trybunał Konstytucyjny analizował szerzej znaczenie omawianej zasady w wyroku z 14. czerwca 2000 r., sygn. P. 3/00 stwierdzając, że „zasada zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne; umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu w oparciu o pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą. Jednostka winna mieć możliwość określenia zarówno konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie systemu, jak też oczekiwać, że prawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny. Bezpieczeństwo prawne jednostki związane z pewnością prawa umożliwia więc przewidywalność działań organów państwa, a także prognozowanie działań własnych”⁴⁶. Prawodawca narusza wartości znajdujące się u podstaw omawianej zasady, „wtedy, gdy jego rozstrzygnięcie jest dla jednostki zaskoczeniem, bo w danych okolicznościach nie mogła go przewidzieć, szczególnie zaś wtedy, gdy przy jego podejmowaniu prawodawca mógł przypuszczać, że gdyby jednostka przewidywała zmianę prawa byłaby inaczej zadecydowała o swoich sprawach” (tamże, s. 690–691).

Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie zwracał uwagę, że bezpieczeństwo prawne może pozostawać w kolizji z innymi wartościami konstytucyjnymi. Badając zgodność aktów normatywnych z zasadą zaufania jednostki do państwa i do stanowionego przez nie prawa, „należy ustalić na ile oczekiwanie jednostki, że nie narazi się ona na prawne skutki, których nie mogła przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań, są usprawiedliwione. Jednostka musi zawsze liczyć się z tym, że zmiana warunków społecznych lub gospodarczych może wymagać nie tylko zmiany obowiązującego prawa, ale również niezwłocznego wprowadzenia w życie nowych regulacji prawnych. W szczególności ryzyko

45 J. Oniszczyk: op. cit., s. 53–54.

46 OTK ZU nr 5/2000, s. 690.

związane z wszelką działalnością gospodarczą obejmuje również ryzyko niekorzystnych zmian systemu prawnego. Istotne znaczenie ma także horyzont czasowy działań podejmowanych przez jednostkę w danej sferze życia. Im dłuższa jest perspektywa czasowa podejmowanych działań, tym silniejsza powinna być ochrona zaufania do państwa i do stanowionego przez nie prawa” (wyrok z 07. lutego 2001 r., K. 27/00)⁴⁷.

W orzeczeniu z 03. grudnia 2002 r. (P 13/02)⁴⁸ odnoszącym się do zgodności z Konstytucją art. 27a ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych Trybunał wyraził pogląd, zgodnie z którym stanowienie przepisów niejasnych i wieloznacznych jest naruszeniem Konstytucji (zob. wydane w pełnym składzie wyroki z: 21. marca 2001 r., K 24/00⁴⁹; 30. października 2001 r., K 33/00⁵⁰ oraz z 22. maja 2002 r., K 6/02⁵¹) ze względu na sprzeczność z zasadą państwa prawnego wyrażoną w art. 2 Konstytucji, albo z zasadą wymagającą ustawowej regulacji określonej dziedziny (np. nakładania ciężarów i świadczeń publicznych, art. 84 Konstytucji, albo określania ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Jednakże zdaniem Trybunału Konstytucyjnego niejasność przepisu może uzasadniać stwierdzenie jego niezgodności z Konstytucją, o ile jest tak daleko posunięta, iż wynikających z niej rozbieżności nie da się usunąć za pomocą zwyczajnych środków mających na celu wyeliminowanie niejednorodności w stosowaniu prawa. Pozbawienie mocy obowiązującej określonego przepisu z powodu jego niejasności winno być traktowane jako środek ostateczny, stosowany dopiero wtedy, gdy inne metody usuwania skutków niejasności treści przepisu (w szczególności przez jego interpretację w orzecznictwie sądowym) okażą się niewystarczające. Z reguły niejasność przepisu powodująca jego niekonstytucyjność musi mieć charakter „kwalifikowany”, przez wystąpienie określonych dodatkowych okoliczności z nią związanych, które nie mają miejsca w każdym przypadku wątpliwości co do rozumienia określonego przepisu.

Dlatego zdaniem Trybunału tylko daleko idące, istotne rozbieżności interpretacyjne, albo już występujące w praktyce, albo – jak to ma miejsce w przypadku kontroli prewencyjnej – takie, których z bardzo wysokim prawdopodobieństwem można się spodziewać w przyszłości, mogą być podstawą stwierdzenia niezgodności z Konstytucją określonego przepisu prawa. Ponadto skutki tych rozbieżności muszą być istotne dla adresatów i wynikać z niejednorodnego stosowania lub niepew-

47 OTK ZU 2001, nr 2, s. 164.

48 OTK-A 2002/7/90.

49 OTK ZU 2001, nr 3, poz. 51.

50 OTK ZU 2001, nr 7, poz. 217.

51 OTK ZU 2002, nr 3A, poz. 33.

ności co do sposobu stosowania. Dotykać one winny prawnie chronionych interesów adresatów norm prawnych i występować w pewnym nasileniu. Stwierdzając zgodność z Konstytucją zaskarżonego przepisu, Trybunał stwierdził, iż w tym przypadku nasilenie takie nie miało miejsca.

Z kolei w uzasadnieniu orzeczenia z 07. lutego 2001 r. (K 27/00)⁵² Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż zasada zaufania obywatela do państwa wyraża się w takim stanowieniu i stosowaniu prawa, by nie stawało się ono swoistą pułapką dla obywatela i aby mógł on „układać swoje sprawy w zaufaniu, iż nie naraża się na prawne skutki, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań oraz w przekonaniu, iż jego działania podejmowane zgodnie z obowiązującym prawem będą także w przyszłości uznawane przez porządek prawny”. Orzecznictwo to wskazuje, iż istotnym elementem zasady ochrony zaufania obywatela do państwa i prawa jest obowiązek poszanowania przez ustawodawcę interesów w toku, tj. przedsięwzięć gospodarczych i finansowych rozpoczętych na gruncie dotychczasowych przepisów. Ustawodawca, dokonując kolejnych modyfikacji stanu prawnego, nie może tracić z pola widzenia interesów, które ukształtowały się przed dokonaniem zmian stanu prawnego.

Problemem nakazu ochrony interesów w toku zajął się w szczególności Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 25. listopada 1997 r. (K 26/97)⁵³ stwierdził, że nakaz ten nie ma charakteru bezwzględnego, natomiast ma on bardziej kategoryczny charakter, jeśli spełnione zostały trzy warunki:

- 1) ustawodawca wyznaczył pewne ramy czasowe, w których jednostka może realizować określone przedsięwzięcie według z góry określonych reguł – w zaufaniu, że ustalone reguły nie zostaną zmienione;
- 2) przedsięwzięcie ma charakter rozłożony w czasie, a jednocześnie;
- 3) jednostka faktycznie rozpoczęła realizację danego przedsięwzięcia.

Jeśli te warunki nie zostaną spełnione, wówczas szczególnie osoba prowadząca działalność gospodarczą powinna być świadoma, że ryzyko z nią związane obejmuje również ryzyko niekorzystnych zmian systemu prawnego. W uzasadnieniu cytowanego wyroku z 07. lutego 2001 r. Trybunał wskazuje, iż konstytucja dopuszcza nie tylko odstępianie w szczególnych okolicznościach od nakazu wprowadzania zmian do systemu prawnego z zachowaniem odpowiedniego *vacatio legis*, ale również odstępianie od nakazu ochrony praw nabytych. Powołując się na dotychczasową linię orzecznictwa, Trybunał uznaje dopuszczalność, w wyjątkowych okolicznościach, wprowadzenia pewnych odstępstw od zasady nie działania prawa wstecz (*lex retro non agit*), „jeżeli przemawia za tym

52 OTK 2001 z. 2, poz. 29.

53 OTK 1997, z. 5–6, s. 450.

konieczność realizacji innej zasady konstytucyjnej, a jednocześnie realizacja tej zasady nie jest możliwa bez wstecznego działania prawa”. Zdaniem Trybunał dopuszczalność odstępstw od wymienionych zasad konstytucyjnych zależy od wartości konstytucyjnych, które badana regulacja prawna ma chronić.

Zasada zachowania odpowiedniego *vacatio legis* jest szczególnie istotna dla przedsiębiorców w sferze podatkowej. W wyroku z 15. grudnia 1997 r. (K.13/97)⁵⁴ Trybunał przypomniał, powołując się na dotychczasową linię orzecniczą, iż adresat normy powinien mieć zapewniony czas na przystosowanie się do zmienionych regulacji, co jest szczególnie istotne, gdy nowe przepisy dotyczą działalności gospodarczej, której swoboda chroniona jest konstytucyjnie. Podejmowanie decyzji gospodarczych wymaga czasu, aby uniknąć strat. Z drugiej strony badanie konstytucyjności wprowadzenia w życie nowych przepisów zawsze musi polegać na materialnym określeniu, jaki okres *vacatio legis* ma charakter odpowiedni do ich treści i charakteru. W sprawie będącej przedmiotem badania Trybunał uznał, iż wprowadzenie stosunkowo krótkiego okresu dostosowawczego (12 dni) uzasadnione było tym, że pierwszy okres wymagalności podatku obliczonego według nowej ustawy przypadał na dzień 15. stycznia 1997 r. dla osób prawnych lub 15. marca dla osób fizycznych

Zgodnie z poglądem Trybunału Konstytucyjnego wyrażonym w wyroku z 08. kwietnia 1998 r. (K.10/97)⁵⁵ zasada odpowiedniego *vacatio legis* została zachowana w przypadku art. 4 i 5 ustawy z 12. września 1996 r. o zmianie ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz.U. Nr 127 poz. 593). Art. 4 ust. 1 ustawy zobowiązał Ministra Handlu i Przemysłu do oznaczenia terminu ważności zezwoleń na obrót hurtowy alkoholem na dwa lata od dnia oznaczenia, bez pobierania opłaty skarbowej. Przepis ten nie rodził bezpośrednio konieczności ubiegania się o nowe zezwolenia, gdyż wygaszały one dopiero w przypadku nieprzedłożenia ich Ministrowi PiH w terminie 60. dni od wejścia w życie ustawy (art. 4 ust. 2 ustawy). Zdaniem Trybunału cała operacja miała dla przedsiębiorców dbających o swoje interesy charakter porządkujący, gdyż *vacatio legis* kwestionowanego przepisu wynosił 2 lata.

Z kolei przepis art. 5 ustawy zmuszał przedsiębiorców prowadzących obrót wyrobami spirytusowymi do zaprzestania tej działalności w ciągu dwóch dni od wejścia w życie ustawy i ponownego ubiegania się o pozwolenie. Tak więc łączny okres dostosowania się do nowej ustawy wynosił 62 dni. Oceniając treść art. 5 ustawy Trybunał uznał, że zastosowany w nim zabieg legislacyjny uniemożliwił wprowadzić kontynuowanie działalności gospodarczej na dotychczasowych zasadach, jednakże nie zamknął przedsiębiorcom drogi do uzyskania zezwolenia zgod-

54 OTK 1997/5–6/69.

55 OTK 1998/3/29.

nie z nową regulacją. Trybunał krytycznie ocenił jednak pozostawienie krótkiego, dwudniowego okresu pomiędzy wejściem w życie ustawy a utratą mocy zezwoleń wydanych na podstawie dotychczasowych przepisów. Po uzyskaniu zezwolenia na hurtowy obrót wyrobami spirytusowymi przedsiębiorcy mogli bowiem liczyć się z możliwością cofnięcia zezwolenia tylko w okolicznościach przewidzianych w ustawie o działalności gospodarczej. Generalne pozbawienie przez ustawę z 1996 r. mocy obowiązywania wszystkich koncesji niewątpliwie skomplikowało sytuację podmiotów gospodarczych, lecz zdaniem Trybunału pozostawiono im odpowiedni czas na dostosowanie się do nowej sytuacji prawnej. Element niepewności wystąpił tylko u tych przedsiębiorców, którzy podjęli starania o zezwolenia na hurtowy obrót alkoholem i zmuszeni byli na oczekiwanie na rozstrzygnięcie. Jednakże ich strata mogła obejmować tylko hipotetyczny zysk utracony (*lucrum cessans*). **Jak stwierdził Trybunał ochrona praw słusznie nabytych na podstawie ostatecznych decyzji administracyjnych dotyczy ochrony przed spowodowaniem szkody rzeczywistej (*damnum emergens*) i nie odnosi się do zysku utraconego, jeżeli podmiot dotknięty skutkami nowej regulacji ma możliwość takiego pokierowania swoimi interesami w toku, że nie poniesie rzeczywistej szkody.** Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, podejmując się prowadzenia – w dużych rozmiarach – działalności gospodarczej, której skutki ze względu na przedmiot działalności (obróć wyrobami spirytusowymi) nie są obojętne dla interesu publicznego, przedsiębiorca nie może przyjmować założenia, że przyznane mu na czas nieokreślony uprawnienia nigdy nie będą mogły być przez ustawodawcę ograniczone – tak w aspekcie merytorycznym, jak i czasowym. **Hipotetyczne zagrożenie utratą przyszłych korzyści nie może być przez jednostkę skutecznie przeciwstawiane względem ochrony interesu publicznego, zwłaszcza, gdy ten ostatni nie ma wymiaru majątkowego.**

Wyprowadzana z zasady demokratycznego państwa prawa zasada ochrony praw nabytych ma szczególne znaczenie dla przedsiębiorców w sferze prawa podatkowego. Przykładowo: w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 25. czerwca 2002 r. (K 45/01)⁵⁶ stwierdzono:

1. Art. 1 pkt 8 w związku z art. 3 ustawy z dnia 20. listopada 1999 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 95, poz. 1100) w zakresie, w jakim zmienia zasady wyliczania kwoty podatku od towarów i usług podlegającej zwrotowi na rzecz zakładu pracy chronionej, przed upływem trzyletniego okresu, przewidzianego w art. 30 ust. 1 zdanie drugie ustawy z dnia 27. sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, w brzmieniu obowiązującym w dniu 30. listopada 1999 r. (Dz.U. Nr 123, poz. 776 i Nr 160, poz. 1082, z 1998 r. Nr 99, poz. 628, Nr 106,

56 OTK–A 2002/4/46.

poz. 668, Nr 137, poz. 887, Nr 156, poz. 1019 i Nr 162, poz. 1118 i 1126 oraz z 1999 r. Nr 49, poz. 486 i Nr 90, poz. 1001) jest niezgodny z zasadą ochrony praw nabytych i zasadą ochrony interesów w toku, wyrażonymi w art. 2 Konstytucji – w zakresie, w jakim nie przewiduje regulacji przejściowych niezbędnych dla zapewnienia ochrony interesów prowadzących zakłady pracy chronionej, którzy – w zaufaniu do dotychczasowych przepisów – rozpoczęli realizację długookresowych przedsięwzięć na rzecz osób niepełnosprawnych zatrudnionych w ich zakładach.

2. Art. 2 pkt 2 w związku z art. 4 ustawy z dnia 20. listopada 1999 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. Nr 95, poz. 1101) w zakresie, w jakim pozbawia przedsiębiorców prowadzących zakłady pracy chronionej przed upływem trzyletniego okresu przewidzianego w art. 30 ust. 1 zdanie drugie ustawy z dnia 27. sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, w brzmieniu obowiązującym w dniu 30. listopada 1999 r. (Dz.U. Nr 123, poz. 776 i Nr 160, poz. 1082, z 1998 r. Nr 99, poz. 628, Nr 106, poz. 668, Nr 137, poz. 887, Nr 156, poz. 1019 i Nr 162, poz. 1118 i 1126 oraz z 1999r. Nr 49, poz. 486 i Nr 90, poz. 1001), uprawnień określonych w art. 31 ust. 1 pkt 1 w związku z ust. 2 tegoż artykułu powołanej wyżej ustawy z dnia 27. sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, w brzmieniu obowiązującym w dniu 30. listopada 1999 r., jest niezgodny z zasadą ochrony praw nabytych i zasadą ochrony interesów w toku, wyrażonymi w art. 2 Konstytucji – w zakresie, w jakim nie przewiduje regulacji przejściowych niezbędnych dla zapewnienia ochrony interesów prowadzących zakłady pracy chronionej, którzy – w zaufaniu do dotychczasowych przepisów – rozpoczęli realizację długookresowych przedsięwzięć na rzecz osób niepełnosprawnych zatrudnionych w ich zakładach.

Orzeczenie to miało na celu nie tylko (i nie przede wszystkim) dobro przedsiębiorców, lecz także dobro osób niepełnosprawnych. Jak wskazał w uzasadnieniu tego orzeczenia Trybunał Konstytucyjny, powołując się na wcześniejsze orzecznictwo: „parlament jest uprawniony do stanowienia prawa odpowiadającego założonym celom politycznym i gospodarczym. Ustawodawca posiada w szczególności swobodę kształtowania systemu podatkowego. Konstytucja pozostawia szczególnie szeroką swobodę regulacyjną w zakresie wprowadzania i znoszenia zwolnień i ulg podatkowych. Swoboda w kształtowaniu materialnych treści prawa podatkowego jest jednak równoważona istnieniem obowiązku przestrzegania konstytucyjnych standardów demokratycznego państwa prawnego. Do standardów tych należy w szczególności zasada ochrony zaufania jednostki do państwa i stanowionego przez nie prawa, a także zasady ochrony praw nabytych oraz ochrony interesów w toku, które stanowią konkretyzację wymienionej zasady konstytucyjnej.”

Zasadę zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa Trybunał Konstytucyjny odnosił nie tylko do prawa materialnego, określającego prawa i

obowiązki obywatela oraz organów państwa, lecz również do prawa procesowego, regulującego procedurę dochodzenia przez obywatela roszczeń przed organami sądowymi. Takie stanowisko zajął Trybunał w wyroku z 28. stycznia 2003 r. (SK 73/03)⁵⁷ uznającym że art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 24. maja 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy o komornikach sądowych i egzekucji (Dz.U. Nr 48, poz. 554) w zakresie, w jakim nie przewiduje szczególnej regulacji dotyczącej przyjęcia do rozpoznania kasacji do Sądu Najwyższego, złożonych przed dniem 1. lipca 2000r. od wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Antymonopolowego – jest niezgodny z zasadą zaufania obywatela do państwa i stanowionego przezeń prawa, wyrażoną w art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego – co podniósł w swym stanowisku Rzecznik Praw Obywatelskich – nowe uwarunkowania rozpoznania środków zaskarżenia nie powinny być narzucane *ex post* i to dodatkowo w sposób arbitralny (por. orzeczenie TK z 19. października 1993 r., K. 14/92)⁵⁸. Wobec niespełnienia tego postulatu przez obowiązujące od 0.1 lipca 2000 r. sformułowanie art. 5 ust 2 ustawy nowelizującej (w związku z art. 393 § 1 kpc. po nowelizacji), ustawodawca naruszył – w odniesieniu do autorów kasacji złożonych przed dniem 01. lipca 2000 r. od orzeczeń Sądu Antymonopolowego wydanych przed tym dniem – zasadę ich zaufania do obowiązującego prawa i (pośrednio) do państwa stanowiącego to prawo. W sytuacji, gdy zasada ta, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, stanowi niezbywalny element zasady państwa prawa (wyrażonej w art. 2 Konstytucji), nastąpiło wyraźne uchybienie wymogom wskazanego tu wzorca kontroli konstytucyjnej.

Należy dodać, że było to już drugie orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego stwierdzające niekonstytucyjność procedur odwoławczych obowiązujących w postępowaniu sądowym w sprawach o ochronę konkurencji i konsumentów. We wcześniejszym wyroku z 12. czerwca 2002 r. (P 13/01)⁵⁹ Trybunał stwierdził, iż art. 479³¹ ustawy z dnia 17. listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego:

1) jest niezgodny z art. 78 w związku z art. 176 oraz z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że ustalając katalog rozstrzygnięć zawierających zarówno cechy postępowania pierwszoinstancyjnego, jak i odwoławczego uniemożliwia właściwą kontrolę instancyjną, pozbawiając stronę apelacyjnego środka odwoławczego od orzeczenia Sądu Antymonopolowego, wydanego w pierwszej instancji;

57 OTK–A 2003/1/3.

58 OTK w 1993 r., cz. II, poz. 35.

59 OTK–A 2002/4/42.

2) zaś art. 479³⁴ ustawy wymienionej w punkcie 1 jest niezgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie, w jakim wyłącza możliwość żądania zwrotu kosztów postępowania przez stronę wygrywającą postępowanie przed Sądem Antymonopolowym oraz jest niezgodny z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Z uzasadnienia tego orzeczenia wynika ocena Trybunału Konstytucyjnego, że art. 479³¹ kpc. jest również sprzeczny z art. 2 Konstytucji przez to, iż nie wprowadza on harmonijnego, spójnego i nie budzącego wątpliwości trybu postępowania sądowego z precyzyjnie określonymi zasadami odwoławczymi i zakresem zastosowania przepisów części ogólnej kodeksu postępowania cywilnego. Po raz kolejny Trybunał Konstytucyjny podkreślił, iż na zawartą w treści art. 2 Konstytucji zasadę państwa prawnego składa się szereg elementów, w tym zasada przyzwoitej legislacji, zaś w jej ramach – jak zgodnie podkreśla się w piśmiennictwie i wcześniejszym orzecznictwie Trybunału – „wymaganie określoności przepisów, które muszą być formułowane w sposób poprawny, precyzyjny i jasny [...] zwłaszcza, gdy chodzi o ochronę praw i wolności oraz o sytuacje, gdy istnieje możliwość stosowania sankcji wobec obywatela”⁶⁰, przytoczony m.in. w wyroku z 11. stycznia 2000 r., K. 7/99⁶¹). Trybunał Konstytucyjny uznał, podzielając wcześniejsze stanowisko, że nakaz określoności przepisów, rozumiany jako wymaganie ich precyzyjnego sformułowania, pozwalającego na ustalenie ich znaczenia oraz skutków, stanowi element zasady ochrony zaufania obywatela do państwa, wynikający z art. 2 Konstytucji (zob. zwłaszcza orzeczenia z: 19. czerwca 1992 r., U. 6/92, 01. marca 1994 r., U. 7/93; 26. kwietnia 1995 r., K. 11/94; wyroki z 10. listopada 1998 r., K. 39/97⁶²; 17. października 2000 r., SK 5/99⁶³).

Na zakończenie uwag odnoszących się do zasady demokratycznego państwa prawa wypada wskazać na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20. listopada 2002 r. (K 41/02)⁶⁴ stwierdzający, iż art. 1 – art. 17 ustawy z dnia 26. września 2002 r. o jednorazowym opodatkowaniu nieujawnionego dochodu oraz o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa i ustawy – Kodeks karny skarbowy są niezgodne z art. 2, art. 32 ust. 1 i art. 84 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 18 ustawy wymienionej w pkt 1 jest niezgodny z art. 32 ust. 1, art. 47 w związku z art. 31 ust. 3, art. 51 ust. 2 i art. 64 ust. 1 Konstytucji.

Wyrok ten zapadł wskutek wniosku Prezydenta RP o zbadanie w tak szerokim zakresie konstytucyjności ustawy o tzw. abolicji podatkowej, przedłożonej mu do

60 L. Garlicki: Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Przegląd Sejmowy nr 6/1999, s. 124.

61 OTK ZU 2000, nr 1, poz. 2.

62 OTK ZU 1998, nr 6, poz. 99.

63 OTK ZU 2000, nr 7, poz. 254.

64 OTK-A 2002/6/83.

podpisu 07. października 2002 r. W uzasadnieniu wyroku Trybunał Konstytucyjny, podsumowując rozważania dotyczące art. 2 Konstytucji stwierdził, że nieprecyzyjny charakter jednorazowego podatku został jakby konstrukcyjnie zaprogramowany przez ustawodawcę. Ocena ta bierze swój początek już w niedookreśleniu przedmiotu opodatkowania, a pogłębia się, gdy analizuje się sposób określenia jego podstawy. Wszystko to sprawia, że niemal każda deklaracja podatkowa może zostać zakwalifikowana jako nierzetelna. Wiele będzie zależało od kryteriów oceny przyjętych przez konkretny urząd skarbowy.

Na zakończenie rozważań służących ocenie art. 1–17 ustawy abolicyjnej z punktu widzenia art. 2 Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny uznał za celowe przytoczenie jednej z ostatnich swych wypowiedzi, a mianowicie fragmentu orzeczenia pełnego składu z 22. maja 2002 r. stwierdzającego, iż „naruszeniem Konstytucji jest stanowienie przepisów niejasnych, wieloznacznych, które nie pozwalają obywatelowi na przewidzenie konsekwencji prawnych jego zachowań” (K. 6/02).⁶⁵

W uzasadnieniu Trybunał przypomniał, iż „wyjściowym i trwałym założeniem przy ocenie legislacji podatkowej przez Trybunał jest pogląd o względnej swobodzie ustawodawcy w kształtowaniu dochodów i wydatków państwa” (K. 6/02, jak wyżej, s. 441). Jednak swoboda w kształtowaniu materialnoprawnej treści prawa podatkowego jest „w swoisty sposób równoważona istnieniem po stronie ustawodawcy obowiązku szanowania proceduralnych aspektów zasady demokratycznego państwa prawnego, a w szczególności szanowania zasad poprawnej legislacji” (tamże). W sprzeczności z tymi zasadami pozostają takie sformułowania ustawy, które – na skutek niejasności i braku precyzji – ustalenie zakresu podmiotowego i przedmiotowego przepisów w praktyce pozostawiają organom stosującym przepisy prawa podatkowego. Trybunał Konstytucyjny zaprezentował w końcu stanowisko, iż “przekroczenie pewnego poziomu niejasności przepisów prawnych stanowić może samoistną przesłankę stwierdzenia ich niezgodności zarówno z przepisem wymagającym regulacji ustawowej określonej dziedziny (...), jak i z wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadą państwa prawnego” (tamże).

Pełny skład Trybunału Konstytucyjnego, po rozpatrzeniu przedstawionych wyżej uchybień legislacyjnych w ustawie z 26. września 2002 r. w zakresie, w jakim reguluje ona jednorazowy podatek od nieujawnionego dochodu, stwierdza, że przy tworzeniu tej części ustawy niewątpliwie doszło do przekroczenia dopuszczalnego poziomu niejasności i dwuznaczności. Zaszła więc tym samym niezgodność art. 1–17 ustawy abolicyjnej z art. 2 Konstytucji.

65 OTK ZU 2002, nr 3/A, poz. 33, s. 448.

3. Zasady konstytucyjne odnoszące się do sfery finansów publicznych

Problematyka finansów publicznych, a w szczególności podatków została uregulowana przede wszystkim w rozdziale X Konstytucji, w art. 216–227⁶⁶. Biorąc pod uwagę przytoczone wcześniej orzecznictwo należy dodać, że do podstawowych zasad konstytucyjnych odnoszących się do problematyki prawnofinansowej – będących przedmiotem zainteresowania Trybunału Konstytucyjnego – należy zaliczyć zasadę wyłączności ustawy w sferze prawa daninowego, zasadę władztwa podatkowego państwa i zasadę powszechności obciążeń podatkowych i swobody ustawodawcy w kształtowaniu danin publicznych.⁶⁷ Za istotne dla sytuacji prawnej podatników należy uznać orzeczenia Trybunału dotyczące bardziej szczegółowych kwestii niedopuszczalności kumulacji odpowiedzialności jako wyrazu nadmiernego fiskalizmu i wiążącą się z analizowaną wcześniej zasadą zaufania obywatela do państwa, zasadę zakazu wprowadzania zmian w prawie podatkowym w czasie trwania roku podatkowego i nakaz dokonywania oraz ogłaszania tych zmian w roku podatkowym⁶⁸ poprzedzającym ich obowiązywanie.

Jeśli chodzi o zasadę wyłączności ustawy w nakładaniu podatków, to jej źródła upatruje się przede wszystkim w art. 217 Konstytucji, który stanowi, iż: „Nakładanie podatków, innych danin publicznych, określanie podmiotów, przedmiotów opodatkowania i stawek podatkowych, a także zasad przyznawania ulg i umorzeń oraz kategorii podmiotów zwolnionych od podatków następuje w drodze ustawy”.

Na gruncie tego przepisu, w związku z art. 84 Konstytucji sformułowana została m.in. zasada władztwa podatkowego, zgodnie z którą państwo ma prawo obciążania podmiotów znajdujących się w polu jego władzy w celu sfinansowania zadań państwa.

Interpretując art. 217 Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wskazywał, iż wyliczenie w nim zawarte należy rozumieć jako nakaz uregulowania ustawą wszystkich istotnych elementów stosunku daninowego, do których zaliczają się m.in.: określenie podmiotu oraz przedmiotu opodatkowania, stawek podatkowych, zasad przyznawania ulg i umorzeń oraz kategorii podmiotów zwolnionych od podatku. Trybunał Konstytucyjny podkreślał również, iż wyliczenie zawarte w art. 217 Konstytucji nie ma charakteru wyczerpującego, co oznacza, że wszystkie istotne elementy stosunku daninowego powinny być uregulowane bezpośrednio w ustawie, zaś do unormowania w drodze rozporządzenia mogą zostać przekazane tylko te sprawy, które nie mają istotnego znaczenia dla konstrukcji danej daniny (por.

66 Por. np. C. Kosikowski: Źródła prawa podatkowego w świetle konstytucji, Glosa 1999, nr 7, s. 1 i nast.

67 J. Oniszczuk, Konstytucja..., op. cit., s. 918–934 i podane tam orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego.

68 J. Oniszczuk, op. cit., s. 120–126 i podane tam orzecznictwo.

wyrok TK z 16. czerwca 1998 r., sygn. U. 9/97⁶⁹; wyrok z 01 września 1998 r., sygn. U. 1/98⁷⁰ oraz wyrok z 09. lutego 1999 r., sygn. U. 4/98⁷¹). Dla uzasadnienia swojego stanowiska w tej mierze, Trybunał Konstytucyjny odwołał się do najwcześniejszego orzecznictwa, w którym wypracowana została zasada, zgodnie z którą sprawy istotne z punktu widzenia założeń ustawy nie mogą być przekazywane do uregulowania w aktach wykonawczych (por. wyrok TK z 16. czerwca 1998 r., sygn. U. 9/97⁷²).

Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny przykładowo w wyroku z 06. marca 2002 r. (P 7/00)⁷³: § 16 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 05. stycznia 1998 r. w sprawie podatku akcyzowego (Dz.U. Nr 2, poz. 3, z późn. zm.) w związku z art. 35 ust. 4 ustawy z dnia 08. stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 11, poz. 50 z późn. zm.) jest niezgodny z art. 217 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, co nie stwarza podstawy zwrotu podatku uiszczonego na podstawie tego przepisu.

W uzasadnieniu tego wyroku stwierdził, iż pogląd, zgodnie, z którym nie samo tylko uregulowanie wprowadzające podatek lub inną daninę publiczną, ale również wszystkie istotne elementy stosunku daninowego, tj. jego zakres podmiotowy, przedmiotowy, stawki oraz pozostałe składniki wymienione w tym przepisie muszą być objęte regulacją ustawową wyrażany jest również w doktrynie. W prawie podatkowym obowiązuje więc zasada *nullum tributum sine lege*.⁷⁴

Zdaniem Trybunału zasada wyłączności ustawowej dla wyznaczania podmiotów, przedmiotu opodatkowania oraz ustalania stawek podatkowych wyrażona została *expressis verbis* w art. 217 Konstytucji i obowiązuje od dnia jej wejścia w życie. Niezależnie od tego wyraźnego sformułowania, jej obowiązywanie wywieść można z konstytucyjnej zasady państwa prawnego. Z tą ostatnią zasadą łączy się bowiem wymóg, ażeby prawa i obowiązki jednostki, a w szczególności prawa i obowiązki jednostki wobec państwa, do których zaliczają się również obciążenia podatkowe, były regulowane ustawą.

Zasada ustanawiania podatków wyłącznie w drodze ustawowej, tj. przez reprezentację narodu jest zarazem podstawową zasadą państwa demokratycznego. Została ona ugruntowana w efekcie długotrwałej walki politycznej, w wyniku której już w XIX w. powstały państwa o ustroju demokratyczno-liberalnym.

69 OTK ZU 1998, nr 4, poz. 51.

70 OTK ZU 1998, nr 5, poz. 65.

71 OTK ZU 1999, nr 1, poz. 4.

72 OTK ZU 1998, nr 4, poz. 51.

73 OTK-A 2002/2/13.

74 R. Mastalski: Prawo podatkowe, Warszawa 2000, s. 61–70; R. Mastalski, J. Zubrzycki: Ordynacja podatkowa. Komentarz, Wrocław 1998, s. 9–12.

Art. 217 Konstytucji, statuując władztwo podatkowe państwa, jednocześnie (zatem dodatkowo) podkreśla gwarancję wyłącznie ustawowego trybu nakładania podatków i innych danin publicznych (por. wyrok TK z 09. lutego 1999 r., sygn. U. 4/98)⁷⁵. Chodzi o to, by decyzje polityczne, dotyczące nakładania podatków i innych danin publicznych, zastrzeżone były wyłącznie dla władzy ustawodawczej.

Trybunał wskazał także, iż celem przyjętej w art. 217 Konstytucji zasady wyłączności ustawy w sferze prawa daninowego jest nie tylko stworzenie gwarancji praw podatnika wobec organów władzy publicznej (por. wyroki TK z: 01. września 1998 r., sygn. U. 1/98⁷⁶, 16. czerwca 1998 r., sygn. U. 9/97⁷⁷), lecz przede wszystkim wzmocnienie pozycji demokratycznych struktur przedstawicielskich i ich odpowiedzialności politycznej.

Na znaczenie stwierdzenia niezgodności z Konstytucją przepisów prawa podatkowego rangi podustawowej wskazał także Sąd Najwyższy w wyroku z 07. marca 2002 r. (III RN 33/02)⁷⁸ stwierdzającym, iż:

1. W konkretnej sprawie, stwierdzając niezgodność podustawowego aktu normatywnego z Konstytucją, sąd może samodzielnie zdecydować o pominięciu określonej normy prawnej tego aktu podustawowego przy podejmowaniu rozstrzygnięcia, które w takim przypadku wydaje wyłącznie na podstawie przepisów Konstytucji i ustawy.
2. Przepis § 18 ust. 1 pkt 1 w związku z § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 16. grudnia 1998 r. w sprawie podatku akcyzowego (Dz.U. Nr 157, poz. 1035 ze zm.), wydanego na podstawie art. 35 ust. 4 ustawy z dnia 08. stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 11, poz. 50 ze zm.), był sprzeczny z art. 217 Konstytucji RP i dlatego należało go pomijać i podejmować rozstrzygnięcie sądowe wyłącznie w oparciu o art. 35 ust. 1 w związku z art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 08. stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług, w wersji obowiązującej w 1999 r.”

Jednakże w powołanym wcześniej wyroku z 16. czerwca 1998 r. (U.9/97) Trybunał Konstytucyjny nie stwierdził sprzeczności regulacji podustawowej (§ 54 ust. 4 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z 21. grudnia 1995 r. w sprawie wykonania przepisów o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym), przewidującego zakaz obniżania podatku należnego oraz zakaz zwrotu różnicy podatku lub podatku naliczonego na podstawie dokumentów celnych, w razie, gdy nabywca posiada fakturę lub fakturę korygującą niepotwierdzoną kopią u sprzedawcy z art. 217 Konstytucji. Zdaniem Trybunału zaskarżony przepis nie wchodził w zakres

75 OTK ZU 1999, nr 1, poz. 4.

76 OTK ZU 1998, nr 5, poz. 65.

77 OTK ZU 1998, nr 4, poz. 51.

78 OSNP-wkl. 2003/11/4.

objęty zasadą właściwości ustawy, gdyż mechanizm obniżania kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego przy nabyciu towarów i usług nie mieści się w wyliczeniu wymienionym w przepisie konstytucyjnym. Mechanizm ten nie jest ani ulgą podatkową ani umorzeniem w znaczeniu, w jakim terminy te są używane w doktrynie prawa finansowego.

Także w wyroku z 03. kwietnia 2001 r. (K 32/99)⁷⁹ Trybunał Konstytucyjny uznał dopuszczalność włączania do konstrukcji podatku przepisów rangi podustawowej. W sprawie tej Rzecznik Praw Obywatelskich we wniosku do Trybunału Konstytucyjnego z 29. września 1999 r. domagał się stwierdzenia, że konstrukcja podatkowa ustanowiona przez art. 2 w związku z art. 4 pkt 1 i 2 i art. 54 ust. 1–4 ustawy z dnia 08. stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 11, poz. 50 ze zm.) jest sprzeczna z art. 217 i art. 87 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. W ocenie Rzecznika przepisy te stanowią, iż o tym, co jest towarem i usługą obciążoną podatkiem oraz o wysokości tego podatku decyduje klasyfikacja dokonywana przez organy Głównego Urzędu Statystycznego. Tymczasem Konstytucja RP w art. 217 *expressis verbis* sformułowała zasadę wyłączności ustawowej w obciążeniach daninowych; nakładanie podatków, określanie podmiotów, przedmiotów opodatkowania i stawek podatkowych następuje wyłącznie w drodze ustawowej. Rzecznik Praw Obywatelskich podkreślił, że jeszcze przed wejściem w życie obowiązującej konstytucji, dwukrotnie występował do Ministra Finansów, przedstawiając zastrzeżenia dotyczące oparcia obowiązku podatkowego i wysokości podatku na klasyfikacji statystycznej ustalonej przez Główny Urząd Statystyczny. Regulację tę uważał bowiem za niedopuszczalną w państwie prawnym. Jego wystąpienia nie doprowadziły jednak do podjęcia prac nad zmianą istniejącego rozwiązania.

Stwierdzając zgodność z Konstytucją zaskarżonych przepisów, Trybunał – podsumowując uwagi dotyczące art. 54 ust. 1 ustawy – stwierdził, że choć przepis ten nawiązuje do klasyfikacji statystycznej, to odesłanie do niej ma jednak szczególny charakter. Można je, zdaniem Trybunału, określić jako odesłanie negatywne, gdyż przepis rozszerza obowiązek podatku na obrót wszystkimi towarami i na świadczenie wszelkich usług, niezależnie od zawartości jakiegokolwiek klasyfikacji statystycznej. Treść art. 54 ust. 1 ustawy w pewnym sensie znosi zatem znaczenie tego fragmentu art. 4 pkt 1 i 2, który do klasyfikacji się odwołuje. Istotne znaczenie ma pierwsza część art. 4 pkt 1, która wskazuje, że towarami są rzeczy ruchome, wszelkie postacie energii, budynki, budowle i ich części. Zamieszczenie towaru i usługi w klasyfikacji niewątpliwie rozstrzyga o objęciu obrotu nimi opodatkowaniem. Nie oznacza to jednak, że czynności dotyczące towarów i usług nie wymienionych w klasyfikacjach są wolne od podatku. W tych przypadkach decydująca

79 OTK 2001/3/53.

jest odpowiedź na pytanie: czy konkretny przedmiot stanowi towar (jest rzeczą ruchomą, energią, itd.) oraz, czy konkretne odpłatne działanie (aktywność) podmiotu może być zakwalifikowane jako usługa według potocznego rozumienia tego słowa? Jak stwierdził w krytycznej glosie do tego orzeczenia C. Kosikowski,⁸⁰ wadliwość art. 54 ust. 1 ustawy z 1993 r. o VAT polega w szczególności na tym, iż wynika z jego brzmienia jednoznaczna sugestia, że wszystkie towary i usługi nie wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce państwowej podlegają opodatkowaniu według stawki 22%. Tymczasem tak nie jest, ponieważ część towarów i usług nie wymienionych w klasyfikacjach statystycznych jest zwolniona od opodatkowania lub podlega opodatkowaniu według niższych stawek.

Zdaniem tego autora przepis art. 54 ust. 3 teŹ ustawy nie pełni roli normy zabezpieczającej przed naruszeniem art. 217 Konstytucji i jest z nim niezgodny.

W wyroku z 27. lutego 2002 r. (K 47/01)⁸¹ Trybunał Konstytucyjny ustosunkował się do problemu stosunku zasady praw nabytych w sferze ulg w podatku dochodowym od osób fizycznych do zasady względnej swobody decyzyjnej ustawodawcy w kształtowaniu dochodów i wydatków państwa.

W uzasadnieniu tego wyroku wskazano, iż pewność prawa i związana z nią zasada bezpieczeństwa prawnego posiada – co Trybunał podkreślił m.in. w sprawie K. 9/92 – ważne znaczenie w prawie regulującym daniny publiczne. Przy czym pewność prawa oznacza nie tyle stabilność przepisów prawa, która w tej dziedzinie (w określonej sytuacji ekonomicznej państwa) może być trudna do osiągnięcia, co warunki dla możliwości przewidywania działań organów państwa i związanych z nimi zachowań obywateli. Tak rozumiana przewidywalność działań państwa gwarantuje zaufanie do ustawodawcy i do stanowionego przez niego prawa. Często nieuniknione zwiększenie obciążeń poprzez zmianę prawa powinno być dokonywane w ten sposób, by podmioty prawa, których ono dotyczy, miały odpowiedni czas do racjonalnego rozporządzenia swoimi interesami.

Zdaniem Trybunału sama zasada ochrony praw nabytych nie wyklucza stowienia regulacji, które znoszą lub ograniczają prawa podmiotowe. Trybunał przypomniał, że zasada ochrony praw nabytych dotyczy zarówno praw skonkretyzowanych w określonej decyzji, jak i wynikających wprost z ustawy, nadto zaś – maksymalnie ukształtowanych ekspektatyw, tj. takich, które spełniają zasadniczo wszystkie przesłanki ustawowe nabycia pod rządami danej ustawy. Ocena dopuszczalności wyjątków od zasady ochrony praw nabytych wymaga rozważenia, na ile oczekiwania jednostki, iż prawa uznane przez państwo będą realizowane, jest usprawie-

80 C. Kosikowski: Glosa do wyroku z dnia 03. kwietnia 2001 r., PiP 2001/7/110.

81 OTK–A 2002/1/6.

dliwione. Zasada ochrony praw nabytych chroni wyłącznie oczekiwania dostatecznie usprawiedliwione i racjonalne (wyrok 22. czerwca 1999 r., sygn. K. 5/99)⁸².

W przedmiotowej sprawie zdaniem Trybunału, badając dopuszczalność ograniczeń praw nabytych, należy rozważyć:

- czy zwolnienia podatkowe mogą być przedmiotem praw nabytych lub maksymalnie ukształtowanych ekspektatyw?
- czy wprowadzone ograniczenia uprzednio przewidywanych zwolnień podatkowych znajdują podstawę w dobrach (wartościach) podlegających ochronie konstytucyjnej?
- czy dobrom (wartościami) konstytucyjnym, dla realizacji których prawodawca ogranicza ewentualne prawa nabyte (ich ekspektatywy), można w danej, konkretnej sytuacji przyznać pierwszeństwo przed wartościami (dobra)mi znajdującymi się u podstaw zasady ochrony uprawnień (tu zwolnień podatkowych) dotychczas realizowanych?
- czy prawodawca podjął niezbędne działania mające na celu zapewnienie podatnikom warunków do przystosowania się do nowej regulacji podatkowej?

Powołując się na wcześniejsze orzecznictwo, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że przy ocenie legislacji podatkowej założeniem wyjściowym jest pogląd o względnej swobodzie decyzyjnej ustawodawcy w kształtowaniu dochodów i wydatków państwa. Swoboda ta jest jednak równoważona i miarkowana przez społeczeństwo na ustawodawcy obowiązek poszanowania proceduralnych aspektów zasady demokratycznego państwa prawnego. Wynikająca z art. 2 Konstytucji zasada ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na pewności prawa, czyli takim zespole jego cech, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne – umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu w oparciu o możliwie pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie ich działania mogą ze sobą pociągnąć. Jednostka powinna zarówno móc przewidywać konsekwencje poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie stanu prawnego, jak i oczekiwać, że prawodawca nie zmieni ich nagle oraz w sposób całkowicie arbitralny. Takiego szacunku dla jednostki jako autonomicznej, racjonalnej istoty domaga się jej godność, a także jej wolność, która wyraża się w tym, że jednostka według własnych preferencji układa swoje sprawy i ponosi odpowiedzialność za swoje decyzje.

Zasady przyzwoitej legislacji, stanowiące przejaw ogólnej zasady ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa, wymagają od usta-

82 OTK ZU 1999, nr 5, poz. 100.

wodawcy (między innymi) ustanowienia odpowiedniego *vacatio legis* oraz należytego formułowania przepisów przejściowych. Na gruncie Konstytucji RP z 02. kwietnia 1997 r. aktualny pozostaje pogląd, wyrażony we wcześniejszym orzecznictwie TK, że nie jest – w zasadzie – dopuszczalne dokonywanie zmian samych obciążeń podatkowych w ciągu roku podatkowego. Nadto zmiany w regulacji prawnej podatku dochodowego od osób fizycznych powinny być ogłaszane co najmniej na miesiąc przed końcem poprzedniego roku podatkowego.

Trybunał Konstytucyjny uznał, że jakkolwiek konstytucyjna ochrona interesów podatnika dotyczących niezmienności obowiązujących reguł opodatkowania nie ma charakteru absolutnego, to jednak w sytuacjach, gdy przepisy prawa wyznaczają pewien horyzont czasowy dla zaplanowania i przeprowadzenia przez podatnika określonego przedsięwzięcia finansowego czy gospodarczego, ustawodawca nie może zmienić takich „reguł gry” przed upływem okresu czy terminu, który sam wyznaczył. W orzeczeniu, z którego pochodzą powyższe tezy, TK uznał, że zniesienie z dniem 01. kwietnia 2001 r. zwolnienia od podatku dochodów ze sprzedaży dopuszczonych do publicznego obrotu akcji, przewidzianego – na okres do 31. grudnia 2003 r. – (...) byłoby naruszeniem zasady ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przezeń prawa oraz – będącego konsekwencją tej zasady – nakazu szanowania przez ustawodawcę tzw. interesów w toku (wyrok z 25. kwietnia 2001 r., sygn. K. 13/01)⁸³.

W opinii Trybunału powstała wątpliwość, czy to samo można powiedzieć o dotychczasowym zwolnieniu od podatku dochodowego – dochodu (przychodu) z tytułu odsetek lub innych przychodów od papierów wartościowych lub oszczędności. W przypadku tego zwolnienia ustawodawca nie udzielił bowiem *expressis verbis* gwarancji ustawowych tego rodzaju, jak wskazane wyżej. Nie może zatem – w ocenie Trybunału – bez pozytywnej podstawy prawnej zawartej w ustawie, powstać (być respektowane) prawo do osiągania dochodów w sposób nie podlegający opodatkowaniu, swoiste „prawo do zwolnienia podatkowego”, skoro zgodnie z art. 84 Konstytucji RP każdy obywatel obowiązany jest do ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków, określonych w ustawie. Ponadto na podstawie art. 9 ust. 1 ustawy znowelizowanej opodatkowaniu podatkiem dochodowym podlegają wszelkiego rodzaju dochody z wyjątkiem enumeratywnie wyłączonych z opodatkowania przez przyznanie ustawowo określonych i utrzymanych w mocy zwolnień podatkowych. Cofnięcie zwolnienia w określonym przez ustawę nowelizującą zakresie i z określoną ustawowo datą jest więc równoznaczne z powrotem do zasady opodatkowania wszelkich dochodów (przychodów) nie objętych zwolnieniami podatkowymi utrzymanymi w mocy bądź wprowadzonymi przez ustawę nowelizującą. Prawo do korzystania ze zwolnień podatkowych może

83 OTK ZU Nr 4/2001, poz. 81.

być natomiast przyznane – jako określony ustawowo wyjątek od zasady powszechności opodatkowania i równości podatkowej – mocą wyraźnych przepisów ustaw podatkowych lub innych uregulowań rangi ustawowej, obowiązujących lub utrzymanych w mocy na dany okres czasu.⁸⁴

Zdaniem Trybunału uznaniu zwolnień od podatku za przedmiot „praw nabytych” (ich ekspektatyw) stoi na przeszkodzie – przede wszystkim – zasada powszechności opodatkowania dochodów zawarta w art. 9 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych. Podkreślić też należy, w kontekście utrzymania lub cofnięcia zwolnień podatkowych, domniemanie względnej swobody regulacyjnej ustawodawcy w zakresie udzielanych zwolnień. Podatnikom podatku dochodowego od osób fizycznych nie może być przypisane bezterminowe „prawo do zwolnień podatkowych” określonego typu, wyprowadzane li tylko z faktu posiadania tego typu ustawowych zwolnień w okresie przeszłym czy też w znacznej części konkretnego roku podatkowego. Nie jest więc – w tej sytuacji – możliwe objęcie określonych zwolnień podatkowych zasięgiem bezwarunkowo i niezmiennie chronionych konstytucyjnie „praw niewadliwie nabytych”, znajdujących „trwałą” ochronę w obliczu potencjalnych i motywowanych m.in. ochroną równowagi budżetowej zmian ustawodawstwa podatkowego. Nie wystarcza też – dla przyjęcia konstytucyjnego wymogu takiej ochrony – sam postulat sprawiedliwości społecznej, odniesiony do ochrony grupowego interesu podatników z generalnym (nie dość skonkretyzowanym – jak we wniosku) przywołaniem postanowień art. 2 *in fine* Konstytucji RP.

Jak wskazano wcześniej istotnym dla podatników problemem zbiegu odpowiedzialności administracyjnej i odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe zajął się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 29. kwietnia 1998 r. (K 17/97)⁸⁵.

W przytoczonym orzeczeniu Trybunał podkreślił, że zaskarżone przepisy dotyczą jedynie podatku VAT i podatku akcyzowego, które w odróżnieniu od podatku dochodowego ciężącego na wszystkich obywatelach dotyczą przede wszystkim podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. To od tych podmiotów można wymagać większego profesjonalizmu także w zakresie rozliczania się z podatków.

Ostatecznie więc Trybunał Konstytucyjny uznał, jak wskazano wcześniej, za niezgodne z art. 2 Konstytucji statuującego zasadę państwa prawa jedynie w zakresie, w jakim w stosunku do osób fizycznych przewidują kumulację odpowiedzialności administracyjnej i odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe.

84 R. Mastalski, *Prawo podatkowe – część ogólna*, Warszawa 1998, s. 27 i n.; A. Gomułowicz, *Zasada sprawiedliwości podatkowej*, Warszawa 2001, s. 41–43.

85 OTK 11998/3/30.

W uzasadnieniu Trybunał podkreślił, że „dodatkowa należność podatkowa” w rozumieniu zaskarżonych przepisów tylko nominalnie jest podatkiem, a w istocie sankcją administracyjną nakładaną na podatnika za nieprawidłowe naliczenie podatku. Odpowiedzialność administracyjna podatnika nie będącego osobą fizyczną, polegająca na obciążeniu go dodatkowym zobowiązaniem podatkowym nie jest konkurencyjna z odpowiedzialnością karno-skarbową ponoszoną przez osoby fizyczne. W przypadku podatników będących osobami fizycznymi, podatnikowi, który złożył nieprawidłową deklarację podatkową można z reguły zarzucić jakiś stopień niedbalstwa przy składaniu tej deklaracji, co wystarcza do postawienia zarzutu popełnienia wykroczenia karnoskarbowego. W tych przypadkach powstaje zbieg odpowiedzialności administracyjnej i odpowiedzialności za wykroczenia skarbowe. Odpowiedzialność administracyjna z ustawy o podatku VAT uwzględnia tylko interesy Skarbu Państwa, a w żadnym stopniu nie uwzględnia interesów podatnika. Regulacja prawna odpowiedzialności administracyjnej podatnika powinna uwzględniać także interes ukaranego, a więc zwalniać go od ponoszenia ewentualnej odpowiedzialności przed finansowymi organami orzekającymi za ten sam czyn.

Warto dodać, iż przytoczony wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 29. kwietnia 1998 r. uznający niekonstytucyjność zaskarżonych przepisów art. 27 ust. 5, 6, 8 ustawy o VAT i akcyzie jedynie w stosunku do osób fizycznych spowodował szereg rozbieżności w orzecznictwie sądowym odnoszącym się do odpowiedzialności spółek cywilnych. Początkowo orzecznictwo NSA uznawało, iż zaskarżone przepisy przewidujące dodatkowe zobowiązanie podatkowe mogą być stosowane wobec tych spółek. W wyroku NSA w Szczecinie z 09. lutego 2000 r. (SA/Sz 2009/99 LEX nr 41507) stwierdzono:” Ponieważ spółka cywilna jest samodzielnym i odrębnym od wspólników podmiotem podatkowym – to nie można w odniesieniu do spółki cywilnej mówić o zbiegu odpowiedzialności z tytułu wymierzenia sankcji podatkowej oraz kary za wykroczenie (przestępstwo) skarbowe”.

Również wyrok NSA w Warszawie z 04. lutego 2000 r. (III SA 929/99 LEX nr 40723) stwierdził: ”Przepisy art. 27 ust. 5, 6, 8 ustawy z 1993 r. o VAT utraciły moc w zakresie, w jakim dopuszczają stosowanie wobec tej samej osoby za ten sam czyn sankcji administracyjnej określonej przez powołaną ustawę jako „dodatkové zobowiązanie podatkowe” i odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe. Odnosi się to do osób fizycznych. Spółka cywilna, jako jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, nie ponosi odpowiedzialności karnoskarbowej i w związku z tym nadal powinny być wobec niej stosowane sankcje na podstawie art. 27 ustawy o VAT (tak również wyrok NSA w Warszawie z 17. grudnia 1999 r., III S.A. 8250/98, Lex nr 40374)”.

Ostatnim orzeczeniem potwierdzającym powyższy pogląd był wyrok NSA w Warszawie z 25. kwietnia 2001 r. (III SA 236/00 LEX nr 54011): „Trybunał Kon-

stytucyjny orzekł, że przepisy art. 27 ust. 5, 6 i 8 ustawy o p.t.u. są niezgodne z art. 2 Konstytucji w zakresie, w jakim dopuszczają stosowanie wobec tej samej osoby za ten sam czyn sankcji administracyjnej określonej przez przepisy podatkowe jako dodatkowe zobowiązanie podatkowe i odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe. Problem jest więc taki: czy spółka cywilna może być adresatem takiego zbiegu dwóch systemów sankcjonowania nieprawidłowości podatkowych?

Odpowiedzialność karna, w tym na podstawie ustawy kodeks skarbowy, jest odpowiedzialnością osób fizycznych. Według ordynacji podatkowej (art. 133–134) w przypadkach, w których ustawa podatkowa przyznaje spółce cywilnej podmiotowość podatkową przez ustanowienie jej podatnikiem, jest ona stroną postępowania podatkowego.

Jako samodzielny i odrębny od wspólników podmiot spółka musi być traktowana jako adresat decyzji podatkowej.

Zakresy odpowiedzialności spółki cywilnej i jej wspólników uregulowane przepisami o p.t.u. i ustawy karnej skarbowej nie pokrywają się więc ze sobą. Nie można zatem mówić o konkurencyjności dwóch reżimów karania za ten sam czyn w stosunku do tego samego podmiotu, a na istnieniu takiej konkurencji zasadza się stanowisko Trybunału.

Ostatecznie odmienne stanowisko w tej kwestii zajął Sąd Najwyższy w wyroku z 21. maja 2002 r. (III RN 64/01)⁸⁶:

„Nałożenie na spółkę cywilną osób fizycznych jako jednostkę organizacyjną dodatkowego zobowiązania podatkowego na podstawie art. 27 ust. 5 i 6 ustawy z dnia 08. stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 11, poz. 50 ze zm.) nie zmienia zasady, że za zobowiązanie to są odpowiedzialni solidarnie wspólnicy (art. 864 KC), a to oznaczałoby dopuszczenie stosowania wobec nich za ten sam czyn sankcji administracyjnej i odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe. W tym zakresie art. 27 ust. 5 i 6 ustawy z dnia 08. stycznia 1993 r. utracił moc jako niezgodny z art. 2 Konstytucji RP na podstawie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29. kwietnia 1998 r., K 17/97⁸⁷”.

To ostatnie stanowisko należy – naszym zdaniem – uznać za zasługujące na aprobatę, jako najbardziej odpowiadające ideom Trybunału Konstytucyjnego, wyrażonym w wyroku z 29. kwietnia 1998 r.

Analiza orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego objęła zarówno orzeczenia bezpośrednio nawiązujące do konstytucyjnego ujęcia zasady wolności gospodarczej i jej ograniczeń (art. 20 i 22 Konstytucji), jak i orzeczenia pozwalające spojrzeć na tę zasadę przez pryzmat innych zasad konstytucyjnych, jak podstawowej

86 OSNP 2003/6/138.

87 OTK 1998 r. nr 3, poz. 30.

zasady demokratycznego państwa prawa oraz wywodzonej z niej zasady zaufania obywateli do państwa. Przedmiotem rozważań były także zasady konstytucyjne odnoszące się do sfery finansów publicznych.

Jeśli chodzi o pierwszą grupę orzeczeń, to Trybunał Konstytucyjny zarówno w czasie obowiązywania poprzedniej Konstytucji, jak i po wejściu Konstytucji z 1997 r. zajął się określeniem prawno–konstytucyjnego kształtu zasady swobody działalności gospodarczej i aksjologią jej ograniczeń. Te ostatnie musiały mieć formę ustawową, mieć u podstaw względy racjonalne i być uzasadnione na tyle, by w konflikcie z zasadą wolności gospodarczej rachunek aksjologiczny przeważał na korzyść ograniczenia. W tej sferze Trybunał wskazywał na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności ingerencji w sferę praw i wolności obywatelskich (w tym swobodę działalności gospodarczej) uznając, że ustawodawca nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, a zwłaszcza zatracających proporcję między stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego, który w ten sposób ma podlegać ochronie.

Ogólnie można stwierdzić, iż oceniając zasadność wniosków o uchylenie zaskarżonych przepisów Trybunał Konstytucyjny stosował dwie płaszczyzny oceny ich zgodności z Konstytucją. Pierwszą z nich stanowiła niewątpliwie płaszczyzna aksjologiczna służąca porównaniu zasady swobody działalności gospodarczej z innymi wartościami chronionymi konstytucyjnie, a będącymi przyczynami ograniczeń tej swobody. Druga płaszczyzna, niejako formalno–konstytucyjna, znajdowała oparcie przede wszystkim w zasadzie państwa prawa, wywodzonej z art. 2 Konstytucji RP. Podstawowym kryterium oceny konstytucyjności zaskarżonych przepisów było spełnienie wymogów „przyzwoitej legislacji” przy ich uchwalaniu. Trybunał w takich przypadkach nawiązywał do zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, zachowania odpowiedniej *vacatio legis*, ochrony praw nabytych, zakazu retroakcji oraz koniecznej, dostatecznej jasności i przejrzystości przepisów.

Oczywiście podział taki ma charakter umowny, gdyż obie płaszczyzny oceny konstytucyjności zaskarżonych przepisów przenikają się wzajemnie, zaś niektóre zasady konstytucyjne można zaliczyć zarówno do aksjologicznych jak i formalno–konstytucyjnych. Przykładowo można tu wskazać na zasadę równości wobec prawa czy fakt, że reguła poszanowania interesów w toku łączy się w sposób konieczny z zasadą zapewnienia odpowiedniej *vacatio legis*.

Oceniając faktyczne stosowanie tych kryteriów w przytoczonych orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego można – upraszczając i generalizując w pewien sposób sprawę – stwierdzić, że u podstaw uchylenia przez Trybunał przepisów ingerujących w swobodę działalności gospodarczej leżało najczęściej niezachowanie przez ustawodawcę wymogów przyzwoitej legislacji. Natomiast w płaszczyźnie rachunku aksjologicznego zasada swobody gospodarczej dość często ustępowała

innym wartościom chronionym konstytucyjnie, w szczególności różnym postaciom „ważnego interesu publicznego” bądź „dobra wspólnego”.

W tej mierze można nawiązać do koncepcji dobra wspólnego św. Tomasza z Akwinu, który stwierdził, że prymat dobra wspólnego dotyczy dóbr tego samego rodzaju, odnosi się wyłącznie do dóbr tej samej skali wartości („*Bonum universi est maius quam bonum particulare unius, si accipiatur utrumque in eodam genere*”).⁸⁸

Swobodzie gospodarczej najczęściej przeciwstawiano takie wartości jak troska o dochody państwa, a w szczególności art. 84 Konstytucji RP nakładający na obywateli obowiązek ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków określonych w ustawie, równowagę finansów publicznych, względną swobodę ustawodawcy w kształtowaniu dochodów i wydatków państwa, ideę solidaryzmu społecznego, obowiązek ponoszenia przez przedsiębiorców kosztów transformacji, zasady współżycia społecznego czy niemajątkowy interes publiczny w postaci wychowania w trzeźwości i zapobiegania alkoholizmowi, bądź też ochrona porządku publicznego.

Niekiedy wartości te skłaniają Trybunał Konstytucyjny do odstąpienia od przyznania ochrony konstytucyjnej prawom obywatelskim przedsiębiorcy (bądź podatnika nie będącego przedsiębiorcą) innym niż swoboda działalności gospodarczej. I tak przejaw prawa do prywatności jakim jest tajemnica – w sposób aksjologicznie wątpliwy – został poświęcony w imię sprawnej kontroli rzetelności deklaracji podatkowych służącej realizacji powszechności obciążeń publicznych. Trudno w tym momencie zgodzić się z poglądem Trybunału, iż celem tajemnicy bankowej jest przede wszystkim zapewnienie bezpieczeństwa wkładów oraz osób gromadzących wkłady i dokonujących transakcji, którego celu nie narusza uchylenie tej tajemnicy wobec organów skarbowych. Bardziej przekonują zdania odrębne do tego orzeczenia z 11. kwietnia 2000 r. (K 15/98) wskazujące to, że w tym przypadku ustawodawca nie zachował wymogów zasady proporcjonalności, naruszając karygodnie prawo do prywatności podatnika i nie przyznając mu w zamian realnych gwarancji zachowania przez organ skarbowy odpowiedniej procedury uchylania tajemnicy i pozbawiając podatnika jakichkolwiek gwarancji instancyjnej kontroli tej ingerencji. Za równie wątpliwe można uznać częściowe sankcjonowanie zasady nierówności wobec prawa zwykłych przedsiębiorców i banków przez uznanie przywilejów tych ostatnich w sferze prowadzenia działalności i egzekucji roszczeń, w oparciu o pełnioną przez nie „ważną funkcję publiczną”. Nie wydaje się również wystarczająca argumentacja, iż urzeczywistnienie prawa do zabezpieczenia społecznego i ochrony finansów publicznych usprawiedliwia nieprzestrzeganie zasady wzajemności i odejścia od wymogu zachowania proporcji między wysokością opłaconych składek a wysokością świadczeń.

88 Studies Theological 1–2, 113, 9 ad. 2.

Ponadto niektóre wymogi przyzwoitej legislacji niekiedy muszą, jak wynika z części orzeczeń Trybunału, ustąpić wskazanym wyżej formom interesu publicznego. Spośród orzeczeń wypada przytoczyć chociażby tezę Trybunału, że ryzyko działalności gospodarczej powinno uwzględniać również ryzyko niekorzystnych zmian systemu prawnego. Poza tym, zgodnie z poglądem Trybunału Konstytucyjnego wyrażonym chociażby w wyroku z 03. grudnia 2002 r. (P 13/02) pozbawienie mocy obowiązującej określonego przepisu z powodu jego niejasności winno być traktowane jako środek ostateczny, stosowany dopiero wtedy, gdy inne metody usuwania skutków niejasności treści przepisu, w szczególności przez jego interpretację w orzecznictwie sądowym, okażą się niewystarczające. Z reguły, zdaniem Trybunału, niejasność przepisu powodująca jego niekonstytucyjność musi mieć charakter „kwalifikowany”, przez wystąpienie określonych dodatkowych okoliczności z nią związanych. Ponadto skutki rozbieżności muszą być istotne dla adresatów norm prawnych i wynikać z niejednolitego stosowania lub niepewności co do sposobu stosowania, występować w pewnym nasileniu.

W szeregu orzeczeń Trybunał uznaje także dopuszczalność, w wyjątkowych okolicznościach, wprowadzania odstępstw nie tylko od zasady odpowiedniego *vacatio legis*, lecz nawet zakazu nie działania prawa wstecz (*lex retro non agit*),” jeżeli przemawia za tym konieczność realizacji innej zasady konstytucyjnej, a jednocześnie realizacja tej zasady nie jest możliwa bez wstecznego działania prawa”. Trzeba również wskazać na ważną tezę chociażby w wyroku z 08. kwietnia 1998 r. (K.10/97), iż ochrona praw słusznie nabytych dotyczy ochrony przed spowodowaniem szkody rzeczywistej (*damnum emergens*) i nie odnosi się do zysku utraconego. Zdaniem Trybunału hipotetyczne zagrożenie utratą przyszłych korzyści nie może być przez jednostkę skutecznie przeciwstawiane względem ochrony interesu publicznego, zwłaszcza gdy ten ostatni nie ma wymiaru majątkowego.

Zdaniem Trybunału sama zasada ochrony praw nabytych nie wyklucza stowienia regulacji, które znoszą lub ograniczają prawa podmiotowe. Trybunał wielokrotnie wskazywał, że zasada ochrony praw nabytych dotyczy zarówno praw skonkretyzowanych w określonej decyzji, jak i wynikających wprost z ustawy, nadto zaś – maksymalnie ukształtowanych ekspektatyw, tj. takich, które spełniają zasadniczo wszystkie przesłanki ustawowe nabycia pod rządami danej ustawy. Ocena dopuszczalności wyjątków od zasady ochrony praw nabytych wymaga rozważenia, na ile oczekiwania jednostki, iż prawa uznane przez państwo będą realizowane, jest usprawiedliwione. Zasada ochrony praw nabytych chroni wyłącznie oczekiwania dostatecznie usprawiedliwione i racjonalne (wyrok z 22. czerwca 1999 r., sygn. K. 5/99).

Za jednoznacznie pozytywną należy – naszym zdaniem – uznać linię orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego afirmującą ograniczenie aktywności gospodarczej osób pełniących funkcje publiczne, a w szczególności zajmujących wysokie

stanowiska państwowe (np. wyrok TK z 23. czerwca 1999 r. – K 30/98). Podobnie pozytywnie należy ocenić ideę Trybunału, iż adresatem uprawnień wynikających z zasady wolności działalności gospodarczej nie może być państwo i inne instytucje publiczne, których bezpośredni udział lub pośredni wpływ na gospodarkę nie jest wykluczony, ale których działalność podlegać musi innemu reżimowi pod względem konstytucyjnym, niż działalność podmiotów prywatnych. Na akceptację zasługuje pogląd Trybunału Konstytucyjnego wyrażony m.in. w uzasadnieniu wyroku z 7. maja 2001 r. (K.19/00), iż z art. 20 Konstytucji wynika wniosek, że prowadzenie przez państwo i jego agendy działalności gospodarczej powinno mieć charakter wyjątku, zaś jej uzasadnieniem powinna być realizacja innych wartości konstytucyjnych, w szczególności powinno służyć zapewnieniu społecznego charakteru gospodarki rynkowej i zrównoważonemu rozwojowi (art. 5 Konstytucji). Działalność państwa nie może naruszać zasady swobodnej konkurencji jako fundamentu gospodarki rynkowej, co wiąże się z zakazem preferencji dla podmiotów państwowych. Słusznym wydaje się rozumienie, jako jednego z aspektów wolności działalności gospodarczej, zakazu rozbudowy sektora publicznego ponad uzasadnione konstytucyjnie potrzeby oraz nakaz przestrzegania zasady swobodnej konkurencji w gospodarce i nienaruszania praw „prywatnych” podmiotów gospodarczych.

NIEKTÓRE OGRANICZENIA I ZAGROŻENIA SWOBODY DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ W PRAWIE HANDLOWYM I GOSPODARCZYM

1. Prawo handlowe

Wprowadzony rozporządzeniem Prezydenta RP kodeks handlowy z dnia 27. czerwca 1934 r. (Dz.U. Nr 57, poz. 502 z późn. zm.) był dość udanym aktem prawnym, gwarantującym przedsiębiorcy znaczną swobodę prowadzenia działalności. Niestety, nowelizacje tego aktu dokonane w ostatnich latach oraz orzecznictwo SN przyczyniły się do znacznego ograniczenia tej swobody. W naszych rozważaniach skoncentrujemy się przede wszystkim na spółkach z o.o., jako podstawowej formy spółki prawa handlowego prowadzącej działalność gospodarczą.

Kodeks handlowy w swych założeniach przyznawał wspólnikom dużą swobodę w tworzeniu umowy spółki. Większość jego sformułowań miała charakter fakultatywny i statut spółki mógł je określić inaczej, zgodnie z wolą wspólników. Niezbyt wysokim stopniem formalizmu (pomijając wymóg formy aktu notarialnego) charakteryzował się sam proces zakładania spółki, jak i zmiana jego kształtu, w szczególności podwyższenie kapitału zakładowego.

Orzecznictwo SN, jak i zmiany ustawodawstwa doprowadziły stopniowo do wzrostu rygoryzmu i formalizmu w tej dziedzinie. Do roku 1995, określając siedzibę spółki, wystarczyło podać miasto, w którym się ona znajduje. Po nowelizacji dokonanej na mocy ustawy z dnia 22. grudnia 1995 r. o zmianie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej – Kodeks handlowy i niektórych ustaw (Dz.U. Nr 6, poz. 43) w umowie spółki należało podać dokładny adres siedziby. W rezultacie zmiany tego adresu (bądź nawet ostatnio popularnej zmiany nazw ulic) powodowały konieczność zmiany umowy spółki połączonej ze znacznym formalizmem (uchwała walnego zgromadzenia, forma aktu notarialnego), nakładami czasu i pieniędzy (opłaty notarialne i sądowe).

Te trudności przy dokonywaniu zmian umowy spółki skłaniały założycieli do konstruowania jej w ten sposób, aby takich zmian uniknąć. Dlatego – przykładowo – nie było sensu umieszczać w umowie spółki nazwisk członków zarządu, bo zmiana jego składu osobowego powodowała konieczność zmiany umowy.

Spółka, chcąc się rozwijać oraz zwiększyć swoją wiarygodność handlową i kredytową, powinna zwiększać swój kapitał zakładowy. W minionych latach sądy

rejestrów dość liberalnie podchodziły do tego problemu, jeśli wspólnicy w umowie zamieścili zapis : „Podwyższenie kapitału zakładowego nie stanowi zmiany niniejszej umowy”. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 11 września 1991 r. (I Cz. 12/91)¹ uznał tego typu zapis za niewystarczający i zalecił w umowie spółki określić procedurę i wysokość podwyższonego kapitału.”

Wskutek tego orzeczenia zaostrzyły się w tej materii wymogi sądów rejestrowych, które żądały, aby umowy spółek wyraźnie określały procedurę podwyższenia kapitału: uprawniony organ, kwotę podwyższenia bądź maksymalny limit kwotowy, do którego mogło nastąpić podwyższenie. Jeśli umowy spółek takich sformułowań nie zawierały (a dotyczyło to znakomitej większości spółek założonych po 1995 r.), ani nie zostały one później wprowadzone do umowy, każdorazowe podwyższenie kapitału wymagało zmiany umowy spółki. Pomijając opisane wcześniej trudności natury formalnej, praktycznej i finansowej należy wskazać, że takie zmiany wymagały kwalifikowanej większości 2/3 głosów (art. 237 § 1 kh.). Wskutek tego rozwój spółki mógł być zablokowany przez wspólników mniejszościowych, a nawet (o czym będzie mowa dalej) przez jednego wspólnika.

Zasadę swobody działalności gospodarczej, której hołdował kodeks handlowy osłabiała ingerencja prawa podatkowego, administracyjnego, a nawet cywilnego. Na mocy obowiązującej do 31. grudnia 1997 r. ustawy z dnia 19. grudnia 1980 r. o zobowiązaniach podatkowych (Dz.U. Nr 2, poz. 111 z późn. zm.), (art. 47 ust. 2) oraz art. 116 obecnie obowiązującej ordynacji podatkowej z 1997 r. obowiązywała zasada, iż za zaległości podatkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjnej odpowiadali solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna. Było to sprzeczne z samą istotą spółki z o.o., której odpowiedzialność za zobowiązanie ograniczone było do wysokości kapitału zakładowego, zaś wspólnicy za takie zobowiązanie nie odpowiadali. Należy uznać obecną regulację za nadmierne preferowanie interesów państwa – nad interes przedsiębiorców (w szczególności kontrahentów spółki).

Podobne kontrowersje budzić mogło upoważnienie organów skarbowych i celnych do badania wartości wnoszonego do spółki wkładu niepieniężnego, czyli tzw. aportu. Zgodnie z ustabilizowanym orzecznictwem SN (postanowienie SN z dnia 28. marca 1995 r. CRN 24/95)² wartość (wysokość) wkładu niepieniężnego wnoszonego przez wspólników nie podlegała kontroli sądu rejestrowego w trybie art. 16 kodeksu handlowego. Było to zrozumiałe w świetle art. 176 kh., który stanowił: jeśli wspólnicy zawyżają wartość wnoszonego aportu, a spółka stała się niewypłacalna, wówczas wspólnicy zobowiązani są do wniesienia dopłat celem ureal-

1 OSN CP 1992, z VII–VIII, poz. 140.

2 OSNC 1995, z 7–8, poz. 117.

nienia tej wartości. Natomiast kodeks handlowy nie przewidywał żadnych sankcji w przypadku zaniżenia wartości aportu. Jednakże wzięwszy pod uwagę, iż od wnoszonego aportu należało uiścić opłatę skarbową, organy skarbowe mogły kontrolować jego wartość i wymierzyć ją szacunkowo, jeśli uznały za zaniżoną.

Na uwagę zasługują również wątpliwości, jakie aport budzi od strony opodatkowania podatkiem VAT. Wyrokiem z 29. października 2001 r. (sygn. akt FSA 1–2/01)³ NSA uznał, że „wkłady niepieniężne (aporty) wnoszone przez wspólników do spółek kapitałowych na podstawie przepisów kodeksu handlowego nie są objęte dyspozycją art. 2. ust. 3 pkt 5a ustawy VAT”. Podstawę zaś niejednokrotnie odmiennych ocen stanowił § 67 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22. marca 2002 r. w sprawie wykonywania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. 27, poz. 268 ze zm.), według którego zwalnia się od podatku od towarów i usług wkłady niepieniężne (aporty) wnoszone do spółek prawa handlowego i cywilnego. Aby jednoznacznie stwierdzić czy wniesienie aportu do spółki z o.o. jest zwolnione z podatku VAT, czy też nie podlega opodatkowaniu tym podatkiem, zwrócić należy uwagę na przytoczony wyrok NSA z 29. października 2001 r. W uzasadnieniu wyroku Sąd wskazał, że stosownie do art. 2 ust. 3 pkt 5 a ustawy o VAT, opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlega „wydanie towarów lub świadczenie usług w zamian za czynności nie podlegające opodatkowaniu”. Z tego przepisu wynika, że dotyczy on takiej czynności podatnika podatku od towarów i usług, w której wydanie towaru lub świadczenie usług związane jest z czynnością o charakterze wzajemnym. Wzajemność polega na tym, że wspomnianej czynności podatnika (wydanie towaru lub świadczenie usług) odpowiada czynność innego podmiotu, która dodatkowo nie podlega opodatkowaniu. Przyjęcie więc, że wniesienie do spółki kapitałowej aportu podlega opodatkowaniu VAT, wiąże się z niezbędnością stwierdzenia, że spółka w zamian za aport dokonuje „czynności nie podlegającej opodatkowaniu”. Przepisy kh. nie posługiwały się terminem „wydanie udziału w zamian za aport”, lecz pojęciem „pokrycie udziału wkładami niepieniężnymi” (art. 163 § 1 kh.), czy też „objęcie udziału” (art. 256 kh.). Objęcie udziału w spółce było więc zawsze jednostronną czynnością prawną podatnika. Stwierdzić zatem należy, że wkłady niepieniężne (aporty) wnoszone przez wspólników do spółki z o.o. na podstawie przepisów kodeksu handlowego, nie są objęte dyspozycją art. 2 ust. 3 pkt 5a ustawy o VAT. A co za tym idzie Minister Finansów nie mógł dokonać zwolnienia czynności, które co do zasady nie podlegają opodatkowaniu. Przepis § 67 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22. marca 2002 r. w sprawie wykonywania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcy-

3 ONSA 2002/2/48, Przegląd Podatkowy 2002 r., nr 8, s. 14.

zowym uznać zatem należy za martwy, nie mający zastosowania do żadnej sytuacji.

Podsumowując, NSA stwierdził, że wszelkie towary będące przedmiotem aportu dokonanego przez wspólników spółki będą czynnościami, które nie podlegają opodatkowaniu od towarów i usług. Mogą stanowić jednak przedmiot opodatkowania podatkiem od czynności cywilnych.

Te wątpliwości wskazują na skomplikowaną problematykę występującą na styku prawa podatkowego i handlowego. Niejasność uregulowań rodzi dla przedsiębiorców szereg niebezpieczeństw, włącznie z dotkliwymi sankcjami finansowymi i ewentualnie karno-skarbowymi.

W obu tych przypadkach występowała więc widoczna dominacja opatrzonego przymusem państwowym prawa podatkowego nad dość liberalnym prawem handlowym. Ingerencja państwa w tej dziedzinie przyczyniała się w znacznej mierze do ograniczenia, o ile nie zniweczenia czystości niektórych konstrukcji kodeksu handlowego.

Dosyć niefortunnym rozwiązaniem było wprowadzenie do kodeksu handlowego na mocy nowelizacji z 1988 r. (ustawa z dnia 23. grudnia 1988 r. o zmianie kodeksu handlowego – Dz.U. Nr 41 poz. 326) instytucji jednoosobowej spółki z o.o. Ustawodawstwo przedwojenne takiej konstrukcji nie знаło, gdyż – jak stwierdził znany komentator kodeksu handlowego, Allerhand „Nie można spółkować z samym sobą”. Jednoosobowa spółka z o.o. może być z założenia wygodną formą prowadzenia działalności gospodarczej, służącą w szczególności ograniczeniu ryzyka gospodarczego. Jedyny właściciel takiej spółki korzystać miał z przywileju ograniczonej odpowiedzialności wobec wierzycieli spółki (z wyjątkiem Skarbu Państwa), a ponadto nie potrzebował innych wspólników, którym musiałby powierzyć zaufanie przy prowadzeniu interesów. Jednakże instytucja ta okazała się niebezpieczna w spółkach, w których jedyny wspólnik był jednocześnie prezesem jednoosobowego zarządu.

Wspólnicy tacy, działając jako jednoosobowe Walne Zgromadzenie, zawierali sami ze sobą jako prezesem zarządu umowę o pracę, zaś wynagrodzenie prezesa i inne związane z nim wydatki (np. delegacje) wpisywali w koszty uzyskania przychodu spółki. Praktyka taka nie była początkowo kwestionowana przez urzędy skarbowe, ani przez ZUS, który z tytułu takiej umowy uzyskiwał składki na ubezpieczenie.

Stopniowo takie zjawiska Sąd Najwyższy uznał za niezgodne z prawem, a konkretnie – cywilistycznym zakazem zawierania umów z samym sobą (por. np. orzeczenie SN z dnia 08. marca 1995 r. – sygn. akt: I PZP 7/95.⁴

4 OSNAP 1995/18/227, podobnie w: OSNAP.98.2.54, OSNAP.99.6.219, OSNAP.2000.2.66.

W związku z tym przedsiębiorcy starali się ominąć ten zakaz przez ustanowienie (jako Walne Zgromadzenie) pełnomocnika (prokurenta) do zawarcia z prezesem zarządu umów o pracę. Z czasem jednak i to rozwiązanie zostało uznane przez Sąd Najwyższy za niezgodne z prawem. Przykładowo: w wyroku SN z dnia 17. grudnia 1996 r. (sygn. akt: II UKN 37/96)⁵ stwierdził, iż umowa o pracę zawarta przez jednoosobową spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, działającą przez wspólnika będącego prezesem jej jednoosobowego zarządu, z tym wspólnikiem, jest nieważna (por. np. wyrok z dnia 05. lutego 1997 r., II UKN 86/96).⁶

W rezultacie przedsiębiorcy chcący skorzystać z nowego, nieznanego wcześniej ani ustawodawstwu ani orzecznictwu sądowemu rozwiązania jakim jest jednoosobowa spółka z o.o. dowiedzieli się wskutek zmian orzecznictwa SN, że działali bezprawnie. Orzecznictwem tym zostały, jak się wydaje, zaskoczone zarówno sfery skarbowe, jak i ZUS. Jest to klasyczny i bardzo groźny dla bezpieczeństwa i pewności działalności gospodarczej przykład, kiedy ewolucja orzecznictwa SN – przy niezmiennym stanie prawnym – w sposób diametralny zmienia sytuację prawną przedsiębiorcy. *Post factum* czyniło go bowiem dłużnikiem Skarbu Państwa, narażając na wszelkie negatywne konsekwencje jakie z tym wiąże prawo podatkowe i kks. Sytuacja jest tym groźniejsza, iż dotyczy tysięcy spółek w całym kraju. Przeniesienie ryzyka niejasności prawa i zmienność jego interpretacji na przedsiębiorcę stanowiłoby w tym przypadku nadużycie zasady *negligentia iuris nocet* (nieznajomość prawa szkodzi).

W przypadku kodeksu handlowego można było mówić o zjawisku pokrzywdzenia (przynajmniej potencjalnego) wspólników większościowych przez wspólników mniejszościowych, a nawet preferowanie interesów jednego wspólnika kosztem pozostałych i całej spółki. Jeden bądź nieliczni wspólnicy dysponujący nikłą ilością udziałów mogli zahamować bądź sparaliżować działalność spółki i jej rozwój. Można było to określić jako „rządy mniejszości” wbrew interesom większości. Istniejąca linia orzecznictwa wychodziła poza literalne brzmienie artykułu 240 kodeksu handlowego, gdyż nie wymagała, aby zaskarżona uchwała miała na celu realne pokrzywdzenie wspólnika, gdyż wystarczało ich zagrożenie. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 22. lipca 1998 r. (I CKN 807/97)⁷ „Przepis art. 240 § 2 kh. nie wymaga, aby zaskarżona uchwała – powzięta w celu pokrzywdzenia wspólnika – została wykonana”.

Ustawą z dnia 15. września 2000 r. został wprowadzony kodeks spółek handlowy (Dz.U. Nr 94, poz. 1037), który zastąpił rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27. czerwca 1934 r. kodeks handlowy.

5 OSNAPIUS 1997 Nr 17, poz. 320.

6 OSNAPIUS 1997 Nr 20, poz. 404.

7 OSP 1999/2/34.

Wraz z kodeksem spółek handlowych (ksh.) weszły także inne ustawy regulujące działalność gospodarczą przedsiębiorców: ustawa z 19. listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178 z późn. zm.), ustawa z 20. sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. Nr 121, poz. 770 z późn. zm.) oraz ustawa z 20. sierpnia 1997 r. Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. Nr 121, poz. 770 z późn. zm.).

Ze względu na bardzo szeroką problematykę skoncentrujemy się głównie na rozważaniach dotyczących spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Zatem zgodnie z kodeksem spółek handlowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością może być utworzona przez jedną lub kilka osób w każdym celu prawnie dopuszczalnym. Nie musi to być cel gospodarczy, jak było w poprzednim uregulowaniu, lecz może być utworzona także np. w celach naukowych, charytatywnych lub społecznych.

Barierą w tworzeniu spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, wynikającą z przesłanek art. 151 ksh., jest fakt, iż nie mogą być one tworzone, jeżeli w przepisach ustaw znajdują się ograniczenia dotyczące wykorzystania tej formy prawnej. Przepisy szczególne mogą dopuszczać, iż określona działalność może być prowadzona tylko i wyłącznie w formie spółki akcyjnej, lub też wskazywać na spółkę akcyjną jako jedyną spośród dopuszczonych form prowadzenia działalności gospodarczej (np. banki, towarzystwa ubezpieczeniowe).

W porównaniu z kh. została podwyższona minimalna wartość kapitału zakładowego z 4.000,00 zł. do kwoty 50.000,00 zł., przy czym został określony działającym podmiotom 5-letni okres od wejścia w życie kodeksu spółek handlowych na osiągnięcie podwyższonego poziomu. Jednakże ustawodawca nie rozstrzygnął, jakże ważne dla podmiotów działających i zarejestrowanych w sądach rejestrowych jeszcze pod numerami RHB (dawnego rejestru handlowego) zagadnienia, jakim jest dostosowanie przedmiotu działalności spółki do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 07. października 1997 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD Dz.U. Nr 128, poz. 829 z późn. zm.). Wskutek tego zaostrzyły się w tej materii wymogi sądów rejestrowych, które żądały, aby umowy spółek wyraźnie określały przedmiot działalności, zgodnie z PKD. Podmioty zarejestrowane przed wejściem w życie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, chcąc dostosować przedmiot działalności do Polskiej Klasyfikacji Działalności, zmuszone zostały do dokonania zmian umowy spółki, a co z tym się wiąże, dokonania tego w formie notarialnej. Za sporządzenie aktu dotyczącego zmiany umowy spółki, tylko i wyłącznie celem dostosowania do obowiązujących przepisów, podmiot zmuszony jest po raz kolejny zapłacić notariuszowi. Następnie, zgodnie z Krajowym Rejestrze Sądowym, przedsiębiorca zmuszony jest do złożenia wniosku KRS-WM, w którym przedmiot działalności wskazany w umowie spółki musi być merytorycznie

dostosowany do przedmiotu działalności wskazanego w umowie spółki oraz dopasowane właściwe kody PKD.

Jednak nie umożliwiono przedsiębiorcom dostosowania przedmiotu działalności (zgodnie z PKD) bez ponoszenia dodatkowych kosztów finansowych, które zostały już raz wyłożone przy zakładaniu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i otrzymaniu RHB.

Istotną zmianą w kodeksie spółek handlowych było wprowadzenie art. 173, który reguluje problematykę spółki jednoosobowej z ograniczoną odpowiedzialnością. Wprowadzenie tego przepisu miało na celu przerwanie sporów doktrynalnych i rozbieżności orzecznictwa sądowego dotyczących dopuszczalności zawierania umów między spółką z ograniczoną odpowiedzialnością a jej jedynym wspólnikiem. Obecna regulacja pozwala na składanie oświadczeń woli przez wspólnika w spółce jednoosobowej, a gdy udziały przysługują jednemu wspólnikowi i spółce, dokonywanie czynności prawnych między wspólnikami a spółką, po spełnieniu formalnych i materialnych warunków dotyczących czynności prawnych. Wszelkie oświadczenia woli, które są składane spółce, wymagają obecnie formy pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym; chyba że ustawa stanowi inaczej. Oświadczenie woli wspólnika należy rozumieć jako jednostronne oświadczenie woli składane spółce. Jednakże przepis ten nie powinien odnosić się do oświadczeń woli wspólnika składanych spółce, ale do uchwał wspólnika, który wykonuje uprawnienia zgromadzenia.

Oświadczenie woli z podpisem notarialnie poświadczonym uznane zostało za najwłaściwszą formę zabezpieczenia przed różnymi nadużyciami. Wypada jednak zauważyć, że w praktyce forma ta niewiele różni się od formy aktu notarialnego, z wyjątkiem delikatnej kwestii opłat notarialnych. Sama uciążliwość jest podobna. Notariusze nie zgadzają się z tym, że obowiązki związane z tą formą sprowadzają się jedynie do stwierdzenia tożsamości osoby podpisującej oraz daty dokonania czynności. Mając upoważnienie w prawie o notariacie badają więc zgodność tej czynności z prawem. Prawo o notariacie nie różnicuje kwestii oceny zgodności z prawem między aktem notarialnym a poświadczeniem. Zgodność z prawem poświadczenia polega na zgodności z prawem i rzeczywistością tego, co podlega poświadczeniu. Mimo, że w wypadku art. 173 chodzi o poświadczenie tylko własnoręczności podpisu, notariusze niesłusznie badają zgodność z prawem całego dokumentu, pod którym te podpisy złożono. Więcej, często zdarza się, że wyznaczają konserwatywne ramy tego, co w ramach czynności dopuszczalne.

Analizowany przepis 173 ksh. dotyczy wszystkich umów między spółką a jej jedynym wspólnikiem. Podpis wspólnika złożony na tego typu umowach wymaga poświadczenia notariusza. Praktyka wskazuje jednak, że tożsamość osoby składającej podpis nie bywa tak często przedmiotem nadużyć, jak chociażby przyjmowana na umowach data, która jest datą czynności prawnej.

Ustawodawca, wprowadzając art. 173 § 2 ksh., miał na celu ochronę osób trzecich przy oświadczeniach wspólnika, który jest zarazem członkiem zarządu spółki. Jednakże z dosłownego brzmienia przepisu wynika, iż odnosi się on do sytuacji, w których dokonuje się czynności prawnych między spółką reprezentowaną przez niego jako jedynego członka zarządu i nim jako osobą fizyczną. A to, że czynność taka wymaga aktu notarialnego, wpływa zapewne na koszty funkcjonowania spółki, które przy większej działalności będą znaczne. Warto wskazać również na praktyczne znaczenie § 3 wyżej analizowanego artykułu. Zgodnie z nim, o każdorazowym dokonaniu czynności prawnej, o której mowa w § 2, notariusz zawiadamia sąd rejestrowy, przesyłając do sądu wypis z aktu notarialnego. W praktyce oznacza to dostępność wszystkich wewnętrznych transakcji spółki, dla osób trzecich.

Reasumując należy stwierdzić, iż art. 173 ksh. wyraźnie dopuszcza dokonywanie czynności prawnej z samym sobą, tj. czynności między spółką reprezentowaną przez jedynego członka zarządu a wspólnikiem występującym jako odrębny podmiot. Dotyczy zatem zwykłych umów zawieranych między spółką a wspólnikiem, w przeciwieństwie do art. 210 ksh., który dotyczy umów związanych z pełnioną funkcją (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21. stycznia 1999 r., I 543/98)⁸. Przy zawieraniu umów między spółką a członkiem zarządu wystąpi problem udziału tej samej osoby po obu, lub po jednej stronie umowy. W takim przypadku spółkę reprezentuje nie członek zarządu, ale rada nadzorcza lub pełnomocnik powołany uchwałą zgromadzenia wspólników. Rozwiązany też został problem, czy wspólnik, jako członek zarządu może być tym pełnomocnikiem ustanowionym przez siebie. Na gruncie bowiem nowej regulacji spółek, jedyny wspólnik spółki z o.o. będzie mógł, działając w charakterze zgromadzenia wspólników, ustanowić siebie pełnomocnikiem spółki do zawarcia umowy o pracę ze sobą jako członkiem zarządu.

Bezsporne jest to, że wyznaczenie ram w przedmiocie zaskarżania uchwał, przesądza o stabilności decyzji gospodarczych spółki. W związku z wieloma praktycznymi doświadczeniami zgromadzonymi pod rządami kh. oraz z uwagi na fakt, że zagadnienie dotyczące zaskarżania uchwał stało się przedmiotem wielu sporów w doktrynie, ksh. znacznie rozbudował przepisy w tym względzie. Nie oznacza to jednak, że wszystkie wątpliwości zostały rozwiązane.

Znaczenie rozwiązań przyjętych w ksh. polega na wyznaczeniu ścisłej granicy między zaskarżaniem uchwał z powodu ich niesłuszności – skutkiem w takim przypadku jest uchylenie, oraz zaskarżeniem z powodu sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa – skutkiem jest stwierdzenie nieważności poszczególnych uchwał.

8 OSNAP 2000, Nr 5, poz. 181.

Jak czytamy w art. 249 § 1 ksh. uchwała wspólników sprzeczna z umową spółki bądź dobrymi obyczajami i godząca w interesy spółki lub mająca na celu pokrzywdzenie wspólnika może być zaskarżona w drodze wytoczonego przeciwko spółce powództwa o uchylenie uchwały. W obecnej regulacji zrezygnowano z określenia „dobre obyczaje kupieckie” na rzecz „dobre obyczaje”. Przez dobre obyczaje należy rozumieć takie zachowania, które wpływają pozytywnie na prawidłowo funkcjonującą spółkę i jej gospodarcze otoczenie. Chodzi tu przede wszystkim o przestrzeganie zwyczajów handlowych, uczciwość w prowadzeniu działalności gospodarczej.

Z godzeniem w interesy spółki mamy do czynienia, gdy podjęte działania prowadzą do pomniejszenia majątku spółki, naruszają jej obecne i przyszłe interesy. Uchwała godzi w interes spółki, jeżeli zapewnia ochronę interesów wspólników lub osób trzecich kosztem interesów spółki. Do pokrzywdzenia zaś wspólnika dochodzi w sytuacji, gdy w wyniku uchwał wspólników jego pozycja w spółce zostanie zachwiana. Chodzi tutaj zarówno o naruszenie jego uprawnień majątkowych, jak i samego statusu.

Legitymowanym czynnie do wystąpienia z powództwem, oprócz członków władz spółki, występujących łącznie jako organ lub pojedynczo jako członkowie organu, uprawnionym jest przede wszystkim wspólnik, który głosował przeciwko uchwale, a po jej powzięciu zażądał zaprotokołowania sprzeciwu. W tym ostatnim wypadku ksh. wyklucza możliwość zaskarżania uchwały, co do której nie było sprzeciwu w chwili jej podejmowania, a tym samym zakłada się, że stosunek wspólnika do uchwały powinien być już znany w momencie jej podejmowania. Aktualne w tej kwestii pozostaje orzecznictwo SN wydane na gruncie kh.

Zgodnie z wyrokiem SN z 26. września 2001 r. (IV CKN 471/00 LEX nr 52754) „wspólnik musi zgłosić sprzeciw przeciwko uchwale niezwłocznie po jej podjęciu, to znaczy przed przejściem do następnego punktu porządku obrad zgromadzenia. Żądanie zaprotokołowania sprzeciwu musi być zgłoszone wyraźnie i stanowczo. Obojętna natomiast jest okoliczność czy sprzeciw zostanie wpisany do protokołu. Zgodnie z art. 240 § 3 pkt 3 kh. rozstrzygający jest bowiem fakt zgłoszenia sprzeciwu i wniosku o jego zaprotokołowanie, a nie wpisanie sprzeciwu do protokołu. Zazwyczaj sprzeciw jest odnotowany w protokole na żądanie wspólnika”.

Legitymacja czynna służy również wspólnikowi bezzasadnie niedopuszczonemu do udziału w zgromadzeniu, wspólnikowi nieobecnemu na zgromadzeniu – pod warunkiem jednak, że doszło do wadliwego zwołania zgromadzenia lub głosowania w sprawie nie objętej porządkiem obrad, oraz przy pisemnym głosowaniu wspólnik, którego pominięto, lub który nie zgodził się na głosowanie, albo który głosował przeciwko i po otrzymaniu wiadomości o uchwale w ciągu dwóch tygodni zgłosił sprzeciw.

Powództwo o uchylenie uchwały należy wnieść w ciągu miesiąca od dnia otrzymania wiadomości o uchwale, lecz nie później niż w ciągu sześciu miesięcy od dnia jej powzięcia. Prawo do wniesienia powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały wygasa z upływem sześciu miesięcy od dnia otrzymania wiadomości o uchwale; jednakże nie później niż z upływem trzech lat od dnia powzięcia uchwały. Terminy te, dość zresztą restryktywne wskazują, że ustawodawca uznał stabilność obrotu za wartość nadrzędną.

Jednak zasadnicza zmiana, jaką wprowadził ksh. dotyczy rozstrzygnięcia, jaki stosunek do tej regulacji ma art. 58 kc. stanowiący o nieważności czynności prawnej.

W poprzednim stanie prawnym można było przyjąć, że wobec braku regulacji odnoszącej się do nieważności podjętej uchwały, nie można było stosować tego przepisu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, gdyż przepisy kh. przewidywały inny niż nieważność skutek. Obecne rozstrzygnięcie jest zatem korzystniejsze.

Podstawą rozstrzygnięcia nieważności uchwały sprzecznej z ustawą jest art. 58 kc. Natomiast uchwały nie podpadające bezpośrednio pod art. 58 kc., należą do uchwał wzruszalnych poprzez ich zaskarżenie w drodze powództwa o uchylenie uchwały. W pierwszej sytuacji, gdy czynność prawna narusza przepisy ustawy, jest bezwzględnie nieważna; osoby legitymowane mogą żądać ustalenia nieważności uchwały sprzecznej z ustawą (art. 252 ksh.). W tym przypadku można mówić jedynie o deklaratoryjnym charakterze rozstrzygnięcia sądowego. Osoby legitymowane nie mogą jednak zaskarżać takiej uchwały, tj. żądać jej uchylenia, gdyż uchwała jest już nieważna bezwzględnie. Druga sytuacja, czyli powództwo o uchylenie uchwały opiera się na mniejszych uchybieniach, które nie powodują nieważności bezwzględnej podjętej uchwały.

Podsumowując: kodeks spółek handlowych dokonał rozdzielenia treści dotychczasowego art. 240 § 1 kh. na dwie różne sytuacje. Takie rozwiązanie nie powinno budzić tak wielu sporów i dyskusji, jak miało to miejsce za obowiązywania kh.

Kontrowersje rodzi jednak uregulowanie dotyczące kręgu osób legitymowanych do żądania stwierdzenia nieważności uchwały wspólników. Ksh. odsyła w tym przypadku do art. 250 ksh., w którym wymieniono nie tylko uprawnionych, ale też określono okoliczności, w których osoby te mogą wystąpić z powództwem o uchylenie uchwały. Co więcej, art. 252 § 1 ksh. wyłącza stosowanie art. 189 kpc., zgodnie z którym z powództwem o stwierdzenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego może wystąpić każdy, kto ma w tym interes prawny. Obecna regulacja nie tylko określa w sposób ścisły krąg podmiotów uprawnionych do wystąpienia z pozwem o stwierdzenie nieważności, ale też odbiera powszechną możliwość wystąpienia o ustalenie stosunku prawnego.

Ciekawy jest również sposób określenia granic czasowych na wystąpienie z pozwem o stwierdzenie nieważności uchwały. Zgodnie z art. 252 § 3 ksh. prawo do wniesienia powództwa wygasa z upływem sześciu miesięcy od dnia otrzymania wiadomości o uchwale; jednakże nie później niż z upływem trzech lat od dnia powzięcia uchwały. Par. 4 art. 252 ksh. stanowi, że upływ terminów określonych w § 3 nie wyłącza możliwości podniesienia zarzutu nieważności uchwały. Ustawodawca nie precyzuje jednak, czy w tym ostatnim przypadku na zarzut nieważności może powołać się jedynie podmiot upoważniony do stwierdzenia nieważności, czy też powraca zasada ogólna art. 189 kpc., a więc może to uczynić każda osoba mająca w tym interes prawny. To rozwiązanie prowadzi do świadomego zaakceptowania sytuacji, iż nawet uchwała naruszająca prawo – po upływie wskazanego czasu – nie będzie mogła być zakwestionowana.

Podsumowując dotychczasowe rozważania dotyczące kwestii zaskarżania uchwał, należałoby wskazać, że kodeks nie uregulował czy, a jeżeli tak to w jakim trybie, może zostać zaskarżona uchwała sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Nie wypowiedział się również na temat tzw. uchwał nie istniejących, pozornych. Nasuwa się również myśl, że obecnej regulacji zaskarżania uchwał przyświeca nie wzmacnianie tej instytucji, a wręcz przeciwnie – ograniczenia możliwości korzystania z niej.

2. Ograniczenia zasady wolności gospodarczej w ustawie o działalności gospodarczej

Jak już wspomniano wcześniej, wprowadzona ustawą z dnia 19. listopada 1999 r. Prawo o działalności gospodarczej (zwanej dalej u.p.d.g.– Dz.U. Nr 101, poz. 1178, z późn. zm.) definiuje działalność gospodarczą jako zarobkową działalność wytwórczą, handlową, budowlaną, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i eksploatacja zasobów naturalnych, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. (art. 2 ust.1 ustawy). Sąd Najwyższy w uchwałach z 18. czerwca 1991 r. (III CZP 40/90)⁹ i z 06. grudnia 1991 r. (III CZP 117/91)¹⁰, precyzując niejako powyższą definicję, do specyficznych cech działalności gospodarczej zaliczył:

- 1) zawodowy (a więc stały) charakter;
- 2) związaną z nią powtarzalność podejmowanych działań;
- 3) uczestnictwo w obrocie gospodarczym;
- 4) podporządkowanie zasadzie racjonalnego gospodarowania.

Trzeba wskazać na występujące w literaturze przedmiotu i orzecznictwie wątpliwości co do objęcia pojęciem „działalności gospodarczej” m.in. działalności ubezpieczeniowej w zakresie ubezpieczeń bezpośrednich, czyli prowadzenie ubezpieczeń majątkowych i osobowych, oraz reasekuracji.¹¹ W uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z 16 maja 1991 r. (III CZP 39/91)¹², a więc jeszcze pod rządami poprzedniej ustawy o działalności gospodarczej z 1988 r. wyraźnie stwierdzono, iż na mocy ustawy z 17. maja 1989 r. (Dz.U. Nr 30 poz. 160) nowelizującej ustawę z 20. września 1984 r. o ubezpieczeniach majątkowych i osobowych (Dz.U. Nr 45 poz. 242 z późn. zm.) ustawodawca wyraźnie odróżniał działalność ubezpieczeniową, prewencyjną i reasekuracyjną od działalności gospodarczej. Sąd Najwyższy wskazał, iż: „Pozostając przy wprowadzonych przez prawodawcę kategoriach semantycznych – chodzi o wyraźne znaczeniowe przeciwstawienie pojęć „działalność gospodarcza” oraz działalność ubezpieczeniowa, prewencyjna i reasekuracyjna” – a także dając pierwszeństwo względem normatywnym, należy stwierdzić, że działalność zakładu ubezpieczeń prowadzona po rządach ustawy z dnia 20. września 1984 r. przed jej nowelizacją, nie była działalnością gospodarczą i za taką nie może być uznana także obecnie”. Ostatecznie wątpliwości te zostały wyjaśnione przez nową ustawę z 28. lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej (tj. Dz.U. Nr 11 poz. 62 z późn. zm.), której art. 10 ust. 1 stanowi obecnie, że zakład ubezpie-

9 OSNCP 1992, z. 2 poz. 17.

10 OSNCP 1992, z. 11–12 poz. 235.

11 M. Zdyb: Prawo działalności gospodarczej. Komentarz do ustawy z dnia 19. listopada 1999 r., Zakamycze 2000, s. 39–43.

12 OSNC 1992 z. 1 poz. 9.

czeń nie może zajmować się bezpośrednio inną działalnością gospodarczą (poza działalnością ubezpieczeniową) i z nią związaną.

Natomiast przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna oraz nie mająca osobowości prawnej spółka prawa handlowego, która zawodowo, we własnym imieniu podejmuje i wykonuje działalność gospodarczą (art. 2 ust. 2 powołanej ustawy – prawo o działalności gospodarczej z 1999 r.– u.p.d.g.). W porównaniu z poprzednią ustawą z 23. grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej budzące szereg kontrowersji pojęcie „podmiotu gospodarczego” zastąpiono właśnie pojęciem „przedsiębiorcy”. Zmiana ta dotyczyła kilkudziesięciu ustaw szczególnych, a zwłaszcza ustawy z 20. sierpnia 1997 r. Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. nr 121 poz.770), która weszła w życie po dniu 01.01.2001 r.

Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu wprowadzenie w życie ustawowego pojęcia „przedsiębiorca” spowodowało, że w miejsce dotychczasowego pojęcia „jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej” w obiegu prawnym funkcjonują konkretnie określone jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, tj. spółka jawna i spółka komandytowa. Faktycznie oznacza to, że w ramach pojęcia „przedsiębiorca” nie ma miejsca na spółki cywilne, gdyż zgodnie z art. 2 ust. 3 u.p.d.g. za przedsiębiorców uznaje się wspólników spółki cywilnej a nie spółkę.¹³

Dla naszych rozważań istotne znaczenia ma regulacja art. 5 u.p.d.g. formułująca ustawową definicję wolności gospodarczej. Zgodnie z nią: „Podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa”. Zapis ten stanowi niejako ustawową konkretyzację opisaną wcześniej zasady konstytucyjnej. Wolność gospodarcza jest postrzegana przez komentatorów ustawy prawo działalności gospodarczej, jako pewien kompleks swobód związanych z działalnością gospodarczą, wśród których da się wyróżnić takie czynniki jak:¹⁴

- 1) swoboda w podejmowania działalności gospodarczej (wyjątkami są tu koncesje i zezwolenia);
- 2) swoboda prowadzenia działalności gospodarczej;
- 3) swoboda w wyborze organizacyjno–prawnej formy działalności gospodarczej;
- 4) swoboda w konkurowaniu z innymi podmiotami gospodarczymi;

13 M. Zdyb: jw. s. 51 i podana tam literatura. W. Kubała: Prawo działalności gospodarczej. Komentarz, Warszawa 2000, s. 47–50; C. Kosikowski: Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim, PIP nr 4/2001, s. 15–23.

14 M. Zdyb: jw., s. 90–91; W. Kubała: jw., s. 66–67; C. Kosikowski: Wolność gospodarcza w prawie polskim, Warszawa 1995, s. 173.

- 5) swoboda w zakresie zbywania własnych towarów i usług;
- 6) swoboda w zakresie „decydowania o sposobie zaangażowania kapitału”;
- 7) swoboda w zakresie zatrudniania (przy ograniczeniach wynikających przede wszystkim z kodeksu pracy i ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych);
- 8) swoboda w zakresie decydowania o „sposobie prowadzenia działalności gospodarczej, zmiany jej profilu, czasie trwania, itd.

W tej części pracy skoncentrujemy się na ograniczeniach swobody działalności gospodarczej wynikających przede wszystkim z samej ustawy – prawo o działalności gospodarczej. W tym miejscu wypada przypomnieć, iż zgodnie z Konstytucją i przytaczanym wcześniej orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego prawne ograniczenia wolności gospodarczej powinny być wprowadzane tylko w ustawach i przy zachowaniu zasady proporcjonalności uznawanej w doktrynie niemieckiej i innych państw Europy Zachodniej.¹⁵

Ad. 1) Podstawowe ograniczenie swobody podejmowania działalności gospodarczej statuują rozdziały 3 i 4. ustawy – prawo o działalności gospodarczej z 1999 r. odnoszące się odpowiednio do koncesji i zezwoleń. Za podstawową różnicę między tymi formami reglamentacji działalności gospodarczej pod rządami nowej ustawy z 1999 r. uważa się w doktrynie fakt, iż w przypadku koncesji organ koncesyjny ma bardzo szeroki zakres władzy dyskrecjonalnej, która pozwala mu decydować o przyznaniu lub nie przyznawaniu koncesji. W przypadku zezwoleń, jeśli przedsiębiorca ubiegający się o zezwolenie spełnia wszelkie warunki przewidziane prawem, organ administracyjny właściwy do jego udzielenia ma ograniczone możliwości wydania decyzji odmownej.¹⁶

W literaturze przedmiotu obie te instytucje są obejmowane niekiedy zbiorczą kategorią pozwoleń administracyjnych. Wskazuje się, że ustanawiając wymóg uzyskania pozwolenia administracyjnego oraz rozstrzygając o jego udzieleniu i treści decyzji go wyrażającej, władza państwowa realizuje przeważnie trzy funkcje¹⁷:

- 1) określa pozycję prawną jednostki w danej sytuacji faktycznej (funkcja regulacyjna);
- 2) umożliwia sprawowanie nadzoru administracyjnego nad zachowaniami podmiotów prawa, bądź sprawuje nadzór bezpośrednio (funkcja nadzorcza);
- 3) steruje zachowaniami jednostek w kierunku przez siebie pożądanym (funkcja sterowania).

15 Por. D.R. Kijowski: Pozwolenia w administracji publicznej, op. cit., s. 249–260; S. Biernat, A. Wasilewski: Wolność gospodarcza w Europie, op. cit., s. 13–20, 26–31, 35–37, 62–66, 69–74, 159–160.

16 M. Zdyb: op. cit., s. 268–269; D.R. Kijowski: Pozwolenia..., s. 144–148 i podana tam literatura.

17 Por. D.R. Kijowski: Pozwolenia w administracji publicznej, op. cit., s. 178–236.

Jeśli chodzi o zakres koncesjonowania, to art. 14 u.p.d.g. ustanawia wymóg uzyskania koncesji w przypadku najbardziej istotnych dziedzin gospodarczych, jak poszukiwanie i eksploatacja złóż kopalin, wytwarzanie i obrót materiałami wybuchowymi, bronią, paliwami, ochrony osób i mienia, transportu lotniczego, budowy i eksploatacji autostrad płatnych, zarządzania liniami kolejowymi oraz wykonywania przewozów kolejowych, a także rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych. Docelowo nie jest to katalog zamknięty, gdyż ust. 2 art. 14 u.p.d.g. stanowi, iż wprowadzenie innych koncesji w dziedzinach działalności gospodarczej mających szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli, albo inny ważny interes publiczny jest dopuszczalne tylko w przypadku, gdy działalność ta nie może być wykonywana jako wolna lub po uzyskaniu zezwolenia – to wymaga zmiany niniejszej ustawy. Koncesje wydawane w formie decyzji administracyjnych stanowią wyjątek od zasady swobody podejmowania działalności gospodarczej i jako takie nie podlegają interpretacji rozszerzającej. Niewątpliwie nie mogą być wprowadzane w przepisach rangi podstawowej. Jak wynika z powyższego do podstawowych przyczyn wprowadzenia koncesji można zaliczyć w szczególności ważny interes państwa, zagrożenie dla zdrowia i życia ludzkiego, porządku publicznego oraz konieczność kontroli działalności, której prowadzenie może stwarzać (ze względu na jej naturę) różnego rodzaju niebezpieczeństwa.¹⁸

Należy dodać, iż zgodnie z art. 14 ust. 3 prawa działalności gospodarczej zakres i warunki wykonywania działalności gospodarczej podlegającej koncesjonowaniu określają odrębne ustawy. Jednocześnie ustawodawca przyjął zasadę: jeżeli przepisy odrębnych ustaw nie stanowią inaczej, udzielenie, odmowa udzielenia, zmiana i cofnięcie koncesji należy do ministra właściwego ze względu na przedmiot działalności gospodarczej podlegającej koncesjonowaniu (art. 15 ust. 1 u.p.d.g.). Natomiast przepisy odrębnych ustaw mogą stanowić organami koncesyjnymi także inne organy.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, ponieważ przyczyną wprowadzenia koncesji jest wzgląd na przedmiot działalności gospodarczej a nie podmioty, w związku z tym o koncesje mogą ubiegać się wszystkie podmioty gospodarcze na zasadach równości, bez względu na ich status prawny.¹⁹ Nie oznacza to jednak, że ze względu na charakter działalności gospodarczej nie mogą być wprowadzone różnego rodzaju wymagania i wyróżniki, które ubiegający się o koncesję powinien spełnić. Z punktu widzenia celu niniejszego opracowania warto wskazać, że postępowanie koncesyjne zawiera pewne odmienności w stosunku do typowego postępowania administracyjnego. Z faktu, iż decyzje w sprawie udzielenia koncesji podejmują głównie ministrowie wynika, iż nie przysługuje od nich odwołanie,

18 M. Zdyb: op. cit., s. 266–267; W. Kubala: op. cit., s. 130–140; D.R. Kijowski: op. cit., s. 150–153.

19 M. Zdyb: jw., s. 318; C. Kosikowski: Polskie publiczne prawo gospodarcze, op. cit., s. 199–200.

a jedynie strona postępowania niezadowolona z decyzji może co najwyżej wystąpić w trybie art. 127 ust. 3 k.p.a. do organu, który wydał decyzję z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy. Od decyzji organu koncesyjnego służy na zasadach ogólnych – skarga do NSA.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, w wyniku wejścia w życie u.p.d.g. osłabieniu uległa, w porównaniu z poprzednią ustawą z 1988 r., pozycja prawna ubiegających się o koncesje oraz korzystających z nich. Wynika to przede wszystkim z przyjęcia zasady wydawania koncesji na czas określony, z wprowadzenia obligatoryjności cofania koncesji w tych przypadkach, w których poprzednia ustawa przewidywała fakultatywność tego typu sankcji, jak też ze zwiększenia swobody organów koncesjonujących przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu, ograniczeniu lub cofnięciu koncesji (przez wprowadzenie ogólnej przesłanki „inny ważny interes publiczny” – por. art. 22 ust. 3 u.p.d.g.).²⁰

Za ważne można uznać zobowiązanie organu koncesyjnego do przekazania każdemu zainteresowanemu przedsiębiorcy dokładnej informacji o szczególnych warunkach wykonywania działalności objętej koncesją niezwłocznie po wszczęciu postępowania w sprawie udzielenia koncesji (art. 16 ust. 2 u.p.d.g.). Niedopełnienie takiego obowiązku rodzić może podstawę do wzruszenia decyzji w przedmiocie koncesji, w której takie warunki określono. Każda koncesja jako decyzja administracyjna powinna zawierać wszelkie elementy określone w art. 107 k.p.a., a w szczególności zawierać podstawę prawną, uzasadnienie faktyczne i prawne, a także pouczenie, czy i w jakim trybie służy od niej odwołanie.

Ustawa z 1999 r. wyraźnie i wyczerpująco określa przesłanki cofnięcia bądź ograniczenia koncesji. Ograniczenie koncesji jest możliwe, jeśli przedsiębiorca korzystający z niej dopuszcza się uchybień lub naruszeń prawa w pewnej, dającej się wyodrębnić dziedzinie koncesjonowanej działalności, bądź też w sytuacji, gdy określona część tej działalności została wyłączona ze sfery koncesjonowania, np. przez objęcie jej monopolem państwowym.

Do podstawowych przyczyn cofnięcia bądź zmiany zakresu koncesji należy zaliczyć:²¹

- niezrealizowanie wniosków pokontrolnych wysuniętych w trakcie kontroli w oparciu o art. 21 u.p.d.g. Dotyczących zgodności prowadzonej działalności z koncesją, przestrzegania warunków wykonywania działalności gospodarczej itd.,
- niespełnienie (rażące naruszenie) określonych w decyzji koncesyjnej warunków prowadzenia działalności gospodarczej, a także szczegółowych warunków prowadzenia działalności gospodarczej (art. 22 ust. 2 u.p.d.g.).

20 D.R. Kijowski, op. cit., s. 153.

21 M. Zdyb, op. cit., s. 363–369; D.R. Kijowski, op. cit., s. 152; W. Kubala, op. cit., s. 144–147.

Ponadto organ koncesyjny cofa koncesję w przypadku (art. 22 ust. 1 u.p.d.g.):

- wydania prawomocnego orzeczenia zakazującego przedsiębiorcy wykonywanie działalności objętej koncesją;
- nie podjęcie przez przedsiębiorcę działalności objętej koncesją, mimo wezwania go przez organ koncesyjny do jej podjęcia, bądź też zaprzestanie takiej działalności.

We wszystkich wskazanych wyżej sytuacjach cofnięcie lub ograniczenie koncesji jest obowiązkowe. Natomiast zgodnie z art. 22 ust. 3 u.p.d.g. organ koncesyjny **może** cofnąć koncesję lub zmienić jej zakres ze względu na zagrożenie obronności i bezpieczeństwa państwa, lub innego ważnego interesu publicznego. Użycie sformułowania „może” sugeruje pewną uznaniowość organu administracyjnego przy podejmowaniu tej decyzji, wynikającą przede wszystkim z niedookreśloności powyższych podstaw cofnięcia koncesji. Ze względu na pojemność pojęć użytych przy określaniu tych podstaw w praktyce mogą być one traktowane przez organ administracyjny jakby „rzeczywiście ich nie było”. Jednakże, jak wskazuje się w literaturze przedmiotu: „Organ w związku z tym nie może tłumaczyć się, że ustawodawca nie określił ich normatywnych desygnatów, w związku z tym nie posiadają one znaczenia prawnego. Zadaniem organu jest poszukanie pełnej ich treści, którą organ powinien poszukać z uwzględnieniem obowiązującego prawa pozytywnego, zasad ogólnosystemowych, norm, reguł i zasad pozasystemowych oraz całokształtu okoliczności faktycznych, które do pojęcia takiego się odnoszą”²².

Cofnięcie bądź ograniczenie koncesji, tak jak jej udzielenie, powinno być dokonane w drodze decyzji administracyjnej, ze wskazanymi wcześniej ograniczeniami możliwości jej wzruszenia. W szczególności przysługują w stosunku do niej na zasadach określonych w k.p.a. nadzwyczajne środki jej wzruszenia jak wznowienie postępowania i stwierdzenie nieważności, gdy wystąpi jedna z przesłanek określonych w art. 156 § 1 k.p.a. Od takich decyzji przysługuje także skarga do NSA.

Dodać należy, iż poza spełnianiem przez przedsiębiorcę wymogów prowadzenia działalności koncesyjnej zgodnie z warunkami koncesji i przepisami spoczywają na nim także inne obowiązki. Jest on zobowiązany do poddania się kontroli zgodności prowadzonej działalności z warunkami koncesji prowadzonej przez organ koncesyjny bezpośrednio, przy pomocy jego funkcjonariuszy lub przez inny wyspecjalizowany organ państwowy w oparciu o art. 21 u.p.d.g. Jeśli w wyniku kontroli organ koncesyjny stwierdzi, iż działalność taka jest prowadzona niezgodnie z koncesją, albo zagraża interesom gospodarki narodowej, obronności lub bezpieczeństwu państwa (bądź bezpieczeństwu obywateli), może wezwać do usunięcia

22 M. Zdyb: op. cit., s. 368.

uchybień w określonym przez siebie terminie. Jeżeli przedsiębiorca nie wykona w terminie zaleceń pokontrolnych, organ koncesyjny może cofnąć koncesję, ograniczyć zakres lub przedmiot działalności gospodarczej określonej w koncesji. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu sformułowania „może” nie oznacza w sytuacji uchybień będących naruszeniami prawa uznaniowości organu, lecz obowiązek cofnięcia koncesji, gdyż w przeciwnym wypadku oznaczałoby to „tolerowanie stanów niezgodnych z prawem, a w dalszej kolejności – „biurokratyczną” legalizację stanu bezprawności”.²³

Kontrola sprawowana przez organ koncesyjny nie może naruszać samodzielności koncesjonariusza w prowadzeniu działalności gospodarczej, utrudniać jej prowadzenie oraz wkraczać w dziedziny nie objęte przedmiotem kontroli. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu: „Przeciwstawienie się jednak takim zapędom jest dla kontrolowanego dość trudne ze względu na rozciągłość pojęć określających przedmiot możliwej kontroli ze strony organu koncesyjnego.”²⁴

Nowym rozwiązaniem wprowadzonym przez u.p.d.g. jest nadanie uprawnień kontroli spełniania przez przedsiębiorców swoich obowiązków wójtowi, burmistrzowi lub prezydentowi miasta. W razie uzyskania wiadomości o wykonywaniu działalności gospodarczej niezgodnie z przepisami ustawy, a także w razie stwierdzenia zagrożenia życia, zdrowia i moralności publicznej, niebezpieczeństwa powstania szkód majątkowych w znacznych rozmiarach, lub naruszenia środowiska w wyniku wykonywania takiej działalności organy te niezwłocznie zawiadamiają właściwe organy administracji rządowej lub samorządowej. W przypadku zaś braku możliwości zawiadomienia, wójt, burmistrz lub prezydent miasta może nakazać – w drodze decyzji – wstrzymanie wykonywania działalności gospodarczej na czas niezbędny, nie dłuższy niż 3 dni.²⁵

Kolejnym obowiązkiem przedsiębiorcy prowadzącego działalność koncesjonowaną określonym w art. 23 u.p.d.g. jest zgłaszanie organowi koncesyjnemu danych dotyczących oznaczenia przedsiębiorcy, jego siedziby i adresu, numeru w rejestrze przedsiębiorców, określenia rodzaju i zakresu wykonywania działalności, na którą została udzielona koncesja. Ponadto przedsiębiorca jest zobowiązany do podawania zmian informacji określonych w przepisach odrębnych ustaw oraz dokumentach określonych w przepisach odrębnych ustaw, a także rozporządzeniach wydanych na ich podstawie. Ma to umożliwić organowi koncesyjnemu sprawowanie kontroli w stosunku do przedsiębiorcy, który otrzymał koncesję w aspekcie spełniania przez niego wymogów związanych z korzystaniem z niej także w trakcie realizowania koncesji.

23 M. Zdyb: op. cit., s. 363.

24 C. Kosikowski: *Polskie publiczne...*, s. 204.

25 C. Kosikowski: op. cit., s. 204–205.

Należy także dodać, że zgodnie z art. 16 ust. 3 u.p.d.g. w dziedzinie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym organ koncesyjny może uzależnić udzielenie koncesji od ubezpieczenia przedsiębiorcy od odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania działalności gospodarczej podlegającej koncesjonowaniu.

Zgodnie z art. 27 ust. 1 u.p.d.g. uzyskania zezwolenia wymaga wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie określonym w przepisach odrębnych ustaw. Również przepisy odrębnych ustaw określają organ zezwalający oraz wszelkie warunki działalności objętej zezwoleniami, a także tryb wydawania, odmowy wydania i cofania zezwoleń (art. 27 ust. 2 u.p.d.g.), o ile przepisy u.p.d.g. nie stanowią inaczej. Należy podkreślić, że w porównaniu z poprzednią ustawą o działalności gospodarczej z 1988 r. w nowej ustawie z 1999 r. ustawodawca odstąpił w szeregu dziedzin od administracyjnoprawnej reglamentacji w zakresie podejmowania działalności gospodarczej (rezygnacji z wymogu koncesji i zezwoleń). Należy także dodać, iż w szeregu dziedzinach odstąpiono także od koncesjonowania działalności gospodarczej, zastępując koncesje zezwoleniami jako „delikatniejszą” formę reglamentacji działalności gospodarczej. W rezultacie zakres działalności gospodarczej objętej przekształceniami koncesji w zezwolenia przy podejmowaniu działalności gospodarczej obejmuje kilkanaście dziedzin koncesjonowanych na podstawie różnych ustaw. Oprócz tych dziedzin, M.Zdyb wylicza wiele innych dziedzin o kluczowym znaczeniu dla gospodarki i innych obszarów życia społeczno-gospodarczego, gdzie reglamentacja działalności gospodarczej w drodze zezwoleń wynika z obowiązujących ustaw i aktów niższego rzędu²⁶.

Podstawowe różnice pomiędzy koncesją a zezwoleniem polegają na tym, iż²⁷:

- zezwolenia nie dotyczą działalności gospodarczej objętej monopolem;
- zezwolenia są wydawane w wyniku sprawdzenia możliwości zakazu wykonywania działalności gospodarczej, który został ustanowiony ze względu na potrzebę ochrony takich wartości jak życie i zdrowie ludzkie, bezpieczeństwo i porządek publiczny;
- obowiązek i warunki uzyskiwania zezwoleń określają odrębne ustawy, zgodnie ze specyfiką dziedzin gospodarczych, których dotyczą;
- zezwolenia są związanymi decyzjami administracyjnymi podlegającymi reżimowi k.p.a.;

26 M. Zdyb, op. cit., s. 382–389. Kompletny wykaz aktów prawnych przewidujących wymóg zezwoleń wg. Stanu prawnego w roku 2000 przedstawił D.R. Kijowski: *Pozwolenia...*, s. 311–346.

27 C. Kosikowski, *Polskie publiczne...*, s. 206–207.

- wydanie zezwolenia na prowadzenie niektórych rodzajów działalności gospodarczej wiąże się przede wszystkim z wyrażeniem zgody na utworzenie w sensie prawnym pewnej organizacji (jednostki gospodarczej), za pomocą której można prowadzić działalność objętą zezwoleniem (np. banku, zakładu ubezpieczeń).

Trzeba wskazać, że ustawy, w których ustanowiono wymóg zezwolenia respektując zasadniczo zasadę równej dostępności do prowadzenia działalności gospodarczej, przewidują od niej szereg wyjątków. Czynią to bądź bezpośrednio, przez wskazanie podmiotów, które mogą bądź nie mogą ubiegać się o zezwolenia, jak i pośrednio – przez takie sformułowanie warunków podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej, które czynią ją dostępną dla jednych, a niedostępną dla drugich, bądź utrudnioną dla trzecich. Wynika to z faktu, że wymogi stawiane przez prawo niektórym rodzajom działalności są formułowane ze względu na wartości i interesy szersze, niż dobro podmiotów, które zamierzają prowadzić tę działalność.²⁸

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu posłużenie się instytucją pozwolenia administracyjnego (zezwoenia bądź koncesji) stwarza możliwość – niejako – miarkowania stopnia nadzorczej ingerencji administracji publicznej w konstytucyjne prawa i wolności jednostki. Nie musi on bowiem jedynie „zakazywać” bądź „nie zakazywać”, lecz w przypadku zezwoeń może operować takimi klauzulami jak „termin”, a także korzystać z szeregu postanowień dodatkowych jak „warunek, zlecenie, zastrzeżenie uchylenia, zastrzeżenie zmiany” i inne.²⁹ Takie klauzule pełnią nie tylko funkcje regulacyjne i funkcje sterowania, lecz przyczyniają się także do odpowiedniego ukształtowania i realizacji funkcji nadzorczych.³⁰

Jednakże realizacja przez te klauzule wspomnianych funkcji budzi w praktyce szereg zastrzeżeń, które chciałbym opisać na przykładzie ustawy z dnia 26. października 1982 r. o przeciwdziałaniu alkoholizmowi i wychowaniu w trzeźwości (Dz.U. Nr 35 poz. 230 z późn. zm.). Wybór tej właśnie ustawy spośród znacznej liczby aktów prawnych stanowiących wymóg uzyskania zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej podyktowany jest kilkoma względami. Przede wszystkim ustanawia ona szereg ograniczeń swobody działalności gospodarczej w dziedzinie handlu alkoholem, wynikającymi z konfliktu tej zasady z ważnym interesem publicznym jakim jest wychowanie w trzeźwości i ochrona porządku publicznego. Realizacji funkcji sterującej służą w szczególności przepisy tej ustawy limitujące liczbę punktów sprzedaży alkoholowych, mające na celu promowanie przez państwo prowadzeniu w miastach i gminach takiej polityki społecznej i

28 Tamże, s. 207

29 D.R. Kijowski: Postanowienia dodatkowe i dopuszczalność opatrywania nimi decyzji administracyjnych, w: Prawo. Administracja. Obywatele. Księga ku czci Prof. E. Smoktunowicza, Białystok 1997, s. 143–169.

30 D.R. Kijowski: Pozwolenia..., s. 204–205.

gospodarczej, której ostatecznym rezultatem miałyby być ograniczenie zjawiska alkoholizmu oraz podniesienie kultury spożywania napojów alkoholowych.³¹ Podstawowym instrumentem jej realizacji są zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych przeznaczonych do spożycia poza punktem sprzedaży.

Ustawa ta była wielokrotnie nowelizowana, a jej zmiany były przedmiotem rozpoznania Trybunału Konstytucyjnego w kontekście konfliktu wskazanych wyżej wartości chronionych konstytucyjnie. Ustawa ta daje także szeroką delegację organom samorządu do stanowienia aktów prawa lokalnego, mających na celu realizację uwagde ustawy; ich legalność była badana wielokrotnie przez NSA.

Ustawa przewiduje wydawanie zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych i cofanie ich – między innymi – w przypadku stwierdzenia nieprzestrzegania warunków określonych w zezwoleniu (w stosunku do sprzedaży hurtowej – art. 9 ust. 6 pkt. 2, w stosunku do sprzedaży detalicznej – art. 18 ust. 6 pkt. 4). W żadnym miejscu ustawa nie uprawniała organów wydających zezwolenie do przeprowadzania kontroli, ani też do upoważniania jakichkolwiek innych organów do sprawdzania, czy sprzedaż prowadzona jest zgodnie z warunkami ustalonymi w zezwoleniu.³²

Jak wskazuje się w doktrynie przedmiotu, Trybunał Konstytucyjny – na przykładzie ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi z 1982 r. – dwukrotnie pozytywnie ocenił przydatność instytucji zezwolenia w realizacji celów publicznych, uzasadniających ograniczenie podstawowych uprawnień jednostki. W obu przypadkach chodziło o ocenę zgodności z Konstytucją nowelizacji tejże ustawy, dokonanej na mocy ustawy z dnia 12. września 1996 r. (Dz.U. Nr 127 poz. 593), a polegającej na pozbawieniu mocy prawnej *ipso iure* pozwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych uzyskanych przed wejściem w życie ustawy nowelizującej, ograniczenie uzyskiwanych uprawnień w czasie, a także – podział udzielanych pozwoleń na trzy kategorie asortymentowe. Drugie orzeczenie dotyczyło nowelizacji z 01. sierpnia 1997 r. (Dz.U. Nr 113 poz. 732) nakładającej na posiadaczy takich pozwoleń obowiązek ponoszenia opłat na pokrycie kosztów profilaktyki przeciwalkoholowej.³³ Oba orzeczenia były analizowane we wcześniejszych partiach tego opracowania.

Za istotne dla problematyki koncesji i zezwoleń – w kontekście ich wpływu na zasadę wolności gospodarczej – należy uznać wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10. października 2001 r. (K 28/01)³⁴ stwierdzający, iż art. 2 ustawy z dnia 22.

31 Por. B. Jaworska–Dębska: Spór wokół modelu polskiej regulacji alkoholowej. Zagadnienia administracyjnoprawne, Łódź 1995.

32 D.R. Kijowski: Pozwolenia..., s. 205.

33 Tamże, s. 265–266.

34 OTK 2001/7/212.

czerwca 2001 r. o zmianie ustawy – Prawo działalności gospodarczej jest niezgodny z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Zaskarżona w trybie kontroli prewencyjnej przez Prezydenta RP ustawa stanowiła nowelizację ustawy z dnia 19. listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.); dokonaną z obawy przed pozostawieniem poza sferą koncesjonowania (albo udzielania zezwoleń) działalności gospodarczej w niektórych dziedzinach, w których do 30. czerwca 2001 r. wymagane było uzyskanie koncesji albo zezwolenia. Od 1 stycznia 1989 r. – daty wejścia w życie ustawy z dnia 23. grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 41, poz. 324 ze zm.); obowiązuje w Polsce zasada wolności gospodarczej. W opinii Prezydenta RP temu publicznemu prawu podmiotowemu odpowiada obowiązek władzy państwowej nienaruszania swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Zakres tej swobody ustala ustawodawca, który ustawowo może ją ograniczyć, zaś formami reglamentacji działalności są koncesje i zezwolenia.

Ustawodawca w terminie pierwotnie do 01. stycznia 2001 r., a następnie do 30. czerwca 2001 r. miał dokonać w systemie prawnym zmian dookreślających obowiązek uzyskania zezwoleń albo koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w niektórych dziedzinach. Zmiany te nie zostały uchwalone w terminie, wobec czego zaszła pilna potrzeba nowelizacji prawa działalności gospodarczej. Projekt nowelizacji czerwcowej wniesiony został do łaski marszałkowskiej 09. maja 2001 r., zaś Sejm ustawę uchwalił 22. czerwca. Została ona rozpatrzona przez Senat RP 4. lipca i przedstawiona Prezydentowi do podpisu 06. lipca 2001 r. Zdaniem wnioskodawcy „zakończenie procesu ustawodawczego po dniu 30. czerwca 2001 r. oznacza, że ustawodawca wprowadza zmiany w przepisach, które od dnia 01. lipca 2001 r. już nie istnieją”. Działanie prawodawcy godzi w wartości i zasady wynikające z art. 2 Konstytucji RP; bowiem w zasadzie demokratycznego państwa prawnego zawierają się reguły stanowienia prawa zwane zasadami przyzwoitej legislacji. W opinii Prezydenta RP najważniejszą z nich jest zasada zaufania obywateli do państwa, nakazująca traktowanie obywateli przez władzę publiczną z przestrzeganiem „minimalnych reguł uczciwości”.

Prezydent RP uznał, że wycofanie się przez ustawodawcę z przyrzeczenia, iż w razie niedookreślenia do 30. czerwca 2001 r. warunków działalności gospodarczej koncesjonowanej (lub wymagającej zezwolenia), reglamentacja tej działalności wygasa z mocy samego prawa – jest próbą przywrócenia owej reglamentacji z mocą wsteczną „poprzez nowelizację przepisów, które już nie obowiązują”. Zdaniem Prezydenta ustawodawca – sprzecznie z zasadami tworzenia prawa – wyznaczył sobie dodatkowy termin do dokonania zmian w sferze reglamentacji działalności gospodarczej. Złamał także podstawowe zasady rzetelnej legislacji, w tym zasadę nie działania prawa wstecz.

Trybunał Konstytucyjny, orzekając o niezgodności zaskarżonego przepisu z Konstytucją, wskazał w uzasadnieniu wyroku, iż prowadzenie działalności gospodarczej stało się „wolne i dozwolone każdemu na równych prawach” wraz z wejściem w życie ustawy o działalności gospodarczej (01. stycznia 1989 r.), które zapoczątkowało proces tworzenia gospodarki rynkowej – systemu gospodarczego zakładającego funkcjonowanie wielu uczestników gry rynkowej o różnych, niekiedy sprzecznych interesach ekonomicznych. Kształtowanie tego systemu wymagało istotnego ograniczenia roli państwa – będącego wcześniej głównym producentem i dystrybutorem dóbr. Ustawa ta wprowadziła generalną zasadę swobody prowadzenia działalności gospodarczej, określając jednocześnie pewne dziedziny aktywności, w których podjęcie działalności wymagało uzyskania koncesji.

Trybunał wskazał także na płynność zakresu reglamentacji działalności gospodarczej pod rządami obu ustaw o działalności gospodarczej (z 1988 i z 1999 r.). U schyłku roku 1988 dziedzin działalności gospodarczej wymagających koncesji – wymienionych w art. 11 ustawy – było jedenaście. W okresie dwunastu lat obowiązywania ustawy w owym katalogu zachodziły istotne zmiany – przejściowo obowiązkiem koncesyjnym objęto dwadzieścia jeden dziedzin, zaś w chwili utraty przez ustawę mocy obowiązującej, wymóg uzyskania koncesji dotyczył dziedzin dziewiętnastu. Wynika stąd, że ustawodawca najpierw znacznie ograniczył rolę państwa w gospodarce, następnie zaś postanowił ją ponownie zwiększyć poprzez rozbudowanie katalogu dziedzin działalności gospodarczej podlegających koncesjonowaniu.

Ustawą – Prawo działalności gospodarczej z 1999 r. ustawodawca postanowił ponownie ograniczyć zakres reglamentacji działalności gospodarczej w celu realizacji zasady wolności gospodarczej, o której mowa w art. 20 i 22 Konstytucji RP. Artykuł 14 ust. 1 tej ustawy wymienia osiem dziedzin działalności gospodarczej podlegających koncesjonowaniu, a w ust. 2 stanowi, że wprowadzenie obowiązku koncesyjnego w innych dziedzinach (mających szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa, obywateli, albo na inny ważny interes publiczny) dopuszczalne jest tylko, gdy działalność nie może być wykonywana jako wolna lub za zezwoleniem oraz wymaga zmiany prawa działalności gospodarczej. Ponadto – w zakresie określonym przepisami innych ustaw – wymagane jest uzyskanie zezwolenia na wykonywanie działalności gospodarczej (art. 27 prawa działalności gospodarczej). Zdaniem Trybunału godne wzmianki jest, iż art. 96 ustawy, którym ustawodawca wprost zniósł obowiązek koncesyjny w 12. dziedzinach („wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie (...), nie wymaga uzyskania koncesji lub zezwolenia” – ust. 1) oraz uzależnił prowadzenie działalności w pewnych dziedzinach od uzyskania nie koncesji, lecz zezwoleń („działalność gospodarcza (...) objęta (...) koncesjonowaniem, na podstawie (...), staje się działalnością gospodarczą objętą wymogiem uzyskania zezwolenia” – ust. 2).

Jak stwierdził dalej Trybunał zaskarżony przez Prezydenta RP art. 2 nowelizacji czerwcowej stanowi: „ustawa wchodzi w życie z dniem 01. lipca 2001 r. „W opinii wnioskodawcy regulacja ta była niezgodna z zasadą państwa prawnego wyrażoną w art. 2 Konstytucji RP, bowiem (biorąc pod uwagę datę potencjalnej publikacji nowelizacji) ustawodawca naruszył regułę niedziałania prawa wstecz.

Ustosunkowując się do zarzutu Prezydenta Trybunał powołał się na swoje dotychczasowe orzecznictwo afirmujące regułę *lex retro non agit*, oraz wymóg zachowania odpowiedniej *vacatio legis*, podnosząc także po raz kolejny kwestię możliwości odstępstw od tych zasad przyzwoitej legislacji w celu ochrony zasadniczych wartości konstytucyjnych. Jednakże wskazał, że konstytucyjna zasada wyrażająca nakaz poszanowania dobra wspólnego nie może być przeciwstawiona zasadzie demokratycznego państwa prawnego. Obie te podstawowe zasady konstytucyjne pozostają w ścisłym związku i wzajemnie się uzupełniają. Należy, zdaniem Trybunału, przede wszystkim zauważyć, że wynikająca z art. 2 Konstytucji zasada ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, a więc i związany z nią zakaz wstecznego działania prawa stanowi ważny instrument balansowania interesów ogółu i poszczególnych adresatów norm prawnych. Proste uzasadnienie odwołujące się do celowości gospodarczej, racjonalności i użyteczności określonych regulacji prawnych nie może być traktowane jako podstawa dla złamania zakazu wstecznego działania prawa w imię dobra wspólnego.

Za ważne i uniwersalne należy uznać stwierdzenie Trybunału, iż zasada określona w art. 1 Konstytucji RP jest postulatem zarówno pod adresem ustawodawcy, jak i wszystkich obywateli; nie może być natomiast uznana za ogólną przesłankę sanowania wad procesu legislacyjnego. Nadmiernie uproszczona interpretacja tej zasady prowadzić mogłaby bowiem w konsekwencji do swoistego usprawiedliwienia wszelkich naruszeń konstytucji w imię ochrony wspólnego dobra. Stanowisko, że w danych okolicznościach istnieją powody szczególne dla uczynienia wyłomu w odniesieniu do zasady wyrażającej zakaz retroaktywności, wymagałoby uzasadnienia na przykład poprzez wskazanie, że niemożliwe było zachowanie odpowiedniego toku prac legislacyjnych, który prowadziłyby do ustanowienia w wymaganym terminie stosownych regulacji prawnych. W toku postępowania przed Trybunałem nie zostały wskazane przez uczestników, tj. przedstawicieli Sejmu oraz Prokuratora Generalnego żadne nadzwyczajne okoliczności, które uzasadniałyby niezbędność – z punktu widzenia interesu ogólnego – naruszenia w istniejącej sytuacji zakazu wstecznego działania prawa.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził w konsekwencji, że nie istnieją dostatecznie przekonujące argumenty uzasadniające odstępianie od stwierdzenia niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu.

Przyjęte stanowisko rodziło konieczność rozważenia skutków tego orzeczenia dla podmiotów, które – korzystając z uwolnienia po 30. czerwca 2001 r. pewnych

dziedzin od obowiązku koncesyjnego (obowiązku uzyskania zezwolenia) – podjęły działalność gospodarczą przed wejściem w życie nowelizacji czerwcowej, szczególnie w dziedzinach wskazanych w art. 14 prawa działalności gospodarczej. Wejście w życie ustawy bez zakwestionowanego przepisu sprawiło – zdaniem Trybunału – że obowiązki podmiotów prowadzących działalność gospodarczą związaną z uzyskaniem koncesji i zezwoleń wygasły na czas istnienia swoistej luki legislacyjnej odżyją na nowo. Zgodnie z zasadami racjonalnej wykładni uwzględniającymi nie tylko czysto semantyczną analizę przepisów, ale ich *ratio legis*, odwołujące się do celu i funkcji wprowadzonej regulacji, nie może budzić wątpliwości, że art. 1 nowelizacji czerwcowej przywraca ten sam zakres obowiązków, które istniały do 30. czerwca 2001 r. i które po tym dniu wygasły. Wniosek ten w żadnym razie nie może być kwestionowany przez odwołanie się do czysto literalnego brzmienia art. 1, w którym mowa o przedłużeniu czasu obowiązywania dotychczasowych zasad uzyskiwania koncesji i zezwoleń.

W opinii Trybunału Konstytucyjnego wola ustawodawcy odnosząca się do kontynuacji istnienia wspomnianych obowiązków była całkowicie jednoznaczna. Przyjęta interpretacja jest nadto dodatkowo uzasadniona przez fakt obowiązywania przez cały czas innych regulacji ustawy reglamentujących wolność działalności gospodarczej w określonych dziedzinach. Za przyjętą tu wykładnią przemawia wreszcie istotny interes publiczny, w tym takie interesy podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, aby nie przedłużać ponad niezbędną stan tymczasowości wynikającej z istniejącej dotychczas luki legislacyjnej. Przypadków takich nie sposób wykluczyć, a istnieje możliwość, że podmioty te powoływać się będą na zasadę ochrony praw nabytych. Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że art. 14 prawa działalności gospodarczej wskazał w kilku branżach istnienie obowiązku koncesyjnego, a przepis ten nie został ani uchylony, ani zmieniony przez znowelizowany art. 98 ustawy. W tych warunkach nie można uznać skuteczności potencjalnego powołania się na zasadę ochrony praw nabytych. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny, prawo działalności gospodarczej wyraża w całej swej treści konstytucyjną zasadę wolności gospodarczej dozwolonej każdemu i na równych prawach. Wolność ta nie jest jednak absolutna, a jej granice wyznacza art. 14 ustawy, wprowadzający reglamentację działalności gospodarczej w dziedzinach ważnych dla interesu państwa, zdrowia i życia jego obywateli, porządku publicznego i ochrony środowiska. Zakres i warunki prowadzenia działalności gospodarczej podlegającej koncesjonowaniu określają odrębne ustawy szczegółowe. W ścisłej relacji z tym zagadnieniem pozostaje zmieniony nowelą czerwcową art. 98 prawa działalności gospodarczej, ustanawiający terminy ustawowej konkretyzacji zakresu i warunków koncesjonowania działalności, a także trybu i warunków przyznawania koncesji. W ten sposób ustawodawca nałożył na siebie obowiązek szczegółowej ustawowej regulacji poszczególnych rodzajów działalności, o których mowa w art. 14 prawa działalności gospodarczej.

3. Zakończenie działalności gospodarczej

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 07. lutego 2002 r. (I CKN 1002/99 LEX nr 53157) „Ustawa jest jedną z gwarancji konstytucyjnej zasady swobody prowadzenia działalności gospodarczej i równości wobec prawa. Zasada swobody prowadzenia działalności gospodarczej oznacza zaś m.in. swobodę powzięcia decyzji o jej zaprzestaniu. Przeciwnie stanowisko prowadziłyby do nałożenia na przedsiębiorcę obowiązku kontynuowania działalności gospodarczej z uwagi na interes odbiorców”. Zatem przedsiębiorca może zakończyć działalność gospodarczą z własnej woli, jak i pewnej konieczności wynikającej z przymusu ekonomicznego lub prawnego (np. upadłości i likwidacji).³⁵

Najrzadziej występującą przyczyną zakończenia działalności gospodarczej jest osiągnięcie celu, dla którego działalność została podjęta. Jednak przedsiębiorcy dokonują często zmiany profilu działalności gospodarczej lub zmiany formy organizacyjno – gospodarczej jej wykonywania, bądź dokonanie obu zmian jednocześnie.

Niestety, ale często zdarzają się sytuacje, gdy brak powodzenia w wykonywaniu działalności gospodarczej zmusza przedsiębiorcę do zaprzestania tej działalności na skutek zastosowania instytucji prawnych, do których możemy zaliczyć m.in. zgłoszenie upadłości.

Utrata uprawnień (koncesji, zezwolenia) lub kwalifikacji zawodowych może stanowić przyczynę zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej. Do tych przyczyn możemy zaliczyć także wydanie decyzji administracyjnej lub orzeczenia sądowego podjętego m.in. w sprawach dotyczących ochrony konkurencji lub ochrony środowiska, bądź też w sprawach cywilnych związanych z ochroną własności, posiadania, dóbr osobistych. Zakończenie działalności gospodarczej może być wymuszone przez przyczyny wykazane w ustawie, które uzasadniają rozwiązanie lub likwidację przedsiębiorstwa, bądź też wykreślenie z rejestru.

Przedsiębiorcy naruszającemu określone normy prawne decyzją organu administracyjnego lub orzeczeniem sądu można nakazać zakończenie działalności gospodarczej. Prawo w kilku przepisach przewiduje możliwość wydania przez organ administracyjny nakazu wstrzymania wykonywanej działalności (np. art. 64) lub zakazu jej wykonywania (np. art. 41 i 50). Zakaz wykonywania działalności gospodarczej stanowi jedną z przyczyn cofnięcia koncesji (art. 22 ust. 1 pkt. 1 oraz art. 32 ust. 1 pkt. 1).

Wójt, burmistrz lub prezydent miasta – w formie decyzji – są władni do wydania decyzji nakazującej przedsiębiorcy wstrzymanie wykonywanej działalności

35 C. Kosikowski: Przedsiębiorca w prawie polskim na tle prawa europejskiego, Warszawa 2003, s. 294–295.

gospodarczej, jeżeli jest ona wykonywana niezgodnie z przepisami prawa i stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego, niebezpieczeństwo powstania szkód majątkowych w znacznych rozmiarach lub naruszenia środowiska, a wymienione organy nie mają możliwości zawiadomienia o tym fakcie właściwych organów administracji publicznej.³⁶

W stosunku do działalności przedsiębiorców zagranicznych, wykonywanej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w formie oddziałów lub przedstawicielstw zakaz wykonywania działalności gospodarczej może orzec w drodze decyzji Minister Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej. Przedmiotowa decyzja wydawana jest, gdy:

- 1) oddział lub przedstawicielstwo rażąco narusza prawo polskie lub nie wykonuje obowiązku polegającego na zgłaszaniu zmian w stanie faktycznym lub prawnym przedsiębiorcy zagranicznego;
- 2) nastąpiło otwarcie likwidacji przedsiębiorcy zagranicznego który otworzył oddział lub przedstawicielstwo, bądź przedsiębiorca ten i utracił prawo wykonywania działalności gospodarczej lub rozporządzania swoim majątkiem;
- 3) działalność przedsiębiorcy zagranicznego zagraża bezpieczeństwu i obronności państwa, ochronie tajemnicy państwowej lub innemu ważnemu interesowi publicznemu.³⁷

Nakaz zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej może zobowiązywać przedsiębiorcę do całkowitego zakończenia działalności gospodarczej bądź też dotyczyć ograniczenia jej rozmiarów, zmiany profilu produkcji lub zmiany miejsca bądź czasu wykonywania działalności. Utrata uprawnień kwalifikacyjnych uprawniających do wykonywania zawodu może także stanowić przyczynę wydania zakazu wykonywania zawodu. Także pozbawienie przedsiębiorcy koncesji, czy też zezwolenia, które stanowiły podstawę wykonywania działalności gospodarczej, zmusza go do zaprzestania jej kontynuowania, a w konsekwencji do jej zakończenia.

Sąd, orzekając wobec osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą zakaz jej wykonywania, stosuje środki karne przewidziane przez kodeks wykroczeń i kodeks karny skarbowy oraz ustawę o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Podstawą orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej może być naruszenie przepisów dotyczących sposobu wykonywania określonych prac, czynności i działań, które są zawarte w przepisach prawa budowlanego, energetycznego, atomowego i innych. Również decyzje organów samorządowych (np. adwokatów, radców prawnych, lekarzy, pielę-

36 C. Kosikowski: op. cit. s. 296–297.

37 C. Kosikowski: op. cit. s. 297.

gniariek, maklerów giełdowych, farmaceutów) mogące pozbawić prawa wykonywania zawodu, stanowiące podstawę prowadzenia działalności gospodarczej, doprowadzają do jej zakończenia.

Przedsiębiorca będący osobą prawną lub jednostką organizacyjną może naruszyć wiele innych norm nie zagrożonych sankcjami karnymi, które skutkować mogą zakończeniem działalności gospodarczej. Do nich możemy zaliczyć:

- 1) cofnięcie koncesji lub zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej;
- 2) zastosowanie sankcji dotyczących ochrony środowiska naturalnego lub przyrody.

Kodeks spółek handlowych dopuszcza możliwość przekształcenie spółki osobowej w spółkę kapitałową (art. 571–574) i odwrotnie (art. 575–576), przekształcenie spółki kapitałowej w inną spółkę kapitałową (art. 571–574). Wspólnikom, którzy nie uczestniczyli w przekształceniu spółki, przysługuje roszczenie o wypłatę kwoty odpowiadającej wartości ich udziałów w spółce przekształconej zgodnie z bilansem przekształcenia. Wspólnicy mają prawo do zaskarżenia uchwały o przekształceniu (zarówno w spółce osobowej, jak i kapitałowej) z zastrzeżeniem, że nie może być podstawą powództwa fakt kwestionowania wyceny udziałów.³⁸

Spółka przekształcana staje się spółką przekształconą z chwilą wpisu do rejestru, zaś sąd z urzędu wykreśla z rejestru spółkę przekształcaną. Takiej spółce przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej, a w szczególności staje się podmiotem zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane spółce przed jej przekształceniem.

Należy zaznaczyć, iż wspólnicy przekształcanej spółki osobowej odpowiadają na dotychczasowych zasadach solidarnie ze spółką przekształconą za zobowiązania powstałe przed dniem przekształcenia przez okres trzech lat, licząc od tego dnia. Ten zapis ma na celu uniemożliwienie, w przypadku przekształcenia spółki osobowej w kapitałową, „ucieczki” od odpowiedzialności za zobowiązania spółki. Odpowiedzialność wspólników jest odpowiedzialnością solidarną ze spółką przekształconą.³⁹

Przedsiębiorca, który wskutek wyjątkowych i niezależnych od niego okoliczności zaprzestał płacenia długów lub przewiduje w najbliższej przyszłości zaprzestanie ich płacenia, mógł zgodnie z rozporządzeniem Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24. października 1934 r. (Dz.U. Nr 93, poz. 836 z późn. zm.) żądać otwarcia postępowania celem zawarcia układu z wierzycielami. Jego celem było doprowa-

38 A. Wśniewski: Kodeks spółek handlowych z przepisami okolo kodeksowymi. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 2001, s. 122.

39 A. Kidyba: Kodeks spółek handlowych. Zakamycze 2001, s. 909–910.

dzenie do zawarcia układu między danym przedsiębiorcą a jego wierzycielami, umożliwiającego wywiązanie się jego z zobowiązań i zapobieżenie tym samym likwidacji przedsiębiorstwa w drodze ogłoszenia jego upadłości. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 25. lutego 1997r. (II CKN 71/96).⁴⁰”

I. Zdolność układowa, wyrażona w art. 1 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24. października 1934 r. – Prawo o postępowaniu układowym (Dz.U. Nr 93, poz. 836 ze zm.) jest przymiotem dłużnika dającym mu uprawnienie do wystąpienia do sądu z podaniem o otwarcie postępowania układowego – chyba, że dłużnika tego dotyczy zakaz żądania otwarcia postępowania układowego, objęty art. 2 Prawa o postępowaniu układowym.

II. Określenie w propozycjach układowych terminu, do którego spłata długu ma być odroczone, stanowi *essentialia negotii* tych propozycji (art. 20 § 1 Prawa o postępowaniu układowym).

Dłużnik nie miał prawa żądać otwarcia postępowania układowego jeżeli:

- 1) mimo obowiązku nie prowadził księgowości według zasad prawidłowej rachunkowości;
- 2) już raz zawarł układ w postępowaniu układowym lub był upadłym, jeżeli od zatwierdzenia układu lub ukończenia postępowania upadłościowego nie upłynęło jeszcze lat pięć;
- 3) nie wykonał układu, zawartego w postępowaniu układowym lub upadłościowym;
- 4) dopuścił do umorzenia postępowania układowego, jeżeli od umorzenia nie upłynęło jeszcze lat pięć.

Postanowienie o otwarciu postępowania układowego sąd doręczał dłużnikowi oraz wierzycielom według wskazanych przez niego adresów. Zgodnie z przepisami po otwarciu postępowania układowego do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia co do układu albo umorzenia postępowania nie mogła być dokonywana spłata długów, objętych postępowaniem. Nie może być również w tymże czasie wszczęta lub prowadzona dalej przeciwko dłużnikowi egzekucja w poszukiwaniu wierzytelności, objętych postępowaniem układowym, oraz nie mogły być uzyskiwane hipoteki sądowe. Natomiast postępowanie egzekucyjne, wszczęte wcześniej, było zawieszane. Wierzyciel mógł, po otwarciu postępowania układowego wszczynać przeciwko dłużnikowi nowe sprawy sądowe. Jednakże koszty procesu obciążały powoda, jeżeli nie było przeszkody do wciągnięcia wierzytelności w całości na listę wierzytelności.

40 OSNC 1997/9/121.

Dłużnik przedstawiał wierzycielom swoją propozycję spłaty zadłużenia, która przeważnie zawierała uregulowanie zadłużenia w niższej wysokości niż jest wymagane i bez odsetek (lub w jej części). Zgodnie z poprzednim prawem układowym propozycje układowe mogły obejmować tylko:

- 1) odroczenie spłaty długów;
- 2) rozłożenie spłaty długów na raty;
- 3) zmniejszenie sumy długów, przy czym dopuszczalne było również rozłożenie na raty zmniejszonej sumy;
- 4) wskazanie, czy i w jaki sposób wykonanie zobowiązań, objętych układem, ma być zabezpieczone.

Jeżeli zgromadzenie wierzycieli przyjmowało jego propozycję, układ był zatwierdzany i dłużnik był zobowiązany do prawidłowej i terminowej jego realizacji. Po uprawomocnieniu się postanowienia (zatwierdzającego układ) dłużnik odzyskiwał całkowitą możliwość zarządzania i rozrządzania swoim majątkiem, o ile układ nie przewidywał ograniczeń do czasu wykonania przyjętych przez dłużnika zobowiązań. Egzekucje co do wierzytelności objętych postępowaniem układowym, wszczęte przeciwko dłużnikowi przed otwarciem tego postępowania, ulegały umorzeniu. Na wniosek dłużnika, każdego z wierzycieli lub wyznaczonego przez sąd kuratora były wciągnięte do ksiąg wieczystych i rejestrów wpisy, zabezpieczające wykonanie układu.

Sąd odmawiał zatwierdzenia układu:

- 1) jeżeli układ był niedopuszczalny w myśl przepisów prawa;
- 2) jeżeli zwołanie zgromadzenia wierzycieli lub głosowanie odbyło się wbrew przepisom prawa, o ile uchybienia mogły mieć istotny wpływ na wynik głosowania;
- 3) jeżeli układ sprzeciwiał się dobrym obyczajom lub porządkowi publicznemu;
- 4) jeżeli zatwierdzeniu układu dotyczącego przedsiębiorstwa państwowego sprzeciwił się organ założycielski lub organ reprezentujący Skarb Państwa.

Sąd mógł także odmówić zatwierdzenia układu jeżeli:

- 1) warunki układu były zbyt krzywdzące dla wierzycieli, którzy głosowali przeciwko układowi;
- 2) dłużnik po otwarciu postępowania układowego dopuścił się w zarządzaniu lub rozrządzaniu swoim majątkiem czynów, wyrządzających wierzycielom szkodę.

Jeżeli dłużnik nie wykonał wynikających z układu zobowiązań, sąd – na wniosek wierzyciela lub kuratora, po przeprowadzeniu rozprawy – mógł uchylić układ. Sąd uchylał układ także w sytuacji, gdy dłużnik został prawomocnie skazany za określone przestępstwa polegające na tym, że:

- 1) przed układem w celu pokrzywdzenia wierzycieli ukrywał przedmioty majątkowe;
- 2) zaciągnął pozorne zobowiązania lub zawarł inne pozorne umowy;
- 3) udzielił lub obiecał udzielić wierzycielowi korzyści majątkowej za działanie na szkodę innych wierzycieli w czasie postępowania układowego;
- 4) prowadził księgowość w sposób niezgodny z prawdą, uszkadzał, ukrywał, przebrał lub podrabiał księgi lub dokumenty.

Sąd mógł uchylić układ, jeżeli wniosek został zgłoszony przed upływem dwóch lat od daty prawomocnego zatwierdzenia układu. Należy nadmienić, iż uchylenie układu z innych przyczyn, niż wymienione w powyższych punktach, nie było dopuszczalne.

Sąd – na wniosek dłużnika lub kuratora – po stwierdzeniu, że wszystkie zobowiązania wynikające z układu, zostały wykonane, wydawał postanowienie o ukończeniu postępowania, które podawano do publicznej wiadomości przez obwieszczenie. Na podstawie prawomocnego postanowienia o ukończeniu postępowania były wykreślane z ksiąg wieczystych i rejestrów wpisy o zabezpieczeniu wykonania układu.

Wszczęcie postępowania układowego przez dłużnika przeważnie miało na celu uratowanie przedsiębiorstwa przed upadłością, a w konsekwencji jego likwidacją. Wierzyciele mniejszych należności mieli duże szanse na odzyskanie całej wierzytelności jednorazowo; natomiast większe wierzytelności były zaspakajane w ratach i do wysokości zatwierdzonej w układzie. Dłużnik, po zatwierdzeniu i wywiązaniu się z układu, odzyskiwał całkowitą możliwość zarządzania i rozrządzania swoim majątkiem, a tym samym spłatę zobowiązań i co najważniejsze – uzyskiwał możliwość dalszego prowadzenia działalności gospodarczej.

Przedsiębiorca, zgodnie z § 1 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24. października 1934 r. Prawo upadłościowe (Dz.U. Nr 118 poz. 512 z późn. zm.) mógł być uznany za upadłego, gdy trwale zaprzestał płacenia długów. W przypadku osoby prawnej oraz znajdującej się w stanie likwidacji spółki jawnej, partnerskiej, komandytowej oraz komandytowo-akcyjnej upadłość była ogłaszana także wówczas, gdy ich majątek nie wystarczał na zaspokojenie długów. Zgodnie z linią orzecznictwa sądowego dłużnik mógł być uznany za upadłego nawet w sytuacji, gdy posiadał majątek dużej wartości (np. magazyny, hale, biurowce), a zaprzestał płacenia długów. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia

19. grudnia 2002 r. (V CKN 324/01 LEX nr 75360) „Każda z dwóch przyczyn ogłoszenia upadłości ma samodzielny charakter, a to oznacza, że dysponujący sporym majątkiem dłużnik będzie uznany za upadłego, jeżeli zaprzestał w sposób trwały płacenia długów”.

Przedsiębiorcy zobligowani byli przez prawo do ciągłego analizowania sytuacji finansowej firmy, aby w przypadku utraty płynności finansowej nie doszło do trwałego zaprzestania płacenia długów. Nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia zaprzestania płacenia długów, przedsiębiorca był zobowiązany zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości. Członkowie zarządu zobowiązani byli zgłosić wniosek o ogłoszenie upadłości w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym majątek nie wystarczał na zaspokojenie długów. Potwierdza to wyrok Sądu Najwyższego dnia 24 lipca 2002 r. (I CKN 938/00 LEX nr 55563), w którym stwierdza, iż „Użycie w przepisie art. 5 ust. 2 Prawa upadłościowego określenia „ujawnienie” nie wyznacza nadawania mu znaczenia subiektywnego, mogącego prowadzić do wniosku tak daleko idącego, że także wówczas, gdyby członkowie zarządu nie uzyskiwali rozeznania co do aktualnego stanu finansów spółki w wyniku własnego zaniechania (i to trwającego dowolnie długo, nawet rok), mogliby się powoływać na „nieujawnienie” obiektywnie istniejącego stanu niewypłacalności. Prowadziłoby to niejednokrotnie do zaprzepaszczenia ochronnej funkcji, którą w stosunku do wierzycieli spełniają omawiane przepisy. Ocena momentu, w którym nastąpiło „ujawnienie”, że majątek spółki nie wystarcza na zaspokojenie długów, powinna następować przy uwzględnieniu kryteriów obiektywnych; z punktu widzenia tych kryteriów istotne będzie ustalenie, kiedy taki stan majątkowy spółki był dla członków zarządu możliwy do stwierdzenia, a nie tylko – kiedy go rzeczywiście stwierdzili.”

Osoba fizyczna miała także prawo złożyć do sądu gospodarczego wniosek o ogłoszenie upadłości, pod jednym warunkiem, iż musieli istnieć dwaj wierzyciele przedsiębiorcy. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 31. stycznia 2002 r. (IV CKN 659/00 LEX nr 53150)

„1. Podstawą ogłoszenia upadłości przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną jest trwale zaprzestanie płacenia długów (art. 1 § 1 i art. 2 pr. upadłościowego), bez względu na przyczynę takiego zachowania się dłużnika.

2. Ogłoszenie upadłości może nastąpić tylko wówczas, gdy istnieje co najmniej dwóch wierzycieli przedsiębiorcy, którego wniosek dotyczy, a to wobec zasadniczego celu, któremu służy instytucja upadłości, a mianowicie równomiernego zaspokojenia wszystkich wierzycieli dłużnika”.

Zdolności upadłościowej nie posiadają spółki cywilne, które nie są uważane przez prawo za przedsiębiorców. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 06. listopada

2002 r. (III CZP 67/02)⁴¹ stwierdził, iż „Spółka cywilna nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 1 § 1 Prawa upadłościowego i dlatego nie ma zdolności upadłościowej”.

Uprawnionym do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości byli:

- 1) dłużnik;
- 2) każdy z jego wierzycieli;
- 3) każdy ze współników, partnerów lub akcjonariuszy w stosunku do spółki jawnej, partnerskiej, komandytowej oraz komandytowo–akcyjnej;
- 4) reprezentant samodzielnie lub łącznie z innymi osobami w stosunku do osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych;
- 5) organ założycielski oraz organ uprawniony do reprezentowania Skarbu Państwa w stosunku do przedsiębiorstwa państwowego;
- 6) każdy z likwidatorów w stosunku do osoby prawnej i do spółki jawnej, partnerskiej, komandytowej oraz komandytowo–akcyjnej, będących w stanie likwidacji.

Właściwym rzeczowo do wszczęcia postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości był sąd rejonowy, w którego okręgu znajduje się zakład główny przedsiębiorstwa dłużnika. Jeżeli dłużnik nie miał w Polsce przedsiębiorstwa, właściwy był sąd rejonowy, w którego okręgu dłużnik zamieszkiwał lub miał siedzibę, a gdy dłużnik nie miał w Polsce zamieszkania lub siedziby, właściwy był sąd rejonowy, w którego okręgu znajdował się majątek dłużnika.

Istotną sprawą była data postanowienia sądu, która jest datą ogłoszenia upadłości. Przedmiotowe postanowienie było niezwłocznie podawane do publicznej wiadomości przez obwieszczenie w Monitorze Sądowym i Gospodarczym oraz w prasie lokalnej, doręczane syndykowi, upadłemu lub jego spadkobiercy oraz tylko temu wierzycielowi, który żądał ogłoszenia upadłości.

Skutkiem ogłoszenia upadłości przedsiębiorcy było wszczęcie postępowania likwidacyjnego przedsiębiorstwa, które nie musiało doprowadzić w konsekwencji do definitywnego zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej. Przedsiębiorca zobowiązany był wskazać i wydać ustanowionemu przez sąd syndykowi cały swój majątek, jak również wydać księgi handlowe, korespondencję i inne dokumenty. Sędziemu–komisarzowi i syndykowi upadły zobowiązany był do udzielania wszelkich potrzebnych wyjaśnień; nie miał jednak obowiązku wyjawienia technicznych sposobów produkcji, stanowiących jego tajemnicę.

41 Wokanda 2003/2/5.

Przedsiębiorca tracił z samego prawa zarząd oraz możliwość korzystania i rozporządzania majątkiem, należącym do niego w dniu ogłoszenia upadłości, jako też nabytym w toku postępowania. Majątek ten stanowił masę upadłości, z której syndyk był zobowiązany zaspokoić wierzycieli dłużnika. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18. czerwca 2002 r. (I PKN 171/01) „Syndyk, który obejmuje z samego prawa majątek upadłego, zarządza tym majątkiem i przeprowadza jego likwidację, kontynuując działalność upadłego pracodawcy uzyskuje z mocy samego prawa status podmiotu dokonującego za pracodawcę w upadłości czynności w sprawach z zakresu prawa pracy w rozumieniu art. 3 kodeksu pracy”

W skład masy upadłości nie wchodziło mienie upadłego, zwolnione przez prawo od egzekucji oraz to, co upadły osobistym zarobkiem nabędzie w toku postępowania; jednak tylko w granicach niezbędnych potrzeb upadłego i osób będących na jego utrzymaniu. Postępowanie egzekucyjne, wszczęte przed ogłoszeniem upadłości przeciwko upadłemu w poszukiwaniu jego długu osobistego, było zawieszane z ogłoszeniem upadłości. Było ono umarzone z mocy prawa po uprawomocnieniu się postanowienia o ogłoszeniu upadłości. Nie dotyczyło to roszczeń pracowniczych, m.in. orzeczeń o przywrócenie do pracy. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 05. lipca 2002 r. (III PZP 5/02) „Ogłoszenie upadłości pozwanego pracodawcy nie powoduje konieczności zawieszenia postępowania na podstawie art. 174 § 1 pkt 4 KPC wówczas, gdy przedmiotem sporu jest wyłącznie roszczenie o przywrócenie do pracy. Postępowanie w takiej sprawie wino być kontynuowane przeciwko syndykowi”.

W wyniku ogłoszenia upadłości zobowiązania pieniężne, których termin płatności nie nastąpił, stawały się płatne z dniem ogłoszenia upadłości; natomiast zobowiązania majątkowe niepieniężne zamieniały się z dniem ogłoszenia upadłości na pieniężne i z tym dniem stawały się płatne, chociażby termin wykonania jeszcze nie nastąpił. Odsetki od wierzytelności nie biegły w stosunku do masy od daty ogłoszenia upadłości. Potrącenie długu upadłego z długiem wierzyciela było dopuszczalne, jeżeli oba długi istniały w czasie ogłoszenia upadłości, chociażby termin uiszczenia jednego z nich nie nastąpił.

Nie było możliwe potrącenie, jeżeli dłużnik upadłego nabył wierzytelność w drodze przelewu lub indosu po ogłoszeniu upadłości, albo nabył ją w ciągu ostatniego roku przed datą ogłoszenia upadłości, wiedząc o istnieniu podstawy ogłoszenia upadłości. Jeśli wierzytelność została zgłoszona po upływie terminu wyznaczonego do zgłoszeń, nie pozbawiało to wierzyciela prawa do skorzystania z tego uprawnienia. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15. lutego 2002 r. (III CKN 476/00 LEX nr 54457) „Spóźnione zgłoszenie wierzytelności w trybie art. 167 § 1 Prawa upadłościowego nie pozbawia wierzyciela uprawnienia do skorzystania z prawa potrącenia (art. 37 Prawa upadłościowego)”.

Sędzia–komisarz wyznaczał syndyka, który obejmował z samego prawa majątek upadłego, zarządzał tym majątkiem i przeprowadzał jego likwidację. Po spisaniu inwentarza i sporządzeniu bilansu, albo po złożeniu sprawozdania syndyk przeprowadzał likwidację majątku masy upadłości. Przed rozpoczęciem likwidacji syndyk mógł sprzedać ruchomości, gdy:

- 1) było to potrzebne do zaspokojenie kosztów postępowania;
- 2) ulegały szybkiemu zepsuciu lub wskutek opóźnienia sprzedaży straciłyby znacznie na wartości;
- 3) których przechowanie pociągało za sobą koszty zbyt wielkie w stosunku do ich wartości.

Syndyk dokonywał likwidacji przedsiębiorstwa poprzez, o ile to było możliwe, sprzedaż jego jako całości. Nabywca mógł używać firmy upadłego, w której się mieści jego nazwisko, tylko za jego pozwoleniem. Dokonywał także sprzedaży ruchomości i nieruchomości, przez ściągnięcie wierzytelności od dłużników upadłego i zrealizowanie innych jego praw majątkowych, wchodzących w skład masy upadłości. Istotnym było to, iż nabywca przedsiębiorstwa nie odpowiadał za długi upadłego, także zabezpieczone hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym i wpisem w rejestrze statków.

Po ustaleniu przez sędziego–komisarza listy wierzytelności był dokonywany podział funduszu jednorazowo lub kilkakrotnie – w miarę likwidacji majątku masy, w kolejności przewidzianej w art. 204 Prawa upadłościowego. Po wykonaniu planu ostatecznego podziału sąd stwierdzał postanowieniem ukończenie postępowania upadłościowego, które następnie było ogłaszane przez obwieszczenie w Monitorze Sądowym i Gospodarczym oraz w prasie lokalnej, doręczane upadłemu, syndykowi oraz członkom rady wierzycieli, a jeżeli dotyczyło upadłości przedsiębiorstwa państwowego – także organowi założycielskiemu.

Rozwiązanie spółki kapitałowej następowało z chwilą wykreślenia jej z rejestru przedsiębiorców, po przeprowadzeniu postępowania upadłościowego, które zastępowało postępowanie likwidacyjne. Organy spółki miały obowiązek złożenia do sądu rejestrowego wniosku o zakończenie (postępowania upadłościowego) likwidacji. Zdaniem Sądu Najwyższego wyrażonym w postanowieniu z dnia 08. stycznia 2002 r. (I CKN 752/99) „Możliwe jest wykreślenie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z rejestru handlowego także wtedy, gdy w postępowaniu likwidacyjnym – mimo spieniężenia całego majątku spółki – nie zostały wypełnione jej zobowiązania”.

Prawo upadłościowe z 1934 r. przewidywało także odpowiedzialność dłużnika za nie wykonywanie obowiązków z niej wynikających oraz za szkody wyrządzone wierzycielom. Przedsiębiorca był pozbawiony, na okres od dwóch do pięciu lat, prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek oraz pełnienia

funkcji reprezentanta lub pełnomocnika przedsiębiorcy, członka rady nadzorczej i komisji rewizyjnej w spółce akcyjnej, z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółdzielni. Przedsiębiorca, wobec którego orzeczono zakaz, o którym mowa w art. 17² § 1 Prawa upadłościowego, podlegał wpisowi do rejestru dłużników niewypłacalnych.

Skutkiem ogłoszenia upadłości przedsiębiorcy było wszczęcie postępowania likwidacyjnego przedsiębiorstwa, które nie musiało doprowadzić w konsekwencji do jego definitywnego zamknięcia prowadzenia działalności gospodarczej. Jak stwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w Lublinie w wyroku z dnia 26 lutego 1996 r. (SA/Lu 375/95 LEX nr 26763) „Wydanie postanowienia o upadłości w trybie art. 14 i 15 prawa upadłościowego nie oznacza zakończenia działalności gospodarczej prowadzonej przez podmiot gospodarczy, w stosunku do którego ogłoszono upadłość. Zakończenie działalności gospodarczej przez podmiot, w stosunku do którego ogłoszono upadłość, następuje po jej faktycznym zakończeniu przez ten podmiot. Z tych więc przyczyn niezasadne są zarzuty skargi, iż upadły nie jest podatnikiem podatku VAT w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z 1993 r. o VAT, bowiem wszystkie wymogi tego przepisu są spełnione.”

Założeniem instytucji „zakończenie likwidacji” było spieniężenie takiej części majątku przedsiębiorcy, który umożliwiał spłatę wszelkich zobowiązań, obciążających dłużnika. Jak stwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 07. marca 2002 r. (III S.A. 1787/00) „Syndyk obejmując majątek upadłego i zarządzając nim – zgodnie z art. 90 prawa upadłościowego działa za upadły podmiot. Upadły jednak przez ogłoszenie upadłości nie traci prawa własności do swego majątku. Upadły nadal pozostaje podatnikiem. Jest podmiotem praw i obowiązków materialnoprawnych i na nim ciąży obowiązek zapłacenia podatku”.

Zadaniem syndyka jest także ochrona dłużnika przejawiająca się w tym, iż zobowiązany jest do wyegzekwowania wierzytelności przysługujących upadłemu od jego dłużników. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 28. lutego 2002 r. (III CZP 6/02) stwierdzono, iż „Syndyk masy upadłości banku może wystawić bankowy tytuł egzekucyjny, o który mowa w art. 96 ust. 1 ustawy z dnia 29. sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. Nr 140, poz. 939 ze zm.)”. Zatem nie powinien ograniczyć się do sprzedaży dysponowanych ruchomości i nieruchomości, ale także wyegzekwowania należności od dłużników upadłego, które bardzo często są przyczyną jego sytuacji, czyli zmuszenia go do wszczęcia postępowania upadłościowego. Potwierdzeniem tej linii orzecznictwa jest wyrok Sądu Najwyższego z dnia 09. maja 2002 r. (II KKN 810/00 LEX nr 55557), w którym stwierdza, iż:

„1. Sprzedaż przedsiębiorstwa na podstawie art. 113 § 1 Prawa upadłościowego następuje z wolnej ręki.

2. Na taki sposób sprzedaży przedsiębiorstwa powinna wyrazić zgodę rada wierzyteli. W razie zaś, gdy takiej rady nie ma, zezwolenia na sprzedaż przedsiębiorstwa z wolnej ręki udziela syndykowi sędzia–komisarz”.

Ujemną stroną postępowania upadłościowego jest przyznawanie przez sąd bardzo wysokiego wynagrodzenia syndykom, którzy – niestety – ale często ograniczają swoje działania do spieniężenia posiadanego majątku upadłego. Wynagrodzenie sięgające od kilku do kilkudziesięciu tysięcy złotych miesięcznie w bardzo dużym stopniu obciąża i tak skromny budżet przedsiębiorcy, nie sprzyja w wyprawieniu go z trudnej sytuacji majątkowej i uratowania przedsiębiorstwa.

Następną przyczyną utrudniającą wydzwignięcie się z trudnej sytuacji finansowej przedsiębiorcy był zapis w art. 33 § 2 w związku z art. 204 pkt. 2a powołanego wcześniej prawa upadłościowego, który nie przerywa biegu naliczania dłużnikowi odsetek od zaległości wobec Skarbu Państwa. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 05. lipca 2002 r. (III CZP 43/02) „Odsetki od należności Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, określonych w art. 204 § 1 pkt 2a rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24. października 1934 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U. Nr 118, poz. 512 z późn. zm.) biegnące w stosunku do masy upadłości po dacie ogłoszenia (art. 33 § 2 Prawa upadłościowego), ulegają zaspokojeniu w kategorii wierzytelności wymienionych w art. 204 § 1 pkt 7 tego Prawa)”.

Orzecznictwo sądowe zmierzało w kierunku ochrony świadczeń pracowniczych w przypadku ogłoszenia upadłości przez pracodawcę. Przykładem może być uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20. listopada 1996 r. (III ZP 6/96),⁴² w której stwierdza, iż „Dniem wystąpienia niewypłacalności pracodawcy, o którym mowa w art. 6 ust. 6 ustawy z dnia 29. grudnia 1993 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (Dz.U. Nr 1, poz. 1 ze zm.) jest zarówno data postanowienia sądu o ogłoszeniu upadłości pracodawcy, jak i dzień, w którym wystąpiło niezaspokojenie roszczeń pracowniczych z powodu braku środków finansowych w przypadku faktycznego zaprzestania działalności przez pracodawcę (art. 3 ust. 1 pkt. 1 i art. 3 ust. 2 pkt. 3 w związku z art. 3 ust. 2a tej ustawy)”. Taka linia orzecznictwa znajduje odzwierciedlenie w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 07. sierpnia 2002 r. (I PKN 243/01)⁴³, w którym stwierdza, iż „Ogłoszenie upadłości pracodawcy jest powstaniem stanu jego niewypłacalności w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 29. grudnia 1993 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (jednolity tekst: Dz.U. z 2002 r. Nr 9, poz. 85), jeżeli wcześniej taki stan niewypłacalności zaistniał wskutek zdarzeń wskazanych w art. 3 ust. 2 tej ustawy, a następnie pracodawca zaspokajał roszczenia pracownicze”. Zaprzestanie, nawet chwilowe, płacenia roszczeń pracowniczych może

42 OSNAP 1997/12/210.

43 OSNP–wkl. 2003/3/10.

stanowić przesłankę zmuszającą pracodawcę do złożenia wniosku do sądu o ogłoszenie upadłości, gdyż w przeciwnym razie narazi się na konsekwencje karne i cywilne.

Pracodawca z każdego wynagrodzenia pracownika odprowadza 4,25% na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych W przypadku niewypłacalności pracodawcy i odmowy wypłacenia pracownikowi należnych mu świadczeń z Funduszu, przedsiębiorcy przysługuje prawo dochodzenia od niego tego roszczenia. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17. stycznia 1995 r. (I PZP 55/94):

„1. W razie odmowy wypłaty świadczenia pracowniczego w całości lub w części ze środków Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (art. 8 ustawy z dnia 29. grudnia 1993 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy, Dz.U. z 1994 r., Nr 1 poz. 1) pracodawca może dochodzić powyższego świadczenia od tego Funduszu przed sądem właściwym w sprawach z zakresu prawa pracy.

1. Jeżeli w sytuacji określonej w art. 3 ust. 2 pkt. 2 powołanej ustawy z Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych wypłacono pracownikom świadczenie za część trzymiesięcznego okresu, o którym mowa w jej art. 6 ust. 2 pkt 2, to po przerwie – spowodowanej strajkiem pracodawca może dochodzić wypłaty reszty świadczenia z tego Funduszu do wyczerpania wskazanego trzymiesięcznego okresu”.

Jak z tego wynika ustawodawca w przypadku postępowania upadłościowego dość skutecznie zabezpieczył przede wszystkim roszczenia pracownicze, przy wskazywanym wcześniej zaniedbaniu interesów wierzycieli będących przedsiębiorcami. Podkreślić należy po raz kolejny preferowanie interesów Skarbu Państwa i ZUS.

Uchwalone w dniu 28. lutego 2003 r. (Dz.U. Nr 60 poz. 355) nowe prawo upadłościowe i naprawcze (dalej powoływane jako up.napr.) z dniem 01. października 2003 r. zastąpiło analizowane wcześniej rozporządzenia Prezydenta RP z 1934 r. – prawo upadłościowe i prawo o postępowaniu układowym. Ogólnie rzecz biorąc nowe przepisy z jednej strony pogarszają sytuację dłużników (w szczególności nieuczciwych), z drugiej zaś ją polepszają. Łatwiejsze ma być obecnie wszczęcie postępowania upadłościowego, gdyż za upadłego można będzie uznać dłużnika, który nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań. Art. 10 up. napr. ustanawia zasadę, że podstawą ogłoszenia upadłości dłużnika jest jego niewypłacalność, definiowana przez ustawę właśnie jako nie wykonywanie wymagalnych zobowiązań. Dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną (np. spółka jawna, komandytowa czy partnerska) uważa się za niewypłacalną także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku,

nawet wówczas, gdy na bieżąco wykonuje swoje zobowiązania. (art. 11 ust. 2 up.napr.).

O ile w art. 2 poprzedniego prawa upadłościowego była mowa o zaprzestaniu płacenia długów, to obecnie art. 11 ust. 1 up. napr. rozszerza przesłanki ogłoszenia upadłości na zaprzestanie wykonywania wszelkich wymagalnych zobowiązań, nie tylko pieniężnych. Dla określenia niewypłacalności nie jest istotny rozmiar niewykonywanych zobowiązań, zaś w przypadku ich niewielkiej wartości sąd może najwyżej wniosek oddalić.

Dłużnik jest zobowiązany, nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości, złożyć wniosek w sądzie. Nie spełnienie tego obowiązku skutkować może odpowiedzialnością odszkodowawczą oraz przewidzianym w art. 373 zakazem prowadzenia działalności gospodarczej, bądź pełnienia określonych funkcji .

Na straży interesów wierzycieli stoi regulacja, iż po złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości sąd niezwłocznie dokona zabezpieczenia majątku dłużnika. W tej mierze prawo upadłościowo naprawcze odwołuje się do postępowania zabezpieczającego unormowanego w art. 730–757 kpc. Zasadniczym sposobem zabezpieczenia jest ustanowienie tymczasowego nadzorcy sądowego, którego zgody będą wymagały czynności dłużnika przekraczające zwykły zarząd.

Sąd może w ramach zabezpieczenia zawiesić prowadzone przeciw dłużnikowi egzekucje, zmienić bądź uchylić zarządzenia tymczasowe wydane w celu zabezpieczenia roszczeń pieniężnych, w szczególności przez uchylenie dokonanych zajęć (z wyłączeniami wynikającymi z ustawy). W przypadku ogłoszenia upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego, art. 146 stanowi, że w tym przypadku postępowania egzekucyjne przeciwko upadłemu ulegają zawieszeniu, a po uprawomocnieniu się postanowienia o ogłoszeniu upadłości – umorzeniu z mocy prawa.

Natomiast w razie upadłości z możliwością zawarcia układu, zgodnie z art. 140 z dniem ogłoszenia upadłości z mocy prawa zawieszono zostają egzekucje, ale tylko te, które są prowadzone w celu zaspokojenia należności, jakie z mocy prawa są objęte układem. Zawieszenie postępowań egzekucyjnych i zabezpieczających, które dotyczą innych należności, może nastąpić jedynie na okres nie przekraczający trzech miesięcy. Uchylenie dokonanych zajęć lub zabezpieczeń może nastąpić tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla prowadzenia przedsiębiorstwa upadłego, lub z innych ważnych przyczyn.

Sąd może stosować także inne sposoby zabezpieczeń, w tym zabezpieczenie przez ustanowienie zarządu przymusowego nad majątkiem dłużnika, jeżeli zachodzi obawa, że dłużnik będzie ukrywał swój majątek lub w inny sposób działał na szkodę wierzycieli, a także gdy dłużnik nie wykonuje poleceń tymczasowego nadzorcy sądowego.

Postępowanie zabezpieczające w obecnym kształcie ma na celu zabezpieczenie uczestników postępowania przed dokonywanymi przez dłużnika rozporządzeniami majątkowymi już po zgłoszeniu przez niego lub wierzyciela wniosku o ogłoszenie upadłości. Stanowi ono niewątpliwie zwiększenie uciążliwości postępowania dla dłużnika, ale jednocześnie wierzycielom zapewni większą ochronę ich praw.

Wśród zmian w nowym prawie upadłościowym i naprawczym na korzyść uczciwych dłużników należy wymienić przede wszystkim postępowanie naprawcze w razie zagrożenia niewypłacalnością i oddłużenie. Z dobrodziejstw postępowania naprawczego będą mogli korzystać jedynie ci przedsiębiorcy, którzy na bieżąco spłacają swoje zobowiązania, ale ich sytuacja ekonomiczna jest tak trudna, że w niedługim czasie staną się niewypłacalni. Natomiast o oddłużeniu sąd może postanowić w postanowieniu o zakończeniu postępowania upadłościowego.

Zgodnie z art. 492 ust. 2 up. napr. przedsiębiorca jest zagrożony niewypłacalnością, jeżeli pomimo wykonywania swoich zobowiązań, według rozsądnej oceny jego sytuacji ekonomicznej jest oczywiste, że w niedługim czasie stanie się niewypłacalny.

Z kolei art. 492 ust. 3 wyłącza możliwość stosowania tej instytucji w stosunku do niesolidnych przedsiębiorców. Zgodnie z art. 494 przedsiębiorca zagrożony niewypłacalnością może złożyć w sądzie oświadczenie o wszczęciu postępowania naprawczego, stosowne dokumenty oraz oświadczenie, iż nie zachodzi żadna z okoliczności wymienionych w art. 492 ust. 3 up. napr.

Wraz z oświadczeniem o wszczęciu postępowania naprawczego przedsiębiorca składa plan naprawczy, który ma objąć restrukturyzację zobowiązań, majątku i zatrudnienia oraz oświadczenie z podpisem notarialnie poświadczonym o prawdziwości. Z postępowania takiego przedsiębiorca będzie mógł skorzystać tylko raz na zawsze, a więc nie może być ono bronią niesolidnych przedsiębiorców, bądź też po prostu tych, którzy nie mają szczęścia w biznesie. Zgodnie z art. 498 up. napr. z dniem wszczęcia postępowania naprawczego:

- 1) zawiesza się spłatę zobowiązań przedsiębiorcy;
- 2) zawiesza się naliczanie odsetek należnych od przedsiębiorcy;
- 3) potrącenie wierzytelności dopuszczalne jest z zachowaniem przepisu art. 89;
- 4) nie mogą być wszczynane przeciwko przedsiębiorcy egzekucje i postępowania zabezpieczające, a wszczęte podlegają z mocy prawa zawieszeniu.

Ponadto sąd może – na wniosek przedsiębiorcy – zmienić zarządzenia tymczasowe wydane w celu zabezpieczenia roszczeń pieniężnych, w szczególności przez uchylenie dokonanych zajęć.

Wypada dodać, iż skorzystanie z tego trybu będzie wymagało od przedsiębiorcy doświadczenia, gdyż oświadczenie o otwarciu postępowania naprawczego może być złożone jedynie wtedy, gdy przewiduje on, że zaprzestanie spłacania swoich zobowiązań i składając oświadczenie, nadal je spłaca. Oświadczenie takie nie może być złożone dopiero w momencie, kiedy wnioskodawca nie posiada już środków na spłacenie długów i nie widać możliwości ich pozyskania.

Oddłużenie, jako instytucja nieznaną poprzedniemu prawu upadłościowemu, polega na możliwości orzeczeniu przez sąd na wniosek upadłego będącego osobą fizyczną w postanowieniu kończącym postępowanie upadłościowe obejmujące likwidację całego majątku upadłego – o umorzeniu w całości lub części zobowiązań, które nie zostały zaspokojone w postępowaniu upadłościowym. Jest to możliwe jedynie w odniesieniu do uczciwych dłużników, w sytuacjach kiedy (art. 396 up. napr.):

- 1) niewypłacalność była następstwem wyjątkowych i niezależnych od upadłego okoliczności;
- 2) materiał zebrany w sprawie daje podstawę do stwierdzenia, że nie zachodzą okoliczności stanowiące podstawę do pozbawienia upadłego prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek oraz pełnienia funkcji reprezentanta lub pełnomocnika w spółce handlowej, przedsiębiorstwie, spółdzielni, fundacji lub stowarzyszeniu;
- 3) upadły rzetelnie wykonywał obowiązki nałożone na niego w postępowaniu upadłościowym.

Umorzeniem objęte są wierzytelności umieszczone na liście wierzytelności oraz te, które mogły zostać zgłoszone, jeżeli ich istnienie stwierdzone było dokumentami upadłego. Nie podlegają umorzeniu należności alimentacyjne, renty z tytułu odszkodowania za wywołanie choroby, niezdolności do pracy, kalectwa lub śmierci, wierzytelności ze stosunku pracy oraz składki na ubezpieczenie emerytalne, rentowe i chorobowe pracowników (art. 396 ust. 3 up. napr.).

Przepisów o oddłużeniu nie stosuje się również, jeżeli już wcześniej wobec upadłego ogłoszono upadłość, albo odmówiono wszczęcia postępowania upadłościowego z powodu braku majątku wystarczającego do zaspokojenia kosztów postępowania, a od zakończenia tego postępowania lub odmowy jego wszczęcia do dnia wszczęcia obecnego postępowania upadłościowego nie upłynęło dziesięć lat.

Możliwość oddłużenia ma niewątpliwie stworzyć zachętę dla uczciwych przedsiębiorców do wczesnego zgłaszania wniosków o ogłoszenie upadłości.

Oceniając zasadniczo pozytywnie regulacje nowego prawa upadłościowego i naprawczego z 28. lutego 2003 r., należy wskazać, iż nadal uprzywilejowuje ono

ZUS i Skarb Państwa. Zgodnie bowiem z art. 342 ust 1.: wierzytelności i należności podlegające zaspokojeniu z funduszy masy upadłości w pierwszej kolejności to:

- kategoria pierwsza – koszty postępowania upadłościowego, należności z tytułu składek na ubezpieczenie emerytalne, rentowe i chorobowe pracowników, należności ze stosunku pracy;
- i kategoria druga – podatki, inne daniny publiczne oraz niepodlegające zaspokojeniu w kategorii pierwszej należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne należne za ostatni rok przed datą ogłoszenia upadłości wraz z należnymi od nich odsetkami i kosztami egzekucji.

PRAWO KARNE A OCHRONA INTERESÓW PRZEDSIĘBIORCÓW

O ile analizowane wcześniej dziedziny prawa stanowią nieodłączne, powszechne przejawy ingerencji państwa w sferę regulacji rzeczywistości gospodarczej, o tyle prawo karne stanowi najostrejszy, wyjątkowy środek regulacji (*ultima ratio*¹). Wyjątkowość środków prawa karnego, ograniczoność stosowania ich wynika przede wszystkim z jego zasad określoności przestępstwa, winy i kary (*nulum crimen sine lege poenali anteriori*).

Prawo karne rozumiane jest tu szeroko. Należy zauważyć, że przepisy karne występują w dużej części ustaw związanych z obrotem gospodarczym, stanowiąc przede wszystkim sankcję przestrzegania przepisów innych dziedzin prawa, jak prawo gospodarcze, cywilne czy podatkowe. Jednakże dla potrzeb rozważań tej pracy ograniczymy się zasadniczo do analizy przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu, zawartych w rozdziale XXXVI kodeksu karnego, przestępstwa oszustwa z art. 286 tegoż kodeksu oraz wybranych ustaw pozakodeksowych. W kontekście tych przepisów można stwierdzić, że prawo karne gospodarcze powinno spełniać funkcję ochrony szeroko rozumianego obrotu gospodarczego, jego rzetelności i prawidłowości, jako podstawowej formy realizacji wolności działalności gospodarczej. Z drugiej zaś strony prawo karne ma zapobiegać nadużywaniu wolności gospodarczej przejawiającemu się w pokrzywdzeniu przez nieuczciwego przedsiębiorcę innych uczestników obrotu gospodarczego, w tym również naruszeniu interesów państwa. Tak więc można uznać, że prawo karne gospodarcze, chroniąc wolność gospodarczą i możliwość korzystania z niej przez uczestników obrotu gospodarczego, jednocześnie ustala ostateczne granice tej wolności, których przekroczenie przez przedsiębiorcę rodzi odpowiedzialność karną. Prawo karne, jak określał je W. Wolter, to prawo nieprzekraczalnych granic².

1 Por. L. Gardocki: Zagadnienia teorii kryminalizacji, Warszawa 1990, s. 127–138.

2 W. Wolter: Granice i zakres prawa karania, PiP 1957, nr 2, s. 242 i nast.

1. Ochrona interesów przedsiębiorców w kodeksie karnym z 1997 r.

Zgodnie z definicją O. Górniok³ przyjętą za doktryną niemiecką, przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu należą do szeroko rozumianej grupy przestępstw gospodarczych obejmującej wszelkie przestępstwa, które przede wszystkim godzą w ponadindywidualne interesy w sferze działalności gospodarczej oraz naruszają zaufanie jako jeden z warunków funkcjonowania tej sfery.

Warto dodać, że w dziedzinie szeroko rozumianego prawa karnego gospodarczego Polska przeszła istotną ewolucję. Pod rządami kodeksu karnego z 1969 r. miało miejsce zjawisko maksymalizmu karnego, polegającego w szczególności na szerokiej ingerencji prawa karnego w sferę gospodarczą, przede wszystkim w pozakodeksowych ustawach szczegółowych. Aspekt ekstensywny maksymalizmu karnego polegał na szerokim kryminalizowaniu i penalizowaniu (zagrożeniu karą) negatywnych zjawisk gospodarczych. Natomiast jego aspekt intensywny wiązał się z przesadną wiarą w odstrasżające działanie kar, co prowadziło do ich zaostrzania, zarówno w procesie tworzenia jak i stosowania prawa. Jeśli chodzi o przepisy kk. z 1969 r., to wyraźnie preferowały one ochronę mienia społecznego kosztem ochrony mienia prywatnego, usiłując wysokimi zagrożeniami karnymi rekompensować brak efektywności ścigania.⁴ Jednakże mimo nadmiernej liczby regulacji prawno-karnych i wysokich kar za przestępstwa *stricte* gospodarcze i przeciwko mieniu społecznemu w roku 1989 okazało się, że prawo karne nie jest dostosowane do jakościowego zwiększenia w gospodarce elementów rynku i sankcjonowania przez prawo zasady wolności gospodarczej. Postępujące procesy liberalizacji tej działalności i prywatyzacji wykazały niedostosowanie systemu karnego do zmienionej rzeczywistości, powodując przez to przede wszystkim znaczne straty Skarbu Państwa⁵ i nieuzasadniony wzrost społecznych kosztów rozwoju.

Nowe ustawodawstwo karne pozwala przyjąć – za O. Górniok – iż prawo karne gospodarcze obejmuje przepisy karne, których zadaniem jest ochrona ponadindywidualnych i indywidualnych interesów równouprawnionych uczestników obrotu gospodarczego, interesów wyrażonych głównie w prawidłowym funkcjonowaniu instytucji i reguł tego obrotu.⁶ Jednakże zgodnie z celem niniejszej monografii skoncentrujemy się na ochronie indywidualnych uczestników obrotu gospodarcze-

3 O. Górniok: *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu* (Rozdział XXXVI kodeksu karnego), Warszawa 2000, s. 13.

4 Por. np. C. Kulesza: *Niektóre karnoprocesowe aspekty ochrony praw politycznych i gospodarczych interesów* PRL, ZN FUW, 1997 nr 2, s. 242–245.

5 Por. L.K. Paprzycki: *Prawno-karna ochrona obrotu gospodarczego w Polsce w świetle nowego ustawodawstwa – zarys problematyki*, w: *Przestępczość zorganizowana w Niemczech i w Polsce: Zwalczanie i zapobieganie* (pr. zb. pod red. B. Hołysta, E. Kube, R. Schulte), Warszawa 1998, s. 215–216.

6 O. Górniok: *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, Toruń 1997, s. 6.

go jakimi są prywatni przedsiębiorcy. Tak więc nie będzie przedmiotem analizy działalność gospodarcza państwa czy instytucji komunalnych jako podmiotów gospodarczych. Rozważania będą się koncentrowały na tych przestępstwach gospodarczych, w przypadku których pokrzywdzonym jest przedsiębiorca prywatny.

Art. 49 § 1 kodeksu postępowania karnego z 1997 r. (Dz.U. Nr 38 poz. 554 z późn. zm.) definiuje pokrzywdzonego jako osobę fizyczną lub prawną, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo. W nawiązaniu do tej definicji należy zauważyć, iż głównym celem niniejszej analizy będzie weryfikacja zasadniczej tezy stawianej przez komentatorów współczesnego prawa karnego gospodarczego, iż zgodnie z podstawową zasadą gospodarki rynkowej interesy wszystkich podmiotów uczestniczących w obrocie mają równorzędną wartość i podlegają jednakowej ochronie, niezależnie od ich formy prawnej (publicznej czy prywatnej), oraz ich profesjonalnego czy nieprofesjonalnego konsumenckiego charakteru.⁷

Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu w swoim zasadniczym kształcie zostały wprowadzone do nowego systemu karnego już przez ustawę o ochronie obrotu gospodarczego z dnia 12. października 1994 r. (Dz.U. Nr 126, poz. 615). Obecnie większość ujętych w nich typów posiada odpowiedniki, bardziej czy mniej różniące się w konstrukcji, w rozdziale XXVI obowiązującego od 01. września 1998 r. kodeksu karnego z 1997 r. Dlatego również obecnie za aktualny i użyteczny dla celów tej pracy należy uznać podział owych przestępstw na cztery podstawowe grupy.⁸ Pierwszą tworzy przestępstwo nadużycia zaufania podmiotu gospodarczego (art. 296 kk.). Do grupy drugiej należy zaliczyć tzw. oszustwo kredytowe (art. 297 kk.) i oszustwo ubezpieczeniowe (art. 298 kk.), udaremnianie lub utrudnianie przetargu publicznego (art. 305 kk.). Grupa trzecia obejmuje przestępstwo tzw. prania brudnych pieniędzy, czyli środków pochodzących z korzyści związanych z popełnieniem przestępstwa przez inne osoby. (art. 299 kk.), którego konstrukcja została znacznie zmieniona w porównaniu z ustawą z 1994 r. W szczególności w art. 299 kk. z 1997 r. nastąpiło rozszerzenie listy środków – przedmiotów wykonawczych, rezygnacji z wymogu pochodzenia środków z przestępczości zorganizowanej i rozszerzenia katalogu przestępstw, z których mogą pochodzić „brudne pieniądze.”⁹ Do ostatniej grupy zalicza się przestępstwa na szkodę wierzycieli (obecnie art. 300–303 kk.).

7 O. Górniok: *Przestępstwa...*, s. 15.

8 Por. A. Ratajczak, *Ochrona obrotu gospodarczego. Praktyczny komentarz*, Warszawa 1994, s. 14–17.

9 K. Buczkowski, M. Wojtaszek: *Przestępstwa gospodarcze w praktyce prokuratorskiej i sądowej*, Warszawa 1998, s. 50–52.

Proponując nowy podział funkcjonalny tych przestępstw, należy uwzględnić kryterium bezpośrednio naruszenia bądź zagrożenia dóbr prawnych pokrzywdzonego przedsiębiorcy prywatnego. Wypada wskazać także na rozszerzenie (w porównaniu z ustawą z 1994 r.) katalogu przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu zawartego w kodeksie karnym z 1997 r. o lichwę (art. 304 kk.) i fałszowanie znaków identyfikacyjnych (art. 306 kk.). Kryterium funkcjonalne oparte jest na podstawowym i koniecznym przejawie udziału przedsiębiorcy w obrocie gospodarczym, jakim jest zawieranie i realizacja umów gospodarczych oraz egzekucja powstałych w ich wyniku wierzytelności majątkowych. Zasadniczo analizą objęci zostaną typowi przedsiębiorcy, czyli te podmioty, które nie mają żadnych szczególnych przywilejów w obrocie gospodarczym, wynikających bądź z przepisów prawa (np. w dziedzinie egzekucji roszczeń – jak banki) bądź też wielkości i silnej pozycji na rynku (np. towarzystwa ubezpieczeniowe). Działalność typowych przedsiębiorców, jak wspomniano wcześniej, jest regulowana przez prawo o działalności gospodarczej i kodeks spółek handlowych, nie zaś przez takie ustawy szczególne jak prawo bankowe czy prawo o działalności ubezpieczeniowej.

W związku z powyższym przestępstwa gospodarcze naruszające indywidualne interesy przedsiębiorców uporządkujemy w następujące grupy. Ze względu na często skomplikowany charakter działalności gospodarczej bądź wymogi prawa niekiedy koniecznością staje się powierzenie jej bezpośredniego prowadzenia wyspecjalizowanym zarządom, pełnomocnikom bądź innym osobom działającym w imieniu i na rzecz przedsiębiorcy. Dlatego też do grupy pierwszej zaliczymy przestępstwa nadużycia zaufania z art. 296 kk., gdzie pokrzywdzonym jest przedsiębiorca, który powierzył na mocy ustawy, decyzji właściwego organu, a przede wszystkim umowy, prowadzenie swoich interesów gospodarczych sprawcy. Grupa druga obejmuje przepisy karne chroniące dobrowolność i prawidłowość zawierania i realizacji transakcji gospodarczych, a więc regulujące klasyczne przestępstwo oszustwa (art. 286 kk.), prowadzenie nierzetelnej dokumentacji działalności gospodarczej (art. 303 kk.), lichwy (art. 304 kk.), utrudnianie bądź udaremnianie przetargów publicznych (art. 305 kk.) i fałszowania znaków identyfikacyjnych (art. 306 kk.). Ostatnią grupę stanowią przestępstwa przeciwko wierzycielom (art. 300–302 kk.).

Wyróżnienie takie nie ma charakteru ściśle określonego. Umowne wyłączenie z zakresu podstawowej analizy pewnych kategorii przestępstw oraz objęcie analizą przestępstwa oszustwa ujmowanego w kk. wśród przestępstw przeciwko mieniu (a więc którego ofiarą może być każdy obywatel, nie tylko przedsiębiorca) wymaga przynajmniej kilku uwag wyjaśniających.

W literaturze przedmiotu wskazuje się na fakt, iż normy prawa gospodarczego piętnują przede wszystkim dwa zjawiska mentalne: oszustwo i nieudolność. Tak szeroko rozumiane oszustwo, to sfera intencjonalnego, obliczonego na wywołanie

określonej szkody działania, zaś jego podstawowym motywem jest korzyść majątkowa uzyskiwana kosztem naruszenia interesów innych.¹⁰ W szczególności oszustwo menedżerskie, zdaniem D. Czajki, ma szerszy zasięg niż znamiona klasycznego oszustwa z art. 286 kk., gdyż polega na takim świadomym przemieszczeniu określonych dóbr gospodarczych, które – ignorując zasadę ekwiwalentności i ochrony uprawnionych grup interesów – powodują szkodę majątkową. Szkodę tę poprzedza świadome wprowadzenie w błąd, lub wyzyskanie błędnego mniemania osób pokrzywdzonych pozostające z tą szkodą w adekwatnym związku przyczynowym.¹¹ W związku z faktem, iż oszustwo gospodarcze (w tym menedżerskie) nie stanowi odrębnej konstrukcji prawnej, a elementy klasycznego oszustwa bądź szczególne jego odmiany występują w szeregu przepisów karnych dotyczących obrotu gospodarczego, a także często pozostają z nimi w zbiegu¹², koniecznym jest włączenie do analizy art. 286 kk. Przedmiotem jedynie skrótowej analizy będzie przestępstwo oszustwa ubezpieczeniowego (art. 298 kk.) i tzw. oszustwo kredytowe (art. 297 kk.). Wynika to z faktu, iż pokrzywdzonymi tymi przestępstwami są najczęściej nietypowe podmioty gospodarcze, jak banki, instytucje ubezpieczeniowe bądź instytucje publiczne udzielające subwencji lub zamówień publicznych. Warto jednak wskazać, że w literaturze przedmiotu występują również poglądy opowiadające się za szerszym rozumieniem kredytu i gwarancji, których dotyczy art. 297 kk., obejmując nim nie tylko kredyty i gwarancje bankowe, lecz wszelkie kredyty (także towarowe) i gwarancje udzielane przez podmioty nie będące bankami.¹³ Przyjęte w niniejszej pracy założenie uzasadnia jednak zarówno kontrowersyjność powyższego poglądu O. Górniok, jak i fakt, iż nierzetelni przedsiębiorcy korzystający w sposób nieuczciwy z tzw. kredytu kupieckiego są najczęściej ścigani za przestępstwo klasycznego oszustwa z art. 286 kk.

Jeśli chodzi o przestępstwo nadużycia zaufania, to przyznanie prawnokarnej ochrony pokrzywdzonemu przedsiębiorcy zależy od wypełnienia przez działania sprawcy szeregu wymogów ustawowych. W konstrukcji art. 296 kk. ujęto jeden typ przestępstwa umyślnego nadużycia zaufania (§ 1), dwa typy kwalifikowane (§ 2 i 3) oraz klauzulę nie podlegania karze (§ 5). Typ podstawowy (§ 1) stanowi, iż kto będąc obowiązany na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, wyrządza jej znaczną szkodę majątkową, podlega karze pozbawienia

10 Por. D. Czajka: *Przestępstwa menedżerskie*, Warszawa 2000, s. 9–24.

11 Tamże, s. 23.

12 Por. np. O. Górniok: *Przestępstwa...*, s. 116–117; P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część szczególna* (pr. zb. pod red. A. Zolla), Komentarz do art. 278–363, t. 3, Zakamycze 1999, s. 321.

13 O. Górniok: *Przestępstwa...*, s. 33–35.

wolności od 3 miesięcy do 5 lat. W przypadku pokrzywdzonego będącego przedsiębiorcą prywatnym najczęściej podstawą powierzenia sprawcy przestępstwa spraw majątkowych bądź prowadzenia działalności gospodarczej będzie najczęściej umowa (tzw. umowa o zarządzanie przedsiębiorstwem, umowa zlecenia, umowa o pracę, agencyjna lub inne). Spośród szerokiego katalogu potencjalnych sprawców tego przestępstwa przytoczonego przez P. Kardasa¹⁴, których stosunek powiernictwa wynika z ustawy, warto wymienić likwidatorów i syndyków w postępowaniu upadłościowym, a także członków zarządów spółek z o.o. i akcyjnych. Jednakże w przypadku członków zarządu spółek trzeba dodać, że chociaż zakres ich obowiązków i uprawnień wynika w dużej części z kodeksu spółek handlowych, to znaczna ich część jest regulowana w statucie spółki jako umowie wspólników, a ponadto najczęściej ze spółką wiąże ich umowa będąca podstawą wynagrodzenia, np. umowa o pracę. Również w przypadku wspólników spółki cywilnej czy jawnej zasadnicza część ich uprawnień i obowiązków wynika z umowy spółki, która w przypadku wspólnika spółki jawnej może go wyłączyć od prowadzenia spraw spółki.

W doktrynie spór budzi ewentualna odpowiedzialność za przestępstwo z art. 296 kk. adwokatów i radców prawnych jako pełnomocników przedsiębiorców, ze względu na szeroki zakres uprawnień, jakie daje ta forma powiernictwa. W literaturze przedwojennej wyrażano pogląd na tle analogicznego przepisu kk. z 1932 r., iż adwokat i radca prawny może odpowiadać za nadużycie zaufania jedynie wówczas, gdy występuje jako pełnomocnik w sprawach majątkowych.¹⁵ Osoby te nie mogą być jednak podmiotami tego przestępstwa, jeśli działają w charakterze pełnomocnika procesowego. Stanowiska tego nie podziela obecnie P. Kardas, który – opierając się na dosłownym brzmieniu art. 296 kk. – rozciąga, pod pewnymi warunkami, odpowiedzialność za nadużycia zaufania także na pełnomocników procesowych, gdyż adwokaci i radcowie prawni w toku bądź w związku z procesem podejmują decyzje lub udzielają rad przedsiębiorcom dotyczących mienia lub działalności gospodarczej, występując przy tym jako osoby zaufania publicznego¹⁶. Jego stanowisko znajduje także oparcie w orzecznictwie przedwojennego Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 12. listopada 1936 r. (III K 1805/36) uznał, że sprawcą przestępstwa nadużycia zaufania może być każdy, kto na podstawie przepisu prawnego lub umowy zajmuje się sprawami majątkowymi innej osoby, w tym również adwokat jako pełnomocnik procesowy. Pogląd odmienny wyrażał na tle art. 1 cytowanej ustawy o ochronie obrotu gospodarczego z 1994 r. A. Ratajczak twierdzący,

14 P. Kardas: w: Kodeks..., s. 283–284.

15 J. Makarewicz: Kodeks karny z komentarzem, wyd. 4, Lwów 1938, s. 469; L. Peiper: Komentarz do kodeksu karnego i prawa o wykroczeniach, Kraków 1936, s. 756.

16 P. Kardas: w: Kodeks..., s. 286–287.

iż adwokat porozumiewający się z przeciwnikiem procesowym lub służący jednocześnie obu stronom, odpowiada tylko dyscyplinarnie.¹⁷

Przy ocenie zasadności powyższego sporu koniecznym jest sięgnięcie do znamion czynności sprawczej, jakim jest „nadużycie udzielonych mu uprawnień lub ciążącego na nim obowiązku”. Jak wskazano wcześniej uprawnienia i obowiązki mogą być powierzone przez przedsiębiorcę innej osobie, przede wszystkim wskutek umowy bądź wynikać z przepisów prawa. Znamię „nadużycia uprawnień” jest pojęciem szerszym niż ich przekroczenie, gdyż sytuacja taka może nastąpić również w wytyczonych przez przepisy prawa bądź czynność prawną (np. pełnomocnictwo) granicach, ale niezgodnie czy wbrew celowi, dla którego powierzono sprawcy zajmowanie się cudzymi sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą.¹⁸ I tak w przypadku radców prawnych i adwokatów udzielone im ogólne pełnomocnictwo procesowe zawiera z mocy prawa upoważnienie do zawierania ugód sądowych. Łączą się one często z częściową bądź niekiedy całkowitą rezygnacją z roszczenia, bądź jego uznaniem. Natomiast nadużyciem takiego uprawnienia byłoby np. zawarcie ugody oczywiście niekorzystnej dla mocodawcy. Niewątpliwie przepis art. 296 § 1 kk. posługuje się pojęciem uprawnień i obowiązków w szerokim znaczeniu, jako wynikających zarówno z odpowiednich regulacji prawnych, postanowień umownych, jak i z sytuacji nie określonych przepisami prawa bądź umowy, a będących realizacją zasad racjonalnego działania w warunkach gospodarki rynkowej.¹⁹

Sprawcą przestępstwa nadużycia zaufania może być jedynie osoba o odpowiednich kompetencjach decyzyjnych: menedżer, pełnomocnik bądź inny decydent, a nie pracownik przedsiębiorstwa pełniący funkcje wykonawcze. Jak wskazywano w doktrynie przedwojennej na tle przepisów kk. z 1932 r. poprzedzających art. 296 kk. z 1997 r. zajmowanie się sprawami majątkowymi (lub działalnością gospodarczą) rozumiano jako rozstrzyganie w nich lub wpływanie na rozstrzygnięcia, dokonywanie czynności prawnych dotyczących mienia lub spraw majątkowych, bądź udzielanie rady. Zajmowanie się nimi nie musi być procesem, gdyż w jego pojęcie wchodzi czynności jednorazowe; natomiast nie jest nim spełnianie czynności ściśle wykonawczych.²⁰

Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z 27. kwietnia 2001 r. (I KZP 7/01): „Za osobę zajmującą się cudzymi sprawami majątkowymi można uznać tylko tego, kogo obowiązki i uprawnienia obejmują łącznie zarówno dbałość o ochronienie mienia przed uszczerbkiem, zniszczeniem lub zagubieniem, pogorszeniem

17 A. Ratajczak: Ochrona obrotu gospodarczego. Praktyczny komentarz, Warszawa 1994, s. 28.

18 Por. O. Górniok: Prawo karne gospodarcze..., s. 17; P. Kardas: w: Kodeks..., s. 290; K. Buczkowski, M. Wojtaszek: Przesłępstwa gospodarcze w praktyce prokuratorskiej i sądowej, Warszawa 1998, s. 25–27.

19 P. Kardas: w: Kodeks..., s. 288–289.

20 L. Peiper: Komentarz..., s. 580.

stanu interesów majątkowych, jak i wykorzystanie tego mienia w procesie gospodarowania w taki sposób, aby zostało ono powiększone lub wzrosła jego wartość”.²¹

Typowym potencjalnym sprawcą przestępstwa nadużycia zaufania może być menedżer jako osoba zajmująca się w sposób ciągły sprawami majątkowymi i działalnością gospodarczą przedsiębiorcy. Wynika to chociażby z faktu, iż zwiększonym kompetencjom decyzyjnym musi towarzyszyć większa odpowiedzialność, łącznie z odpowiedzialnością karną. Zgodnie z literaturą przedmiotu (dotyczącą zarządzania) menedżerami muszą być osoby o wysokich kwalifikacjach kierujące się metodologią racjonalnego gospodarowania opartą na spójnym kompleksie decyzji, które.²²

1. Podporządkowują się pewnej logice faktów i dostępnej wiedzy o rynku, konkurencji, kontrahentach.
2. Są przygotowane do realizacji pod względem merytorycznym, a więc technologicznym, organizacyjnym, finansowym i prawnym.
3. Są zgodne z pożądaną i wybraną strategią przedsiębiorstwa.
4. Zostały wcześniej zbadane z punktu widzenia wartości (kosztu) i dostępności opcji alternatywnej, mniej atrakcyjnej z uwagi na konsekwencje ekonomiczne oraz prawne dla uprawnionych grup interesów.
5. Uwzględniają poziom ryzyka, kalkulując prawdopodobieństwo wystąpienia negatywnych skutków i przewidując środki to ryzyko amortyzujące.
6. Są podjęte w odpowiednim czasie (*timing*), gdy system przedsiębiorstwa i jego otoczenie może jeszcze w sposób optymalny zareagować.

Typ podstawowy przestępstwa nadużycia zaufania (art. 296 § 1 kk.) może być popełniony umyślnie zarówno w formie zamiaru bezpośredniego jak i ewentualnego (wynikowego). Zakłada to świadomość sprawcy wszystkich znamion tego typu oraz chęć realizacji, lub co najmniej świadomość możliwości wypełnienia oraz godzenia się na to, iż zachowanie sprawcy stanowić może realizację znamion tego przestępstwa.²³

Z kolei art. 296 § 2 kk. przewidujący zaostrzoną karalność sprawcy przestępstwa nadużycia zaufania działającego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wymaga, ze względu na znamię celu, popełnienia go umyślnie w zamiarze bezpośrednim. Wystarczy jednak, aby sprawca czynu obejmował zamiarem bezpośred-

21 OSNKW 2001/7–8/55.

22 D. Czajka: op. cit., s. 25–45.

23 P. Kardas: w: Kodeks..., s. 25–45, s. 295.

nim zamię czynu; natomiast co do znamienia wyrządzenia znacznej szkody możliwy jest tzw. zamiar quasi–ewentualny.²⁴

Możliwość pociągnięcia menedżera do odpowiedzialności karnej za nie zachowanie zasad racjonalnego gospodarowania wynika również z regulacji art. 296 § 4 kk., który przewiduje karanie (karą pozbawienia wolności do lat 3) sprawcy działającego nieumyślnie. Zgodnie z ogólnymi zasadami prawa karnego nieumyślność polega, ogólnie rzecz biorąc, na nie zachowaniu należytej ostrożności. D. Czajka wiąże niezachowanie ostrożności z pojęciem nieudolności i niekompetencji jako drugiej podstawowej (obok oszustwa) cechy przestępczości menedżerskiej.²⁵

Zdaniem tego autora przypisanie sprawcy nieumyślności jest możliwe, jeśli sprawca przewidywał lub mógł przewidzieć określone następstwa, co stanowi ograniczenie zakresu winy do przestępstw normalnych, typowych, natomiast nie dotyczy to sytuacji wynikłych z nadzwyczajnych, niezależnych i niemożliwych do przewidzenia czynników. Różnica między nieumyślnością a zamiarem ewentualnym w przestępczości menedżerskiej jest związana z relacją stopnia prawdopodobieństwa. „Przy zamiarze ewentualnym sprawca z bardzo dużym prawdopodobieństwem przewiduje skutek swojego działania zakazany przez prawo, chociaż cel tych działań – nie związany z tym skutkiem – pierwotnie nie determinuje podjęcia określonego działania. W przypadku nieumyślności stopień przewidywania negatywnego skutku ma z subiektywnego punktu widzenia sprawcy nikły poziom prawdopodobieństwa, lub też sprawca nie przewiduje ryzyka wystąpienia szkody, choć z obiektywnego punktu widzenia winien to przewidzieć. Prawdopodobieństwo w tym przypadku określa się na podstawie struktury możliwości wystąpienia określonych faktów związanych z działaniem intencjonalnym sprawcy, lub działaniem niezależnych sił rynkowych”.²⁶

Istotnym ograniczeniem odpowiedzialności menedżerów i innych sprawców przestępstwa nadużycia zaufania jest fakt, iż jest to przestępstwo materialne, które do jego zaistnienia wymaga skutku w postaci wyrządzenia szkody majątkowej. Wprawdzie ustawodawca w § 1 art. 296 kk. nie określa dokładnie jej rodzaju, lecz orzecznictwo sądowe oparte jeszcze o art. 1 ustawy z 1994 r. ostatecznie przyjęło jej szerokie rozumienie. W uchwale Sądu Najwyższego z 12. czerwca 1995 r. (I KZP 22/95) stwierdzono, iż: „Przez szkodę majątkową jako skutek zachowania się sprawcy przestępstwa określonego w art. 1 § 1 ustawy z dnia 12. października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego, Dz.U. Nr 126, poz. 615 (odpowiednio art. 296 § 1 kk. z 1997 r.) należy rozumieć zarówno uszczerbek w majątku, obej-

24 O. Górniok: Prawo..., s. 20.

25 D. Czajka: Przestępczość menedżerska..., s. 25–26.

26 Tamże, s. 58. Odnośnie rozróżnienia pomiędzy tzw. nieumyślnością świadomą i nieświadomą, por. np. P. Kardas: w: Kodeks..., s. 298.

mujący rzeczywistą stratę (*damnum emergens*) polegającą na zmniejszeniu się aktywów majątku przez ubytek, utratę lub zwiększenie pasywów, jak i utracony zysk (*lucrum cessans*), wyrażający się udaremieniem powiększenia majątku”.²⁷

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 08. lutego 2000 r. (V KKN 557/99): „Przestępstwo określone w art. 296 kk. w odróżnieniu do przestępstwa z art. 206 kk. z 1969 r. jest przestępstwem materialnym. Do jego znamion należy skutek w postaci wyrządzenia mocodawcy znacznej szkody majątkowej. Między skutkiem w postaci wyrządzenia znacznej szkody majątkowej a zachowaniem się sprawcy, polegającym na nadużyciu uprawnień lub niedopełnieniu obowiązków, zachodzić musi szczególna więź. W wypadku, gdy sprawca zrealizował zamię czynności sprawczej przez działanie, konieczne jest ustalenie związku przyczynowego. W wypadku zaniechania – ustalenie, że na sprawcy ciążył obowiązek określonego działania. Ponadto zarówno w wypadku działania jak i zaniechania, konieczne jest ustalenie szczególnego powiązania normatywnego, przesądzającego istnienie stosunku sprawstwa”.²⁸

Według § 5 art. 115 kk. określenie „znaczna” odnosi się do szkody (podobnie jak w przypadku mienia), której wartość w chwili popełnienia czynu zabronionego przekracza dwustukrotną wartość najniższego miesięcznego wynagrodzenia. Natomiast szkoda „w wielkich rozmiarach” (§ 6 art. 115 kk.) stanowi zamię ustawowe, kwalifikowanego typu nadużycia zaufania (§ 3 art. 296 kk.) i odnosi się do szkody przekraczającej tysiąckrotną wysokość najniższego wynagrodzenia liczonego na zasadach określonych w kodeksie pracy. O ile w przypadku „zwykłego” nadużycia zaufania kodeks przewiduje karę od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności, to w przestępstwo takie kwalifikowane przez szkodę „w wielkich rozmiarach” zagrożone jest karą od 1 roku do 10 lat pozbawienia wolności.

Szczególne znaczenie dla ochrony interesów przedsiębiorcy ma inna odmiana nadużycia zaufania przedsiębiorcy przewidziana w § 2 art. 296 kk., kwalifikowana przez działanie sprawcy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, a zagrożone karą od 6 miesięcy do 8 lat pozbawienia wolności. Nawiązując do przytoczonego wcześniej podziału przestępstw menedżerskich, zaproponowanego przez D. Czajkę, jeśli nieumyślne nadużycie zaufania można zaliczyć do nieudolności (art. 296 § 4 kk.) to działanie przy popełnieniu tego przestępstwa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej stanowi przykład oszustwa menedżerskiego. Należy dodać, że korzyść taka może obejmować nie tylko korzyść dla sprawcy, lecz także dla innej osoby fizycznej lub prawnej, jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, grupy osób prowadzących zorganizowaną działalność przestępczą (§ 4 art. 115 kk.).

27 OSNKW 1996, Nr 9–10, poz. 58. por. także J. Kowalska: Szkada w rozumieniu art. 296 kk. i kwestia ustalenia jej wysokości, PS 2001/9/65.

28 Prok. i Pr 2000/9/9.

Ścisłe powiązanie karalności przestępstwa nadużycia zaufania z wymogiem wystąpienia szkody (znacznej bądź w wielkich rozmiarach), a także uzależnienie surowszego karania od działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (art. 296 § 2) jest świadomym działaniem ustawodawcy, mającym na celu ograniczenie karalności menedżerów. Kolejną korzyścią dla nieuczciwych bądź nieudolnych menedżerów jest swoista instytucja czynnego żalu przewidziana w art. 296 § 5 kk., który stwierdza, że nie podlegają oni karze, jeśli przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie naprawią wyrządzoną szkodę. Jak przyjmuje się w doktrynie, zwrot taki sugeruje, że naprawienie szkody powinno nastąpić przed wszczęciem postępowania w sprawie (art. 303 kpk.), nawet jeśli rozmiar szkody został ustalony dopiero wstępnie. Sam fakt skorzystania przez sprawcę z dobrodziejstwa nie podlegania karze, nie będzie niweczył roszczeń odszkodowawczych pokrzywdzonego przedsiębiorcy, jeśli nie będą one w całości zaspokojone przez pokrycie wstępnie wyrządzonej szkody.²⁹

Jeśli sprawca wyrównał szkodę w znacznej części lub też naprawił w całości dopiero po wszczęciu postępowania karnego, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, bądź odstąpić od jej wymierzenia (art. 307 §1 i 2 kk.).

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, w przypadku przedsiębiorstw, których właścicielem jest Skarb Państwa częste są zbiegi art. 296 kk. z art. 231 kk. ze względu na sprawcę, którym bywa funkcjonariusz publiczny. Art. 231 § 1 kk. stanowi, iż funkcjonariusz publiczny, który – przekraczając swoje uprawnienia lub nie dopełniając obowiązków – działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 2 art. 296 stanowi typ kwalifikowany i stwierdza: jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego w § 1 w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. Z kolei typ uprzywilejowany określony w § 3 zagraża łagodniejszą karą grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2 sprawcę, który działa nieumyślnie i wyrządza istotną szkodę. Klauzula subsydiarności określona w art. 231 § 4 kk. stanowi, iż przepisu § 2 nie stosuje się, jeżeli czyn wyczerpuje znamiona przestępstwa łapownictwa biernego (sprzedajności) określonego w art. 228 kk.

O. Górniok – w oparciu o orzecznictwo i doktrynę przedwojenną – uważa, iż możliwe jest wyeliminowanie zbiegu przepisów art. 296 i 231 kk. przez przyjęcie, że każdy z tych przepisów penalizuje naruszenie kompetencji przez funkcjonariusza w innych sferach działalności i innych jego oficjalnych rolach.³⁰ Jeżeli naruszy je funkcjonariusz publiczny, zajmując się sprawami majątkowymi lub działalno-

29 O. Górniok: Prawo karne gospodarcze. Komentarz, Toruń 1997, s. 22–23. P. Kardas: w: Kodeks karny. Część szczególna, s. 302–303.

30 O. Górniok: Przesłpstwa..., s. 114–115.

ścią gospodarczą państwa czy innej instytucji publicznej jako podmiotów gospodarczych (np. współwłaściciel lub właściciel przedsiębiorstwa) ponosi odpowiedzialność karną wyłącznie na podstawie art. 296 kk. Jeśli zaś uczyni to wykonując funkcje władcze w danej instytucji (np. w sferze organizowania sfery gospodarczej czy podejmowania decyzji o interwencji publicznej w działalność gospodarczą) dopuszcza się nadużycia służbowego i podstawą jego ukarania powinien być art. 231 kk., który penalizuje już samo działanie „na szkodę”.

W literaturze przedmiotu wskazuje się także na częste przypadki zbiegu art. 296 § 2 z art. 228 kk., jeśli sprawca jest osobą pełniącą funkcję publiczną. Należy zgodzić się z P. Kardasem, iż w razie takiego zbiegu sprawca powinien być skazany na podstawie obu zbiegających się przepisów.³¹ Przepis art. 228 § 1 kk. stanowi, iż kto w związku z pełnieniem funkcji publicznej przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą, albo takiej korzyści żąda podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Kwalifikowane typy tego przestępstwa określają § 3 – § 5 art. 228 nakazujące surowiej (od 1 roku do 10 lat pozbawienia wolności) karać sprawców, którzy dopuścili się sprzedajności w związku z naruszeniem prawa (§ 3) bądź też uzależniali wykonanie czynności służbowej od otrzymania korzyści majątkowej (§ 4). Z kolei § 5 art. 228 stwierdza, iż kto w związku z pełnieniem funkcji przyjmuje korzyść majątkową lub jej obietnicę, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12. W wypadkach mniejszej wagi sprawca łapownictwa biernego podlega karze grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2 (art. 228 § 2 kk.). Warto tu wskazać na orzecznictwo sądowe powstałe na tle sporu o pojęcie funkcjonariusza publicznego.

W uchwale 7 sędziów SN z 18. października 2001 r. (I KZP 9/01) stwierdzono³²:

„Pełnienie funkcji publicznej w rozumieniu art. 228 § 1 kk. obejmuje zarządzanie przedsiębiorstwem i reprezentowanie go na zewnątrz przez dyrektora przedsiębiorstwa państwowego (art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 25. września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych, jedn. tekst: Dz.U. z 1991 r. Nr 18, poz. 80 ze zm.)”. Z kolei w uchwale 7 sędziów SN z 20. czerwca 2001 r. (I KZP 5/01)³³ przyjęto, iż:

„Pełnienie funkcji publicznej, o której mowa w art. 228 § 1 kk., obejmuje czynności ordynatora w publicznym zespole opieki zdrowotnej, zarówno związane z administrowaniem, jak i udzielaniem świadczeń zdrowotnych wymienionych w art. 2 ustawy z dnia 05. grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. Nr 28, poz. 152

31 P. Kardas: w: Kodeks karny, s. 304.

32 OSNKW 2001/11–12/87 glosa częściowo aprobująca, Górniok O. OSP 2002/4/45.

33 WPP 2002/1/101. OSNKW 2001/9–10/71; glosa aprobująca: S.M. Przyjemski: Przegląd orzeczn.; Stefański R.A.

ze zm.) oraz w art. 3 ustawy z dnia 30. sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. Nr 91, poz. 408 ze zm.) – finansowanych ze środków publicznych”.

Przestępstwem, dość często występującym w praktyce obrotu gospodarczego, naruszającym przede wszystkim dobra prawne i indywidualne interesy przedsiębiorców jest oszustwo, usytuowane w kk. (art 286) w rozdziale przestępstw przeciwko mieniu (R.XXV kk.). Mimo tego, że zarówno ofiarą jak i sprawcą tego przestępstwa może być każdy obywatel nie będący przedsiębiorcą, zaś oszukańcze transakcje nie muszą stanowić elementu obrotu gospodarczego, ich opisanie w kontekście ochrony praw przedsiębiorcy wydaje się konieczne. Chociaż wśród przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu znajduje się tzw. oszustwo kredytowe (art. 297 kk.) i ubezpieczeniowe (art. 298 kk.) należy uznać, że ze względu na przedmiot ochrony tych przepisów: ponadindywidualne interesy społeczne w sferze bankowości i ubezpieczeń oraz dobra indywidualne banków i ubezpieczycieli,³⁴ trudno twierdzić, iż zagrażają one bezpośrednio typowym przedsiębiorcom.

Przestępstwo oszustwa określone w art. 286 kk., mimo dość powszechnego występowania, w rzeczywistości społecznej zajmuje skromną pozycję w statystyce skazań sądowych, zaś wymierzane za nie kary są dość łagodne. W 1999 r. w sądach rejonowych skazano za to przestępstwo ogółem 5877 osób (2,8% ogółu skazań w tych sądach), zaś wymierzone kary za to przestępstwo były dość łagodne, gdyż w 71,4% przypadków orzeczono karę pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 1 roku, w 26% przypadków karę orzeczono w wymiarze powyżej 1 roku do 2 lat, zaś bezwzględną karę pozbawienia wolności sądy zastosowały jedynie w przypadku 9,5% ogółu skazań za to przestępstwo.³⁵

Dane te zdają się wskazywać, w świetle powszechności występowania tego przestępstwa, na wysoką „ciemną liczbę” nie zgłaszanych przypadków oszustwa i trudności udowodnienia przestępstw zgłoszonych organom ścigania.

Jeżeli zaś chodzi o ustawową regulację oszustwa przyjętą w art. 286 kk. to należy uznać, iż stanowi ona odpowiednik konstrukcji opisanej w art. 205 kk. z 1969 r. Łączy ona w sobie opisy czynu zabronionego polegającego na wprowadzeniu w błąd lub wyzyskaniu błędu innej osoby oraz wyzyskaniu innej osoby oraz wyzyskaniu niezdolności do należytego pojmowania przedsięwziętego działania przez inną osobę (art. 286 § 1 kk.).

Przedmiotem ochrony jest tu szeroko pojmowane mienie, jako ogół praw majątkowych, rzeczowych i obligacyjnych, w tym także usługi, świadczenia, zyski

34 P. Kardas: Kodeks karny...; O. Górniok: Prawo karne gospodarcze, s. 26.

35 Statystyka sądowa za 1999 r., s. 156, 197 i 206.

lub pożytki stanowiące majątek.³⁶ Analizując stronę przedmiotową tego przestępstwa z punktu widzenia celu niniejszego opracowania, należy wskazać, że sprawcą oszustwa jest ten, kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadza inną osobę do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem za pomocą wprowadzenia w błąd (oszustwo czynne) albo wyzyskania błędu tej osoby (oszustwo bierne).

Istotnym elementem przestępstwa oszustwa jest dobrowolność rozporządzenia mieniem przez pokrzywdzonego na rzecz sprawcy, a więc ofiara nie traci mienia wbrew swojej woli (wyrok SN z 27. października 1986 r., II KR 134/86)³⁷.

Stosując klauzulę ogólną „wprowadzenia w błąd” kodeks karny nie określa sposobów dokonania oszustwa czynnego, które może dotyczyć zarówno okoliczności zewnętrznych (np. błąd, co do rzeczywistej wartości oferowanego do sprzedaży towaru), jak i wewnętrznych (np. przekonanie ofiary przez sprawcę o zamiarze zwrotu pożyczki, mimo że nigdy nie będzie w stanie tego uczynić).

Natomiast w przypadku oszustwa biernego wyzyskanie przez sprawcę niezdolności należytego pojmowania przez pokrzywdzonego przedsiębranego działania może dotyczyć zarówno okoliczności niezależnych od sprawcy (np. niedorozwój psychiczny, brak doświadczenia życiowego ofiary), jak i wywołanych przez sprawcę (wprowadzenie w stan nietrzeźwości lub odurzenie ofiary celem jej oszukania).³⁸

W przeciwieństwie do cywilistycznej konstrukcji błędu wywołanego podstępnie (art. 86 kc.), który nie musi być istotny, ani dotyczyć treści czynności prawnej³⁹, art. 286 kk. wymaga, aby błąd dotyczył okoliczności istotnych dla niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez pokrzywdzonego.

Błąd ten, mówiąc ogólnie, jest niezgodnością między obiektywną rzeczywistością a stanem świadomości człowieka. Można więc stwierdzić, że istotne dla zaistnienia znamion przestępstwa oszustwa są następujące rodzaje błędu: błąd co do osoby, co do rzeczy oraz co do zjawiska i zdarzenia.⁴⁰

Wprowadzenie w błąd może następować także za pomocą tzw. faktów konkludentnych, tj. takiego zachowania sprawcy, z którego pokrzywdzony sam ma

36 O. Górniok, D. Pieńka: op. cit., s. 418–419; G. Bogdan, K. Buchała, Z. Ćwiakalski, M. Dąbrowska–Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll: Kodeks karny. Część szczególna, Komentarz do art. 278–336 kodeksu karnego, t. III, Zakamycze 1999, s. 150–151 i podana tam literatura; B. Michalski: Przesłpstwa przeciwko mieniu. Rozdział XXXV kodeksu karnego, Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 197–198).

37 OSNPG 1987/7/80

38 C. Kulesza: Wiktyrnologiczno–prawne aspekty przestępstwa oszustwa, Jurysta 2001, Nr 3/4, s. 19.

39 Kodeks cywilny, Komentarz C.H. Beck 1997, s. 230–231.

40 O. Górniok, D. Pieńka: op. cit. s. 416 i nast.; M. Dąbrowska–Kardas, P. Kardas: Przesłpstwa przeciwko mieniu, Zakamycze 1999, s. 185–187; B. Michalski: Przesłpstwa przeciwko mieniu..., s. 200.

według zamiaru sprawcy wysnuć błędne wnioski. Może ono przejawiać się w obecnym warunku umowy, milczącym oświadczeniu sprawcy, że posiada uprawnienia do reprezentowania danego podmiotu, bądź przedstawienia czeku, z którego wynika, że ma pokrycie.⁴¹

Nie ma prawnego znaczenia dla powstania przestępstwa oszustwa ewentualna „współwina” jego ofiary nawet, jeśli działa pod wpływem błędu nie wywołanego przez sprawcę, który jednak błąd taki wykorzystał. Nie może być ona także obwiniana o to, że nie zachowała należytej ostrożności i nie sprawdziła prawdziwości okoliczności podawanych przez sprawcę. Jak stwierdzono w orzecznictwie przedwojennym: „Do istoty oszustwa nie należy, aby pokrzywdzony nie miał możliwości sprawdzenia przedstawionych podstępnie okoliczności”. (Orzeczenie SN z 25 września 1935 r., Zb. Orz. nr 117/36).

Przed nadmiernym rozszerzaniem penalizacji sprawców oszustw chroni określenie ich jako przestępstwa materialne, których skutkiem jest niekorzystne rozporządzenie mieniem. Jest ono rozumiane szeroko i obejmuje zarówno rzeczywiste uszczerbki w majątku pokrzywdzonego (*damnum emergens*), jak i utracone w wyniku niekorzystnego rozporządzenia korzyści (*lucrum cessans*).⁴²

Zgodnie z założeniami przyjętymi w niniejszym opracowaniu, za istotne dla ochrony indywidualnych przedsiębiorców przy zawieraniu transakcji gospodarczych należy uznać – poza analizowanym wcześniej przestępstwem oszustwa – przestępstwo nierzetelnego prowadzenia dokumentacji gospodarczej (art. 303 kk.), przestępstwo lichwy (art. 304 kk.), udaremnianie lub utrudnianie przetargu publicznego (art. 305 kk.).

Szerokie ujmowanie skutku przyjmuje również najnowsze orzecznictwo sądowe. W wyroku Sądu Najwyższego z 30. sierpnia 2000 r. (V KKN)⁴³ stwierdza się: „Ustawowe znamię, stanowiące skutek przestępstwa oszustwa określonego w art. 286 § 1 kk., wypełnione zostaje wtedy, gdy sprawca działając w sposób opisany w tym przepisie, doprowadza inną osobę do rozporządzenia mieniem, które jest niekorzystne z punktu widzenia interesów tej osoby lub innej osoby pokrzywdzonej. Powstanie szkody w mieniu nie jest koniecznym warunkiem do przyjęcia, że doszło do tak pojmowanego niekorzystnego rozporządzenia.”

Pogląd swój Sąd Najwyższy uzasadnia w oparciu o analizę ustawowych konstrukcji przestępstwa oszustwa: „Pojęcie korzyści majątkowej, konkretyzującej cel działań sprawcy (*animus lucri faciendi*) w wykładni prawa karnego zawsze rozumiane było, jako współczesne i przyszłe przysporzenie mienia, spodziewane korzy-

41 M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas: Przeszłość przeciwko mieniu..., s. 188–189.

42 O. Górniok, D. Pieńska: op. cit., s. 419; J. Makarewicz: Kodeks karny z komentarzem, Wydanie IV. Lwów 1936, s. 461–463.)

43 OSNKW 2000/9–10/85.

ści majątkowe, ogólne polepszenie sytuacji majątkowej. Korzyść majątkowa jest zatem pojęciem szerszym niż przywłaszczenie mienia, stanowiące cel działania sprawcy (*animus rem sibi habendi*) przy popełnieniu innych przestępstw przeciwko mieniu (kradzież, przywłaszczenie). Dlatego też, dla realizacji znamienia działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, sprawca wcale nie musi dążyć do przywłaszczenia mienia stanowiącego przedmiot oszukańczych zabiegów.”

Przestępstwo oszustwa charakteryzuje się dwoma przedmiotami czynności wykonawczej: z jednej strony dotyczy osoby, która dokonuje niekorzystnego rozporządzenia swoim bądź cudzym mieniem, z drugiej zaś jest skierowane na mienie, jakie sprawca uzyskuje w wyniku rozporządzenia.

Podstawowym ograniczeniem w ochronie prawnokarnej osób pokrzywdzonych oszustwem jest określenie znamion strony podmiotowej tego przestępstwa. Kodeks karny stanowi, że przestępstwo to może być popełnione tylko umyślnie z zamiarem bezpośrednim, kierunkowym, obejmującym cel i sposób działania.⁴⁴

W orzecznictwie sądowym właśnie istnienie takiego zamiaru bezpośredniego w momencie przygotowania lub zawierania transakcji z pokrzywdzonym odróżnia przestępstwo oszustwa od zwykłego niedotrzymania zobowiązań cywilnoprawnych, np. zaniechania zwrotu długu, kredytu czy braku zapłaty za towar przy sprzedaży z odroczonym terminem płatności.⁴⁵

Dlatego też istnienia zamiaru kierunkowego (*dolus coloratus*) u niesumiennego dłużnika lub kredytobiorcy nie można zakładać *a priori*, lecz należy jego intencje badać przez powiązanie różnych okoliczności związanych z umowami kredytowymi i innymi transakcjami; organy procesowe powinny dołożyć wszelkiej staranności, aby wykazać dowodowo, głównie poprzez okoliczności strony przedmiotowej, że sprawca kierował się zamiarem oszustwa.⁴⁶ Przykładowo: Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 31. sierpnia 2000 r. (II Aka 191/00)⁴⁷ stwierdził: „Brak jest podstaw do przypisania oskarżonym znamienia wprowadzenia w błąd w rozumieniu przepisu art. 286 § 1 kk. co do możliwości płatniczych spółki, którą reprezentowali, w sytuacji, gdy w tym kierunku nie podejmowali oni wobec swojego kontrahenta żadnych podstępnych działań w toku wielomiesięcznej, umownie określonej współpracy gospodarczej, a ten mając pełną ocenę i świadomość trudności płatniczych oskarżonych oraz istniejącego już zadłużenia kontynuował postano-

44 S. Hoc, S.M. Przyjemski: Kodeks Karny. Komentarz, t. III, Gdańsk 1999, s. 360–361

45 Por. np. wyrok SN z 05.05.1999 r., V KKN 406/97, Prok. i Pr. 2000/4/6; wyrok S. Apel. w Poznaniu, z 15.03.1995 r., II Akr 482/95, Prok. I Pr. 1996/11/20; wyrok S. Apel. w Katowicach z 18.02.1995 r., II Akr 2/95, Prok. I Pr. 1995/9/22, wyrok S. Apel. w Krakowie, 12.01.1995 r., II Akr 246/94, KZS 1995/1/26.

46 Por. wyrok SN z 08.05.1997 r., II KKN 64/97, Prok. I Pr. 1998/3/6; wyrok S. Apel. w Katowicach z 17. 12.1998r., II Aka 199/98, OSA 1999/4/29; postan. S. Apel. w Katowicach z 18.12.1995 r., II Akz 328/95 OSA 1998/2/15; wyrok S. Apel. w Lublinie z 21.02.1997 r. II Aka 4/97, Apel. – Lub. 1997/3/16.

47 Prok.i Pr.2001/3/19

wienia umowy, sprzedając towar z opóźnionym terminem płatności i nie windyko-
wał w odpowiednim terminie należności z weksla *in blanco* wystawionego przez
oskarżonych, umowę taką zabezpieczającego. Tego typu świadome działanie
pokrzywdzonego graniczące z ryzykiem gospodarczym w obrocie handlowym nie
może uzasadniać oszustwa po stronie oskarżonych, a dług wynikający z nieudanej
transakcji oceniać należy jedynie na gruncie prawa cywilnego nawet wówczas, gdy
przez kilka lat od zdarzenia nie został on przez oskarżonych uregulowany, co
niewątpliwie narusza zasady etyki kupieckiej”.

Jak podkreśla się w literaturze świadomość pokrzywdzonego, że sprawca
działa w celu dokonania oszustwa, połączona z zamierzeniem zdemaskowania
sprawcy, nie ma znaczenia dla realizacji strony podmiotowej oszustwa, pod warun-
kiem, iż osoba rozporządzająca mieniem jest świadoma zamiaru i podejmowanego
przez sprawcę sposobu działania. O stronie podmiotowej decydują bowiem w
takim przypadku wyłącznie elementy przesądzające o zamiarze sprawcy.⁴⁸

Art. 286 § 2 kk. przewiduje nową, nieznaną kk. z 1969 r. formę oszustwa pole-
gającą na żądaniu korzyści majątkowej w zamian za zwrot zabranej rzeczy. Strona
podmiotowa tego przestępstwa, zwanego niekiedy oszustwem pokradzieżowym,
również oparta jest na zamiarze bezpośrednim, gdyż użycie znamienia czasowniko-
wego „żąda” wyklucza ewentualny zamiar uzyskania korzyści majątkowej w
zamian za zwrot zabranej rzeczy.⁴⁹

Jeśli chodzi o oszustwo popełnione na szkodę osoby najbliższej (art. 286 § 4
kk.) to niewątpliwie słusznie określono je jako przestępstwo wnioskowe. W prze-
ciwnym bowiem razie ściganie z urzędu takiego przestępstwa mogłoby naruszyć
więzi między ofiarą a sprawcą przestępstwa.

Biorąc pod uwagę możliwość wycofanie wniosku o ściganie (art. 12 § 3 kpk.)
należy stwierdzić, że regulacja taka jest zgodna z postulatami wiktymologii w tej
mierze. Również nie wymaga szerszej analizy przypadek oszustwa mniejszej wagi
przewidziany w art. 286 § 3 kk., które to pojęcie zyskało w orzecznictwie
sądowym pewien walor uniwersalny (por. np. szerokie wywody Sądu Najwyższego
w uzasadnieniu wyroku z 09. października 1996 r. – V KKN 79/96).⁵⁰

Zgoła inaczej wygląda ochrona firm ubezpieczeniowych i banków w przypad-
ku tzw. oszustw kredytowych (art. 297 kk.) i oszustw ubezpieczeniowych (art. 298
kk.). Zgodnie z art. 297 § 1 kk.: „Kto w celu uzyskania dla siebie lub innej osoby
kredytu, pożyczki bankowej, gwarancji kredytowej, dotacji, subwencji lub zamó-
wienia publicznego, przedkłada fałszywe lub stwierdzające nieprawdę dokumenty,

48 M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas: *Przestępstwa...*, s. 198.

49 O. Górniok: w: *Kodeks karny...*, s. 362–362.

50 OSNKW 1997/3–4/270.

albo nierzetelne pisemne oświadczenia dotyczące okoliczności mających istotne znaczenie dla uzyskania takiego kredytu, pożyczki bankowej, gwarancji kredytowej, dotacji, subwencji lub zamówienia publicznego – podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat. Jak wskazuje się w literaturze, dobra chronione tym przedmiotem mają charakter abstrakcyjny, gdyż stanowią je wszystkie wymienione w przepisie art. 297 instytucje, podczas gdy mienie, majątek są w nim tzw. obocznym przedmiotem ochrony. Jest to przestępstwo bezskutkowe, należące do grupy typów z zagrożenia abstrakcyjnego, zaś zagrożenie nie musi odnosić się do uszczerbku majątkowego. Może ono wyrażać się w niezrealizowaniu celów, na jakie udzielający świadczenia (kredytu, dotacji, subwencji) przeznaczył je.⁵¹ W przeciwieństwie więc do oszustwa z art. 286 kk. nie musi tu wystąpić szkoda w postaci niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez instytucję udzielającą kredytu, dotacji bądź subwencji. Przestępstwo przewidziane w art. 297 § 1 kk. będzie popełnione już wówczas, gdy sprawca przedłoży fałszywe lub stwierdzające nieprawdę dokumenty albo nierzetelne pisemne oświadczenia, chociażby nie doprowadziłoby to w rezultacie do uzyskania kredytu, pożyczki bankowej, gwarancji kredytowej, dotacji, subwencji, lub zamówienia publicznego.

Paragraf 2 art. 297 kk. penalizuje nie powiadomienie, wbrew ciążącemu na sprawcy obowiązku, właściwego organu lub instytucji o powstaniu okoliczności mogących mieć wpływ na wstrzymanie lub ograniczenie wysokości udzielonego kredytu, pożyczki bankowej, gwarancji kredytowej, dotacji, subwencji, lub zamówienia publicznego. Z kolei art. 297 § 3 przewiduje instytucję swoistego czynnego żalu, gwarantującą nie podleganie karze sprawcy, który dobrowolnie – przed wszczęciem postępowania karnego – zapobiegł wykorzystaniu kredytu, pożyczki bankowej, gwarancji kredytowej lub subwencji, zrezygnował z zamówienia publicznego lub dotacji uzyskanych w sposób określony w § 1 lub 2, albo zaspokoił roszczenie pokrzywdzonego.

Jak wynika z powyższego przestępstwo z art. 297 § 2 kk. może być popełnione jedynie z zaniechania, zaś obowiązek poinformowania właściwej instytucji może wynikać zarówno z przepisów ustawy (np. prawo upadłościowe), wewnętrznych dokumentów danej jednostki udzielającej kredytu, pożyczki, dotacji czy subwencji, a także z decyzji tych jednostek. Może to być zarówno instytucja udzielająca wskazanych świadczeń, jak i kontrolująca prawidłowość ich wykorzystania.⁵²

Regulacje takie wskazują na szczególne uprzywilejowanie banków i innych instytucji kredytujących bądź subwencjonujących działalność przedsiębiorców w porównaniu z przeciętnymi przedsiębiorcami udzielającymi pożyczek bądź kredytu

51 O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze...*, s. 26, 30; P. Kardas: w: *Kodeks...*, s. 307, 313.

52 O. Górniok: *iw.*, s. 30.

kupieckiego, nie mających prawnych możliwości badania wiarygodności kredytowej bądź płynności płatniczej swoich kontrahentów. Jest to niewątpliwie kolejny przejaw preferowania banków jako „instytucji zaufania publicznego”, czemu dał wyraz chociażby Trybunał Konstytucyjny w cytowanych wcześniej orzeczeniach. Na różnicę tę w porównaniu z oszustwem z art. 286 kk. wskazuje także orzecznictwo sądowe. Przykładowo: Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 20. kwietnia 2000 r. (II Aka 71/00) wskazał, iż: „Można się zgodzić z założeniem, że kontrahent w transakcji dwustronnej nie ma obowiązku ujawniania sytuacji materialnej swojej firmy, niemniej tylko wówczas, gdy nie będzie miało to charakteru wprowadzenia w błąd w rozumieniu art. 286 § 1 kk., gdy podmiot taki przy zachowaniu reguł kupieckich, którym druga strona ma prawo ufać, będzie miał faktyczną możliwość realizacji przyjętego na siebie umownie zobowiązania w dacie jego powstania, bez świadomego powodowania szkody w majątku swojego wierzyciela”.⁵³

Warto dodać, iż odpowiedzialności za przestępstwo z art. 297 kk. podlegają nie tylko osoby starające się o kredyt (pożyczkę, gwarancję bankową), lecz i pracownicy banków oraz innych instytucji kredytowych, jeżeli spełnią znamiona określone w tym przepisie, bądź też odpowiadają za przestępstwo nadużycia zaufania określone w art. 296 kk. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, jeśli pracownik banku nie powiadomił właściwego organu o okoliczności mogącej mieć wpływ na udzielenie kredytu (np. o fałszywych dokumentach złożonych przez wnioskodawcę), a kredytu jeszcze nie udzielono, pozostaje bezkarny. Natomiast w przypadku udzielenia kredytu pracownik zaniedbujący swój obowiązek będzie odpowiadał z art. 297 § 2 kk. Na podstawie tegoż przepisu pracownik banku będzie odpowiadał, jeśli ułatwił wnioskodawcy uzyskanie kredytu, kredyt został udzielony mimo np. złożenia nierzetelnych oświadczeń, lecz następnie został spłacony. Natomiast w sytuacji, gdy wskutek niedopełnienia obowiązku ze strony pracownika instytucji kredytowej doszło do udzielenia kredytu, ale kredyt nie został spłacony i bank poniósł znaczną szkodę majątkową, pracownik poniesie odpowiedzialność karną z art. 297 § 2 i art. 296 § 1 kk. w zw. z art. 11 § 2 kk. (zbieg przestępstw).⁵⁴

Należy dodać, iż w przypadku oszustw kredytowych również orzecznictwo sądowe stawia „rozluźnione”, w porównaniu z oszustwem z art. 286 kk., wymogi dotyczące karania ich sprawców, przerzucając niekiedy na oskarżonego ciężar udowodnienia, iż nie miał on zamiaru dokonać przestępstwa. Przykładowo: Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 19. sierpnia 1998 r. (II Aka 127/98) stwierdził: „Przedmiotem rozpoznania w sprawach o wyłudzenie kredytów zwykle nie jest całokształt działalności sprawców, ale poszczególne czyny stanowiące fragmenty

53 OSA 2001, Nr 7–8, poz. 854.

54 A. Pyka: Oszustwo kredytowe na tle innych przestępstw przeciwko mieniu, St.Pr.–Ek. 1999 Nr 59 s. 91.

tej działalności. Osoby rozpoczynające działalność gospodarczą zwykle nie zamierzają dokonywać przestępstw, ale pragną zarobić na tej działalności zgodnie z prawem. Jeśli jednak wskutek niepowodzeń chcą zapobiec bankructwu czy je odsunąć i uzyskują kredyty, które przeznaczają na cele niezgodne z umówionymi albo pożyczki bez realnych planów oddania ich, to ów pierwotny zamiar (o ile nadal istnieje) sprowadza się do mrzonki, pozbawionej znaczenia przy konkretnych działaniach. Zbędne się staje zajmowanie się nim, bo istotne są znamiona tych konkretnych działań, a nie rojenia sprawców, marzenia o szczęśliwej odmianie losu. Ten właśnie zamiar znamieny ma być wykazany przez zgłaszającego twierdzenie, iż pobrane sumy zamierzał oddać. Dowodzenie tego obciąża więc sprawcę. Oskarżyciela nie obciąża wykazanie, że oskarżony takiego zamiaru nie miał. Okoliczności negatywnych nie dowodzi się, bo dowieść ich nie można”.⁵⁵

Jeśli chodzi o tzw. oszustwo ubezpieczeniowe, to art. 298 § 1 kk. stanowi, iż kto, w celu uzyskania odszkodowania z tytułu ubezpieczenia powoduje zdarzenie będące podstawą do wypłaty takiego odszkodowania podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat. Przyjęta w § 2 regulacja zapewnia bezkarność sprawcy, który przed wszczęciem postępowania karnego zapobiegł wypłacie odszkodowania. Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, przepis ten chronić ma „ponadindywidualny interes społeczny wyrażający się w funkcjonalnej i socjalnej sprawności instytucji ubezpieczeń społecznych oraz interesów majątkowych poszczególnych ubezpieczycieli realizujących zadania tej instytucji”.⁵⁶ Jest to przestępstwo skutkowe, ale skutkiem jest tu spowodowanie zdarzenia będącego podstawą do wypłaty odszkodowania, zaś nie wymaga się, aby doszło do wypłaty odszkodowania.⁵⁷ Tak więc z punktu widzenia interesów ubezpieczyciela oraz instytucji ubezpieczenia, przestępstwo określone w art. 298 § 1 kk. jest przestępstwem abstrakcyjnego zagrożenia, zaś do jego zaistnienia nie jest konieczne ani podjęcie działań prowadzących bezpośrednio do uzyskania kwoty ubezpieczenia (tj. złożenia wniosku o odszkodowanie) ani tym bardziej uzyskanie od ubezpieczyciela odszkodowania. Jak wskazuje się w literaturze, kształt jurystyczny przestępstwa oszustwa ubezpieczeniowego odpowiada karalnej czynności przygotowawczej, która nie musi być traktowana jako usiłowanie wyłudzenia kwoty odpowiadającej sumie, na jaką dany podmiot jest ubezpieczony.⁵⁸ Jest możliwy kumulatywny zbieg przepisów art. 298 i art. 286 kk., gdy po umyślnym spowodowaniu zdarzenia sprawca dopuszcza się oszukańczych zabiegów, pozorując losowe przyczyny tego zdarzenia, uzasadniające wypłatę odszkodowania. W tym wypadku nie nastę-

55 KZS 1998, Nr 10, poz. 26.

56 O. Górniok: Prawo..., s. 34.

57 Ibidem, s. 35.

58 P. Kardas: w: Kodeks..., s. 330–331, A. Pyka: Oszustwo asekuracyjne, M. Prawn. 1999, Nr 9, s. 14; B. Salata: Oszustwa ubezpieczeniowe (wybrane zagadnienia), Prok. i Pr. 1999, Nr 5, s. 53

puje jednak pozoracja całego zdarzenia, lecz jedynie wprowadzenie w błąd co do jego przyczyn.⁵⁹ W sytuacji, gdy następuje wypłata odszkodowania za upozorowane zdarzenie zakład ubezpieczeń dokona niekorzystnego rozporządzenia mieniem (działając pod wpływem błędu), tak więc kara będzie wymierzona na podstawie zbiegających się przepisów art. 286 i 297 kk.

O wzmózonej ochronie firm ubezpieczeniowych świadczy również fakt, iż sprawcą przestępstwa z art. 298 kk. może być każda osoba powodująca zdarzenie mogące być podstawą do wypłaty odszkodowania. Oszustwa ubezpieczeniowe może dopuścić się każda osoba, która – będąc stroną umowy ubezpieczenia – powoduje zdarzenie dające jej podstawę do wypłaty odszkodowania, jak też osoba nie związana umową ubezpieczenia, powodując zdarzenie stanowiące podstawą wypłaty ubezpieczenia dla innego podmiotu.⁶⁰

Jak z tego wynika zarówno oszustwo kredytowe (art. 297 kk.) jak i oszustwo ubezpieczeniowe (art. 298 kk.) odróżnia od klasycznego oszustwa z art. 286 kk. przede wszystkim brak znamienia szkody, jako warunku karalności ich sprawców, gdyż są to zasadniczo przestępstwa z abstrakcyjnego zagrożenia.

Podkreśla to także orzecznictwo sądowe, a w szczególności wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 26. lipca 2000 r. (II AKa 93/00)⁶¹ stwierdzający: „Na zaistnienie przestępstwa oszustwa kredytowego wystarczy, że starający się o kredyt przedstawi choć jeden fałszywy lub stwierdzający nieprawdę dokument, choć jedno nierzetelne oświadczenie. Podmiotem przestępstwa o którym mowa, może być również osoba udzielająca poręczenia.

Zatajone bądź zniekształcone informacje o sytuacji majątkowo–osobistej oskarżonych miały istotne znaczenie przy podejmowaniu decyzji kredytowej, stanowiąc jedną z istotnych przesłanek przyznania świadczenia, o którym mowa, a biorąc pod uwagę, że przestępstwo ma charakter formalny – nawet wystąpienie rzeczywistej szkody dla jego zaistnienia nie stanowi warunku odpowiedzialności karnej.”

Tak więc można mówić o pewnym, prewencyjnym oddziaływaniu przepisów chroniących instytucje kredytowe i ubezpieczeniowe. Z punktu widzenia procesu karnego fakt, iż oszustwa kredytowe i ubezpieczeniowe stanowią przykład uproszczonych form penalizacji („odcięte znamienie skutku”) zwalnia organy procesowe od udowadniania rozmiarów szkody, co wiąże się w przypadku tradycyjnego oszustwa bądź innych przestępstw przeciwko mieniu niekiedy z wieloma trudnościami. Wszystko to świadczy o niewątpliwym preferowaniu interesów tak silnych podmiotów gospodarczych jakimi są instytucje kredytowe i firmy ubezpieczeniowe

59 W. Jaroch: *Przestępstwa ubezpieczeniowe*, M. Prawn. 1998, Nr 11, s. 422.

60 B. Sałata: *op. cit.*

61 Prok. i Pr. 2002/1/24.

nad interesy przeciętnych przedsiębiorców występujących w obrocie gospodarczym.

Zgodnie z założeniami przyjętymi w niniejszym opracowaniu, za istotne dla ochrony indywidualnych przedsiębiorców – przy zawieraniu transakcji gospodarczych, należy uznać (poza analizowanym wcześniej przestępstwem oszustwa z art. 286 kk.) przestępstwo nierzetelnego prowadzenia dokumentacji gospodarczej (art. 303 kk.), przestępstwo lichwy (art. 304 kk.), udaremnianie lub utrudnianie przetargu publicznego (art. 305 kk.).

Art. 303 § 1 kk. stanowi, iż kto wyrządza szkodę majątkową osobie fizycznej, prawnej lub jednostce organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej przez nie prowadzenie dokumentacji działalności gospodarczej, albo prowadzenie jej w sposób nierzetelny lub niezgodny z prawdą, w szczególności niszcząc, usuwając, ukrywając, przerabiając lub podrabiając dokumenty dotyczące tej działalności podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Jeśli sprawca przestępstwa określonego w § 1 wyrządza znaczną szkodę majątkową zagrożenie karą wynosi od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności (art. 303 § 2). Natomiast w wypadku mniejszej wagi sprawca określonego wyżej przestępstwa podlega karze grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do jednego roku. Przestępstwo to jest ścigane na wniosek pokrzywdzonego, chyba że jest nim Skarb Państwa. Przepisy te chronią interesy uczestników obrotu gospodarczego w uzyskiwaniu rzetelnych informacji o stronie majątkowej i sytuacji gospodarczej ich konkurentów. Jak podkreśla się w literaturze, ochrona ta dotyczy uczestników obrotu gospodarczego, których wzajemne stosunki są regulowane przez prawo cywilne na zasadach równości, nawet jeśli takim uczestnikiem jest Skarb Państwa.⁶² Dlatego też czyny określane jako nierzetelne prowadzenie działalności gospodarczej nie zachodzą swoim zakresem na czyny nierzetelnego prowadzenia działalności gospodarczej przewidziane przez kks. z 1999 r., gdzie jedynym pokrzywdzonym jest Skarb Państwa nie występujący w roli równorzędnego podmiotu gry rynkowej. Należy wskazać także, że warunkiem karalności za czyn z art. 303 kk. jest nie każde nierzetelne prowadzenie dokumentacji działalności gospodarczej, lecz takie, którego skutkiem jest wyrządzenie szkody majątkowej, bądź znacznej szkody majątkowej. Przestępstwo to można popełnić przez zaniechanie, jeśli sprawca wbrew obowiązkowi prowadzenia dokumentacji takowej nie prowadzi, bądź też może ono zaistnieć jako czyn nierzetelnego bądź niezgodnego z prawdą prowadzenia tej dokumentacji, nawet jeśli powyższy obowiązek na sprawcy nie spoczywa. Ustawodawca w sposób jedynie przykładowy określa, że sprawca może dopuścić się takiego przestępstwa przez niszczenie, usuwanie, ukrywanie lub podrobienie dokumentów dotyczących

62 W. Wróbel: Przestępstwo nierzetelnego prowadzenia dokumentacji działalności gospodarczej, PS 1995, nr 7–8, s. 26 i nast.

działalności gospodarczej. Do zaistnienia przestępstwa wystarczy, jeśli sprawca podejmie jakiegokolwiek z tych czynności, o ile wiąże się ona z prowadzeniem dokumentacji przedsiębiorcy i pozostaje w związku przyczynowym z wyrządzoną szkodą majątkową. Niewątpliwie przestępstwo z art. 303 kk. ma charakter materialny znamieny skutkiem w postaci szkody majątkowej i może być popełnione umyślnie (zamiar bezpośredni lub ewentualny).⁶³ Szkada może dotyczyć także przedsiębiorcy, którego działalność gospodarczą sprawca w sposób nierzetelny dokumentuje. Należy zgodzić się z D. Czajką, iż w praktyce najczęściej nierzetelne dokumentowanie faktów ekonomiczno-prawnych jest funkcją innego podstawowego celu; dlatego też w takich przypadkach sprawca działa bądź w zamiarze ewentualnym, tzn. niszcząc, chowając, prowadząc dokumentację niezgodnie z prawdą, pragnie zabezpieczyć własny interes w postaci np. uzyskania kredytu (w tym tzw. kupieckiego), odroczenia upadłości, uniknięcia odpowiedzialności służbowej za złe wyniki finansowe, przy czym ma on świadomość, iż dokonując tego wypełnia dyspozycję art. 303 kk.

Szkoda majątkowa oznacza realny uszczerbek związany z nie prowadzeniem lub wadliwym prowadzeniem dokumentacji, zmniejszenie aktywów, zwiększenie pasywów, utraty spodziewanych korzyści. W przypadku, jeśli przestępstwo popełniono na szkodę przedsiębiorcy, którego działalność dotyczy dokumentacji, przedsiębiorca bądź menedżer podejmują decyzje na podstawie fałszywych danych. Skutki takiego postępowania będą miały bezpośredni wpływ na wartość ekonomiczno-prawną firmy, nierzadko doprowadzając ją do stanu niewypłacalności. Zdaniem D. Czajki pojęcie „prowadzenie dokumentacji” należy traktować bardzo szeroko. Zachodzi ono także wtedy, jeśli osoba odpowiedzialna za prowadzenie dokumentacji prawno-ekonomicznej firmy gubi podstawowe dowody: umowy, kontrakty, faktury. Wówczas w razie konfliktu interesów z dotychczasowym partnerem gospodarczym przegrywa się procesy cywilne.⁶⁴

Odpowiedzialność za przestępstwa z art. 303 kk. może ponosić zarówno osoba działająca w swoim imieniu, jak też osoba działająca w imieniu innych podmiotów. Sprawcą tych przestępstw mogą zatem być zarówno osoby, które dobrowolnie prowadzą dokumentację działalności gospodarczej w imieniu podmiotów zobowiązanych do jej prowadzenia, jak też osoby bezpośrednio zobowiązane do dokonywania czynności dokumentacyjnych. Dla bytu tych przestępstw nie ma bowiem znaczenia, czy chodzi o własną działalność gospodarczą, czy też działalność innych podmiotów.⁶⁵

63 W. Wróbel: w: Kodeks karny. Część ogólna, op. cit., s. 455, O. Górniok: Prawo karne gospodarcze, s. 76–77.

64 P. Czajka: op. cit., s. 214.

65 R. Zakrzewski: Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu w nowym kodeksie karnym, cz. II, M. Prawn. 1998, nr 1, s. 6.

W przypadku negatywnego wpływu działań nierzetelnie prowadzącego dokumentację na aktualnych bądź potencjalnych kontrahentów przedsiębiorców, należy wskazać na powszechną obecnie praktykę badania standingu finansowego i wypłacalności partnerów, z którymi zawiera się transakcje z odroczonym terminem płatności (kredyt kupiecki). Szczególnie duże niebezpieczeństwo powstania szkody majątkowej wskutek nierzetelnego prowadzenia dokumentacji istnieje w przypadku fuzji i podziałów przedsiębiorstw (np. tworzenie *joint venture*), co wymaga rzetelnej ich wyceny. Należy dodać, że kodeks spółek handlowych w wypadku przekształceń podmiotów gospodarczych wymaga sporządzenia opinii biegłych rewidentów (por. art. 502 § 1, 502 § 2, 538 § 1 ksh.). Przekształcenie takie, bowiem powoduje szereg poważnych skutków w sferze odpowiedzialności cywilnej i podatkowej. Jeśli opinia taka będzie oparta o nierzetelną dokumentację finansową, jej realna przydatność gwaranta prawidłowości przekształceń może być wątpliwa.

Istotną słabością przy ochronie przedsiębiorców przed skutkami działań sprawców nie prowadzących dokumentacji bądź prowadzących ją niedbale jest konieczność wykazania w procesie karnym adekwatnego związku między brakiem rzetelnie prowadzonej dokumentacji firmy a wystąpieniem określonej szkody z tego tytułu. Adekwatność takiego związku oznacza, zgodnie z prawem karnym, normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynika. O ile sam stopień zawinienia sprawcy, wiążący się z możliwością przewidywania skutków jego działań, jest kwestią subiektywną, o tyle udowodnieniu związku przyczynowego decydującą rolę odgrywa ocena na podstawie faktów obiektywnych i logicznie z siebie wynikających.⁶⁶ Jednakże nie często taki związek między działaniem sprawcy a szkodą przedsiębiorcy jest adekwatny (np. księgowy fałszuje dokumentację, za co przedsiębiorca jest ukarany grzywną), a najczęściej jest on trudny do wykrycia, w szczególności jeśli szkodę poniósł inny przedsiębiorca niż ten, na którego rzecz prowadzono w sposób nierzetelny dokumentację. Trudno jest bowiem udowodnić, jaką szkodę (w postaci utraconych korzyści) poniósł przedsiębiorca, wchodząc w związek gospodarczy z podmiotem o słabej sytuacji gospodarczej (finansowej), kierując się jego fałszywą bądź nierzetelną dokumentacją, bądź udzielając mu długoterminowego kredytu kupieckiego.

Na straży interesów słabszych podmiotów gry rynkowej ustanowiono zakaz lichwy, określony w art. 304 kk. Przepis ten stanowi, iż kto wykorzystując przymusowe położenie innej osoby fizycznej, prawnej albo jednostki gospodarczej nie mającej osobowości prawnej, zawiera z nią umowę, nakładając na nią obowiązek świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Przepis ten stanowi niewątpliwie konieczne uzupełnienie cywilistycznej reguły swobody zawierania umów (art. 353a kc.).

66 D. Czajka: op. cit., s. 215.

Celem regulacji art. 304 kk. jest eliminowanie z obrotu gospodarczego takich czynów, które w sposób bezwzględny wykorzystują przymusowe położenie innego kontrahenta. Jest to przestępstwo o charakterze powszechnym, które może popełnić każdy podmiot, nie tylko przedsiębiorca. Komentowany artykuł nie zawiera żadnych ograniczeń ani co do typu czy charakteru umowy, ani co do rodzaju świadczeń, które rozstrzyga.

Wystarczy więc, że jakakolwiek umowa nakłada na podmiot znajdujący się w przymusowym położeniu świadczenie niewspółmierne ze świadczeniem wzajemnym (nie musi to być niewspółmierność rażąca), bez względu na to, czy jest to świadczenie pewne czy też niepewne.⁶⁷ Klasycznym przykładem lichwy jest umowa pożyczki zastrzegająca dla pożyczkodawcy (wyzyskującego) odsetki, których wysokość przekracza granice wyznaczone przez zasady uczciwego obrotu.

W przedwojennym orzecznictwie⁶⁸ wskazywano, iż istotą przymusowego położenia jest niezbędność uzyskania świadczenia, mająca to położenie poprawić. Dla pokrzywdzonego przedsiębiorcy zawarcie niekorzystnej transakcji, to najczęściej jedyny sposób uniknięcia grożącej mu bezpośrednio dotkliwej szkody. Sąd Najwyższy wskazywał także, iż przymusowe położenie jest okolicznością obiektywną należąca do istoty przestępstwa lichwy i przyczyny powstania takiego stanu rzeczy są dla bytu tego przestępstwa obojętne, gdyż mogą być one również zawnione przez samego pokrzywdzonego. Jest to przestępstwo bezskutkowe, gdyż jego dokonanie następuje w momencie zawierania umowy, a nie jej realizacji. Popełnić można je tylko w zamiarze bezpośrednim, gdyż zwrot „wyzyskując przymusowe położenie” zakłada nie tylko świadomość przymusowego położenia potencjalnego kontrahenta, ale i chęć, a nie tylko godzenie się na korzystanie z tego położenia przez nałożenie na niego obowiązku niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym.⁶⁹ Celem sprawcy może być nie tylko korzyść majątkowa, lecz także np. zrujnowanie konkurenta.

Biorąc powyższe pod uwagę, należałoby stwierdzić, że teoretyczny zakres ochrony przyznawanej słabszym przedsiębiorcom przez ten przepis jest dość szeroki. W porównaniu z poprzednio analizowanymi przestępstwami dla zaistnienia lichwy obojętne jest powstanie szkody majątkowej jako skutku przestępstwa.

Jednakże w literaturze przedmiotu wskazuje się, że lichwa gospodarcza – jako przestępstwo – winna być kwalifikowana tylko w najistotniejszej postaci, kiedy bezpośrednio pokrzywdzony, zmuszony do sprzedaży cennego dobra po bardzo niskiej cenie, w ogólnym rezultacie nie zapobiega szkodzie, której niebezpieczeństwo zmusiło go do podporządkowania się żądaniom lichwiarza. Natomiast, jeśli

67 J. Majewski: w: Kodeks karny..., s. 460, O. Górniok: Prawo karne..., s. 79–80.

68 J. Majewski: *ibidem*, s. 461–462 i podana tam literatura.

69 O. Górniok: Prawo karne..., s. 80, J. Majewski: *ibidem*, s. 462–463.

czyn określony w art. 304 kk. nie powoduje, lecz wręcz zapobiega szkodzie (np. bankructwa), wówczas należy oceniać czyn lichwiarza w kategoriach legalnego nadzwyczajnego zysku lichwiarza.⁷⁰ Wskazuje się, iż mimo braku ustawowego wymogu „rażącej” niewspółmierności, nieadekwatność transakcji musi być oczywista, widoczna przy pobieżnej nawet analizie ekonomicznej dóbr będących przedmiotem czynu.

W praktyce gospodarczej bardzo często występuje konieczność szybkiego zbywania aktywów celem znalezienia środków obrotowych na zaspokojenie bieżących zobowiązań, takich jak wypłaty dla pracowników czy kupno surowców.

W rezultacie nierzadko szybka sprzedaż pod taką ekonomiczną i psychologiczną presją powoduje obniżenie wartości zbywanego majątku, nawet do 30–50% rynkowej wartości. Warto dodać, że wedle normy określającej dopuszczalne wahania cen przy tzw. szybkiej sprzedaży możliwe jest – zgodnie z kodeksowymi regulacjami licytacyjnymi – obniżenie ceny sprzedaży danego dobra majątkowego w przypadku ruchomości do 50%, a przy nieruchomości – do 2/3 ceny oszacowania.⁷¹ Przy ocenie niewspółmierności transakcyjnej należy brać pod uwagę rynkową, a nie bilansową wartość przedmiotu transakcji. Na motywy lichwy w stosunkach gospodarczych musimy patrzeć przez pryzmat wartości sprawiedliwej rozumianej w ujęciu formalnym jako wartość wyznaczoną w trakcie swobodnych negocjacji pomiędzy dysponującymi pełnym zakresem informacji stronami transakcji.⁷²

Kolejnym przepisem stojącym na straży prawidłowości zawierania transakcji w obrocie gospodarczym jest art. 305 kk., mający zapobiegać czynom udaremnienia lub utrudnienia przetargu publicznego. Stanowi on w § 1, iż „Kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny albo wchodzi w porozumienie z inną osobą działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.” Zgodnie z § 2 tej samej karze podlega ten, kto w związku z publicznym przetargiem rozpowszechnia informacje lub przemilcza istotne okoliczności mające znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu, albo wchodzi w porozumienie z inną osobą, działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany.

Przedmiotem ochrony przepisu art. 305 są interesy majątkowe właściciela mienia objętego przetargiem lub podmiotu, na rzecz którego przetarg jest organizowany. Mimo, że ochronie prawnej podlega także przetarg publiczny nie powiązany z

70 D. Czajka: op. cit, s. 221.

71 Ibidem, s. 220.

72 Ibidem, s. 83–85.

działalnością instytucji państwowych lub społecznych⁷³, to jednak oba te podmioty należy uznać za głównych beneficjentów tej ochrony. Z punktu widzenia niniejszej analizy należy stwierdzić, że istotą tego przestępstwa jest naruszenie reguł przetargu publicznego, jako instrumentu prawidłowego obrotu gospodarczego gwarantującego równość wszystkich uczestniczących w nim przedsiębiorców. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu ochrona postępowania przetargowego ma na celu przede wszystkim ochronę instytucji wymiaru sprawiedliwości lub ochronę działalności instytucji państwowych. Jej istotę oddaje orzeczenie Sądu Najwyższego z 15. lutego 1991 r.: „Przetarg jest sumą uporządkowanych czynności, których ostatecznym celem jest wybór nabywcy rzeczy w drodze zaproszenia do składania ofert, wskazując jednocześnie warunki przyjęcia oferty”.⁷⁴ Tak, więc celem przetargu jest wyodrębnienie tego kontrahenta, który ofiarowuje najkorzystniejsze warunki zawarcia umowy – najniższą lub najwyższą cenę lub najkorzystniejsze warunki lub terminy wykonywania umowy. Jednakże ochroną prawnokarną objęte są tylko przetargi publiczne, a więc regulowane przez prawo publiczne, łącznie z przepisami o charakterze publicznym wydawane przez organy samorządu⁷⁵ terytorialnego. Natomiast nadużycia w ramach przetargu prywatnego mogą podlegać sankcji karnej, jako oszustwo w oparciu o ogólny przepis art. 286 kk.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14. stycznia 1999 r. (V KKN 671/98) karalność przestępstwa udaremniania lub utrudniania przetargu publicznego obejmuje narażenie na niebezpieczeństwo interesów właściciela mienia objętego przetargiem, albo osoby lub instytucji, na rzecz których przetarg jest dokonywany.⁷⁶

Jeśli chodzi o działania sprawcy tego przestępstwa, to udaremnianie jest tożsame z uniemożliwianiem odbycia przetargu wszelkimi sposobami, np. zniechęcanie potencjalnych licytatorów, błędnej informacji o jego odwołaniu. Natomiast utrudnianie, to zakłócanie procedury przetargowej (przez działanie bądź zaniechanie) mające niekorzystny wpływ na możliwość osiągnięcia ekonomicznego celu przetargu. Z kolei „wejście w porozumienie” stanowi swoiste przestępstwo (niezależne od udaremniania i utrudniania) dokonywane w momencie wejścia w porozumienie i podjęcie konkretnych działań na szkodę właściciela mienia, albo osoby lub instytucji, na rzecz których przetarg jest organizowany. Przestępstwo to można popełnić tylko umyślnie w zamiarze bezpośrednim, gdyż zachowanie sprawcy musi być podjęte w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

73 W. Wróbel: op. cit., s. 465.

74 OSP 1992, z. 36, poz. 99c.

75 W. Wróbel: op. cit., s. 446.

76 Prok. i Pr. 1999, nr 6.

Jeśli chodzi o przepis § 2 art. 305 kk., to określone w nim przestępstwo można popełnić przez rozpowszechnienie, przemilczenie istotnych okoliczności (jeśli obowiązkowe jest ujawnienie) mających znaczenie dla zawarcia umowy objętej przetargiem, bądź wejście w porozumienie z inną osobą działając na szkodę właściciela mienia, bądź osoby lub instytucji, na rzecz której organizowany jest przetarg. To przestępstwo sprawca może popełnić tylko umyślnie, działając w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym. Oba typy wyżej wymienionych przestępstw ściga się na wniosek pokrzywdzonego, chyba że jest nim Skarb Państwa (art. 305 § 3 kk.).

Jak wynika z tej analizy, nie są objęte bezpośrednią i skuteczną ochroną prawnokarną interesy działających w dobrej wierze licytatorów wskutek opisanych wyżej działań sprawcy, jeśli nie udowodni się, że działali oni na szkodę właściciela mienia, bądź osoby czy instytucji, na rzecz których organizowany jest przetarg. Wymóg działania na szkodę tych podmiotów powoduje bezkarność nieuczciwych działań, naruszających równość szans uczestników przetargu.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu kluczem do opracowania optymalnej strategii konkurencji w ramach przetargu jest umiejętność prowadzenia rozkładu konkurencyjnych ofert, przy równych szansach polegających na nieznaności ofert rywali. Tego typu gra jest jednak w założeniu korupcyjogenna, gdyż potencjalni nabywcy – chcąc wygrać – unikając „przekleństwa zwycięzcy” (nabycie po cenie, które będzie źródłem konfliktów a nie zysków firmy), podejmują nieformalne działania (przede wszystkim w dziedzinie informacji i porozumień), aby poznać oferty innych licytatorów, bądź też w inny sposób obniżyć ich szanse. Jednakże w przypadku tzw. umów licytacyjnych, czyli porozumień dwóch lub więcej osób, co do wywarcia wpływu na przetarg publiczny przez obniżenie cen lub odsunięcie poważnych licytatorów, ich karalność zależy od wspomnianego wcześniej wymogu działania na szkodę właściciela mienia bądź podmiotów, na których rzecz urząda się przetarg. Do powstania przestępstwa nie jest konieczne, aby szkoda rzeczyciwista powstała, gdyż wystarczy, że mogła ona powstać wskutek danego działania.⁷⁷

Należy wskazać także na regulację art. 306 kk., który pod karą 3 lat pozbawienia wolności zabrania usuwania, podrabiania lub przerabiania znaków identyfikacyjnych, daty przydatności towaru lub urządzenia. W literaturze przedmiotu wskazuje się na fakt, iż przepis ten – jako jedyny w rozdziale zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu” – obejmuje bezpośrednio ochroną interesy konsumenta, obok ochrony zasad uczciwego obrotu gospodarczego. Tego typu przestępstwa zalicza się do grupy oszustw, zaś od oszustwa kredytowego (art. 297) i ubezpieczeniowego (art. 298) przestępstwo z art. 306 różni się stroną podmiotową, obejmującą obie odmiany umyślności. Nie wymaga się bowiem ustalenia, że

77 D. Czajka: op. cit., s. 231; O. Górniok: Prawo..., s. 85.

sprawca, podejmując swoje zabiegi, działał w celu wprowadzenia kogokolwiek w błąd, ani obejmował swoją świadomością możliwość takiego efektu.⁷⁸

Analizowane wcześniej przepisy dotyczyły ochrony prawidłowości zawierania transakcji w obrocie gospodarczym. Z kolei przepisy art. 300–302 kk. dostarczają prawnokarnej ochrony wierzytelności majątkowych uczestników obrotu gospodarczego. Dla potrzeb tej pracy przyjmujemy za Z. Radwańskim, iż „wierzytelność jest prawem podmiotowym względnym, kieruje się bowiem przeciwko indywidualnie oznaczonej osobie jaką jest dłużnik i tylko przez niego może być naruszone”.⁷⁹ Wierzytelnością jest w szczególności zawarcie umowy między przedsiębiorcami jako formy zobowiązania. Prawnokarna ochrona wierzytelności jest, więc następnym logicznym przejawem ingerencji państwa w cywilnoprawną regulację obrotu gospodarczego, mającą na celu zapewnienie drogą represji karnej jego prawidłowości. Treścią prawa wierzyciela wynikającego z wierzytelności jest uprawnienie do żądania określonego zachowania dłużnika, które przybierze postać świadczenia i skorelowany z nim obowiązek tego ostatniego do zadośćuczynienia jego żądaniu. Posłużenie się przez ustawodawcę znamieniem indywidualizującym wierzyciela i dłużnika powoduje, że odpowiedzialność za przestępstwa z art. 300–302 kk. może ponieść tylko osoba fizyczna mająca przymioty wymagane od podmiotów przestępstwa indywidualnego, z uwzględnieniem rozszerzenia odpowiedzialności na inne podmioty z art. 308 kk.⁸⁰

Określone w powołanych przepisach przestępstwa, to udaremnienie lub uszczuplenie zaspokojenia wierzycieli (art. 300 kk.), doprowadzenie do swej upadłości lub niewypłacalności (art. 301 kk.) i faworyzowanie niektórych oraz czynne i bierne łapownictwo wierzycieli (art. 302 kk.). Bez względu na to, czy za ich wspólny mianownik uznać kryterium przedmiotu ochrony wierzytelności,⁸¹ co wydaje się nie do końca poprawne (np. w przypadku art. 301 kk.), czy też podmiotowe kryterium sprawcy i pokrzywdzonego (dłużnik i wierzyciel), należy uznać, że regulacje te służą przede wszystkim skutecznej egzekucji wierzytelności. Zasadniczo poza zainteresowaniem prawa karnego pozostaje sądowe dochodzenie wierzytelności cywilnoprawnych (postępowanie rozpoznawcze). Tak, więc przedsiębiorca dochodzący swych roszczeń na drodze procesu cywilnego pozbawiony jest prawnokarnej ochrony przed działaniami nieuczciwego dłużnika przewlekającego, utrudniającego bądź wręcz udaremniającego w sposób zgodny z procedurą cywilną bądź też zabiegami nieformalnymi, uzyskanie sądowego orzeczenia w przedmiocie jego słusznych roszczeń.

78 O. Górniok: *Przestępstwa...*, s. 96–98.

79 Z. Radwański: *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 2, Warszawa 1997, s. 15.

80 M. Wiśniewski: *Prawnokarna ochrona wierzytelności majątkowych uczestników obrotu gospodarczego*, Kraków 2000, s. 23–24.

81 *Ibidem*, s. 24..

Kodeks postępowania cywilnego zawiera w art. 6 ustawy postulat szybkości postępowania. Artykuł ten stanowi, iż sąd powinien przeciwdziałać przewlekaniu postępowania i dążyć do tego, aby rozstrzygnięcie nastąpiło na pierwszym posiedzeniu, jeżeli jest to możliwe bez szkody dla wyjaśnienia sprawy.

Przepis ten jest niewątpliwie wyrazem akceptacji w prawie polskim art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie 04. listopada 1950 r. (Dz.U. Nr 61, poz. 284) stanowiący, iż „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą do rozstrzygania o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej”. Na podstawie tego przepisu Europejski Trybunał Praw Człowieka rozstrzyga stosunkowo liczne sprawy o odszkodowania za szkody poniesione przez stronę w procesie cywilnym.⁸²

Wypada dodać, że również procedura karna uznaje zasadę szybkości postępowania jako jeden z celów procesu karnego (art. 2 § 1 pkt. 4 kpk. z 1997 r.).⁸³

Regulacja art. 6 kpc. uprawnia do stwierdzenia, iż podobnie jak w procedurze karnej⁸⁴ możemy mówić o funkcji prakseologicznej norm procedury cywilnej polegającej na wykształceniu w jej obrębie tzw. norm celowościowych wskazujących najlepszą drogę prowadzącą do celu postępowania, a w szczególności szybkości uzyskiwania ochrony prawnej.

Jak podkreśla się w komentarzach do kpc. realizacji postulatu szybkości postępowania ma służyć w szczególności zasada koncentracji materiału procesowego, zaś przeciwstawianie przewlekaniu powinno następować w ramach kierownictwa formalnego i materialnego procesu.⁸⁵ Niewątpliwie realizacji funkcji prakseologicznej postępowania cywilnego w sprawach gospodarczych mają służyć jego uproszczenia w postaci zredukowanych trybów postępowania, czyli postępowanie nakazowe i upominawcze oraz postępowanie uproszczone.

Jednakże same kodeksowe możliwości przyśpieszenia postępowania nie zmieniają faktu, iż jego przebieg mogą zakłócić działania stron procesowych, prowadzące do jego niejako przysłowiowej przewlekłości. Wydaje się, że jedynym przepisem postępowania cywilnego, który mógłby przeciwdziałać bezprawnym praktykom, np. nieuczciwych dłużników jest art. 3 kpc. Przepis ten statuuje obecnie zasadę prawdy przez wskazanie, iż strony i uczestnicy postępowania obo-

82 Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz pod redakcją K. Piaseckiego, Tom I. Wydanie 3. C.H. BECK Warszawa 2001 r., s. 104 i podane tam orzecznictwo Trybunału.

83 Por. np. C. Kulesza: Zasada szybkości w postępowaniu karnym skarbowym, Prokuratura i Prawo 2001, nr 1, s. 22–37.

84 Por. np. St. Waltoś: Proces karny. Zarys systemu. Warszawa 1995. Wydawnictwo Prawnicze PWN, s. 18.

85 Kodeks postępowania cywilnego, op. cit. s. 104–107.

wiązane są dawać wyjaśnienia, co do okoliczności sprawy, zgodnie z prawdą i bez zatajania czegokolwiek oraz przedstawiać dowody. W brzmieniu obowiązującym do 30. czerwca 1996 r. regulacja ta w § 2 nakazywała sądowi obowiązek dochodzenia z urzędu do prawdy obiektywnej. Jego nowe brzmienie ustalone przez ustawę z dnia 01. marca 1996 r. (która weszła w życie 01. lipca 1996 r.) o zmianie kodeksu postępowania cywilnego... (Dz.U. Nr 43 poz. 189) skreślającą m.in. § 2 w art. 3 i zmianie art. 232 kpc. zdjęło z sądu obowiązek działania z urzędu i dochodzenia do prawdy obiektywnej⁸⁶ także w sprawach gospodarczych. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 07. października 1998 r. (II UKN 244/98):” Od 01. lipca 1996 r. wskutek zmiany treści art. 232 kpc. oraz skreślenia § 2 w art. 3 kpc. nastąpiło zniesienie zasady odpowiedzialności sądu za wynik postępowania dowodowego”.⁸⁷

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, z problemem zakazu kłamstwa procesowego wiąże się zakaz zmywy stron w procesie i zakaz procesów fikcyjnych⁸⁸. Jednakże przepis art. 3 kpc. w obecnym brzmieniu nie wprowadza żadnej sankcji. Wśród nielicznych przejawów reakcji kpc. na kłamstwo procesowe należy wskazać na chroniący interesy Skarbu Państwa art. 120 § 3 dotyczący grzywny w zakresie zwolnienia od kosztów sądowych, gdy strona uzyskała zwolnienie na podstawie podania świadomie nieprawdziwych okoliczności. Ponadto art. 252 i 253 przewidują grzywnę w wypadku bezpodstawnego zarzutu fałszu dokumentu. Kłamstwo strony może mieć, stosownie do reguł art. 233 § 1 kpc. wpływ na ocenę dowodu z przesłuchania strony. Natomiast fałszywe, niezgodne z prawdą, kłamliwe wyjaśnienia strony nie podpadają pod przepis art. 233 kk., chyba że złożyła przyrzeczenie jako strona w procesie (art. 299 i nast. kpc.).⁸⁹ Nie stanowi wystarczających gwarancji prawdziwości rozstrzygnięć i ich zgody ze stanem faktycznym regulacja obowiązującego systemu postępowania cywilnego, iż przyznanie okoliczności faktycznych nie powinno być wynikiem kłamstwa (art. 229 kpc.).

Podsumowując powyższe rozważania, można wysnuć ogólną tezę, iż zarówno sprawny przebieg postępowania cywilnego, jak i prawidłowość kończących je rozstrzygnięć pozbawione są zasadniczo ochrony prawa karnego. Odnosząc się do kwestii pozbawienia tej ochrony słusznych roszczeń cywilnych przedsiębiorcy należy wskazać, iż nie potrzebują jej w procesie uprzywilejowane podmioty jak banki i Skarb Państwa.

Jak podkreślano we wcześniejszych komentarzach do orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16. maja 1995 r. (K 12/93) Trybunał jedynie częściowo

86 Por. Kodeks postępowania cywilnego..., s. 97–99.

87 OSNAP 1999, nr 20, poz. 662.

88 W. Siedlecki: Proces fikcyjny, PiP 1955, Nr 2, s. 212.

89 Kodeks postępowania cywilnego..., s. 97.

uwzględnił wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich o stwierdzenie niezgodności z poprzednią konstytucją zaskarżonych w nim przywilejów banków. Uznał mianowicie, że tylko art. 53 ust. 2 poprzedniego prawa bankowego: „w zakresie w jakim nadaje moc tytułów wykonawczych bez potrzeby uzyskiwania sądowych klauzul wykonalności dokumentom w tym przepisie wymienionym w odniesieniu do roszczeń banku wynikających z wierzytelności nabytych przezeń na podstawie czynności prawnych z dotychczasowym wierzycielem nie będącym bankiem z pominięciem zgody dłużnika na egzekwowanie należności w trybie przewidzianym w powyższym przepisie – naruszając zasadę zaufania obywateli do państwa i stanowionego prawa przez nadmierną ingerencję w zasadę stabilności stosunków umownych – jest niezgodny z zasadą demokratycznego państwa prawnego ustanowionego przez art. 1 przepisów konstytucyjnych”.⁹⁰ Natomiast za zgodne z poprzednią konstytucją Trybunał Konstytucyjny uznał przyznanie bankom prawa do dokonywania potrąceń swoich wierzytelności z zobowiązań klientów przed terminem ich płatności oraz wyposażenie dokumentów bankowych w moc prawną dokumentów urzędowych. W literaturze słusznie poddaje się to orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego krytyce jako akceptujące instytucje z systemu nakazowo-rozdzielczego przeniesione do systemu państwa demokratycznego i gospodarki rynkowej. Wskazuje się, że uprawnienie banków do wystawiania bankowych tytułów egzekucyjnych jest sprzeczne z zasadą sądowego wymiaru sprawiedliwości przewidzianą wyraźnie przez Konstytucję z 1997 r. oraz akty prawa międzynarodowego. Sprzeczne z Konstytucją jest także nowe prawo bankowe – ustawa z 29. sierpnia 1997 r. (Dz.U. Nr 140 poz. 939 z późn. zm.), w którym zachowano dotychczasowe przywileje bankowe – z tą tylko zmianą, że prawo do wystawiania przez banki tytułów wykonawczych zastąpiono prawem do wystawiania bankowych tytułów egzekucyjnych.⁹¹

Tak więc banki (także komercyjne) nie muszą przechodzić długiej i skomplikowanej drogi procesu cywilnego, chociaż są przedsiębiorstwami handlowymi, których motorem jest dążenie do maksymalizacji zysków. Nie uzasadnia nadania takich szczególnych kompetencji w sferze dochodzenia roszczeń bankom fakt, iż odróżnia je od innych przedsiębiorstw możliwość wykorzystywania w ich działalności gospodarczej cudzych kapitałów, powierzonych bankom przez różne podmioty na przechowanie. Niebezpieczeństwo sprzeniewierzenia lub złego inwestowania pieniędzy depozytariuszy przez banki nie uzasadnia przyznania im szczególnych uprawnień, lecz przeciwnie – uzasadnione jest sprawowanie przez władze publiczne nadzoru nad tymi instytucjami.⁹²

90 OTK 1995, cz. I, poz. 14.

91 A. Janiak: Nietrafność i nieaktualność orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16. maja 1995 r. o zgodności przywilejów bankowych z Konstytucją, PS 2001, Nr 5, s. 19–30.

92 Tamże, s. 22.

Warto również wskazać na uprzywilejowanie roszczeń ZUS w stosunku do przedsiębiorców. Zgodnie z nie obowiązującym już rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 16. lutego 1989 r. (Dz.U. Nr 6 poz. 40) w sprawie rozciągnięcia przepisów ustawy z dnia 19. grudnia 1980 r. o zobowiązaniach podatkowych (Dz.U. Nr 27 poz. 111 z późn. zm. – utraciła moc w związku z wejściem w życie Ordynacji podatkowej z 1997 r.) przepisy tej ustawy były stosowane do należności ZUS z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne i składki na zaopatrzenie emerytalne (§ 1 pkt. 12 rozporządzenia). Ujmując rzecz najprościej, należności z tytułu składek na ZUS były egzekwowane jak podatki.

Jak podkreślał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z 15. września 1993 r. (II UZP 15/93)⁹³ zgodnie z art. 35 poprzedniej ustawy z dnia 25. listopada 1986 r. o organizacji i finansowaniu ubezpieczeń społecznych (Dz.U. Nr 25, poz. 137 z późn. zm.) składki na ubezpieczenia społeczne oraz należności z tytułu odsetek i dodatkowych opłat nie opłacane w terminie podlegały ściągnięciu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Art. 36 tejże ustawy dopuszczał także możliwość stosowania tych samych zasad do składek na ubezpieczenie społeczne osób nie będących pracownikami.

W tej dziedzinie wypada wskazać na ewolucję orzecznictwa SN odnośnie odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. za jej zobowiązania w oparciu o przepis art. 298 poprzednio obowiązującego kodeksu handlowego. W uchwale Sądu Najwyższego z 12. czerwca 1991 r. (III CZP 46/91) stwierdzono: „Niedopuszczalna jest droga sądowa w sprawie powództwa Skarbu Państwa (urzędu skarbowego) przeciwko członkom zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością o zapłatę określonej kwoty pieniężnej z tytułu zobowiązania podatkowego obciążającego tę spółkę w związku z prowadzoną przez nią działalnością gospodarczą w wypadku, gdy egzekucja prowadzona przeciwko spółce okazała się bezskuteczna”.⁹⁴ Zasadę tę przenoszono także na należności ZUS uznając, iż odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o. za zobowiązania wobec tej instytucji nie wymaga przeprowadzenia postępowania sądowego, lecz wystarcza tu wydanie decyzji administracyjnej.

Od tej zasady odstąpił Sąd Najwyższy w powołanej wcześniej uchwale siedmiu sędziów z 15. września 1993 r. (II UZP 15/93), w której stwierdzono: „Droga sądowa jest dopuszczalna do dochodzenia należności z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne od członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 298 kh.” (tak również w uchwale z 19. stycznia 1993 r., III CZP 162/92).⁹⁵

93 OSNC 1994, Nr 3 poz. 48.

94 OSNC 1992, Nr 3 poz. 38.

95 OSNC 1993 nr 6 poz. 103.

Na korzystne nastawienie wobec członków zarządu spółek – dłużników ZUS może wskazywać także uchwała Sądu Najwyższego z 19. sierpnia 1993 r., z której wynikało, iż: „W razie bezskuteczności egzekucji prowadzonej na podstawie tytułu wykonawczego wydanego przeciwko spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 298 § 1 kh.), nie jest dopuszczalne nadanie klauzuli wykonalności przeciwko członkom zarządu tej spółki na podstawie art. 788 § 1 kpc.”⁹⁶

Jednakże większość orzecznictwa Sądu Najwyższego skłaniała się w kierunku wzmoczonej ochrony interesów Skarbu Państwa kosztem ochrony praw członków zarządu niewypłacalnej spółki. Przykładowo: w wyroku z 07. maja 1999 r. (I CKN 1147/97) sąd ten przyjął, iż: „Jeżeli członkowie zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością odpowiadają za jej zobowiązania podatkowe na podstawie art. 298 kh., wydanie decyzji o umorzeniu tych zobowiązań nie pociąga za sobą wygaśnięcia odpowiedzialności członków zarządu”.⁹⁷ Tezę tę uzasadniają także: wyroki SN z 29. kwietnia 1998 r. I CKN 654/97 i 06. czerwca 1997 r., III CKN 65/97.⁹⁸

Wszystko to wskazuje na wzmoczoną, w porównaniu z wierzytelnościami przedsiębiorców, ochronę należności publicznoprawnych i ZUS, których dochodzenie jest szybsze i pewniejsze niż droga „zwykłego” procesu cywilnego. Być może dlatego ustawodawca uznał za stosowne objęcie ochroną prawnokarną praw wierzycieli właśnie w sferze ich egzekucji.

W swojej klasyfikacji O. Górniok przyjęła, iż przestępstwa na szkodę wierzycieli objęte są zakresem przede wszystkim art. 300–301 kk.⁹⁹ Art. 300 § 1 kk. przewiduje karę pozbawienia wolności do lat 3 dla sprawcy, który w razie grożącej mu niewypłacalności lub upadłości udaremnia lub uszczupla zaspokojenie swojego wierzyciela przez to, że usuwa, ukrywa, zbywa, darowuje, niszczy, rzeczywiście lub pozornie obciąża albo uszkadza składniki swojego majątku. Z kolei § 2 art. 300 kk. penalizuje karą od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności sprawcę działającego w celu udaremnienia wykonania orzeczenia sądu lub innego organu państwowego przez udaremnianie lub uszczuplanie zaspokajania swojego wierzyciela w drodze usuwania, ukrywania, zbywania, darowywania, niszczenia, rzeczywistego lub pozornego obciążania lub uszkadzania składników swojego majątku zajętych lub zagrożonych zajęciem.

W przypadku, jeśli czyn określony w § 1 wyrządził szkodę wielu wierzycielom, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat.

Kolejnym przestępstwem zaliczanym przez O. Górniok do przestępstw na szkodę wierzycieli jest przestępstwo pozornego bankructwa, określone w art. 301

96 OSNC 1994, nr 2 poz. 35.

97 OSP 2000, nr 4 poz. 65.

98 OSNC 1997, nr 11, poz. 181.

99 O. Górniok: *Przestępstwa gospodarcze...*, s. 56–74.

kk. Zgodnie z § 1 art. 301 kk. karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat podlega sprawca będący dłużnikiem kilku wierzycieli, który udaremnia lub ogranicza zaspokojenie ich należności przez to, że tworzy w oparciu o przepisy prawa nową jednostkę gospodarczą i przenosi na nią składniki swojego majątku. Paragraf 2 art. 301 kk. stanowi, iż takiej samej karze podlega dłużnik kilku wierzycieli, który doprowadza do swojej upadłości lub niewypłacalności. Niejako uprzywilejowany typ przestępstwa pozornego bankructwa określa § 3 art. 301 kk. stanowiący, iż kto będąc dłużnikiem kilku wierzycieli w sposób lekkomyślny doprowadza do swojej upadłości lub niewypłacalności, w szczególności przez trwonienie części składowych majątku, zaciąganie zobowiązań lub zawieranie transakcji, oczywiście sprzecznych z zasadami gospodarowania, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2.

Powyższe przestępstwa można niewątpliwie zaliczyć do przestępstw przeciwko wierzycielom w znaczeniu ścisłym (*sensu stricto*), gdyż ich sprawcą może być dłużnik bądź osoba zajmująca się jego sprawami majątkowymi, zaś pokrzywdzonymi są wierzyciele. Jednakże w szerszym zakresie (*sensu largo*) do kategorii tej można zaliczyć także przestępstwo faworyzowania wierzycieli oraz ich przekupstwo i sprzedajność, określone w art. 302 kk. Przepis ten w § 1 stanowi, iż kto w razie grożącej mu niewypłacalności lub upadłości, nie mogąc zaspokoić wszystkich wierzycieli, spłaca lub zabezpiecza tylko niektórych, czym działa na szkodę pozostałych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Natomiast § 2 art. 302 nakazuje karać karą pozbawienia wolności do lat 3 sprawcę, który wierzycielowi udziela lub obiecuje udzielić korzyści majątkowej za działanie na szkodę innych wierzycieli w związku z postępowaniem upadłościowym lub zmierzającym do zapobiegnięcia upadłości. Tej samej karze podlega wierzyciel, który w związku z określonym w § 2 postępowaniem przyjmuje korzyść za działanie na szkodę innych wierzycieli, albo takiej korzyści żąda.

Tak więc o ile sprawcami przestępstwa określonego w art. 302 § 1 kk. mogą być te same kategorie osób jak określone w art. 300 i 301 (dłużnik lub osoba zajmująca się jego sprawami majątkowymi), o tyle sprawcami czynów zabronionych określonych w art. 302 § 2 i § 3 mogą być także nieuczciwi wierzyciele. Niewątpliwie jednak wspólnym elementem podmiotowym wszystkich przestępstw określonych w art. 300–302 kk. jest pokrzywdzony wierzyciel.

Do wspólnych elementów zarówno przestępstwa udaremnienia dochodzenia roszczeń z art. 300 kk., jak i pozornego bankructwa z art. 301 kk. należy operowanie pojęciami dłużnik, wierzyciel, upadłość, niewypłacalność, a także udarmnianie lub uszczuplanie czy też ograniczanie. Literalna wykładnia tych przepisów wskazuje na to, iż w roli sprawcy występuje dłużnik, a pokrzywdzonym jest wierzyciel, czyli strony stosunku zobowiązaniowego określone w art. 353 kc. Jednakże w lite-

raturze wskazuje się także, iż przedmiotem ochrony powyższych przepisów są także ponadindywidualne interesy społeczne zagrożone następstwami upadłości firm¹⁰⁰.

Odnosnie ograniczenia kręgu sprawców i ofiar tych przestępstw do wierzycieli i dłużników warto wskazać na kontrowersje w orzecznictwie sądowym i literaturze. W wyroku z dnia 05. stycznia 2000 r. (V KKN 192/99) Sąd Najwyższy stwierdza: „Ustawodawca w przepisie art. 300 § 2 kk. przez użycie słów „swojego wierzyciela” i „składniki swego majątku” ograniczył podmiotowo odpowiedzialność tylko do dłużnika. Wniosek sądu odwoławczego, iż działanie osób nie będących dłużnikami, a zmierzające do udaremnienia egzekucji, nie są przez ustawodawcę spenalizowane, jest błędny. W art. 308 kk. ustawodawca rozszerzył podmiotowo krąg osób, które mogą odpowiadać karnie za przestępstwa ujęte w rozdziale XXXVI kk. „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”. Osoby te mogą odpowiadać tak samo jak wierzyciele lub dłużnicy (nie będąc nimi), jeżeli prawnie lub faktycznie zajmowały się sprawami majątkowymi innej osoby. Przytoczony przepis wskazuje, że ustawodawca nie ograniczył odpowiedzialności z art. 300 § 2 kk. wyłącznie do osoby dłużnika, ale objął odpowiedzialnością te osoby, które nie będąc dłużnikami, zajmują się prowadzeniem spraw majątkowych dłużników”.¹⁰¹

Wątpliwości dotyczyły również tego, czy sprawcą przestępstw na szkodę wierzycieli może być każdy dłużnik w rozumieniu prawa cywilnego, czy też tylko dłużnik będący przedsiębiorcą.¹⁰²

Za rozszerzeniem wykładni dłużnika w rozumieniu tych przepisów na podmioty nie będące przedsiębiorcami opowiedział się ostatecznie Sąd Najwyższy w uchwale z 20. listopada 2000 r. (I KZP 31/00): „Zagrożonym niewypłacalnością w rozumieniu art. 300 § 1 kk. może być każdy dłużnik podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą”.¹⁰³

Jeśli chodzi o treść pojęć „upadłość” i „niewypłacalność” występujące w trzech przestępstwach z omawianej grupy (art. 300 § 1 i 2 oraz 302 kk.), to nie budzi ona zasadniczych trudności interpretacyjnych jako określone przez przepisy prawa upadłościowego. Zgodnie z poprzednio obowiązującym rozporządzeniem Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24. października 1934 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U Nr 118 poz. 512 z późn. zm) przedsiębiorca, który zaprzestał płacenia długów będzie uznany za upadłego (art. 1); natomiast nie jest podstawą ogłoszenia

100 O. Górniok: *Przestępstwa...*, s. 58–60; S. Wiśniewski: *Prawnokarna ochrona...*, s. 26.

101 Prok. i Pr. 2000, Nr 6, s. 6; por. także M. Wiśniewski: *Prawnokarna ochrona...*, s. 27; O. Górniok: *Przestępstwa...*, s. 63–64.

102 O. Górniok: *Przestępstwa...*, s. 60–61 i podana tam literatura; M. Wiśniewski: *op. cit.*, s. 28–30; Por. także M. Marszałek: *Prawnokarne aspekty upadłości*, Prok. i Pr. 2000, Nr 4, s. 27; T. Oczkowski: *Przestępstwa na szkodę wierzycieli*, M. Prawn. 1999, Nr 11, s. 21.

103 OSNKW 2001, nr 1–2, poz. 3.

upadłości krótkotrwałe wstrzymanie długów wskutek przejściowych trudności (art. 2 prawa upadłościowego z 1934 r.).

Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 18. października 2001 r. (III CZP 56/01): „Sąd gospodarczy właściwy do prowadzenia postępowania upadłościowego może orzec o sankcji przewidzianej w art. 17² § 1 prawa upadłościowego także wówczas, kiedy nie została ogłoszona upadłość przedsiębiorcy”.¹⁰⁴

Natomiast niewypłacalność, w odróżnieniu od prawnego pojęcia upadłości jest faktem polegającym na niemożności płacenia długów (co odróżniać należy od chwilowego wstrzymania wypłat wskutek braku gotówki), która może wynikać bądź to z przerostu pasywów nad aktywami, bądź też niemożności upłynnienia majątku dla pokrycia zadłużenia.¹⁰⁵ Tak więc niewypłacalność jako kategoria ekonomiczna wiąże się z niemożnością zaspokojenia praw wierzycieli w terminach ich wymagalności i absorbuje dwa stany faktyczne: niedobór majątkowy lub utratę płynności finansowej.¹⁰⁶

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, stany odpowiadające niewypłacalności i upadłości, jako znamiona okoliczności czynu nie muszą wystąpić, gdyż dla bytu zawierających je przestępstw wystarczy, ażeby ich nastąpienie groziło (por. art. 300 § 1 i art. 302 § 1 kk.).¹⁰⁷ W zależności od sytuacji można stawiać dłużnikowi zarzut popełnienia tych przestępstw, albo wtedy, gdy nastąpiło bezpośrednie niebezpieczeństwo niewypłacalności lub upadłości, albo też wystarczająca będzie realność groźby takiego stanu, choć niekoniecznie jego wystąpienie grozić będzie nieuchronnie, czy też związane będzie z wysokim prawdopodobieństwem ziszczenia się.¹⁰⁸

Kolejnym wspólnym elementem w każdym z typów przestępstw tej grupy jest zachowanie sprawcy prowadzące do udaremnienia lub uszczuplenia zaspokojenia wierzycieli, bądź zagrażające takim skutkiem, mimo że nie w każdym z nich znalazło to wyraz w znamionach czynnościowych.¹⁰⁹ Do tych ostatnich należą bowiem tylko przestępstwa określone w art. 300 § 1–3 oraz 301 §1 kk. Jednakże prawno-karna ochrona wierzycieli przed takim efektem stanowi *ratio legis* pozostałych przestępstw tej grupy.

Przechodząc do skrótovej analizy poszczególnych przepisów należy wskazać, iż zachowanie się sprawcy przestępstwa określonego w art. 300 § 1 kk. prowadzące do skutku w postaci „udaremnienia lub uszczuplenia zaspokojenia swoje-

104 Biul.SN 2001, nr 10, poz. 8.

105 O. Górniok: *Przestępstwa...*, s. 65 i podana tam literatura; M. Wiśniewski: *Prawnokarna ochrona...*, s. 31–35.

106 D. Czajka: *Przestępstwa menedżerskie...*, s. 163–165.

107 O. Górniok: *Przestępstwa...*, s. 66.

108 M. Wiśniewski: *op. cit.*, s. 35.

109 O. Górniok: *Przestępstwa...*, s. 66

go wierzyciela” może przybrać różne formy wymienione w tym przepisie, polegające na usunięciu, ukryciu, zbyciu, darowaniu, zniszczeniu, rzeczywistym lub pozornym obciążeniu albo uszkodzeniu składników swojego majątku. Wyliczenie to należy uznać za taksatywne, więc inne zachowania dłużnika nie wypełniają znamion czynu zabronionego określonego w tym przepisie. Uwagę tę należy odnieść także do przestępstw określonych w art. 300 § 2 i 3 kk.¹¹⁰

Powyższe czynności w zasadzie nie wymagają szerszego komentarza np. nie jest istotne, czy zbycie przez dłużnika określonego prawa łączy się jego nabycie przez osobę trzecią czy też nie, obojętne są również sposób i forma zbywania przez dłużnika składników swojego majątku.¹¹¹ Ważnym jest jednak to, aby skutkiem tych działań było udaremnienie lub uszczuplenie zaspokojenia wierzyciela (por. wyrok Sądu Najwyższego z 18. października 1999 r., II KKN 230/99).¹¹²

Typ czynu zabronionego określony w art. 300 § 1 ma charakter umyślny i może być popełniony zarówno w formie zamiaru bezpośredniego jak i ewentualnego.¹¹³

Natomiast przestępstwo określone w § 2 art. 300 należy do przestępstw kierunkowych, to znaczy ustawa wymaga, aby celem działania sprawcy było udaremnienie wykonania orzeczenia sądu lub innego organu państwowego. W literaturze przedmiotu wśród orzeczeń objętych ochroną tego przepisu wymienia się (poza orzeczeniami sądowymi wydawanymi w postępowaniu rozpoznawczym, zabezpieczającym czy upadłościowym) także orzeczenia organu samorządowego, skarbowego i ZUS.¹¹⁴ Jednakże udaremnienie egzekucji jest przestępstwem ze skutkiem materialnym, a więc bezpośrednią konsekwencją konkretnego działania musi być udaremnienie lub uszczuplenie praw majątkowych wierzycieli.

Art. 300 § 3 kk. wprowadza kwalifikowaną postać przestępstwa z § 1 tego artykułu, nakazując karać surowszą karą sprawcę, który wyrządzi szkodę wielu wierzycielom. Biorąc pod uwagę ciężar oceny karygodności zachowań dłużnika na ilości pokrzywdzonych wierzycieli, nie należy zapominać, że równie karygodny jak udaremnienie lub uszczuplenie dochodzenia swoich roszczeń nawet kilkunastu wierzycielom obejmujących łącznie stosunkowo niewysoką kwotę jest ten sam czyn popełniony względem choćby kilku wierzycieli, w efekcie powodujący jednak niewspółmiernie wysokie straty, w szczególności skutkujący bankructwem przedsiębiorstw i utratą wielu miejsc pracy. Dlatego też należy zgodzić się z postulatami,

110 J. Majewski: w: Kodeks..., op. cit., s. 376–377.

111 Tamże, s. 380–381.

112 Prok. i Pr. 2000, nr 2, s. 8.

113 J. Majewski: op. cit., s. 399; D. Czajka: s. 167–168; M. Wiśniewski: w: Prawnokarna ochrona..., s. 45–46; O. Górniok: s. 74–75.

114 J. Majewski: w: Kodeks..., s. 400–401; D. Czajka: op. cit., s. 17.

iż bardziej korzystnym i operatywnym znamieniem tego przestępstwa byłoby określenie zobowiązań spoczywających na dłużniku, które wskutek przestępstwa doznają uszczuplenia, niż wskazywanie jako cechy kwalifikującej wielość wierzycieli.¹¹⁵ Jednakże obecne brzmienie art. 300 § 3 kk. nie pozostawia wątpliwości, iż użycie zwrotu „wielu wierzycieli” oznacza więcej niż kilku, a więc co najmniej kilkunastu.¹¹⁶

Przestępstwo określone w art. 300 § 1 kk. jest przestępstwem publicznoskargowym, ściganym na wniosek pokrzywdzonego wierzyciela. Jeśli pokrzywdzonym jest Skarb Państwa, ściganie następuje z urzędu. Natomiast przestępstwa określone w art. 300 § 2 i 3 kk. należą do kategorii przestępstw publicznoskargowych, ściganych z urzędu.

Jeśli chodzi o art. 301 kk., to wprowadza on następujące typy czynu zabronionego: udaremnienie lub ograniczenie zaspokojenia należności swoich wierzycieli poprzez utworzenie w oparciu o przepisy prawa nowej jednostki gospodarczej i przeniesienie na nią składników swojego majątku (§ 1), umyślne doprowadzenie do swojej upadłości lub niewypłacalności (§ 2), doprowadzenie do swojej upadłości lub niewypłacalności w sposób lekkomyślny (§ 3). Jak wskazuje się w literaturze, art. 301 § 1 kk. kryminalizuje szczególną postać zjawiska, jakie niektóre inne przejawy karalne są z mocy przepisów art. 300 § 1 i 3, a więc spełnia taką samą funkcję, chroni to samo dobro, w ten sam sposób i w takim samym zakresie jak typy czynu zabronionego przewidziane w tych, analizowanych wcześniej, przepisach.¹¹⁷ Przepis art. 301 § 1 kk. ma niewątpliwie zapobiegać często występującym w praktyce gospodarczej przypadkom, kiedy dłużnicy tworzą nowy podmiot gospodarczy – po to tylko, aby móc dokonać za pomocą stosownych czynności prawnych korzystnej z ich punktu widzenia restrukturyzacji z zamiarem transferu aktywów majątkowych poza poziom zadłużonego przedsiębiorstwa, ewentualnie określonego kompleksu majątkowego.¹¹⁸ Najczęściej chodzić tu będzie o przenoszenie wartości majątkowych z jednej kontrolowanej przez dłużnika jednostki gospodarczej, „starej”, z której długami związane są roszczenia wierzycieli, na „nową” wolną od długów, również znajdującą się pod jego faktyczną kontrolą, niezależnie od formalnych stosunków własnościowych. Jednakże przepis ten nie obejmuje większości sytuacji, które można nazwać oszukańczym transferem majątku, opisanych w literaturze przedmiotu; w szczególności w zakresie stosowania tego przepisu nie mie-

115 M. Wiśniewski: w: *Prawnokarna ochrona...*, s. 41–42.

116 Tamże, s. 42–43 i podana tam literatura.

117 J. Majewski: w: *Kodeks...*, s. 409.

118 D. Czajka: *op. cit.*, s. 173–174.

ści się nawet wykorzystanie przez dłużnika do oszukańczych machinacji już istniejącej jednostki gospodarczej.¹¹⁹

Za przestępstwo określone w art. 301 § 1 kk. odpowiadać może tylko dłużnik, który z pełną świadomością dokonał określonego czynu, tj. stworzył nową jednostkę gospodarczą po to, by przenieść na nią składniki majątkowe zadłużonego przedsiębiorstwa.

Jak wskazywano na tle poprzedniej ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, dla przyjęcia odpowiedzialności dłużnika (z art. 7 § 1 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego) niezbędne było wykazanie, że swą wolą sprawcą obejmował jednocześnie oba znamiona, tj. chciał stworzyć podmiot gospodarczy w celu wykorzystania go do przeniesienia składników swego majątku ze szkodą dla kilku wierzycieli, albo godził się na to. Nie jest natomiast konieczne, aby dłużnik obu czynności dokonał jednocześnie. Można więc jednostkę gospodarczą utworzyć istotnie wcześniej, jeśli tylko w momencie jej tworzenia sprawca posiadał ów zamiar. Można by rozważyć sytuację, w której naprzód zostało dokonane owo przeniesienie mienia, a dopiero później utworzona została jednostka. Chodzi tu o sytuację rozporządzenia mieniem pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu, ewentualnie w postaci zawarcia umowy przedwstępnej w formie przewidzianej dla umowy docelowej (tworzącej podmiot gospodarczy). Przepis ten określa przestępstwo materialne, stąd dokonanie dochodzi do skutku z chwilą udaremnienia lub ograniczenia zaspokojenia roszczeń wierzycieli.¹²⁰

Powyższe uwagi nie zmieniają faktu, iż w aspekcie praktycznym zawężenie pola przestępnego działania do konstrukcji wyrażonej w przepisie art. 301 § 1 kk. powoduje, że bardzo trudno będzie ustalić przy powstaniu określonych podmiotów gospodarczych, że zostały utworzone tylko po to, by do nich przenieść określone składniki majątkowe. Dlatego też prokuratorzy i sądy winni ustalać związek przyczynowo–skutkowy w możliwie krótkim czasie, w którym nastąpiły działania określone rodzajowo w tym przepisie (utworzenie jednostki gospodarczej oraz przeniesienie składników majątkowych), a także powinni określić tożsamość osoby, która uczestniczy w relacjach ekonomiczno–prawnych między tymi dwoma podmiotami (personalna identyczność interesu). W rzeczywistości tego typu działania, nieekwiwalentne z punktu widzenia ekonomicznego, występują w ramach struktury holdinowej, zaś ich najczęstszą formą jest wnoszenie aportu do nowo powstałej spółki.¹²¹

Przestępstwo to można popełnić umyślnie, z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym.

119 J. Majewski: w: Kodeks..., s. 410.

120 Z. Ziobro: Przestępstwa na szkodę wierzyciela – kontrowersje interpretacyjne, Prok. i Pr. 1996, nr 10, s. 31.

121 D. Czajka: Przestępstwa..., s. 175–176.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, w dwóch odmianach doprowadzenia do swojej niewypłacalności lub upadłości (art. 301 § 1 i 2 kk.) zwanych na tle d.kk. z 1932 r. „pogarszaniem swego stanu majątkowego” prowadzącym do takich następstw, nie wskazano bezpośrednio ani skutku w postaci udaremnienia lub uszczuplenia zaspokojenia wierzycieli, ani wyrządzonej lub grożącej wierzycielowi szkody. Wniosek, iż takie zagrożenie legło u podstaw ujętego w tych typach działania sprawcy, wyprowadzać należy – zdaniem O. Górniok – przede wszystkim z określenia jego podmiotu jako dłużnika kilku wierzycieli. Dlatego też przepisy te mogą stanowić podstawę ukarania za tzw. oszukańcze bankructwa, w których udowodnienie korzyści majątkowej, jako celu działania sprawcy oraz świadomego doprowadzenia swoich wierzycieli do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, jest niezmiernie trudne, a niekiedy wręcz niemożliwe. Większe natomiast szanse ma rozpoznanie w takich stanach faktycznych i udowodnienie zachowania związku przyczynowego ze skutkiem w postaci niewypłacalności lub upadłości.¹²²

Strona przedmiotowa typów czynu zabronionego określonych w art. 301 § 1 i 2 kk. polega na doprowadzeniu przez dłużnika do swej upadłości lub niewypłacalności w jakiegokolwiek formie, zaś zachowanie się sprawcy przestępstwa zarówno w typie umyślnym (art. 301 § 2) jak i nieumyślnym (art. 301 § 3), może w szczególności przybrać formy wymienione przykładowo w art. 301 § 3 kk.¹²³ („w szczególności przez trwonienie części składowych majątku, zaciąganie zobowiązań lub zawieranie transakcji oczywiście sprzecznych z zasadami gospodarowania”).

W komentarzach wskazuje się także na problem, w związku z rolą upadłości jako skutku (obok niewypłacalności) przestępstwa czy sprawca, zachowując się w sposób zagrażający upadłością, powinien podlegać na podstawie tych przepisów karze tylko wówczas, gdy orzeczona zostanie przez sąd jego upadłość.¹²⁴ Wcześniejsze orzecznictwo potwierdza, iż względy ochrony praw wierzycieli wymagają, by dla realizacji powyższego znamienia wystarczyło samo wyczerpanie lub zagrożenie wyczerpaniem przesłanek upadłości, nawet jeśli sąd jej nie orzekł, np. wskutek braku majątku dłużnika.

Strona podmiotowa „doprowadzenia” przewidzianego w art. 301 § 2 kk. obejmuje obie postacie umyślności, tzn. przestępstwo to może być popełnione w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym. Wypada zgodzić się z D. Czajką, iż „doprowadzenie” oznacza kompleks decyzji ekonomiczno-finansowych, czynności prawnych i faktycznych, za których pośrednictwem funkcjonalna wartość przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części majątku deprecjonuje się do poziomu utraty zdolności płatniczej lub niedoboru majątkowego. Objawy świadomego doprowa-

122 O. Górniok: *Przestępstwa...*, s. 72–73.

123 J. Majewski: w: *Kodeks...*, s. 417–418.

124 O. Górniok: *Przestępstwa...*, s. 72–73 i podana tam literatura.

dzania do stanu niewypłacalności lub upadłości można dostrzec na podstawie zawieranych – ewidentnie nieekwiwalentnych – umów gospodarczych, na podstawie których dłużnik transferuje aktywa poza poziom „chorego” przedsiębiorstwa, obniżając tym samym poziom wpływów do zarządzanej przez siebie firmy.¹²⁵

Jeśli chodzi o lekkomyślne doprowadzenie do bankructwa, to w literaturze przedmiotu podnosi się, iż użyte w art. 301 § 3 kk. określenia zaciągane zobowiązania i zawierane transakcje, oczywiście sprzeczne z zasadami gospodarowania są czymś więcej aniżeli samym naruszeniem reguł prawidłowego gospodarowania, więc ustalając znamiona przestępstwa należy wykazać, że sprawca złamał pisane i niepisane reguły działalności gospodarczej w sposób jaskrawy.¹²⁶ Wypada stwierdzić, iż nie sposób rozstrzygnąć odpowiedzialności za dokonanie czynu lekkomyślnego z art. 300 § 3 kk., w wyniku którego nastąpiła niewypłacalność, bez odwołania się do zasad racjonalnego gospodarowania, które analizowano we wcześniejszych partiach pracy.¹²⁷

Natomiast „trwonienie” w potocznym znaczeniu jest formułą bardzo pojemną, dającą się zastosować do wszelkich przejawów marnotrawstwa i może się przejawiać przykładowo w wydatkach przekraczających dochody, naruszających substancję majątku, nieodpowiednie zabezpieczenie majątku, dopuszczenie do nieracjonalnego z niego korzystania, czy też przedwczesnego zużycia jego składników¹²⁸.

W literaturze przedmiotu wskazuje się na wątpliwości powstałe przez użycie w art. 301 § 3 kk. zwrotu „lekkomyślne doprowadzenie do niewypłacalności lub upadłości”, to znaczy, czy czyn ten można popełnić tylko umyślnie. Jak pisze O. Górniok: „Konsekwentnie bowiem do przedmiotowego charakteru tego znamienia należałoby sprawcy udowodnić nie tylko, że w sposób lekkomyślny działał, ale że i tej cechy swojego działania był świadom i na to się godził. Szanse na udowodnienie tego, a tym samym na efektywność tego przepisu w prawnokarnej ochronie wierzycieli są nikłe.¹²⁹ Również M. Wiśniewski stwierdza, na podstawie analizy poglądów innych autorów: ”Przyjęcie poglądu, że doprowadzenie do bankructwa z art. 301 § 3 kk. może być tylko zamierzone prowadzi do niezbyt klarownych logicznie wnioskowań, jakoby sprawca uświadamiając sobie, że jego działanie jest obiektywnie lekkomyślne chciał lub godził się na taki właśnie sposób doprowadzenia do penalizowanego skutku”.¹³⁰

125 D. Czajka: op. cit., s. 182–183.

126 P. Czajka: op. cit., s. 74.

127 Por. D. Czajka: s. 188–190.

128 M. Wiśniewski: Prawnokarna..., s. 75 i podana tam literatura.

129 O. Górniok: Przystępstwa..., s. 75. Za umyślnym charakterem przestępstw z art. 301 § 2 i 3 opowiada się T. Oczkowski: Przystępstwa na szkodę wierzycieli, M. Prawn. 1999, nr 11, s. 21.

130 M. Wiśniewski: Prawnokarna..., s. 74.

Najbardziej przekonujący wydaje się tu pogląd J. Majewskiego: „Dłużnik działa „w sposób lekkomyślny” w rozumieniu art. 301 § 3, gdy nie mając zamiaru (art. 9 § 1) doprowadzenia do swojej upadłości lub niewypłacalności, albo przewidując możliwość takiego obrotu sprawy, „na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach”(art. 9 § 2) oba te zdarzenia lub jedno z nich sprowadza. Jeżeli dłużnik nie przewiduje, że może doprowadzić do swojej upadłości lub niewypłacalności (nieświadomość), nie odpowie na podstawie przepisu art. 301 § 3, nawet jeżeli „mógł to przewidzieć” w rozumieniu art. 9 § 2 *in fine*”.¹³¹

Należy podkreślić jeszcze raz, iż wyliczenie sposobów doprowadzenia do niewypłacalności w art. 301 § 3 kk. (a znajdujących zastosowanie także w przypadku art. 301 § 2 kk.) ma charakter tylko przykładowy. Określenia takie zostały wprowadzone jedynie jako wskazówka interpretacyjna dla organów ścigania i sądów celem umożliwienia odróżnienia dozwolonego podejmowania ryzyka gospodarczego (które może doprowadzić do niewypłacalności lub upadłości) od działań mających charakter przestępstwa. Nie zmienia to jednak faktu, iż powyższe typy przestępstw operują znamionami o charakterze ocennym, wartościującym, co w praktyce może osłabiać gwarancyjną funkcję prawa karnego.

Przestępstwa określone w art. 301 § 1–3 są przestępstwami publicznoskargowymi, ściganymi z urzędu. Jeśli chodzi o przestępstwo faworyzowania wierzycieli oraz ich przekupstwo i sprzedajność określone w art. 302 kk., to dobrem bezpośrednio chronionym są zasady podziału majątku dłużnika w postępowaniu upadłościowym, lub zmierzającym do zapobieżenia upadłości, tj. możliwie równomierne zaspokajanie z majątku dłużnika roszczeń wszystkich jego wierzycieli.¹³² Zasady te można określić na podstawie przepisów prawa upadłościowego, traktujących o podziale funduszy masy upadłości, jak również z przepisów postępowania egzekucyjnego, w szczególności z art. 125 i 1026 kpc. Przepisy te ustalają kolejność zaspokajania wierzycieli oraz stanowią zasadę, iż jeśli majątek nie wystarcza na pokrycie w całości wszystkich należności tej samej kategorii, należności te są zaspokajane stosunkowo do wysokości każdej z nich (art. 1026 kpc.).

W świetle wcześniejszych rozważań dotyczących prawa upadłościowego i naprawczego jasnym jest, że przepis art. 302 kk., chroniąc zasady podziału funduszy masy upadłościowej, sankcjonuje utrwaloną przez nie hierarchię ważności wierzytelności, preferując interesy Skarbu Państwa i ZUS. Te dwie grupy należności należą bowiem do należności uprzywilejowanych, zaspokajanych zaraz po szeroko rozumianych kosztach postępowania upadłościowego i układowego, należnościach za pracę i świadczeniach z ubezpieczenia społecznego (kategoria 1) oraz należno-

131 J. Majewski: w: Kodeks..., s. 427.

132 M. Wiśniewski: Prawnokarna..., s. 80–82; O. Górniok: Przestępstwa..., s. 76.

ściach powstałych wskutek czynności syndyka lub zarządcy odrębnego majątku oraz innymi podobnymi należnościami zawartymi w kategorii 2.

Przechodząc do analizy regulacji art. 302: przepis ten w § 1 stanowi, iż kto w razie grożącej mu niewypłacalności lub upadłości – nie mogąc zaspokoić wszystkich wierzycieli – spłaca lub zabezpiecza tylko niektórych, czym działa na szkodę pozostałych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2. Zgodnie z poglądem reprezentowanym przez J. Majewskiego znamię „nie mogąc zaspokoić wszystkich wierzycieli” odnosi się wyłącznie do przypadków, w których powód obiektywnie istniejącej niemożności zaspokojenia wszystkich wierzycieli jest inny aniżeli brak niezbędnej substancji majątkowej (np. trudności ze spieniężeniem środków trwałych). Nie obejmuje więc przypadków, kiedy dłużnik jest niewypłacalny. Przepis określony w art. 302 § 1 kk. jest przestępstwem indywidualnym, które może popełnić jedynie dłużnik mający co najmniej dwóch wierzycieli.¹³³ Zachowanie się sprawcy polega na dokonywaniu jakichkolwiek aktów zaspokojenia roszczeń niektórych wierzycieli prowadzących do zmniejszenia majątku dłużnika i przez to działanie na szkodę pozostałych wierzycieli. Jest to przestępstwo o charakterze formalnym, które ma miejsce już z chwilą spłacenia lub zabezpieczenia faworyzowanego wierzyciela i nie jest wymagane, aby do wyrządzenia szkody pozostałym wierzycielom w rzeczywistości doszło.¹³⁴ Typ czynu zabronionego w art. 302 § 1 ma charakter umyślny i może być popełniony zarówno w formie zamiaru bezpośredniego, jak i ewentualnego.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu w praktyce dużo trudności budzi udowodnianie takiego zamiaru, szczególnie kiedy przedsiębiorca będzie się tłumaczył, iż działał w warunkach ryzyka gospodarczego, które zniweczyło jego próby odzyskania płynności finansowej i wszelkie ruchy restrukturyzacyjne. Dlatego też należy zwrócić uwagę, iż najczęściej z faworyzowaniem niektórych wierzycieli mamy do czynienia z uwagi na trzy alternatywnie przyjęte koncepcje działania:¹³⁵

- stworzenie parawanu pozorowanych spłat wierzycielności, krążących po wyznaczonych orbitach spółek holdingowych, powiązanych kapitałowo lub personalnie;
- spłacanie strategicznych dla kontynuowania procesu gospodarczego i istnienia firmy wierzycieli, dostawców czy kredytodawców;
- spłata niektórych wierzycielności w formie egzekucji singularnej lub realizacji postanowień układu.

133 J. Majewski: w: Kodeks..., s. 432–435.

134 Tamże, s. 437–438; O. Górniok: Przestępstwa..., s. 76.

135 D. Czajka: Przestępstwa menedżerskie, op. cit., s. 202–203.

O ile opcja trzecia nie naraża dłużnika na odpowiedzialność karną określoną w art. 302 kk., to taka może powstać przy udowodnieniu zarzutu realizacji przez przedsiębiorcę dwóch pierwszych koncepcji. Niewątpliwie w pierwszym przypadku umyślność nie jest trudna do udowodnienia, jednakże koncepcja druga trudności takie może stwarzać zarówno w przypadku zamiaru bezpośredniego jak i ewentualnego.

Przepis § 2 art. 302 pod groźbą kary 3 lat pozbawienia wolności zakazuje udzielanie bądź obiecywanie wierzycielowi korzyści za działanie na szkodę innych wierzycieli w związku z postępowaniem upadłościowym lub zmierzającym do zapobiegnięcia upadłości. Z kolei zgodnie z § 3 art. 302 tej samej karze podlega wierzyciel, który w związku z określonym w § 2 postępowaniem przyjmuje korzyść za działanie na szkodę innych wierzycieli, albo takiej korzyści żąda. Należy zgodzić się z O. Górniok, że oba te typy przestępstw nawiązują swoją konstrukcją do przestępstwa przekupstwa (art. 229 kk.) i sprzedajności osób pełniących funkcje publiczne (art. 228 kk.), posiadają wspólne znamiona czynnościowe (udziela lub obiecuje udzielić, przyjmuje korzyść, żąda korzyści, korzyść majątkowa jako ich przedmiot), a więc wszystkie te znamiona zachowują znaczenie nadane im w wykładni art. 228 i 229 kk. Należy zgodzić się także z tą autorką, iż w rzeczywistości celem sprawcy udzielającego takiej korzyści wierzycielowi jest korzyść w postaci uzyskania dogodnych warunków w toczących, lub przewidzianych postępowaniach, a szkoda dla innych wierzycieli jest nieuniknionym tego następstwem, na które się godzi, ale nie stawia go sobie na celu.¹³⁶

Również w tym przypadku należy wskazać na praktyczne trudności – podobnie jak przy łapownictwie – udowodnienia tego typu przestępstwa, w którym aktywną rolę przestępczą odgrywają dwie strony interesu, połączone nie tylko więzią porozumienia, lecz także węzłem wzajemnej odpowiedzialności karnej. D. Czajka, wskazując na różnorodność występujących w praktyce ukrytych form udzielania korzyści majątkowej wierzycielowi podnosi, iż dla udowodnienia bytu tego przestępstwa po stronie wierzyciela musi istnieć:

- świadomość faktu istnienia innych, nie zaspokojonych praw wierzycielskich;
- świadomość i akceptacja faktu, iż podejmowane działanie jest związane z toczącym się postępowaniem upadłościowym, lub ma zapobiec otwarciu tej procedury;
- zamiar bezpośredni pokrzywdzenia wierzycieli;
- wola działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.¹³⁷

136 O. Górniak: *Przestępstwa...*, s. 80.

137 D. Czajka: *op. cit.*, s. 203–207.

Dla bytu przestępstwa z art. 302 § 2 kk. nie jest istotne, czy szkoda po stronie innych wierzycieli w rzeczywistości nastąpiła. Podobnie przestępstwo z art. 302 § 3 kk. jest przestępstwem bezskutkowym, do którego znamion nie należy szkoda i nie wymaga nawet wykazania, że ze strony przekupionego wierzyciela podjęte było konkretne działanie na szkodę innych wierzycieli. Wystarczy, że przyjął on, lub żądał korzyści za takie przysze działania.¹³⁸

Istotne poszerzenie kręgu sprawców przestępstw gospodarczych określonych w art. 300–302 kk. zawiera przepis art. 308 kk. włączający w zakres nazw „dłużnik”, „wierzyciel” stanowiące znamiona tych przestępstw osoby, które na podstawie przepisu prawnego, decyzji właściwego organu, umowy lub faktycznego wykonywania, zajmuje się sprawami majątkowymi innej osoby prawnej, fizycznej, grupy osób lub podmiotu nie mającego osobowości prawnej. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, rozszerzenie zasięgu tych spraw jest niezbędne dla skuteczności prawnokarnej wierzycieli przed czynami określonymi w art. 300–302 kk. Odpowiedzialność osób wymienionych w art. 308 kk. jest niezależna od odpowiedzialności rzeczywistego dłużnika lub wierzyciela. Ci ostatni mogą, ale nie muszą ponosić odpowiedzialności karnej obok osób wymienionych w art. 308 kk., gdyż nie zawsze są to osoby fizyczne, albo istnieją przeszkody fizyczne w pociągnięciu ich do odpowiedzialności karnej.¹³⁹ Do osób, na które przepis rozciąga odpowiedzialność karną dłużnika lub wierzyciela należą wszystkie, jakie wymienia opisany wcześniej art. 296 § 1 kk. (nadużycie zaufania podmiotu gospodarczego), dodając do nich takie, które zajmują się sprawami wymienionych w nim podmiotów na podstawie faktycznego wykonywania. Zdarzyć się może także, że osoba określona w art. 308 kk. swoim postępowaniem godzić będzie nie tylko w interesy wierzycieli podmiotu, którego sprawami się zajmuje, ale także w interesy samego podmiotu (dłużnika). Wyczerpuje więc równocześnie znamiona określonego typu czynu spośród przestępstw na szkodę wierzycieli oraz jakiegoś typu przestępstw na szkodę mocodawcy, co powinno znaleźć wyraz w kumulatywnej kwalifikacji zachowania się sprawcy.¹⁴⁰

Warto wskazać tu po raz kolejny na orzecznictwo sądowe, a w szczególności wyrok SN z dnia 05. stycznia 2000 r. (V KKN 192/99)¹⁴¹ stwierdzający iż: „W art. 308 kk. ustawodawca rozszerzył podmiotowo krąg osób, które mogą odpowiadać karnie za przestępstwa ujęte w rozdziale XXXVI kk. – Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu. Osoby te mogą odpowiadać tak samo, jak wierzyciele lub dłużnicy (nie będąc nimi), jeżeli prawnie lub faktycznie zajmowały się sprawami majątkowymi innej osoby. Przytoczony przepis wskazuje, że ustawodawca nie

138 O. Górniok: Prawo karne gospodarcze, op. cit., s. 71–73.

139 O. Górniok: Prawo karne..., s. 93.

140 J. Majewski: w: Kodeks..., s. 499.

141 Prok. i Pr. 2000/6/6.

ograniczył odpowiedzialności z art. 300 § 2 kk. wyłącznie do osoby dłużnika, ale objął odpowiedzialnością te osoby, które nie będąc dłużnikami, zajmują się prowadzeniem spraw majątkowych dłużników”.

W orzecznictwie spotkać można także tendencje do ograniczenia kręgu sprawców określonych w art. 308 kk. Szczególnie w postanowieniu Sądu Najwyższego z 27. kwietnia 2001 r. (I KZP 7/01)¹⁴² wyrażono pogląd, iż: „Za osobę zajmującą się cudzymi sprawami majątkowymi można uznać tylko tego, kogo obowiązki i uprawnienia obejmują łącznie zarówno dbałość o uchronienie powierzonego mienia przed uszczerbkiem, zniszczeniem lub zagubieniem, pogorszeniem stanu interesów majątkowych, jak i wykorzystanie tego mienia w procesie gospodarowania w taki sposób, aby zostało ono powiększone lub wzrosła jego wartość. Ten zatem, kto ma jedynie obowiązki w zakresie dbałości o to, aby stan mienia powierzonego nie uległ pogorszeniu, nie może być uważany za zajmującego się cudzymi sprawami majątkowymi.”

Artykuł 307 § 1 kk. zawiera regulację tzw. czynnego żalu stanowiąc, iż wobec sprawcy przestępstwa określonego w art. 296 kk. lub art. 305, który dobrowolnie naprawił szkodę w całości, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. Z kolei w przypadku, gdy sprawca tych przestępstw dobrowolnie naprawił szkodę w znacznej części, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary (art. 307 § 2 kk.). Jak podkreśla się w literaturze, podobnie jak większość zawartych w rozdziale XXXVI kk. klauzul niepodlegania karze, regulacje te uwzględniają zainteresowanie pokrzywdzonych tymi przestępstwami przede wszystkim w uniknięciu lub wyrównaniu szkód grożących im lub wyrządzonych przestępstwem oraz jeden z celów kary, jakim jest zmiana w pożądanym kierunku postawy sprawcy, uzyskana bez pełnej realizacji sankcji karnej.¹⁴³

Artykuł 307 kk. nie określa sposobu naprawienia szkody, a więc może mieć ono zarówno charakter przywrócenia stanu pierwotnego, istniejącego przed przestępstwem, jak i odszkodowania, czyli zrekompensowania szkody przez zapłatę określonej sumy pieniędzy, a także inny sposób naprawienia szkody, jaki uzyska akceptację pokrzywdzonego. Istotnym jest jednak, aby spełniona została przesłanka dobrowolności. Ponieważ przepis art. 307 kk. nie określa momentu, do którego sprawca może naprawić szkodę, należy przyjąć, iż może to uczynić aż do chwili wydania orzeczenia w sprawie; jednakże jeśli uczynił to w trakcie już toczącego się postępowania karnego, rzeczą sądu będzie rozważenie, czy działał dobrowolnie.¹⁴⁴

142 OSNKW 2001/7–8/55.

143 O. Górniok: *Przestępstwa...*, s. 98.

144 P. Kardas: w: *Kodeks...*, s. 491–493.

Tego typu regulacja koresponduje z klauzulami niepodlegania karze określonymi w art. 296 § 5 kk., 297 § 3, 298 § 2 i 299 § 8 kk., zaś podstawą korzystania z tych instytucji pozostaje czynny żal w postaci zapobiegnięcia lub naprawienia w całości lub części szkody wyrządzonej przestępstwem. W szczególności trzeba wskazać na oszustwo kredytowe, w którym występuje aż sześć przedmiotów oddziaływania, zaś art. 297 § 3 kk. wymienia trzy formy czynnego żalu:¹⁴⁵

- 1) zapobieżenie wykorzystaniu – w odniesieniu do kredytu, pożyczki bankowej, gwarancji kredytowej lub subwencji;
- 2) rezygnacja z zamówienia publicznego lub dotacji;
- 3) zaspokojenie roszczeń – odnoszące się w zasadzie do każdego z przedmiotów oddziaływania pokrzywdzonego.

Tak rozwinięte możliwości czynnego żalu wydają się w przypadku oszustwa kredytowego wynikać nie tyle z podnoszonej w literaturze, wskazanej wcześniej tendencji do zwiększenia roli pokrzywdzonego w sprawach o przestępstwa gospodarcze, co raczej z trudności w ich ściganiu. Podobną motywacją kierował się również ustawodawca przy ustanawianiu instytucji czynnego żalu w przypadku oszustwa ubezpieczeniowego, gdyż art. 298 § 2 kk. przewiduje, iż nie podlega karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie zapobiegł wypłacie odszkodowania. Jak podnosi B. Sałata¹⁴⁶ analiza danych statystycznych oraz lektura opracowań naukowych pozwalają na następujące stwierdzenia:

- liczba i zakres prowadzonych postępowań karnych nie jest adekwatna do zagrożenia tego rodzaju przestępczością i ponoszonych strat z tego tytułu przez zakłady ubezpieczeniowe;
- ważnym elementem skutecznej walki z przestępczością ubezpieczeniową jest coraz bardziej niezbędny profesjonalizm organów ubezpieczeniowych, ścigania i wymiaru sprawiedliwości (doskonała znajomość licznych zagadnień prawnych oraz orzecznictwa Sądu Najwyższego);
- istnieje potrzeba zacieśniania współpracy organów ścigania z zakładami ubezpieczeń w zwalczaniu tej przestępczości, udział wzajemny w szkoleniach zawodowych tych instytucji i szersze korzystanie z przysługujących uprawnień pokrzywdzonych przez towarzystwa ubezpieczeniowe w prowadzonych przez organy ścigania postępowaniach karnych;
- należałoby w przyszłości kompleksowo uregulować problematykę prawną związaną ze zwalczaniem przestępczości ubezpieczeniowej, np. w kodeksie ubezpieczeń.

145 O. Górniok: *Przestępstwa...*, s. 108.

146 B. Sałata: *Oszustwa ubezpieczeniowe (wybrane zagadnienia)*. Prok. i Pr. 1999/5/53.

Na nieskuteczność stosowania ustawy z 1994 r., która była pierwowzorem rozdziału XXVI kk. z 1997 r., wskazywali autorzy badań aktowych. Jako główną przyczynę nieskuteczności wskazywali nie tylko błędną konstrukcję jej przepisów, lecz także tłumaczyli ją „niefachowym działaniem prokuratury i policji wskazującym wręcz na brak odpowiedniego przygotowania merytorycznego”.¹⁴⁷

Trudności w ściganiu przestępstw i udowadnianiu winy jej sprawcom wynikają ze specyfiki przestępczości gospodarczej, wymagającej od organów ścigania, sądów i prokuratury głębokiej wiedzy z różnych dziedzin prawa (cywilnego, administracyjnego, podatkowego) a także praktycznej znajomości realiów obrotu gospodarczego. Nie należy zapominać, iż sami sprawcy dysponują szeroką wiedzą praktyczną, korzystają z pomocy wykwalifikowanych prawników, co w rezultacie prowadzi do osłabienia realnej karnoprawnej ochrony obrotu gospodarczego i – co za tym idzie – interesów uczciwych przedsiębiorców.

147 K. Buczkowski, M. Wojtaszek: op. cit., s. 148.

2. Ochrona prawno-karna interesów przedsiębiorców w wybranych przepisach pozakodeksowych

Spośród licznych pozakodeksowych przepisów karnych, chroniących prawidłowe funkcjonowanie obrotu gospodarczego należy wskazać na przepisy karne zawarte w tytule V kodeksu spółek handlowych z 15. września 2000 r. (art. 585–595). W szczególności art. 585 ksh., stanowiący zasadniczo odpowiednik art. 300 i 482 kodeksu handlowego z 1932 r. stanowi, iż 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 lub grzywnie. Natomiast § 2 art. 585 ksh. stanowi, iż tej samej karze podlega ten, kto ww. osoby nakłania do działania na szkodę spółki lub udziela im pomocy do popełnienia tego przestępstwa. Jak wskazuje się w komentarzach do tego przepisu, koresponduje on z odpowiedzialnością cywilnoprawną wobec spółki za szkodę wyrządzoną przy tworzeniu spółki na podstawie art. 292 i 293 ksh. Jednakże w art. 585 § 1 ksh. jest mowa jedynie o członkach organów spółki (z wyjątkiem zgromadzenia wspólników) oraz likwidatorach. Natomiast przepis art. 292 ksh. obejmuje wszystkich, którzy brali udział w tworzeniu spółki, tj. również wspólników, pełnomocników, biegłych wyceniających aporty, adwokatów oraz notariuszy.¹⁴⁸ Jak stwierdza A. Kidyba § 2 art. 585 ksh. określa ten sam krąg podmiotów co art. 293 ksh., gdyż w tym ostatnim przypadku chodzi o wszelkie działania, nie tylko związane z tworzeniem spółki.¹⁴⁹ Przesłanką odpowiedzialności jest działanie na szkodę spółki, co nie jest tożsame z wyrządzeniem szkody. Jeśli powstanie znaczna szkoda, to wówczas sprawca będzie odpowiadał za analizowane wcześniej przestępstwo nadużycia zaufania, określone w art. 296 kk.

Przepis ten stanowi odpowiednik art. 300 kodeksu handlowego i w związku z tym aktualność zachowuje orzecznictwo sądowe dotyczące tej regulacji.

Warto tu wskazać na uchwałę SN z 15. kwietnia 1999 r. (I KZP 8/99¹⁵⁰, glosa aprobująca: Górnioł O.¹⁵¹ glosa aprobująca: Roszewski Z.J.¹⁵² przegląd orzecz.: Stefański R.A.¹⁵³ przegląd orzecz.: Stefański R.A.¹⁵⁴), stanowiącą, iż: „Działaniami na szkodę spółki, o jakich mowa w art. 300 § 1 kodeksu handlowego, są takie czynności dokonane przez osoby wymienione w tym przepisie, które zostały podjęte w granicach upoważnienia ustawowego, lub wychodzące poza jego zakres, ale

148 A. Kidyba: Kodeks spółek handlowych. Objasnienia, Zakamycze 2001, s. 925–926.

149 Tamże, s. 926.

150 OSNKW 1999/5–6/31

151 OSP 1999/10/180.

152 Pr. Spółek 1999/11/50.

153 WPP 2000/1/65.

154 WPP 2000/2/86.

wynikające z ich roli w spółce i pozostające w związku z funkcjami pełnionymi w jej władzach”. Ponadto Sąd Najwyższy w wyroku z 04. kwietnia 2000 r. (V KKN 20/00 LEX nr 50959) stwierdził:

- „1. Strona podmiotowa czynu zabronionego określonego w art. 300 § 1 kh. zasadza się na zamiarze bezpośrednim i ewentualnym (art. 9 § 1 kk.).
2. Przepis art. 300 § 1 kh. konstruuje typ przestępstwa (ściśle biorąc – czynu zabronionego) z narażenia dobra prawnego – interesów Spółki na niebezpieczeństwo.”

Tezę tę potwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 26. października 2000 r. (V KKN 226/98 LEX nr 50966):

- „1. Do bytu przestępstwa z art. 300 § 1 kh. nie jest niezbędne wyrządzenie szkody. Jednakże niezbędnym jest ustalenie, że działanie przypisane oskarżonym w ogóle mogło wyrządzić szkodę.
2. Przestępstwo z art. 300 § 1 kh. można popełnić tylko z winy umyślnej. Zamiarem sprawcy musi być objęte nie tylko samo działanie, lecz także możliwość wyrządzenia szkody tym działaniem. W realiach tej sprawy oskarżeni musieliby nie tylko celowo zaniechać wpłacania zaliczek na podatek dochodowy, ale także godzić się na to, że w ten sposób wyrządzą Spółce szkodę.”

Za stojący na straży prawidłowości obrotu gospodarczego i interesów wierzycieli należy uznać przepis art. 586 ksh. stanowiący, iż kto będąc członkiem zarządu albo likwidatorem – nie zgłasza wniosku o upadłość spółki handlowej pomimo powstania warunków uzasadniających według przepisów upadłość spółki – podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności, albo pozbawienia wolności do roku. Przepis ten służy wzmocnieniu odpowiedzialności cywilnej określonej w art. 299 ksh. prawa upadłościowego. Przestępstwo to może być popełnione przez zaniechanie jedynie przez członka zarządu lub likwidatora w sposób umyślny. Podobnie ochronę prawidłowości i bezpieczeństwa obrotu gospodarczego i samej spółki ma na celu przepis art. 587 ksh. stanowiący odpowiednik art. 302 poprzednio obowiązującego kh. Karze grzywny, ograniczenia wolności, lub pozbawienia wolności do lat 2 podlega sprawca, który przy wykonywaniu swoich obowiązków wymienionych w tytule III ksh. ogłasza dane nieprawdziwe, albo przedstawia je organom spółki, władzom państwowym, lub osobie powołanej do rewizji. W przypadku, kiedy sprawca działa nieumyślnie podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności, albo pozbawienia wolności do jednego roku. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 08. listopada 1993 r. (II KRN 220/93):¹⁵⁵

„W wypadkach, w których przepisy kodeksu handlowego wymagają rzeczywistej wpłaty kapitału zakładowego, a wpłaty takiej nie dokonano, złożenie oświad-

155 OSNKW 1994/1–2/14.

czenia o wykonaniu obowiązków określonych w kodeksie handlowym lub pozo-
rującego takie wykonanie jest przedstawieniem danych nieprawdziwych w rozu-
mieniu art. 302 tego kodeksu.”

Jak podnosi się w komentarzach do art. 587 ksh. przestępstwo będzie
popelnione nie tylko, gdy ogłoszenie jest dokonywane w Monitorze Sądowym i
Gospodarczym, do czego spółka jest zobowiązana, ale również w innej formie,
jeżeli obowiązek taki wynika z umowy spółki lub statutu spółki akcyjnej. Chodzi
więc o wszelkie przekazanie wiadomości skierowane do ogółu.¹⁵⁶

Pozostałe przepisy karne ksh. mają na celu przestrzeganie nakazów lub zaka-
zów przewidzianych przez przepisy tego kodeksu, jak zakazu nabywania bądź bra-
nia w zastaw przez spółkę własnych udziałów (akcji) (art. 588 ksh.), wydawania
przez spółkę jakichkolwiek dokumentów „na udziały” lub prawa do zysku (art. 589
ksh.), umożliwienia bezprawnego głosowania na walnym zgromadzeniu, bądź bez-
prawnego wykonywania praw mniejszości (art. 590 ksh.), posługiwania się przy
głosowaniu fałszywymi zaświadczeniami o złożeniu akcji bądź cudzymi akcjami
bez zgody właściciela, bądź akcjami nie uprawniającymi właściciela do głosowania
(art. 591 ksh.). Inne przepisy mają zapewniać prawidłową emisję akcji (art. 592
ksh.) i egzekwowanie obowiązków członków zarządu wobec sądu rejestrowego
(art. 594 ksh.), a także kontrahentów spółki (odpowiednie oznaczanie pism i zamów-
wień handlowych – art. 595 ksh.). Ze względu na zakres opracowania i fakt, iż
zasadniczo chronią one głównie prawidłowe funkcjonowanie samej spółki przepisy
powyższe nie będą tu analizowane.¹⁵⁷

Istotne znaczenie dla prawidłowości obrotu gospodarczego i ochrony praw
przedsiębiorców ma ustawa z dnia 16. kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej
konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211 z późn. zm.). Sam tytuł ustawy i jej art. 1
deklarują, że dobrem chronionym w jej przepisach karnych (art. 23, 24, 27) jest
zasada konkurencji, jako jeden z najistotniejszych czynników rozwoju gospo-
darczego. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu konkurencja wyraża się w
„dążeniu wielu niezależnych przedsiębiorców do osiągnięcia takiego samego celu
gospodarczego, w szczególności w prowadzeniu interesów z dostawcami, odbior-
cami i pracownikami”.¹⁵⁸ Nieuczciwość jako cecha konkurencji, którą ma zwal-
czać ustawa, została zawarta w jej art. 3 ust. 1, który stanowi, iż czynem nie-
uczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami,
jeśli zagraża ono lub narusza interes danego przedsiębiorcy lub klienta. Jak
stwierdził w wyroku z dnia 22. listopada 2000 r. Sąd Apelacyjny w Katowicach

156 A. Kidyba: op. cit., s. 928.

157 Por. szerzej np. A. Kidyba: op. cit., s. 929–936.

158 J. Szwaia: w: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Komentarz. Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1994, s.10.

(I ACa 688/00)¹⁵⁹: „Nie każde zachowanie naruszające dobre obyczaje (niewątpliwie dobrym obyczajem jest spłata długu przez dłużnika) może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16. kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dyspozycją tego przepisu objęte są bowiem tylko te czyny sprzeczne z dobrymi obyczajami, które zagrażają lub naruszają interes przedsiębiorcy, przy czym nie należy zapominać o tym, że ustawa reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej (art. 1 ustawy), co oznacza, iż przepisy tej ustawy znajdują zastosowanie między konkurującymi ze sobą na rynku przedsiębiorcami”.

Jak stwierdził w wyroku z dnia 30. września 1998 r. Sąd Apelacyjny w Lublinie (I ACa 281/98):¹⁶⁰

- „1. Czyny konkurencyjne powinny być badane przede wszystkim w świetle przesłanek określonych w przepisach art. 5–17 ustawy i dopiero, gdy nie mieszczą się w dyspozycji któregośkolwiek z tych przepisów, podlegają ocenie według klauzuli generalnej z art. 3.
3. Ustawa z dnia 16. kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211) reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej – w interesie publicznym, przedsiębiorstw oraz klientów (art. 1) i w żadnym przypadku nie może być traktowana jako instrument służący wyeliminowaniu konkurencji w ogóle, w celu zachowania dominującej pozycji.
4. Złożenie oferty i nawet usilne nakłanianie do jej przyjęcia nie pozostaje w sprzeczności z dobrymi obyczajami. Zauważyć przy tym należy, że w art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie chodzi o ogólne pojęcie dobrych obyczajów, ale o dobre obyczaje kupieckie, to jest takie jakie są przyjęte i akceptowane w obrocie gospodarczym.”

Jeśli chodzi o przepisy karne ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to art. 23 penalizuje ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa przez osobę zobowiązaną wobec przedsiębiorcy do jej zachowania pod karą grzywny, ograniczenia wolności, albo pozbawienia wolności do lat 2. Warunkiem podlegania karze jest wyrządzenie wskutek ujawnienia tej tajemnicy poważnej szkody przedsiębiorcy. Natomiast ust. 2 art. 23 stanowi, iż tej samej karze podlega, kto uzyskawszy bezprawnie informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa ujawnia ją innej osobie, lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej.

Dobrem chronionym przez ten przepis jest interes przedsiębiorcy, polegający na utrzymaniu w tajemnicy informacji dotyczących jego działalności, lub przed-

159 OSA 2001/5/28

160 OSA Apel.–Lub. 1999/1/1.

miotów tej działalności. Jeśli chodzi o ust. 1 art. 23, to podstawę obowiązku zachowania tajemnicy mogą stanowić wszelkie stosunki prawne, w oparciu o które świadczona jest szeroko rozumiana praca na rzecz przedsiębiorcy, dysponującego chronionymi tajemnicami. Może być to zarówno stosunek pracy regulowany w kodeksie pracy, jak i umowa o dzieło, czy wspólne przedsięwzięcie. Ujawnienie nie jest równoznaczne z upowszechnianiem. Upowszechnianie polega na udostępnianiu wiadomości znacznej liczbie osób, zaś ujawnianie następuje już wówczas, gdy o objętym tajemnicą fakcie dowiaduje się osoba trzecia, chociażby na jej dyskreję można było liczyć¹⁶¹. Strona podmiotowa obejmuje obie postacie winy umyślnej (zamiar bezpośredni i ewentualny). Sprawca musi swą świadomością, chociażby przewidywać, że informacje, które ujawnia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i że obowiązuje go zakaz ich ujawniania, lub wykorzystywania we własnej działalności¹⁶².

Przestępstwo określone w art. 23 ust. 1 ma charakter skutkowy, gdyż zachowanie sprawcy musi prowadzić do wyrządzenia poważnej szkody o charakterze materialnym, wyrażającej się w ubytku majątku, lub utracie spodziewanych korzyści.

Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 03. kwietnia 2002 r. (V KKN 223/00)¹⁶³: „Sformułowanie ...jeżeli wyrządza to poważną szkodę przedsiębiorcy” – zawarte w końcowej części przepisu art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 16. kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211 ze zm.) – nie określa tzw. obiektywnego warunku karalności, ale konstytutywny dla bytu czynu zabronionego skutek przestępny. W konsekwencji brak podstaw do twierdzenia, że czyn zabroniony określony w art. 23 ust. 1 tej ustawy nie może być popełniony w formie stadialnej usiłowania.”

W przeciwieństwie do przestępstwa ujawnienia tajemnicy z ust. 1 art. 23 sprawcą przestępstwa określonego w ust. 2 może być każdy, zarówno ten na kim ciąży obowiązek nieujawniania osobom trzecim określonych informacji i niewykorzystywania ich we własnej działalności, jak i osoby do tego nie zobowiązane ujawniające lub wykorzystujące we własnej działalności tajemnice przedsiębiorstwa, które uzyskały w sposób bezprawny. Również w odróżnieniu od typu ujętego w ust. 1 jest to przestępstwo bezskutkowe. Jednakże zdaniem S. Sołtysińskiego czyn przewidziany w ust. 2 art. 23 musi przynajmniej zagrażać „istotnym interesom przedsiębiorcy, gdyż taki wymóg zawiera opis odpowiedniego czynu nieuczciwej konkurencji (art. 11 ust. 1)”.¹⁶⁴ Podobnie A. Barczak stwierdza, iż:

161 O. Górniok: Prawo karne gospodarcze, s. 98–99 i podana tam literatura.

162 Tamże, s. 102.

163 OSNKW 2002/7–8/65

164 S. Sołtysiński: w: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, op. cit., s. 188.

„Dekodując typ czynu zabronionego naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę nie tylko przepisy art. 23, ale i art. 11 ust. 1 oraz art. 3 u.z.n.k. Poza tym nie należy zapominać o art. 1 u.z.n.k., wyznaczającym jej zakres przedmiotowy. Zachowanie spełniające znamiona typu czynu zabronionego, jednakże nie związane z konkurencją na płaszczyźnie działalności gospodarczej, nie jest karalne na podstawie art. 23 ust. 1 u.z.n.k.”¹⁶⁵

W związku z powyższym należy sięgnąć do orzecznictwa sądowego dotyczącego art. 11 u.z.n.k. Przykładowo: w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 05 września 2001 r. (I CKN 1159/00)¹⁶⁶ stwierdzono:

„Przepis art. 11 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211 ze zm.) wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze.” Z kolei w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 03. października 2000 r. (I CKN 304/00)¹⁶⁷ glosa aprobująca: Hoc S. Glosa 2001/7/23) trafnie zauważono, iż: „Wykorzystanie przez pracownika we własnej działalności gospodarczej informacji, co do których przedsiębiorca (pracodawca) nie podjął niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności, należy traktować jako wykorzystanie powszechnej wiedzy, do której przedsiębiorca nie ma żadnych ustawowych uprawnień.”

W związku z tym należy stwierdzić, iż jeśli powyższe działania nie spełniają definicji czynów nieuczciwej konkurencji, tym bardziej nie wypełniają znamion przestępstwa z art. 23 u.z.n.k. Odpowiedzialność za naruszenie tajemnicy wbrew obowiązкови powstaje wówczas, gdy sprawca działa bezprawnie, a więc jest wyłączona w stosunku do osób, którzy w dobrej wierze nabyli informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa.¹⁶⁸ Wypada zgodzić się z poglądem wyrażanym w literaturze o braku odpowiedzialności karnej osoby, która w dobrej wierze nabyła, a następnie już w złej wierze wykorzystuje cudzą informację poufną. Natomiast sam fakt nabycia (w dobrej lub złej wierze) nie pociąga za sobą konsekwencji karnych, podobnie jak brak odpłatności w rozumieniu art. 11 ust. 3 u.z.n.k. Natomiast nabywca w złej wierze (czyli z pełną świadomością nieuczciwości nabycia), który wykorzystuje taką informację, odpowiada na podstawie art. 23 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 1 i 3 ustawy.¹⁶⁹

Art. 24 u.z.n.k. stwierdza, iż kto za pomocą technicznych środków reprodukcji, kopiuje zewnętrzną postać produktu lub tak skopiowany wprowadza do obrotu

165 A. Barczak: Prawnokarna ochrona tajemnicy gospodarczej. Próba analizy prawnoporównawczej, Cz.PK i NP., 2000/1/277.

166 OSNC 2002/5/67.

167 OSNC 2001/4/59.

168 E. Czarny-Drożdziejko: Karna ochrona uczciwości konkurencji, Cz.PK i NP. 1999, s. 8 i nast.

169 E. Nowińska, M. du Vall: Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2001, s. 227.

lub tak skopiowany wprowadza do obrotu, stwarzając tym możliwość wprowadzenia klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu, czym wyrządza poważną szkodę przedsiębiorcy podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2. Przepis ten chroni interes przedsiębiorstwa wyrażający się w zachowaniu u klientów bezbłędnego wyobrażenia o jego tożsamości jako producenta oraz tożsamości jego produktów. Może być popełniony zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym. Penalizuje czyn nieuczciwej konkurencji ujęty w klauzuli szczegółowej art. 13, dokonując w nim pewnych modyfikacji w zakresie przedmiotu czynu oraz wprowadzając wymóg wyrządzenia poważnej szkody przedsiębiorcy.¹⁷⁰ Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 29. marca 2000 r. (I ACa 900/99)¹⁷¹: „Zgodnie z intencją ustawodawcy deliktem z art. 13 ustawy nie jest naśladownictwo w ogólności, lecz tylko tzw. niewolnicze naśladownictwo, czyli kopiowanie zewnętrznej postaci produktu za pomocą technicznych środków reprodukcji oraz możliwość wprowadzenia klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu”.

Z kolei Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z 27. maja 1999 r. (I ACa 147/99)¹⁷² uznał, iż:

- „1. Przez pojęcie „działanie konkurencyjne” należy rozumieć działanie podejmowane w związku z uczestnictwem w grze rynkowej, polegającej na osiągnięciu największych korzyści ze sprzedaży towarów.
2. W świetle art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211 ze zm.) istotne jest to, żeby kopiowana zewnętrzna postać produktu mogła wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu. Ta możliwość pojawia się tylko wówczas, gdy produkt staje się towarem, tj. trafia na rynek, jest wystawiony do sprzedaży nabywcom”.

Kolejny art. 25 u.z.n.k. pod groźbą kary aresztu lub grzywny zabrania umyślnego wprowadzania klientów w błąd co do zasadniczych cech oraz elementów towarów i usług, jeśli wyrządza to istotną szkodę klientowi.

Z punktu widzenia ochrony interesów przedsiębiorcy istotne znaczenie ma regulacja art. 26 u.z.n.k., która pod groźbą kary aresztu lub grzywny zabrania rozpowszechniania nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o przedsiębiorstwie, w szczególności kierujących nim osobach, produktach, usługach przedsiębiorstwa, stosowanych cenach, a także sytuacji gospodarczej lub prawnej (ust. 1). Z kolei ust. 2 art. 25 taką karę przewiduje wobec osób, które rozpowszech-

170 O. Górniok: Prawo karne..., s. 105.

171 Pr. Gosp. 2000/10/53.

172 OSA 2000/3/11.

nają takie nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje o swoim przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści majątkowej lub osobistej sobie, przedsiębiorstwu lub osobom trzecim. Przepis ten udziela prawnokarnej ochrony dobremu mieniu przedsiębiorcy i przedsiębiorstwu ze względu na jego pozycję na konkurencyjnym rynku. Zagroza on sankcją karną odpowiednio zmodyfikowany czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 14 u.z.n.k. Jest to wykroczenie bezskutkowe, a dla jego bytu nie wymaga się powstania szkody po stronie przedsiębiorstwa, którego rozpowszechniane wiadomości dotyczyły, a nawet stworzenie możliwości zagrożenia taką szkodą. Strona podmiotowa obejmuje tylko umyślność w zamiarze bezpośrednim, gdyż sprawca musi działać w celu szkodenia przedsiębiorcy¹⁷³. Odpowiedzialność z art. 26 ust. 1 u.z.n.k. poniesie każdy, kto takie informacje rozpowszechnia, kierując się szczególną formą zamiaru bezpośredniego (*dolus directus coloratus*). Brak celu w postaci szkodenia przedsiębiorcy uchyla możliwość postawienia zarzutu sprawcy (np. obiektywny, negatywny artykuł prasowy o złej kondycji gospodarczej jakiegoś przedsiębiorcy).¹⁷⁴

Podsumowując te rozważania należy stwierdzić, że czyny określone w art. 23 i 24 u.z.n.k. stanowią przestępstwa w postaci występków, a dwa pozostałe (art. 25 i 26) – wykroczenia. Na gruncie tej ustawy występków można dopuścić się jedynie umyślnie, przez działanie zarówno w zamiarze bezpośrednim bądź ewentualnym.

Jeśli chodzi o występkę określoną w art. 23–24 u.z.n.k. to z ogólnych zasad odpowiedzialności karnej wynika, że powstaje ona nie tylko w przypadku dokonania przestępstwa, lecz również w przypadku usiłowania (art. 13 §1 kk.) – por. przytoczony wyżej wyrok SN z 03 kwietnia 2002 r. (V KKN 223/00).¹⁷⁵

Natomiast nie podlega karze przygotowanie do takich występków, gdyż u.z.n.k. takiego postanowienia nie zawiera.

Za popełnienie takich występków może być karany nie tylko sprawca główny, sprawca kierujący popełnieniem przestępstwa, lecz i współsprawcy, podżegacze i pomocnicy (art. 18 kk.). Podżegacze i pomocnicy ponoszą odpowiedzialność w granicach zagrożenia przewidzianego za dane przestępstwo, do którego podżegają, lub którego popełnienie ułatwiają. Sąd może jednak zastosować wobec nich nadzwyczajne złagodzenie kary bądź odstąpić od jej wymierzenia, gdy czynu zabronionego nie usiłowano dokonać – art. 22 § 1 i 2 kk.. Jeśli czyn usiłowano dokonać – odpowiedzialność kształtuje się na zasadach przewidzianych dla usiłowania – art. 22 § 1 kk.

173 O. Górniok: Prawo karne..., s. 111–112.

174 E. Nowińska, M. du Vall: Komentarz do ustawy o nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2001, s. 236.

175 OSNKW 2002/7–8/65.

Ponadto do podżegania i pomocnictwa, tak jak i do usiłowania popełnienia czynu, ma zastosowanie instytucja tzw. czynnego żalu (art. 23 §1 kk.), która jest wyłączona w odniesieniu do tzw. prowokatora, tj. osoby, która nakłania inną osobę do popełniania czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego (art. 24 § 3 kk.).¹⁷⁶

Należy również pamiętać, że oprócz kar przewidzianych za przestępstwa w art. 23 i 24 u.z.n.k. sądy mogą stosować tzw. środki karne jak zakaz zajmowania określonych stanowisk, lub wykonywania określonego zawodu (art. 41 kk.), przepadek przedmiotu pochodzącego bezpośrednio z przestępstwa (art. 44 kk.) oraz podanie wyroku do publicznej wiadomości w określony sposób (art. 50 kk.).

Należy zgodzić się z poglądem wyrażanym w literaturze, iż ze względu na rynkowe, a więc gospodarcze znaczenie czynów nieuczciwej konkurencji, należy ostrożnie sięgać po represje karne i postulować indywidualizację odpowiedzialności karnej zależnie od okoliczności popełnienia określonego czynu.¹⁷⁷ Można to osiągnąć przez stosowanie warunkowego umorzenia postępowania (art. 66 i n.kk.), poprzestanie na orzeczeniu środka karnego (art. 60 kk.) czy warunkowym zawieszeniu wykonania kary. Duże znaczenie praktyczne może mieć stosowanie umorzenia postępowania, bądź jego niewszczywanie ze względu na znikomą szkodliwość społeczną czynu. Czyny takie mają bowiem z reguły charakter jednostkowy, o mniejszym wydźwięku społecznym, a ich wymiar jest z reguły majątkowy. Dlatego takie konflikty między przedsiębiorcami powinny być rozwiązywane w płaszczyźnie raczej odpowiedzialności cywilnoprawnej, którą zresztą regulują art. 18–22 u.z.n.k.

Wykroczenia unormowane w art. 25–26 u.z.n.k., poza niższą sankcją w porównaniu z występkami, różnią się od tych ostatnich szczególnie tym, że nie jest karalne ich usiłowanie, obok kar nie można orzekać środków karnych i przedawniają się w krótszym okresie (1 rok od popełnienia, a jeśli wszczęto w tym czasie postępowanie karne – 2 lat od popełnienia).¹⁷⁸

Z zasady subsydiarności (posiłkowości) prawa karnego i celu ustawy wynika, iż konstrukcja znamion czynów karalnych nie odpowiada deliktom cywilnoprawnym, gdyż niewątpliwie ochrona prawnokarna jest węższa niż cywilnoprawna. Oznacza to także, że nie jest możliwe karanie na tle u.z.n.k. sprawców zachowań, które na tle tej ustawy nie stanowią czynów z zakresu nieuczciwej konkurencji.¹⁷⁹

Kończąc rozważania o obrzeżach odpowiedzialności karnej za czyny nieuczciwej konkurencji, wypada wskazać na nowelizację u.z.n.k. dokonaną przez ustawę z

176 E. Niwińska, M. du Vall: op. cit., s. 223.

177 Tamże, s. 224.

178 Tamże, s. 225.

179 Tamże, s. 225.

dnia 09. września 2000 r. o zmianie ustawy – kodeks karny, ustawy – kodeks postępowania karnego, ustawy – o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawy o zamówieniach publicznych oraz ustawy – prawo bankowe (Dz.U. Nr 93, poz. 1027), która weszła w życie z dniem 4. lutego 2001 r. Nowy art. 15a u.z.n.k. za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje przekupstwo osoby publicznej. Jest to zachowanie określone w art. 229 kk. przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną bądź zachowanie osoby fizycznej działającej na jego rzecz. Konstrukcja tego czynu jest nietypowa, gdyż przepis art. 15a nie wymienia jego znamion, lecz odsyła w tej mierze do art. 229 kk. Szeroki zakres tej regulacji obejmuje czyny spełniające znamiona art. 229 kk. interpretowane w kontekście art. 1 i 3 u.z.n.k., a więc czyny pozostające w związku z obrotem gospodarczym, naruszające lub zagrażające interesom innego przedsiębiorstwa lub klienta. Są to czyny na rzecz przedsiębiorcy, a więc nie są objęte zakresem przepisu zachowania, polegające na bezinteresownym szkodzeniu innemu przedsiębiorcy.¹⁸⁰ Rozważania dotyczące znamion przestępstwa z art. 229 kk. były już poczynione wcześniej w kontekście przestępstwa nadużycia zaufania z art. 296 kk.

Powyższa nowelizacja u.z.n.k. wprowadziła także nowy rozdział 3a regulujący odpowiedzialność przedsiębiorców za przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną. Postępowanie w sprawie takiej odpowiedzialności prowadzi Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (art. 22a ust. 2) i toczy się ono wg przepisów kodeksu postępowania administracyjnego, chyba że ustawa stanowi inaczej (art. 22c ust. 2). W razie stwierdzenia, że został popełniony czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15a przez osobę fizyczną działającą na rzecz przedsiębiorcy, Prezes wydaje decyzję o nałożeniu na przedsiębiorcę nie będącego osobą fizyczną kary pieniężnej płatnej do budżetu państwa, w wysokości 10% przychodu w rozumieniu przepisów o podatku od osób prawnych, uzyskanego w roku podatkowym poprzedzającym dzień wydania decyzji. Kara pieniężna nie może być jednak nałożona, jeżeli od czasu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji upłynęło 10 lat (art. 22d ust. 2).

Od decyzji Prezesa przysługuje przedsiębiorcy odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu antymonopolowego – w terminie 2 tygodni od doręczenia decyzji (art. 22d). Należy podzielić pogląd wyrażony w literaturze przedmiotu, iż powyższy tryb odpowiedzialności karnoadministracyjnej uregulowany w rozdziale 3a u.z.n.k określa odmienny rodzaj odpowiedzialności, odrębny od trybu odpowiedzialności cywilnej (rozdział 3) i karnej (rozdział 4 u.z.n.k.).¹⁸¹

Odpowiedzialności takiej nie podlega przedsiębiorca będący osobą fizyczną. Postępowanie karnoadministracyjne jest wszczynane przez Prezesa UOKiK po

180 Tamże, s. 136.

181 Tamże, s. 218–219.

przekazaniu mu przez sąd lub prokuratora prawomocnego orzeczenia w sprawie o czyn z art. 229 kk., a mianowicie: wyroku skazującego lub postanowienia o umorzeniu postępowania z powodu okoliczności wyłączających ściganie, wymienionych w art. 17 § 1 pkt. 5, 6 i 8–10 kk. Chodzi tu o następujące przeszkody prowadzenia postępowania karnego: śmierć oskarżonego, przedawnienie karalności, sprawca nie podlega orzecznictwu polskich sądów karnych, brak skargi uprawnionego oskarżyciela bądź wymaganego zezwolenia na ściganie. Jak widać odpowiedzialność karnoadministracyjna sprawcy czynu z art. 15a u.z.n.k. jest po części niezależna od odpowiedzialności karnej sprawcy przekupstwa z art. 229 kk. W przypadku zapadnięcia wyroku skazującego Prezes UOKiK jest związany ustaleniami sądu karnego (art. 22c ust. 3); natomiast jeśli postępowanie karne zostało umorzone, to Prezes samodzielnie ustala, czy doszło do popełnienia przestępstwa przez jednego ze sprawców wskazanych w art. 15a ust. 2 i 3.

Zgodnie z art. 27 ust. 1 ściganie przewidzianych w ustawie przestępstw, (podobnie jak przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu popełnionych na szkodę prywatnych przedsiębiorców) następuje na wniosek pokrzywdzonego, a wykroczeń – na żądanie pokrzywdzonego, tj. osoby fizycznej lub prawnej, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone, lub zagrożone przez przestępstwo (art. 49 kpk.). Nie należy jednak zapominać, że – zgodnie z zasadami procesu karnego – od chwili złożenia wniosku pokrzywdzony nie ma zasadniczo wpływu na jego przebieg. Jednakże zgodnie z art. 12 § 3 kpk. z 1997 r. wniosek taki można skutecznie wycofać w postępowaniu przygotowawczym za zgodą prokuratora, a w postępowaniu sądowym za zgodą sądu – do rozpoczęcia przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z 11. sierpnia 2000 r. (I KZP 19/00¹⁸² przegląd orzecz.: R.A. Stefański¹⁸³): „Sformułowanie zawarte w art. 12 § 3 kpk., iż cofnięcie wniosku o ściganie w postępowaniu sądowym może być skuteczne tylko wtedy, gdy cofnięcie to nastąpi do czasu rozpoczęcia przewodu sądowego „na pierwszej” rozprawie głównej, nie może pozostawiać wątpliwości, iż chodzi tu nie o każdą rozprawę główną, lecz właśnie o pierwszą.” Jednakże z art. 12 ust. 3 kpk. wynika, iż wycofany wniosek o ściganie nie może być ponownie złożony. Brak wniosku o ściganie może być uzupełniony już po wszczęciu postępowania karnego, a nawet po jego prawomocnym umorzeniu. Warto tu wskazać na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 04. kwietnia 2000 r. (V KKN 29/00),¹⁸⁴ z którego wynika, iż: „Brak formalnego wniosku o ściganie może być uzupełniony w każdym stadium toczącego się postępowania karnego, a więc nie tylko przed jego umorzeniem, ale także po jego prawomocnym umorzeniu – o ile nie nastąpiło przedawnienie karalności przestępstwa ściganego na wniosek.”

182 Prok. i Pr. 2000/10/6.

183 R.A. WPP 2001/2/74.

184 Prok. i Pr. 2001/2/11

Wskazane wcześniej niedoskonałości karnoprawnej ochrony obrotu gospodarczego wynikają przede wszystkim z gwarancyjnej funkcji prawa karnego, która uzależnia odpowiedzialność sprawcy od możliwości przypisania mu winy. W związku z powyższym w różnych systemach prawnych przewidziano odpowiedzialność karną osób prawnych¹⁸⁵. Do podstawowych zarzutów stawianych koncepcji odpowiedzialności osób prawnych zaliczano nieistnienie w tym przypadku woli jednostkowej, która jest koniecznym warunkiem odpowiedzialności karnej, niemożność przypisania jej winy (brak możliwości przypisania zarzutu posiadania złej woli), brak zdolności do popełnienia czynu i fakt, że pojęcie kary kryminalnej koresponduje wyłącznie z pojęciem jednostki. Wśród argumentów przemawiających za odpowiedzialnością karną osób prawnych wymienia się przemianę odpowiedzialności cywilnej osób prawnych, która ewoluuje w kierunku odpowiedzialności cywilnej, niezależnej od zawinienia sprawcy i dopuszczenie możliwości stworzenia konstrukcji winy w odniesieniu do podmiotów zbiorowych, a także fakt występowania instytucji odpowiedzialności karnej w różnych dziedzinach prawa polskiego (np. w ochronie środowiska, prawie pracy, prawie monopolowym czy też w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).¹⁸⁶

Wśród koncepcji zrealizowanych w różnych krajach, zdaniem B. Namysłowskiej-Gabrysiak, można wskazać na jej następujące modele¹⁸⁷:

1. Koncepcja identyfikacji, czyli odpowiedzialności osoby prawnej za czyny popełnione przez osoby działające w ramach osoby prawnej. W jej ujęciu szerszym zakłada się przyjęcie odpowiedzialności osoby prawnej za zachowania wszystkich pracowników, zaś ujęcie węższe zakłada ograniczenie odpowiedzialności tylko do określonego kręgu osób, np. tylko do członków zarządu, lub osób ją reprezentujących.
2. Koncepcja odpowiedzialności obiektywnej (znanej przede wszystkim systemowi anglosaskiemu), przy której wymagane jest wyłącznie istnienie związku przyczynowego między działalnością podmiotu zbiorowego a czynem zabronionym. W tym modelu wina nie jest przesłanką odpowiedzialności.¹⁸⁸
3. Model bezpośredniej odpowiedzialności karnej osób prawnych, bez odwoływania się do zasady identyfikacji, przez ustanowienie pojęcia winy podmiotu zbiorowego.

Polska ustawa z 28. października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. Nr 197, poz. 1661, zwana

185 Koncepcje odpowiedzialności karnej osób prawnych w ujęciu prawnoporównawczym opisuje B. Namysłowska-Gabrysiak: *Odpowiedzialność karna osób prawnych*, C.H. Beck, Warszawa 2003, s. 70–139.

186 Tamże, s. 22–23, 48–50, 149–160.

187 Tamże, s. 161–174.

188 Por. np. C. Wells: *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford University Press 2001.

dalej o.d.p.z.b.), a wchodząca w życie 27. listopada 2003 r. jako pierwsza całościowa koncepcja odpowiedzialności karnej osób prawnych określa zarówno zasady tej odpowiedzialności, jak i zasady postępowania w tym przedmiocie.

Ustawa opiera się na modelu odpowiedzialności identyfikacyjnej (art. 3 pkt. 1 i 4 o.d.p.z.b.), a także na koncepcji tzw. zawinienia w wyborze lub nadzorze oraz zawinienia organizacyjnego (art. 3 pkt. 2 i 3 w zw. z art. 5 o.d.p.z.b.).

Model ten odrzuca więc bezpośrednią odpowiedzialność osób prawnych, uzależniając ją od znalezienia winnej osoby fizycznej.

W rozumieniu ustawy podmiotem zbiorowym jest osoba prawna oraz jednostka organizacyjna nie mająca osobowości prawnej, z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i ich związków oraz organów państwowych i samorządu terytorialnego (art. 2 ust.1 o.d.p.z.b.). Podmiotem zbiorowym jest także spółka handlowa z udziałem Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego, spółka kapitałowa w organizacji, podmiot w stanie likwidacji oraz przedsiębiorca, nie będący osobą fizyczną, a także zagraniczna jednostka organizacyjna (art. 2 ust. 2 o.d.p.z.b.).

Podstawową przesłanką odpowiedzialności podmiotu zbiorowego jest zachowanie osoby fizycznej:

1. działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnienia lub obowiązku do jego reprezentowania, podejmowania w jego imieniu decyzji, lub wykonywania kontroli wewnętrznej, albo przy przekroczeniu tego uprawnienia lub niedopełnienia tego obowiązku;
2. dopuszczonej do działania w wyniku przekroczenia uprawnień, lub niedopełnienia obowiązków przez osobę, o której mowa w pkt. 1;
3. działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego, za zgodą lub wiedzą osoby, o której mowa w pkt. 1;
4. będącej przedsiębiorcą – jeżeli zachowanie to przyniosło lub mogło przynieść podmiotowi zbiorowemu korzyść, chociażby niemajątkową (art. 3 o.d.p.z.b.).

Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu tej ustawy wprowadza ona do systemu polskiego prawa karnego instrumenty prawne przewidziane w Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, przyjętej przez Radę Unii Europejskiej w dniu 26. lipca 1995 r. oraz w Protokołach dodatkowych nr I i II do tej Konwencji. Cytowany art. 3 ustawy hołduje koncepcji przyjęcia odpowiedzialności podmiotu zbiorowego w oderwaniu od koncepcji odpowiedzialności opartej na winie, w tradycyjnym, karnomaterialnym rozumieniu tego pojęcia. Zdaniem autorów projektu ustawy w to miejsce nawiązuje się do najlepiej przystających do odpowiedzialności podmiotów koncepcji tzw. zawinienia w wyborze lub nadzorze

oraz zawinięcia organizacyjnego. Ze względu na różnorodność norm organizacyjnych podmiotów zbiorowych, przyjęto koncepcję funkcjonalnej charakterystyki sprawców; zrezygnowano natomiast z wymienienia stanowisk, jakie mogliby sprawować.

Z kolei art. 4 ustawy stanowi, że podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności, jeżeli popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego przez osobę, o której mowa w art. 3, zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem skazującym, nakazem karnym (po nowelizacji kpk. dokonanej ustawą z 10. stycznia 2003 r. Dz.U. Nr 17 poz. 155 – wyrokiem nakazowym), prawomocnym orzeczeniem o zezwoleniu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności lub prawomocnym orzeczeniem (po wspomnianej nowelizacji – wyrokiem) warunkowo umarzającym postępowanie, albo prawomocnym orzeczeniem o umorzeniu postępowania z powodu okoliczności wyłączających ściganie sprawcy.

Odpowiedzialność karna osoby prawnej przewidziana tą ustawą posiada wyraźne korelacje z instytucją odpowiedzialności posiłkowej przewidzianą w art. 52 kk. z 1997 r. i art. 24 kks. z 1999 r. W związku z powyższym art. 11 ustawy nakazuje przy orzekaniu kary pieniężnej lub przepadku uwzględnianie przez sąd prawomocnego orzeczenia o nałożeniu na podmiot zbiorowy odpowiedzialności posiłkowej za grzywnę lub przepadek rzeczy orzeczone wobec osoby fizycznej, o której mowa w art. 3 za przestępstwo skarbowe określone w kks., zaś sąd orzekając o przepadku korzyści majątkowej lub jej równowartości uwzględnia prawomocne orzeczenie wydane na podstawie art. 52 kk. lub art. 24 § 5 kks., nakładające na podmiot zbiorowy obowiązek zwrotu korzyści osiągniętej wskutek przestępstwa tejże osoby fizycznej.

Z kolei art. 6 ustawy określa zasadę kumulacji odpowiedzialności prawnej stanowiąc, iż odpowiedzialność lub brak odpowiedzialności podmiotu zbiorowego na zasadach określonych w o.d.p.z.b. nie wyłącza odpowiedzialności cywilnej za wyrządzoną szkodę, odpowiedzialności administracyjnej ani indywidualnej odpowiedzialności sprawcy czynu zabronionego.

Nawiązując do unormowań wprowadzonych ustawą z 09. września 2000 r. o zmianie ustawy – kk., kpk., ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawy o zamówieniach publicznych oraz ustawy – Prawo bankowe (Dz.U. Nr 93, poz. 1027) o.d.p.z.b. określa wymiar kary pieniężnej w wysokości 10% przychodu w rozumieniu ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, osiągniętego w roku podatkowym poprzedzającym wydanie orzeczenia. Jednakże, jak wskazuje się w uzasadnieniu projektu ustawy „w przypadku podmiotów zbiorowych będących poważnymi uczestnikami obrotu gospodarczego, mimo to osiągających formalnie niskie dochody (poniżej 1.000.000 zł rocznie) – karę pieniężną do 10% wydatków poniesionych w roku, w którym popełniono czyn zabroniony. W każdym bądź razie kara pieniężna nie może być niższa niż pięć tysięcy złotych.

Jak wskazuje to uregulowanie celem ustawy jest zwalczanie przede wszystkim przestępczości podmiotów zbiorowych prowadzących działalność gospodarczą w znacznych rozmiarach i osiągających z niej znaczne dochody. Wątpliwe jednak wydaje się przejście od formuły naliczania kary pieniężnej od dochodu na formułę kosztową (wydatków) przy przyjęciu kwoty granicznej 1.000.000 zł.

Z kolei przepis art. 8 stanowi, zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy, odzwierciedlenie II Protokołu dodatkowego do przytoczonej Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, przewidując przepadek przedmiotów pochodzących z czynu zabronionego lub służących do popełnienia takiego czynu, a także korzyści majątkowych pochodzących z czynu zabronionego. W zgodzie z tym protokołem pozostaje także art. 9 ustawy zawierający katalog środków, które można orzec wobec podmiotu zbiorowego:

- 1) zakaz promocji lub reklamy prowadzonej działalności, wytwarzanych lub sprzedawanych wyrobów, świadczonych usług, lub udzielanych świadczeń;
- 2) zakaz korzystania z dotacji, subwencji, lub innych form wsparcia finansowego środkami publicznymi;
- 3) zakaz korzystania z pomocy organizacji międzynarodowych, których RP jest członkiem;
- 4) zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne;
- 5) zakaz prowadzenia określonej działalności podstawowej lub ubocznej;
- 6) podanie wyroku do publicznej wiadomości.

Zakazy określone w art. 9 ust. 1 pkt. 1–5 orzeka się (w latach) na okres od 1 roku do 5 lat. Za pewną gwarancję praw ukaranej osoby prawnej można uznać art. 9 ust. 3 ustawy stanowiący, iż zakazu prowadzenia działalności podstawowej lub ubocznej nie orzeka się, jeśli jego orzeczenie mogłoby doprowadzić do upadłości albo likwidacji podmiotu zbiorowego lub zwolnień, o których mowa w art. 11 ustawy z 28. grudnia 1989 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn dotyczących zakładu pracy (Dz.U. Nr 112, poz. 980 z późn. zm.). Jednakże przepisu tego nie stosuje się w przypadku „recydywy” podmiotu zbiorowego, tzn. jeśli przed upływem 5 lat od orzeczenia kary pieniężnej zostanie popełniony czyn zabroniony, stanowiący podstawę odpowiedzialności podmiotu zbiorowego, co zresztą upoważnia sąd do orzeczenia kary pieniężnej w wysokości od górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę (art. 13 o.d.p.z.b.).

Należy dodać, że odpowiedzialność podmiotów zbiorowych nie dotyczy wszystkich przestępstw popełnionych przez osoby fizyczne, określone w art. 3 o.d.p.z.b., co zresztą jest zrozumiałe ze względu na charakter tej odpowiedzialności a jedynie przestępstw enumeratywnie wymienionych w art. 16 ustawy. Zdaniem

twórców ustawy przepis art. 16 odzwierciedla standardy Unii Europejskiej, określając katalog czynów zabronionych pod groźbą kary, których popełnienie stanowi podstawę odpowiedzialności podmiotu zbiorowego. Przy jego konstruowaniu brano pod uwagę stosowne unormowania aktów prawa międzynarodowego przewidujących taką odpowiedzialność, a wymienionych w uzasadnieniu projektu ustawy.

Nawiązując do rozważań niniejszej części opracowania, wypada wskazać, że katalog ten obejmuje w szczególności przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu przewidziane w kk. i ustawach szczególnych, przestępstwa stanowiące czyny nieuczciwej konkurencji, przeciwko własności intelektualnej oraz niektóre przestępstwa określone w kks.

Jeśli chodzi o część procesową ustawy, to wypada wskazać na jej art. 27 stanowiący, iż postępowanie toczy się na wniosek prokuratora lub pokrzywdzonego, zaś w sprawach gdzie podstawę odpowiedzialności podmiotu zbiorowego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – również na wniosek Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Wniosek złożony przez pokrzywdzonego jest objęty przywilejem adwokacko-radcowskim (art. 28 o.d.p.z.b.). W sprawach takich nie stosuje się w szczególności przepisów kpk. odnoszących się do postępowania przygotowawczego, o powódzie cywilnym, oskarżycielu prywatnym, przedstawicielu społecznym i trybach szczególnych (art. 22 o.d.p.z.b.). Za pewne osłabienie gwarancji praw podmiotu zbiorowego można uznać przeniesienie do tej procedury cywilistycznej reguły, iż ciężar dowodu spoczywa na tym, kto dowód zgłasza (art. 23 o.d.p.z.b.). Wypada dodać, że zasadą w kpk. jest to, że nakłada on ciężar dowodu na oskarżyciela i sąd, zaś oskarżony nie musi udowadniać swojej niewinności.

Należy również wskazać, że ustawa ta wprowadza m.in. zmiany w ustawie z 24. maja 2000 r. o KRS (Dz.U. Nr 50 poz. 580 z późn. zm.), gdyż w tym rejestrze będzie się również gromadzić dane o podmiotach zbiorowych, wobec których orzeczono karę pieniężną, przepadek, zakaz, lub podanie wyroku do publicznej wiadomości (art. 46 o.d.p.z.b.). Natomiast wprowadzone zmiany w ustawie z dnia 10. czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 119, poz. 773 z późn. zm.) wynikają z faktu, że na mocy orzeczenia sądu określone podmioty zbiorowe będą mogły zostać pozbawione prawa ubiegania się o zamówienia publiczne (art. 47 o.d.p.z.b.).

W komentarzach do tej ustawy wskazuje się na jej niedoskonałości wynikające z przyjętej koncepcji odpowiedzialności podmiotów zbiorowych (koncepcja identyfikacji połączona z dwutorowością odpowiedzialności) wynikające chociażby z faktu, iż uzasadnieniem wprowadzenia stosownych regulacji w innych krajach była w szczególności konieczność uznania osób prawnych odpowiedzialnymi za czyny, których nie można przypisać osobom fizycznym. Natomiast regulacja przewidziana w art. 4 o.d.p.z.b. jest dodatkowym uzależnieniem możliwości ukarania osoby prawnej od rozstrzygnięcia (prawomocnego) w sprawie przeciwko osobie fizycz-

nej, co siłą rzeczy musi prowadzić do wydłużenia postępowania.¹⁸⁹ W związku z powyższym proponuje się, zmienić regulacje prawne wynikające z art. 3, 4, 5 o.d.p.z.b. w kierunku uniezależnienia odpowiedzialności podmiotów zbiorowych od odpowiedzialności osób fizycznych przez stworzenie pojęcia winy w odniesieniu do podmiotów zbiorowych,¹⁹⁰ lub oparcie się na odpowiedzialności obiektywnej.

Te propozycje – naszym zdaniem – nie zasługują na aprobatę. Przeniesienia reguł odpowiedzialności karnej na grunt osób prawnych bez dostatecznego sprecyzowania aksjologicznego winy mogą zagrozić gwarancyjnej funkcji prawa karnego.

189 B. Namysłowska–Gabrysiak: *ibidem*, s. 192–193.

190 Na temat winy podmiotów zbiorowych por. np. H.J. Hirsch, *Problem odpowiedzialności karnej związków osób*, SP 1993, z. 4, s. 3 i nast.

KARNOPRAWNA OCHRONA FISKALNYCH INTERESÓW PAŃSTWA A PRAWA PODATNIKA

Tematem tej części opracowania jest analiza ochrony karnej fiskalnych interesów państwa w kontekście ochrony praw obywatela jako podatnika. Dla jej potrzeb ten drugi termin jest rozumiany *in sensu largo* jako osoba zobowiązana do uiszczenia należności publicznoprawnej w rozumieniu art. 53 § 26 kks. z 1999 r. W związku z tym definicją tą objęto nie tylko podatnika *sensu stricto*, lecz także producenta, importera, płatnika podatku oraz inne osoby mogące popełnić przestępstwa bądź wykroczenia skarbowe przewidziane w Dziale II kks.

Po wejściu w życie w dniu 17. października 1999 r. kodeksu karnego skarbowego – zwanym dalej kks. (Dz.U. Nr 83 poz. 930 z późn. zm.), który zastąpił ustawę karno–skarbową z 1971 r. (Dz.U. z 26 kwietnia 1984 r. z późn. zm.) niepomierne wzrosła rola przepisów kodeksu karnego i kodeksu postępowania karnego z 1997 r. w procedurze karno–skarbowej. Podstawową zmianą wprowadzoną przez kks. jest niewątpliwie przekazanie karania obywateli do wyłącznej kompetencji sądów powszechnych, gdyż obecnie finansowe organy dochodzeniowe mogą na obywateli nakładać jedynie mandaty.

Przepisy dotychczas obowiązującej u.k.s. z 1971 r. przewidywały w dziedzinie postępowania przygotowawczego swoistą autonomię regulacji karno–skarbowej w stosunku do powszechnie obowiązującej procedury karnej. Polegała ona na tym, że postępowania przygotowawcze toczyły się według przepisów u.k.s., zaś przepisy kpk. miały charakter subsydiarny, to znaczy znajdowały zastosowanie tylko wtedy, gdy wymieniona ustawa wyraźnie do nich odsyłała. Obecnie sytuacja uległa odwróceniu; zgodnie bowiem z art. 133 § 1 kks. w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe stosuje się odpowiednio przepisy kpk., chyba że przepisy kks. stanowią inaczej. Tego typu regulacja jest niewątpliwie wyrazem dążeń do ujednolicenia postępowania we wszystkich sprawach karnych.

Ze specyfiki postępowania karno–skarbowego wynika niemożność stosowania w tej procedurze m.in. przepisów kpk. odnośnie pokrzywdzonego, zaś w sprawach dotyczących wykroczeń nie stosuje się enumeratywnie wskazanych przepisów kpk. oraz przepisów w sprawach o wykroczenia. Ponadto szersze niż w kpk. zastosowanie znajdują w postępowaniu karno–skarbowym tryby zredukowane, jak postępowanie uproszczone, nakazowe oraz nieznane obecnemu kpk. z 1997 r. postępowanie

nie w stosunku do nieobecnych. Szereg odstępstw od ogólnych zasad procedury karnej w kks. dotyczy takich instytucji, jak odpowiedzialności posiłkowej, zabezpieczeń majątkowych, przypadku przedmiotów czy dobrowolnego poddania się odpowiedzialności w sprawach o wykroczenia skarbowe. Cechą charakterystyczną kks. jest również fiskalizacja wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych skarbowych przez preferowanie w sferze odpowiedzialności kar o charakterze majątkowym.

1. Materialnoprawne aspekty odpowiedzialności karnej skarbowej podatnika

Analiza kodeksu karnego skarbowego, także jego części materialnej, potwierdza tezę o autonomiczności prawa karnego skarbowego przejawiającej się zasadniczo w samodzielnym określaniu odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia skarbowe. Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, ta autonomiczność – zwłaszcza w sferze ogólnych zasad odpowiedzialności – jest uzasadniona szczególnie przedmiotem ochrony, którego dotyczy prawo karne skarbowe, a którym zawsze jest interes i porządek finansowy państwa. Prawo to pozostaje w ścisłym związku z regulacjami ze sfery prawa finansowego i normuje karalność naruszeń zakazów i nakazów wynikających z ustaw dotyczących porządku i interesu finansowego państwa¹.

Z owego powiązania norm prawa karnego skarbowego z ustawodawstwem finansowym wynika pewna „płynność” w przedmiocie jego ochrony, co może rodzić niebezpieczeństwa dla gwarancyjnej funkcji tego prawa. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 04. lipca 2001 r. (V IKKN 346/99, Lex nr 51697): „W prawie karnym skarbowym, z uwagi na powiązania norm karnych skarbowych z szeroko rozumianym prawem finansowym i częstą zmianą aktów wykonawczych do tych regulacji, przez zmianę ustawy rozumieć należy także zmiany w aktach finansowych, których naruszenie daje podstawę do karania za czyn określony w kks.”

Samodzielność regulacji powoduje, że często normy kks. są powtórzeniem przepisów kk., z tym że zaznaczają jedynie, iż chodzi o przestępstwa i wykroczenia skarbowe, a nie o przestępstwa określone w kodeksie karnym. Prawo te zawiera także regulujące odmiennie niż kk. określone kwestie, lub regulujące instytucje nieznanne prawu karnemu powszechnemu (np. dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, czy interwencja).

Teza, która będzie udowodniana w tej części opracowania stanowi, iż jednym z aspektów tej autonomiczności jest wzmożona ochrona interesów fiskalnych państwa przez prawo karne skarbowe w porównaniu z analizowaną wcześniej karнопrawną ochroną interesów przedsiębiorcy zapewnianą przez powszechne prawo karne. Owa bardziej intensywna ochrona przejawia się zarówno w części materialnej kks. obejmującej część ogólną (Dział I), część szczególną (poszczególne przestępstwa i wykroczenia skarbowe – Dział II), jak i w części procesowej, regulującej postępowanie w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe (tytuł II).

Zgodnie z założeniami tej pracy analiza nie może siłą rzeczy dotyczyć całości kodeksu, a skoncentruje się na wybranych regulacjach zarówno jego części mate-

1 T. Grzegorzczak: Kodeks karny skarbowy. Komentarz, DW ABC, Warszawa 2000, s. 91–92.

rialnej jak i proceduralnej, które były przedmiotem orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego.

Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe są określone identycznie jak w kodeksie karnym; jednakże art. 1 § 1 kks. inaczej określa pojęcie czynu społecznie szkodliwego. W odróżnieniu od kk. definicja zawarta w przepisie art. 1 kks. nie ogranicza się do formalnego warunku karalności, ale stawia także wymóg materialny, jakim jest szkodliwość społeczna czynu zabronionego, zaś ocena tej szkodliwości powinna uwzględniać kryteria sformułowane w art. 53 § 7 kks. Zgodnie z art. 1 § 1 kks. odpowiedzialność karłą za przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe ponosi tylko ten, kto popełnia czyn karalny społecznie szkodliwy, zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Materialny element odpowiedzialności karnej skarbowej podkreśla § 2 art. 1 stanowiący, iż nie jest przestępstwem lub wykroczeniem skarbowym czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma. Stwierdzenie przez organ skarbowy, że czyn nie jest szkodliwy społecznie, bądź iż jego szkodliwość jest znikoma powinno powodować zaniechanie wszczynania postępowania karnego, zaś w przypadku wszczęcia – jego umorzenie (art. 17 § 1 pkt 1 i 3 k.p.k w zw z art. 113 § 2 kks.). Jednakże jeśli po rozpoczęciu przewodu sądowego okaże się, że czyn zabroniony nie jest społecznie szkodliwy, to sąd powinien uniewinnić oskarżonego, a nie umorzyć postępowanie (art. 414 § 1 kp.k. w zw. z art. 113 § 2 kks.).

Dla naszych rozważań istotne znaczenie ma zmiana stanowiska doktryny i orzecznictwa sądowego w kwestii pojmowania pojęcia „ustawy” jako podstawy odpowiedzialności karnej skarbowej. Do połowy lat 90. ubiegłego stulecia pojęciem tym obejmowano całokształt przepisów uzasadniających odpowiedzialność karłą, a więc nie tylko przepisy ustawowe prawa podatkowego, celnego, dewizowego czy innych ustaw związanych z ustawami karnymi skarbowymi, ale również wydane na ich podstawie rozporządzenia, a nawet zarządzenia.² Stanowisko to uległo zmianie pod wpływem orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26. kwietnia 1995 r. 11/94³, w którym stwierdzono, iż „ustawowe sformułowanie przepisów karnych represyjnych musi w sposób zupełny odpowiadać zasadzie określoności. Oznacza to, że sama ustawa musi w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny definiować wszystkie znamiona czynów zagrożonych karą”. Zgodnie z uzasadnieniem tego orzeczenia nie może tego dokonywać akt wykonawczy, bo w prawie karnym wyłączność ustawy ma charakter bezwzględny. Teza Trybunału sformułowana na tle poprzedniej konstytucji jest jednoznacznie rozstrzygnięta przez art. 42 nowej Konstytucji z 1997 r. stwierdzający, iż odpowiedzialności kar-

2 J. Michalski: Komentarz do kodeksu karnego skarbowego, Tytuł I – Przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, Warszawa 2000, s. 11 oraz podana tam literatura i orzecznictwo.

3 OTK 1995, nr 1 poz.12.

nej podlega ten tylko, kto dopuszcza się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Natomiast zgodnie z art. 217 Konstytucji nakładanie podatków i innych danin publicznych, określenie podmiotów, przedmiotów opodatkowania i stawek podatkowych, a także zasad przyznawania ulg i umorzeń oraz kategorii podmiotów zwolnionych od podatku następuje w drodze ustawy. Należy zgodzić się z J. Michalskim, iż materia ta pozostaje w ścisłym związku z częścią szczególną (Dział II) kodeksu karnego skarbowego.⁴

Na tle nowej Konstytucji zaostrenie rygorów odpowiedzialności karnej skarbowej znalazła odzwierciedlenie także w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W wyroku SN z dnia 22. czerwca 1999 r. III KKN 391/97 zajęto stanowisko (jeszcze na tle poprzedniej u.k.s. z 1971 r.), że nie może stanowić przestępstwa z art. 100 § 1 u.k.s. naruszenie obowiązku wynikającego z rozporządzenia Ministra Finansów dotyczącego prowadzenia ksiąg handlowych. Natomiast w uchwale SN z dnia 19. sierpnia 1999 r., I KZP 22/99⁵ stwierdzono, iż nie jest przestępstwem z art. 24 § 1 d.kk. z 1969 r. złożenie nieprawdziwego oświadczenia w deklaracji wymienionej w § 1 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 10. grudnia 1997 r. w sprawie sposobów i warunków wykonywania kontroli celnej (Dz.U. Nr 154, poz. 1007 z późn. zm.).

Mimo takiej linii orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i SN tytułem przykładu można podać, że Ordynacja podatkowa z 1997 r., która zastąpiła ustawę o zobowiązaniach podatkowych z 1980 r. nadal upoważnia Ministra Finansów do określania w drodze rozporządzenia „grupy podmiotów obowiązanych do (...) prowadzenia ksiąg lub ewidencji (art. 85 Ordynacji), co zresztą ten uczynił, a kks. w art. 60 § 1 penalizuje nieprowadzenie wbrew obowiązkowi. Jak wskazuje w literaturze przedmiotu T. Grzegorzcyk: „Mimo upływu kilku lat od wskazanego orzeczenia TK i wydanych orzeczeń SN ustawodawca zapomniał o konieczności stosowania się do zasady ustawowej określoności znamion czynów zabronionych, co stawia pod znakiem zapytania karalność z przepisów nowego kks. wszędzie tam, gdzie obowiązek, którego naruszenie jest penalizowane, nie wynika w każdym swoim aspekcie z ustawy.”⁶

Dodać należy, iż ta tendencja ustawodawcza znajduje pewne potwierdzenie w aktualnej linii orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, odnoszącego się do konstytucyjności niektórych regulacji kks. W wyroku z 20. lutego 2001 r., P 2/00⁷ Trybunał uznał, iż art. 53 § 3, § 4, § 5 i § 6 oraz art. 65 kks. są zgodne z art. 2 i art. 42 Konstytucji.

4 Tamże, s. 12.

5 OSNKW 1999/9–10/51.

6 T. Grzegorzcyk: Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2000, s. 96.

7 OTK 2001/2/32.

Pierwszym z zakwestionowanych w pytaniu prawnym Sądu Rejonowego w Łodzi, skierowanym do Trybunału był art. 53 otwierający rozdział 5 kks., zatytułowany „Objaśnienie wyrażeń ustawowych”. Przepis ten zawiera definicje czynu zabronionego (§ 1), przestępstwa skarbowego (§ 2) i wykroczenia skarbowego (§ 3). Zgodnie z art. 53 § 3 kks. jednym z kryteriów rozgraniczenia przestępstw i wykroczeń skarbowych jest „kwota uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej albo wartość przedmiotu czynu”. Granicę stanowi „pięciokrotna wartość najniższego miesięcznego wynagrodzenia” obowiązująca w czasie popełnienia czynu. Z wykroczeniem mamy do czynienia, jeśli „kwota uszczuplona lub narażona na uszczuplenie” nie przekracza tego progu. Gdy chodzi o najniższe wynagrodzenie kks. oczywiście nie określa jego wysokości, lecz w art. 53 § 4 – odsyła do kodeksu pracy i przepisów wykonawczych wydanych na jego podstawie. Okazuje się więc, że dla dokonania oceny, jakie czyny zabronione w danym momencie stanowią wykroczenia skarbowe, a jakie są przestępstwami, trzeba sięgać do rozporządzeń, a więc do aktów niższego rzędu niż ustawa.

Drugi z badanych przez TK przepisów, art. 65 kks. normuje tzw. paserstwo akcyzowe, czyli nabywanie, przechowywanie lub przewożenie, pomoc w zbywaniu lub ukrywaniu wyrobów akcyzowych nieoznaczonych znakami akcyzy. Art. 65 § 3 reguluje przestępstwo mniejszej wagi, „jeżeli kwota podatku narażonego na uszczuplenie jest małej wartości”, zaś zgodnie z art. 65 § 4 „jeżeli kwota podatku narażonego na uszczuplenie nie przekracza ustawowego progu, sprawca czynu określonego w § 1 lub 2 podlega karze grzywny za wykroczenie skarbowe.” W tym wypadku znajduje zastosowanie art. 53 § 6 kks., który wprowadza pojęcie „progu ustawowego” równego kwocie określonej jako pięciokrotne najniższe wynagrodzenie pracowników. Ten właśnie próg decyduje o kwalifikacji czynów zabronionych regulowanych w części szczególnej kks. Próg ustawowy w tym przypadku należy porównać do kwoty podatku narażonego na uszczuplenie. Wysokość tej kwoty, przynajmniej w pewnym zakresie, zależy z kolei od rozporządzenia Ministra Finansów, określającego wysokość akcyzy.

Przedstawiając oba zagadnienia Trybunał stwierdził, iż – „mimo zakwestionowania dwóch przepisów – w niniejszej sprawie chodzi o jeden problem prawny: dopuszczalności ustalenia granicy między typami przestępstwa (typ podstawowy i uprzywilejowany) oraz przestępstwem a wykroczeniem poprzez odwołanie się do aktów podustawowych”.

W pierwszej części uzasadnienia pozytywnej odpowiedzi na pytanie o konstytucyjność zakwestionowanych przepisów Trybunał podkreśla aktualność poprzedniej swojej linii orzecznictwa w tej materii. „Trybunał Konstytucyjny zwraca uwagę, że zasada *nullum crimen sine lege* zasadniczo stanowi przedmiot zainteresowań prawa karnego materialnego, jednak – ze względu na rangę zasady konstytucyjnej – była również interpretowana w orzecznictwie Trybunału. Za punkt wyjścia przy-

jęło ono stwierdzenie, że „w demokratycznym państwie prawnym prawo karne musi być oparte przynajmniej na dwóch podstawowych zasadach: określoności czynów zabronionych pod groźbą kary (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*) oraz na zakazie wstecznego działania ustawy wprowadzającej lub zaostrzającej odpowiedzialność karną” (postanowienie z 25. września 1991 r., sygn. S. 6/91). Kolejny etap, to rozwinięcie pojęcia „określoności” czynu zabronionego. Trybunał przyjął, że „materialne elementy czynu, uznanego za przestępczy, muszą być zdefiniowane w ustawie (zgodnie z konstytucyjną zasadą wyłączności ustawy) w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny” (postanowienie z 13. czerwca 1994 r., sygn. S. 1/94)⁸. Trybunał wyjaśnił w dalszym ciągu, że „podstawowe elementy zarówno czynu, jak i kary muszą być określone w ustawie, a nie mogą być – w sposób blankietowy – pozostawione do unormowania w akcie wykonawczym”. W innym orzeczeniu Trybunał podkreślił konieczność uregulowania w ustawie zakresu osób, które są adresatami przepisu karnego; „ustawa musi więc w sposób kompletny wyznaczać kategorie osób, które mogą ponosić odpowiedzialność za dany czyn” (orzeczenie z 26. kwietnia 1995 r., sygn. K. 11/94)⁹. Istnieje zatem konieczność ustawowego określenia dobra chronionego i – w konsekwencji – strony przedmiotowej przestępstwa oraz podmiotu i strony podmiotowej. Już pod rządami Konstytucji z 1997 r. Trybunał wyjaśnił, że z zasady *nullum crimen sine lege* wynikają postulaty skierowane do ustawodawcy: nakaz typizacji czynów zabronionych w drodze ustawy i maksymalnej określoności tworzonych typów oraz do osób stosujących prawo – zakaz stosowania analogii i wykładni rozszerzającej (wyrok z 06. lipca 1999 r., sygn. P. 2/99)¹⁰.

Trybunał ostatecznie stwierdza: „Nie rezygnując z wymagania określenia wyłącznie w ustawie podmiotu, znamion przedmiotowych przestępstwa oraz kary, należy jednak przyjąć, że dopuszczalne jest doprecyzowanie tych elementów w aktach wykonawczych wydanych w zgodzie z art. 92 konstytucji. Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że zwłaszcza w odniesieniu do przestępstw przeciwko mieniu, obrotowi gospodarczemu, czy przeciwko interesom fiskalnym państwa, konstrukcja ustawy karnej, która by całkowicie wykluczała potrzebę odwołania się do rozporządzeń regulujących określoną sferę działalności, jest trudna do wyobrażenia”. Zdaniem TK odwołanie się przez przedmiotowe przepisy kks. do rozporządzeń pozwala uniknąć częstych nowelizacji ustawy, co służy stabilności prawa.

Jako dodatkowy argument, przemawiający za dopuszczalnością, a nawet wyraźną potrzebą odwoływania się w prawie karnym skarbowym do mierników

8 OTK 1994 r., cz. I, s. 271.

9 OTK 1995 r., cz. I, s. 132.

10 OTK ZU 1999, nr 5, poz. 103.

związanych ze zjawiskami ekonomicznymi Trybunał uznał właściwy temu prawu przedmiot ochrony, to znaczy interes i porządek finansowy państwa, czy też szerzej – finanse publiczne. Celem jest tu zawsze zabezpieczenie źródeł dochodów budżetu państwa i jednostek samorządu terytorialnego. Zdaniem Trybunału fakt, iż wszystkie przestępstwa i wykroczenia skarbowe są skierowane przeciwko finansom publicznym musi wywierać wpływ zarówno na konstrukcję przestępstw, jak i system kar. Zawsze bowiem chodzi o uszczerbek w dochodach budżetu i o to, aby ten uszczerbek wypełnić. Ciężar gatunkowy czynu zabronionego i wielkość kary w sposób nieunikniony muszą być powiązane z wartością ekonomiczną. Trybunał podzielił zdanie wyrażane niekiedy w literaturze przedmiotu, iż wprowadzenie do kks. w miejsce oznaczeń kwotowych bardziej nowoczesnego (antyinflacyjnego) systemu oznaczeń ułamkowych w stałej relacji do jednolitego wskaźnika bazowego, tj. najniższego miesięcznego wynagrodzenia zapewnia stałe relacje w systemie prawa karnego skarbowego. Oznacza to jednocześnie, że bez względu na czas skala represyjności tego prawa będzie zawsze równa wobec obywatela.¹¹

Zdaniem Trybunału nie można kwestionować zalet tej metody regulacji w zestawieniu z rozwiązaniem polegającym na określeniu w ustawie kwot bezwzględnych, czy też pozostawieniu oceny sędziemu.

Do problemu autonomii prawa karnego skarbowego ustosunkował się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 16. stycznia 2001 r. (P 5/00)¹² stwierdzającym zgodność z Konstytucją art. 20 § 2 i 30 § 4 kks. Sąd Rejonowy w Krakowie, zgłaszając zapytanie prawne o zgodność powyższych przepisów z Konstytucją stwierdził, że istoty niekonstytucyjności art. 20 § 2 kks. należy szukać w tym, iż w ustawowym wyliczeniu przepisów kk., które znajdują odpowiednie zastosowanie do przestępstw skarbowych pominięty został art. 53 kk. określający tzw. dyrektywy wymiaru kary oraz wymieniający okoliczności mające wpływ na wymiar kary. Pominięcie w art. 20 § 2 kks. tego przepisu karnego godzi – zdaniem Sądu Rejonowego – w konstytucyjne zasady niezależności (art. 73 Konstytucji) oraz niezawisłości sędziowskiej. Nierecypowanie w treści kks. unormowania art. 53 kk. uniemożliwia sądowi – w przypadku bezwzględnego określenia przez ustawodawcę orzekania kary lub środka karnego – ich indywidualne zróżnicowanie w zależności od stopnia winy oskarżonego.

Jeśli chodzi o art. 30 § 4 kks., to zdaniem Sądu Rejonowego przewidziana w tym przepisie instytucja obligatoryjnego przepadku wartości dewizowych, stanowiących przedmiot przestępstwa określonego w art. 98 § 2 kks., narusza w pierwszym rzędzie art. 64 ust. 3 Konstytucji. W opinii Sądu Rejonowego tego rodzaju

11 G. Bogdan, A. Nita, Z. Radzikowska, A.R. Świątłowski: Kodeks karny skarbowy z komentarzem, Gdańsk 2000, s. 11.

12 OTK 2001/1/1.

środek karny stanowi niedozwoloną – w świetle Konstytucji – ingerencję w prawo własności oskarżonego, jeśli nielegalnie transferowane wartości dewizowe zostały nabyte w sposób legalny.

Rozpoznając sprawę Trybunał Konstytucyjny odniósł się także do zarzutu o charakterze ogólnym Prokuratora Generalnego, iż rozstrzygana kwestia sprowadza się do zagadnienia wykładni i interpretacji przepisów prawa, które z kolei znajduje się poza zakresem kognicji Trybunału Konstytucyjnego. Tym samym wydanie orzeczenia przez Trybunał jest – zdaniem Prokuratora Generalnego – prawnie niedopuszczalne (art. 39 ust. 1 pkt. 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym).

Tego poglądu Trybunał Konstytucyjny nie podzielił: „Podkreślić należy przy tym, iż problem wykładni przepisów poddawanych kontroli nie jest zagadnieniem całkowicie wyłączonym z zakresu właściwości Trybunału Konstytucyjnego. Uwzględniając akcentowaną wielokrotnie w orzecznictwie okoliczność, iż przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego są normy prawne o charakterze generalno–abstrakcyjnym wyinterpretowane z treści zaskarżonych przepisów (por. np. postanowienie z 14 grudnia 1999 r., sygn. U. 7/99),¹³ zauważyć trzeba, że tego rodzaju wykładni dokonuje każdorazowo zarówno podmiot kwestionujący dany akt normatywny, jak i sam Trybunał Konstytucyjny, weryfikujący jego treść z punktu widzenia zgodności z aktami wyższego rzędu. Interpretacja zaskarżonych przepisów stanowi więc jeden z etapów kontroli zgodności norm prawnych, w żadnym natomiast wypadku nie jest samoistnym celem postępowania prowadzonego przed Trybunałem Konstytucyjnym. Warto również zauważyć, iż niejednokrotnie odpowiednia wykładnia przepisów poddawanych badaniu przez Trybunał Konstytucyjny może być przesłanką przesądzającą uznanie ich konstytucyjności, co uwidacznia się szczególnie w przypadku tzw. orzeczeń interpretacyjnych Trybunału Konstytucyjnego”.

Stwierdzając z kolei zgodność zaskarżonych przepisów z Konstytucją, Trybunał wskazał na autonomię prawa karnego skarbowego uzasadniającego odrębne (w porównaniu z kk. – art. 53) uregulowanie dyrektyw wymiaru kary oraz okoliczności wpływające na wymiar kary w art. 12 i 13 kks.: „W sytuacji więc, gdy regulacja problemu odpowiedzialności karnej w danej dziedzinie stosunków społecznych winna opierać się na założeniach odmiennych wobec tych, wynikających z przepisów części ogólnej kodeksu karnego, ustawodawca jest w pełni uprawniony dokonać tego rodzaju odejścia od modelu wyznaczonego przepisami kodeksu karnego i ma prawo zaakcentować swoistą autonomię prawa karnego skarbowego. Podkreślić należy jednak, iż w żadnym wypadku nie oznacza to dopuszczalności takiego ukształtowania przepisów danej ustawy, które odbiegać będzie od treści norm konstytucyjnych determinujących sferę odpowiedzialności karnej”.

13 OTK ZU 1999, nr 7, poz. 170, s. 919.

Bardziej generalnym problemem świadczącym o preferowaniu interesów państwa kosztem praw podatnika jest fakt, iż w przeciwieństwie do przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu, które najczęściej odwołują się do znamienia szkody, typowe przestępstwa i wykroczenia skarbowe mają charakter formalny, nieskutkowy.¹⁴ W ten sposób szkoda staje się „odciętym znamieniem ustawowym” i w rezultacie nie tylko poszerzony zostaje ustawowy zakres przedmiotu ochrony, lecz także organy procesowe zwolnione są od obowiązku jej udowodnienia. W efekcie prowadzić to musi jednak do osłabienia gwarancyjnej funkcji prawa karnego.¹⁵

W przypadku kodeksu karnego skarbowego za odpowiednik szkody można uznać uszczuplenie należności publicznoprawnej, występujące najczęściej w jednym przepisie z narażeniem na uszczuplenie należności publicznoprawnej. Zgodnie z § 27 art. 53 kks. należność publicznoprawna uszczuplona czynem zabronionym jest to wyrażona liczbowo kwota pieniężna, od której uiszczenia lub zadeklarowania w całości lub części osoba zobowiązana uchyliła się i w rzeczywistości ten uszczerbek finansowy nastąpił. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu jest to termin nowy, pełniący rolę przesłanki stosowania niektórych instytucji modyfikujących odpowiedzialność sprawcy i okoliczności wpływających na wymiar kary.¹⁶

W przeciwieństwie do tego odpowiednika szkody § 28 art. 53 kks. określa, iż narażenie na uszczuplenie należności publicznoprawnej czynem zabronionym jest to spowodowanie konkretnego niebezpieczeństwa takiego uszczuplenia, co oznacza, że zaistnienie uszczerbku finansowego jest wysoce prawdopodobne, choć nie musi nastąpić. Tak więc przy przestępstwach z narażenia nie wymaga się wystąpienia skutku w postaci uszczerbku; wystarczy bowiem wysokie prawdopodobieństwo jego zaistnienia.

Warto dodać, iż „uszczuplenie należności” jako rzeczywisty uszczerbek rzadko występuje samodzielnie jako okoliczność umożliwiająca modyfikację odpowiedzialności sprawcy, bądź wśród okoliczności wpływających na wymiar kary. Jako taka występuje bowiem w kks. wśród okoliczności uwzględnianych przy sędziowskim wymiarze kary (art. 13), jej nadzwyczajnym obostrzeniu (art. 37, 38), czy też wielkość realnego uszczuplenia stanowi znamię łagodzące w kwalifikacji prawnej czynu, bądź umożliwiające sklasyfikowanie go jako wykroczenia (art. 77 § 2 i 3, 78 § 2 i 3). Zasadą jest natomiast występowanie w jednym przepisie „uszczuplenia należności” alternatywnie z „narażeniem na uszczuplenie.” W takiej konfiguracji

14 Uzasadnienie rządowego projektu kks.: Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny skarbowy, Warszawa 1999, s. 12.

15 C. Kulesza: Niektóre karnoprosesowe aspekty..., s. 141–142.

16 T. Grzegorzcyk: Kodeks..., s. 226.

terminy te występują przy nadzwyczajnym złagodzeniu kary (art. 36) i przy takich instytucjach, jak czynny żal, powodujący niepodleganie karze (art. 16 § 2), odstąpienie od wymierzenia kary (art. 19 § 2), czy dobrowolne poddanie się odpowiedzialności (art. 17 § 1 pkt. 1). Natomiast „narażenie na uszczuplenie” występuje samodzielnie jako znamię wielu czynów w sferze podatkowej i celnej, takich jak określone w art. 54–56, 76, 82, 86–88 i 92. Wielkość (rozmiar) narażenia na uszczuplenie jest we wszystkich przypadkach znamieniem łagodzącym lub powodującym przekwalifikowanie czynu do grona wykroczeń¹⁷.

Warto dodać, iż poprzednia ustawa karna skarbowa nie знаła narażenia na uszczuplenie należności publicznoprawnej, a jedynie operowała pojęciem „uszczuplenia należności państwowej” i narażenia na uszczuplenie należności państwowej. Zgodnie z art. 11 u.k.s. kwotą należności państwowej narażonej na uszczuplenie była ustalona wyraźnie różnica między kwotą należną a kwotą przypadającą do uiszczenia według zeznania lub zgłoszenia strony (§ 1), albo w razie niemożności ustalenia dokładnie tej różnicy, oznaczenie jej w przybliżeniu (§3).¹⁸

W tym też względzie warto wskazać przykładowo na różnice w instytucji czynnego żalu w obecnym kks. (art. 16) i poprzednio obowiązującej ustawie (art. 7 u.k.s.). W aktualnie obowiązującej ustawie jednym z warunków skorzystania przez sprawcę z dobrodziejstw tej instytucji (nie podleganie karze) jest „uiszczenie w całości należności publicznoprawnej uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie czynem zabronionym” (art. 16 § 2 kks.). Natomiast w ustawie poprzedniej warunkiem takim było „złożenie uszczuplonej należności państwowej” (art. 7 § 1 u.k.s.). W komentarzach do tego ostatniego przepisu podkreślano: „Przepis eksponuje w istocie rzeczy interes finansowy państwa i funkcję egzekucyjną prawa karnego skarbowego, które rezygnuje z ukarania za cenę pewności zwrotu uszczuplonej należności finansowej. Jeśli Skarb Państwa nie ponosi żadnego uszczerbku finansowego, to nie ma potrzeby stosowania represji karnej.”¹⁹ W przypadku regulacji z art. 16 § 2 kks. stosowne stwierdzenie mogłoby brzmieć: „Jeśli Skarb Państwa bądź samorząd nie ponosi żadnego uszczerbku finansowego ani też zaistnienie takiego uszczerbku nie było wysoce prawdopodobne, to nie ma potrzeby stosowania represji karnej”. Taka konstatacja wskazuje na wzmoczoną w nowej ustawie, przynajmniej w tym zakresie, ochronę finansowych interesów państwa i samorządu kosztem ochrony podatnika.

Niewątpliwie ocena wymaganego prawdopodobieństwa wystąpienia negatywnego skutku, czyli powstania uszczuplenia należności publicznoprawnej przy przestępstwach z narażenia na niebezpieczeństwo winna być pozostawiona organom

17 Tamże, s. 227.

18 F. Prusak: Ustawa karna skarbowa z komentarzem, Warszawa 1994, s. 32.

19 Tamże, s. 23.

stosującym prawo, które jednak nie mogą nadużywać swojej władzy dyskrecyjnej. Jak wskazuje G. Łabuda: Wprowadzenie terminu „wysokie prawdopodobieństwo” w definicji (zawartej w art. 53 § 28 kks.) statystycznie ogranicza w praktyce taki przebieg przyczynowy, który nie prowadziłyby od wysokiego prawdopodobieństwa zaistnienia negatywnego skutku do powstania tego skutku. Typowy będzie więc bieg wydarzeń, kiedy niebezpieczeństwo uszczerbku finansowego – na podstawie doświadczenia kauzalnego obserwatora – prowadzi do powstania tego uszczerbku. Atypowe – aczkolwiek również kryminalizowane przez ustawodawcę – będzie takie zachowanie sprawcy, które pomimo wysokiego prawdopodobieństwa nie wywoła uszczerbku finansowego. Dla przypisania więc sprawcy odpowiedzialności karnej wystarcza stworzenie prawnie potępianego niebezpieczeństwa naruszenia bez konieczności wykazania, iż to niebezpieczeństwo musi doprowadzić do powstania naruszenia”²⁰.

Niewątpliwie oznacza to znaczne ułatwienia w postępowaniu dowodowym w porównaniu z trudnościami, z jakimi stykają się organy procesowe w skomplikowanych sprawach gospodarczych, gdzie konieczne jest precyzyjne ustalenie znamion przestępstwa, w szczególności realnego powstania i wysokości szkody.

Powyższą tezę potwierdziło także orzecznictwo sądowe powstałe na tle poprzedniej ustawy. W wyroku z 23. stycznia 1997 r. Sąd Najwyższy stwierdził: „Przestępstwo przewidziane w art. 94 § 1 i § 2 u.k.s. polega właśnie na narażeniu Skarbu Państwa na uszczuplenie należności podatkowych w trakcie postępowania podatkowego poprzez fałszowanie danych oraz nierzetelne prowadzenie ksiąg podatkowych. Karalne jest samo narażenie Skarbu Państwa na uszczuplenie podatku; dla bytu tego przestępstwa nie jest wymagane zaś nastąpienie faktycznego uszczuplenia należności podatkowych, które nie stanowi ustawowego znamienia czynu. Wysokość narażenia na uszczuplenie istotna jest natomiast dla kwalifikacji prawnej czynu jako przestępstwa (§ 1 i § 2) bądź wykroczenia (§ 3)” (VKKN 124/96)²¹.

Podstawową różnicę między odpowiedzialnością podatnika w postępowaniu podatkowym regulowanym przez Ordynację podatkową a odpowiedzialnością karną skarbową jest wina jako warunek tej ostatniej odpowiedzialności (*nullum crimen sine culpa* – art. 1 § 3 kks.). Regulacja art. 1 § 3 kks. wskazuje, iż sam fakt naruszenia przez sprawcę norm prawa finansowego i zagrożonego karą przewidzianą przez kks. nie wystarcza do przypisania sprawcy odpowiedzialności, gdyż organy procesowe muszą udowodnić mu winę. Na potrzebę uświadomienia rangi

20 G. Łabuda: Z problematyki narażania na niebezpieczeństwo uszczuplenia należności publicznoprawnej w prawie karnym skarbowym, Prok. i Pr. 2000, nr 11, s. 76.

21 Prok. i Pr. 1997, nr 7–8, s. 17.

tego problemu organom ścigania i oskarżycielom wskazywało już uzasadnienie projektu kks.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu wzorem kk. kodeks karny skarbowy nie zna pojęć winy „umyślnej” i „nieumyślnej”, traktując umyślność i nieumyślność jako podmiotowe znamiona czynu zabronionego (art. 4 kks.). Umyślne lub nieumyślne mogą zatem być przestępstwa i wykroczenia skarbowe, a nie wina. Tym samym ustawodawca nie opowiada się za teorią psychologiczną bądź normatywną winy²².

Art. 4 kks. stanowi wprawdzie odpowiednik art. 8 i 9 kk. jednakże nie zna czynu zabronionego w postaci zbrodni, a ponadto w kks. nie występuje odpowiednik art. 9 § 3 kk., tj. postaci czynu zabronionego kwalifikowanej przez następstwo, ze względu na bezskutkowy z reguły charakter przestępstw i wykroczeń skarbowych.²³

Przepis art. 4 kks. przyjmuje zasadę, że zarówno w przypadku przestępstw jak i wykroczeń skarbowych sprawca odpowiada jedynie za zachowania umyślne, a za nieumyślne tylko wtedy jeśli kodeks tak wyraźnie stanowi. Rozwiązanie przyjęte w § 1 art. 4 oznacza, że w razie milczenia ustawy znamieniem typu czynu zabronionego jest umyślność co do znamion przedmiotowych tego typu, a w razie wątpliwości należy przyjąć, że dane przestępstwo lub wykroczenie skarbowe może być popełnione tylko umyślnie.²⁴

Na istotę winy oraz umyślności i nieumyślności jako warunku odpowiedzialności karnej skarbowej wskazuje także orzecznictwo sądowe, piętnujące próby obiektywizacji tej odpowiedzialności przez organy skarbowe. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z 23. maja 2002 r. (VKKN 426/000):²⁵

„1. Wymagana przez przepisy dawnej ustawy karnej skarbowej (art. 4 u.k.s.) – podobnie zresztą, jak i obecnego kodeksu karnego skarbowego (art. 4 § 1 kks.) – jako warunek odpowiedzialności karnej, umyślność zachowania się sprawcy odnosząca się także do przestępstw i wykroczeń z zakresu obowiązków podatkowych, nie może być wywodzona z samego faktu zaistnienia znamion strony przedmiotowej danego czynu skarbowego. Nie można jej domniemywać, lecz należy ją udowodnić, choćby na podstawie dowodów pośrednich, w drodze logicznego rozumowania z całokształtu zebranego materiału dowodowego. Niezbędne jest jednak wykazanie na podstawie takiego materiału, że sprawca co

22 T. Grzegorzczuk: Kodeks..., s. 97 i podana tam literatura; J. Michalski: Komentarz do kodeksu karnego skarbowego, op. cit., s. 18.

23 J. Michalski: op. cit., s. 18.

24 T. Grzegorzczuk: op. cit., s. 105.

25 OSNKW 2002/9–10/81.

najmniej godził się na możliwość popełnienia czynu zabronionego jako przestępstwa (wykroczenia) skarbowego.

2. Powierzenie obowiązków w zakresie rozliczeń podatkowych fachowym osobom trzecim nie znosi samo przez się odpowiedzialności podatnika w sferze prawa karnego skarbowego, ale pod warunkiem udowodnienia, że miał on jednak świadomość możliwości wadliwego rozliczenia i godził się na rozliczenie niezgodne z przepisami prawa podatkowego”.

Podobnie w wyroku SN z 30. maja 2001 r. (II KKN 85/99, LEX nr 51380) przyjęto, iż „W świetle definicji zamieszczonej w art. 24 ust. 2 ustawy o rachunkowości z 1994 r. rzetelne są księgi rachunkowe, jeżeli dokonane w nich wpisy odzwierciedlają stan rzeczywisty. Rzetelność rozumiana jest więc w tym przepisie w sposób obiektywny. W tym sensie więc zamieszczone w księgach rachunkowych i w sprawozdaniu finansowym dane były nierzetelne, a przeprowadzone przez oskarżonego rozróżnienie na dane błędne i dane nierzetelne, zgodne z potocznym rozumieniem tych pojęć, nie pokrywa się z definicją ustawową. Ponieważ jednak przypisane oskarżonemu przestępstwa z art. 61 kks. mają, jako ustawowe typy przestępstw, charakter umyślny – sąd w uzasadnieniu swego wyroku powinien wskazać, dlaczego i na jakiej podstawie przyjął, że oskarżony miał zamiar zamieszczenia w księgach i w sprawozdaniu finansowym nierzetelnych danych.

Liczba błędnych zapisów nie przesądza o umyślności ich wprowadzenia do ksiąg. Możliwe jest przecież z pewnością umyślne wprowadzenie jednego nierzetelnego zapisu do księgi rachunkowej, jak też możliwe jest prowadzenie ksiąg w sposób bardzo niedbały i nieumyślne wprowadzenie do nich wielu niezgodnych z rzeczywistością zapisów”.

Równie istotną okolicznością wyłączającą odpowiedzialność karną skarbową jest błąd (art. 10), a w szczególności błąd co do prawa określony w § 4 art. 10 kks. Jest on unormowany inaczej niż w kk., gdyż kks. mówi o „usprawiedliwionej nieświadomości karalności czynu”, podczas gdy kk. stanowi o „usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności czynu (art. 30 kk.). Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu rozwiązanie przyjęte w kks. stawia przed sprawcą mniejsze wymagania niż kk., gdyż przy błędzie co do karalności czynu nie chodzi w ogóle o nieświadomość co do sprzeczności czynu z prawem, jak przy błędzie co do bezprawności, lecz o nieświadomość, że jest on zabroniony pod groźbą kary. Na gruncie prawa karnego skarbowego świadomość, że dane zachowanie jest w ogóle karalne będzie zależała także od wiedzy odnośnie tej szczególnej dziedziny prawa finansowego (dewizowe, podatkowe, celne itd.), której naruszenie penalizuje dana norma kks.²⁶ Aby stwierdzić czy nieświadomość karalności (art. 10 kks.) jest usprawiedliwiona,

26 T. Grzegorzcyk: op. cit., s. 123.

należy w miejsce sprawcy wstawić modelowego dobrego obywatela i zadać pytanie, czy ów modelowy obywatel rozpoznałby karalność czynu. Jeśli odpowiedź będzie twierdząca, wówczas taka nieświadomość karalności jest nieusprawiedliwiona, a zatem sprawca ponosi winę.

Prawo finansowe zostało unormowane w wielu aktach prawnych; dlatego też niekiedy sprawca może powoływać się na to, iż nie miał możliwości uświadomienia sobie karalności czynu. Zatem może podnosić, że jego nieświadomość karalności jest usprawiedliwiona. Należy jednak przyjąć za Sądem Najwyższym, że jeżeli na sprawcy – w związku z jego działalnością zawodową – ciążył obowiązek zaznajomienia się z odpowiednimi przepisami i sprawca w sposób zawiniony tego obowiązku nie wypełnił to nieświadomość karalności czynu nie będzie usprawiedliwiona²⁷. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z 07. października 1998 r. (V KKN 414/98)²⁸: „Dla możliwości stwierdzenia popełnienia przestępstwa o charakterze formalnym, polegającego – jak ma to miejsce w wypadku występów określonych w art. 16 ustawy z dnia 13. października 1995 r. o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników (Dz.U. Nr 142, poz. 702) – na zachowaniu niezgodnym z administracyjno–porządkowymi wymaganiami przepisów ustawy szczególnej, nie jest wystarczające ustalenie przedmiotowej jedynie zgodności zachowania ze znamionami przestępstwa. Konieczne jest nadto wskazanie ustawowego źródła obowiązku, którego niedopełnienie jest podstawą odpowiedzialności, a w płaszczyźnie podmiotowej także rozważenie możliwości rozpoznania bezprawności czynu – jeżeli *in concreto* powstają w tej kwestii wątpliwości”.

Jak wskazał w uzasadnieniu tego postanowienia SN: „nieświadomość oskarżonego co do prawnej oceny czynu może być usprawiedliwiona niskim stopniem jasności zawartego w ustawie unormowania w przedmiocie przypisanego mu zachowania, potwierdzonym dobitnie treścią wspomnianych uwag. Niewątpliwa wydaje się bowiem niestaranność ustawodawcy, polegająca na wytworzeniu stanu niejasności i niepewności adresatów ustawy w zakresie określenia obowiązków, a więc i ewentualnych podstaw odpowiedzialności karnej podatników, którzy dokonali zgłoszenia identyfikacyjnego, mając podany uprzednio numer identyfikacyjny. Niniejsza sprawa i podobne do niej inne sprawy wydają się być przejawem i rezultatem owej niestaranności”.

Kodeks karny skarbowy w art. 9 § 1 określa istotę sprawstwa jako zjawiskowej postaci przestępstwa i wykroczenia skarbowego w sposób podobny jak czyni to art. 18 § 1 kk. Podobnie jak kodeks karny przepis ten przyjmuje sprawstwo pojedyncze („wykonuje czyn sam”), współsprawstwo, sprawstwo kierownicze („kieruje wykonaniem czynu przez inną osobę”) i sprawstwo z polecenia („wyko-

27 K. Buk: Wina w kodeksie karnym skarbowym, Dor. Podat. 2000/3/49.

28 OSNKW 1999/1–2/9.

rzystując uzależnienie innej osoby od siebie, poleca jej wykonanie takiego czynu”). Natomiast całkowitym novum w kks. jest § 3 art. 9 przewidujący, iż za przestępstwo lub wykroczenie skarbowe odpowiada jak sprawca także ten, kto na podstawie przepisu prawa, decyzji właściwego organu, umowy lub faktycznego wykonywania zajmuje się sprawami gospodarczymi osoby fizycznej, osoby prawnej, albo jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, sprawcą jest tu „osoba zajmująca się sprawami gospodarczymi” danej jednostki, zatem nie zwykły, szeregowy pracownik tego podmiotu, aczkolwiek nie wyklucza to odpowiedzialności takiego pracownika, np. księgowości firmy, jako pomocnika do czynu.²⁹ W tym kontekście wypada porównać ten przepis z analizowanym wcześniej art. 308 kk. stanowiącym, iż za przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu odpowiada jako dłużnik lub wierzyciel ten, kto na podstawie przepisu prawnego, decyzji właściwego organu, umowy lub faktycznego wykonywania zajmuje się prawami majątkowymi innej osoby prawnej, fizycznej, grupy osób, lub podmiotu nie mającego osobowości prawnej. Wydaje się, że zakres podmiotowy tych przepisów jest podobny. Tezę tę w przypadku art. 9 kks. potwierdza orzeczenie SN z 02. lipca 2002 r. (IV KK 164/02) stwierdzające, iż:³⁰ „Skoro zarząd spółki prowadzi sprawy tej spółki, a pracami zarządu kieruje jego prezes, to jeżeli nie powierzono spraw spółki jako płatnika podatku od wynagrodzeń osób fizycznych (zaliczek na ten podatek) innemu z członków zarządu albo kierownikowi innej komórki organizacyjnej tej firmy, prezes zarządu spółki jest tą osobą, która zajmuje się jej sprawami gospodarczymi w powyższym zakresie, jeżeli nie dojdzie do wskazania, stosownie do art. 31 ustawy z dnia 29. sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. Nr 137, poz. 926 ze zm.) innej jeszcze osoby odpowiedzialnej za czynności spółki jako płatnika podatku.”

Powyższe orzeczenie można skomentować krótko, iż w przypadku popełnienia czynów karalnych przewidzianych przez kks. nie może być „próżni odpowiedzialności”, zaś art. 9 kks. przewiduje pewnego rodzaju domniemanie odpowiedzialności kierownictwa podmiotu gospodarczego.

W przypadku prawa karnego skarbowego można mówić o zjawisku maksymalizmu karnego, mającego zarówno aspekt ekstensywny jak i intensywny³¹. Aspekt ekstensywny polega na rozszerzeniu zakresu penalizacji, czyli zakresu czynów karalnych. Dowodem na to jest wysoka liczba przestępstw i wykroczeń bezskutkowych w kks. Natomiast aspekt intensywny kks. przejawia się jako zwiększenie zagrożeń karnych o charakterze finansowym. Wprawdzie dolna granica grzywien w tym kodeksie wynosi podobnie jak w kk. – 10 stawek dziennych, jednakże górna

29 T. Grzegorzczak: Kodeks..., op. cit., s. 121.

30 OSNKW 2002/11–12/106.

31 C. Kulesza: Maksymalizm karny – lata 80., „Res Publica”, 1987, nr 4.

granica wynosi 720 stawek (kk. ustala ją na 360 stawek – art. 33 § 1 kk.) i może być przekroczona przy nadzwyczajnym obostrzeniu kary o połowę – art. 38 kks., chociaż nie więcej niż do 1080 stawek (art. 28 § 2 kks.) oraz przy karze łącznej grzywny (do 1080 stawek – art. 39 kks.), podobnie jak w przypadku ciągu przestępstw (art. 40 § 3 kks.).

Należy wskazać, iż kks. w art. 12 normuje generalnie dyrektywy orzekania kar i środków karnych na potrzeby prawa karnego. W komentarzach do tego przepisu wskazuje się na § 2 art. 12 akcentujący konieczność uświadomienia społeczeństwu naganności naruszeń godzących wprost w interes fiskalny państwa. Jak stwierdza T. Grzegorzcyk: „Nie można zapominać, że w istocie o ile prawo karne powszechnie stanowi niejako odpowiedź na społeczne zapotrzebowanie penalizacji zachowań nagannych i karygodnych w odczuciu społecznym, o tyle prawo karne skarbowe raczej dopiero przez penalizację naruszeń godzących w finansowe interesy państwa wskazuje na ich naganność i potrzebę przestrzegania płynących z prawa finansowego nakazów, zakazów i ograniczeń, nie zawsze jeszcze akceptowanych społecznie”³².

Z kolei art. 13 kks. określa okoliczności uwzględniane przy wymiarze kary lub środka karnego. Oprócz okoliczności znanych odpowiednim regulacjom kk. przepis ten nakazuje uwzględniać elementy związane ściśle z naruszeniem prawa finansowego, takimi jak: rodzaj i rozmiar ujemnych skutków czynu, a więc czy nastąpiło uszczuplenie, czy tylko narażenie na uszczuplenie należności publicznoprawnej, jaka jest wielkość tego uszczuplenia, bądź też czy chodzi o naruszenie o innym przedmiocie czynu, a także należy brać pod uwagę rodzaj i stopień naruszenia ciężącego na sprawcy obowiązku finansowego (czy chodzi o obowiązek formalny, czy też związany z uszczupleniem należności publicznoprawnej). Jak wskazuje się w komentarzach do tego przepisu, sam fakt dokonania przez kks. zmiany w usytuowaniu poszczególnych rozdziałów części szczególnej może świadczyć o dokonaniu swoistej klasyfikacji szczególnych typów dóbr chronionych przez kks. Doszło tu bowiem do wyraźnego przesunięcia i nadania prymatu naruszeniom ze sfery podatkowej i celnej, jako przynoszącej najistotniejszy uszczerbek interesom finansowym państwa.³³

Podsumowując rozważania dotyczące części materialnej kks., należy wskazać na tendencję orzecznictwa sądowego do rozszerzania przedmiotu ochrony, czyli finansowych interesów państwa. Przykładem wykładni rozszerzającej może być wyrok SN z 30. lipca 2002 r. (I KZP 118/02)³⁴ stwierdzający, iż możliwe jest orzeczenie tytułem środka zabezpieczającego przepadku przedmiotów także wtedy, gdy

32 T. Grzegorzcyk: op. cit., s. 126.

33 Ibidem, s. 128.

34 OSNKW 2002/9–10/76.

ustaleniu, że sprawca popełnił czyn zabroniony, towarzyszy stwierdzenie, że nastąpiło przedawnienie karalności tego czynu.

Przechodząc do części szczególnej kks. należy wskazać tytułem przykładu na uchwałę SN z 29. stycznia 2002 r. (I KZP 31/01)³⁵ stwierdzający, iż penalizacja przewidziana w art. 70 § 4 kks. obejmuje także posiadanie lub przechowywanie przez osobę nieuprawnioną znaków akcyzy usuniętych z wyrobu akcyzowego, lub opakowań z tym wyrobem.

Przepis art. 70 § 4 kks. stanowi, iż karze przewidzianej za zbywanie lub przekazywanie w inny sposób osobie nieuprawnionej znaków akcyzy podlega także ten, kto nie będąc do tego nieuprawnionym, posiada lub przechowuje znaki akcyzy. Tak więc w świetle wykładni SN karane na podstawie tego przepisu mogą być także osoby, które chociażby ze względów innych niż komercyjne (np. kolekcjonerskie) przechowują znaki akcyzy usunięte z wyrobu akcyzowego lub opakowań z tym wyrobem. Nie jest wymogiem karalności narażenie na uszczuplenie lub realne uszczuplenie należności publicznoprawnej.

Orzecznictwo SN nie wymaga także, aby w przypadku przestępstw popełnionych przez płatnika podatku działał on w celu przysporzenia sobie z tego tytułu korzyści majątkowej. W wyroku SN z 02. sierpnia 2002 r. (IV KKN 426/98)³⁶ stwierdzono, iż niewpłacenie na rachunek organu podatkowego obliczonego i pobranego podatku nie musi polegać na fizycznym przejęciu przez płatnika kwoty stanowiącej jego równowartość.

Należy wskazać również na linię orzecznictwa Sądu Najwyższego zawężającą odpowiedzialność podatnika. Poza wspomnianymi wcześniej przykładami wskaźmy wyrok SN z 19. czerwca 2002 r. (V KKN 454/00)³⁷ odnoszący się do przestępstwa utrudniania lub udaremniania czynności sprawdzających, kontroli podatkowej lub skarbowej, określonego w art. 83 kks. W wyroku tym SN wywiódł co następuje: „Nieprzychylnie, niekulturalnie, czy nawet niegrzeczne traktowanie kontrolujących nie może być uznane za zachowanie wyczerpujące znamię czasownikowe „utrudnia” w rozumieniu przepisu art. 83 kks. Wszak przestępstwem skarbowym w rozumieniu art. 83 kks. jest udaremnianie lub utrudnianie wykonania czynności służbowej osobie uprawnionej. Ustawa przykładowo wymienia czynności wykonawcze powodujące udaremnienie lub utrudnienie. Są to: odmowa okazania księgi, jej niszczenie, uszkodzenie, czynienie bezużyteczną, ukrycie lub usunięcie. Nie stanowi więc odmowy okazania księgi niemożność jej okazania przez obecnego w danym momencie pracownika podmiotu kontrolowanego, ani też

35 OSNKW 2002/3–4/14.

36 Lex nr 55193.

37 Lex nr 54421.

żądanie skierowane do kontrolującego o pisemne określenie dokumentów, jakie mają być okazane i terminu tego okazania.

Niewątpliwie utrudnianiem w znaczeniu art. 83 kks nie jest też zamiana pomieszczenia udostępnionego kontrolującemu, mimo że z reguły wiąże się z chwilowym zamieszaniem i wywołuje sytuację przejściowo kłopotliwą³⁸.

Na podobną, zawężającą linię orzecniczą można wskazać w przypadku art. 56 kks. penalizującego przestępstwo tzw. oszustwa podatkowego, polegającego na podaniu przez podatnika nieprawdy lub zatajeniu prawdy przy składaniu organowi podatkowemu lub płatnikowi deklaracji albo oświadczenia, lub nie dopełnieniu obowiązku zawiadomienia o zmianie objętych nimi danych i przez to narażenia Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego na uszczuplenie podatku. Przepis ten jest odpowiednikiem art. 94 u.k.s. i w oparciu o tę regulację zapadł wyrok SN z 06. marca 1997 r. (IV KKN 100/96³⁸) głoszący, iż:

1. „Niezgłoszenie” lub „podanie (...) danych niezgodnie z rzeczywistością” następuje „w postępowaniu w sprawach zobowiązań podatkowych” i może z tego powodu stanowić podstawę odpowiedzialności z art. 94 § 1 u.k.s. wtedy tylko, kiedy zachowanie takie ma miejsce w związku z istnieniem obowiązku podatkowego i polega na niewłaściwym wykonaniu lub w ogóle zaniechaniu obowiązku dopełnienia wymaganej przepisami prawa podatkowego czynności zgłoszenia organowi podatkowemu danych, mających znaczenie dla ustalenia zobowiązania podatkowego lub jego wysokości.

Takich – wymaganych łącznie – cech nie nosi z pewnością zachowanie polegające na przyjęciu niewłaściwej stawki podatku w dokumencie odzwierciedlającym warunki zawartej przez strony transakcji handlowej.

2. Zobowiązanie podatkowe staje się zobowiązaniem skonkretyzowanym i dającym się merytorycznie zweryfikować dopiero z chwilą uzewnętrznienia przez podatnika przed organem podatkowym jego treści, w wymaganych przepisami czasie i postaci.

Wszelkie zatem inne – nie odpowiadające tym cechom – oświadczenia, informacje czy podawanie danych, składane poza postępowaniem w sprawach zobowiązań podatkowych lub wobec podmiotu innego niż organ podatkowy, pozostają – w wypadku podatnika będącego jednocześnie płatnikiem – bez znaczenia dla treści dyspozycji art. 94 § 1 u.k.s.”

38 OSNKW 1997/9–10/86.

2. Postępowanie karne skarbowe a prawa podatnika

Uprzywilejowanie w ochronie interesów Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego zawarte w części materialnej kks. w porównaniu z karnoprawną ochroną interesów przedsiębiorcy znajduje także swoje odzwierciedlenie w części procesowej kks. Można tu mówić o pewnym konflikcie zasady lojalności procesowej chroniącej podatnika przed samowolą organów ścigania, a zasadą szybkości postępowania karnego skarbowego.

Zasada lojalności procesowej stanowi niewątpliwie zasadę skodyfikowaną, a więc nie wymagającą jej wyinterpretowania pośredniego z pewnego zespołu norm prawnych (jak np. zasada bezpośredniości). Została ona wyrażona w art. 16 kpk. z 1997 r. i wynika z niej dyrektywa pod adresem organów procesowych, nakładająca na nie obowiązek udzielania uczestnikom postępowania informacji prawnej. Obowiązek ten występuje w dwóch postaciach: 1) jako nakaz udzielania informacji nie tylko w sytuacjach wyraźnie przewidzianych w ustawie (np. pouczenie oskarżonego o prawie do milczenia i prawie do obrony – art. 6 i 175 § 1 kpk.) – art. 16 § 1, ale także „ponadto w miarę potrzeby” tj. w każdej sytuacji, gdy pouczenie to może mieć znaczenie dla uczestnika postępowania (art. 16 § 2); 2), zakaz wprowadzania w błąd uczestnika postępowania, gdyż „brak takiego pouczenia lub mylne pouczenie nie może wywoływać ujemnych skutków procesowych dla uczestnika lub innej osoby, której to dotyczy” (art. 16 § 1 kpk.).³⁹

W doktrynie procesu karnego jest ona różnie określana, jako „zasada prawa do informacji”, „zasada niezbędnej informacji” czy „zasada informowania uczestników procesu”; jednakże ujmowanie jej jako zasady lojalności procesowej wynika z jej bliskiego powiązania z zasadą rzetelnego procesu (*fair trial*).

Warto dodać, że kpk. z 1997 r. wzmocnił gwarancyjny charakter tej zasady w odniesieniu do informacji udzielanej fakultatywnie, tj. „ponadto w miarę potrzeby”, gdy kpk. nie przewiduje wyraźnego obowiązku informowania. W dawnym kpk. z 1969 r. na tle art. 10 pisano o tzw. „mocniejszym” nakazie informacji (art. 10 § 1) i „słabszym” (art. 10 § 2 d.kpk.). W tym ostatnim przypadku brak pouczenia uczestników „w miarę potrzeby” nie był opatrzony sankcją, iż „brak takiego pouczenia lub mylne pouczenie nie może wywoływać negatywnych skutków procesowych dla osoby, której to dotyczy”. Ta bowiem sankcja odnosiła się jedynie do sytuacji, gdy przepis ustawy wyraźnie taki obowiązek nakładał (art. 10 § 1 d. kpk. z 1969 r.). W obecnym kpk. art. 16 § 2 wyraźnie nakazuje odnosić sankcję z art. 16 § 1 także do sytuacji, „braku pouczenia, gdy w świetle okoliczności było ono nieodzowne albo mylnego pouczenia”.

39 B. Bieńkowska, w: B. Bieńkowska, P. Kruszyński, C. Kulesza, P. Piszczek: Wykład prawa karnego procesowego (red. P. Kruszyński), Białystok 1998, s. 91–92.

Nie ulega wątpliwości, iż zasada lojalności procesowej, obowiązująca na wszystkich etapach procesu, odnosi się do wszystkich organów procesowych, w tym również organów postępowania przygotowawczego. Oczywiście, nie można jej traktować jako obowiązku „poradnictwa prawnego” dla uczestników procesu karnego, lecz jako dyrektywę udzielania informacji niezbędnej dla efektywnej obrony ich interesów chronionych prawem.

Pewien stereotyp zakorzeniony w świadomości niektórych przedstawicieli organów ścigania opiera się na założeniu, iż „nadmierne” informowanie stron postępowania przygotowawczego (w szczególności podejrzanego) o ich uprawnieniach może zagrażać efektywności tego etapu procesu, a szczególnie jego szybkości. Takie obawy żywili przeciwnicy wprowadzenia w kpk. z 1997 r. obowiązku pouczenia oskarżonego o prawie do korzystania z pomocy obrońcy (art. 6 kpk.) i prawie do odmowy składania wyjaśnień (art. 175 § 1 kpk.). Takiego obowiązku nie przewidywały *expressis verbis* ani art. 9, ani art. 63 dawnego kpk. z 1969 r. Powyższe przejawy zasady lojalności procesowej stanowią pewną reminiscencję w polskiej procedurze karnej amerykańskiej reguły Mirandy (Szósta Poprawka do Konstytucji USA). Jednakże nawet w amerykańskiej literaturze przedmiotu wskazuje się, iż: „Poza informacją o szkodliwości palenia papierosów Reguła Mirandy należy do najbardziej ignorowanych ostrzeżeń”⁴⁰.

Podstawowa teza tej części opracowania stanowi, iż zasada lojalności procesowej i wynikająca z niej dyrektywa rzetelnej informacji prawnej może służyć osiągnięciu wszystkich celów procesu karnego, w tym tak wzajemnie opozycyjnych, jak zasada prawdy obiektywnej (art. 2 § 2 kpk.) i zasada szybkości postępowania (art. 2 § 1 pkt 4 kpk.).

Jeśli chodzi o kodeks karny skarbowy z 1999 r., to jego art. 113 nakazuje recypować bezpośrednio do tej procedury rozwiązania przyjęte w kpk. z 1997 r., jeśli przepisy kks. nie stanowią inaczej. Niewątpliwie w postępowaniu tym stosuje się także zasadę szybkości określoną w art. 2 ust. 1 pkt. 4 kpk. Zasada ta figuruje wśród celów procesu karnego. Cel ten w pełni przyjmuje procedura karno-skarbowa (pomijając zadania związane z interesem pokrzywdzonego), co wynika także z art. 114 § 1 kks., który uzupełnia go o „wyrównanie uszczerbku finansowego Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego”. W tym świetle należy uznać, iż miejsce pokrzywdzonego (art. 49 § 1 kpk. z 1997 r. odnosi tę definicję do osoby fizycznej bądź prawnej, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone bądź zagrożone przez przestępstwo) w powszechnie obowiązującej procedurze karnej zostało zastąpione w kks. przez Skarb Państwa bądź jednostkę samorządu terytorialnego. Zasada szybkości na gruncie kks. to dyrektywa jak najszybszego

40 A. Garcia, *The Sixth Amendment in Modern American Jurisprudence. A Critical Perspective*, New York 1992, s. 287.

„załatwienia” kwestii roszczeń Skarbu Państwa wobec obywatela. Nie należy zapominać, iż sankcje przewidziane przez kks. mają charakter akcesoryjny (dodatkowy) w kontekście regulacji obowiązującego ustawodawstwa podatkowego.

Obowiązujące ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (ustawa z dnia 15. lutego 1992 r. – t.j. Dz.U. Nr 106 z 1993 r. poz. z późn. zm.) i fizycznych (ustawa z dnia 26. lipca 1991 r., tj. Dz. Nr 90, poz. z późn. zm.) przewidują szereg sankcji o charakterze finansowym wobec podatników, którzy w sposób nierzetelny prowadzą swoją dokumentację podatkową. Podstawową sankcją stanowi w tym przypadku odrzucenie zeznań podatkowych podatnika, wymierzenie mu wysokości podatku w drodze szacunkowej i obciążenie należnego podatku „karnymi” odsetkami. Tego typu sankcje nie stoją jednak na przeszkodzie w uznaniu powyższych działań za przestępstwo bądź wykroczenie skarbowe, co skutkuje sankcjami określonymi m.in. w art., 56, 58, 60, 61, 62, 76, 77, 82, 84 kks. W ten sposób w szczególnym trybie postępowania karnego, za jaki należy uznać postępowanie karno-skarbowe, zostaje zachwiana podstawowa zasada prawa karnego „*ne bis in idem*”.

Jeśli chodzi o procedurę odwoływania się od niekorzystnych dla podatnika decyzji organów administracyjnych w tej mierze, to należy wskazać na fakt, iż jest ona mniej demokratyczna niż procedura karna, gdyż przepisy obowiązującej Ordynacji podatkowej stanowią, iż wniesienie odwołania od decyzji organu podatkowego nie wstrzymuje jej wykonania (art. 224 § 1 Ordynacji podatkowej). Z możliwości wstrzymania wykonania zaskarżonej decyzji przewidzianej w § 2 art. 224 ordynacji podatkowej organy skarbowe korzystają bardzo rzadko, zaś na odmowę wstrzymania wykonania takiej decyzji nie przysługuje skarga do Naczelnego Sądu Administracyjnego (por. np. wyrok NSA w Lublinie z 24. listopada 1998 r. I S.A./Lu 1431/98, Lex nr 34896; postanowienie NSA w Rzeszowie z 17. czerwca 1998 r., S.A. Rz/824/98⁴¹). Jedynym wyjątkiem jest wprowadzone przez nowelizację Ordynacji obowiązującą od 01. stycznia 2003 r. wstrzymanie decyzji do czasu wniesienia odwołania w oparciu o art. 24b. Chodzi tu o sytuację, kiedy organy podatkowe lub kontroli skarbowej pominią skutki podatkowe czynności prawnych dokonanych przez podatnika, jeżeli udowodnią, że z dokonania tych czynności nie można było oczekiwać innych istotnych korzyści niż wynikające obniżenia wysokości zobowiązania podatkowego, zwiększenia straty, podwyższenia nadpłaty lub zwrotu podatku (art. 224a Ordynacji)

Nie sposób nie zauważyć jeszcze jednego aspektu wzajemnych związków pomiędzy postępowaniem podatkowym a karnym skarbowym. Chodzi tu o takie zjawisko: zazwyczaj postępowanie podatkowe poprzedza postępowanie karne skarbowe, a zapadłe decyzje mają istotny, faktyczny wpływ na wyroki sądów karnych, stanowiąc pozakodeksową przyczynę ograniczenia samodzielności jurysdykcyjnej

41 POP 1999/2/33.

tych sądów. Zasadę samodzielności jurysdykcyjnej sądu określa art. 8 kpk. stanowiąc w § 1, iż sąd karny rozstrzyga samodzielnie zagadnienia faktyczne i prawne oraz nie jest związany rozstrzygnięciem innego sądu bądź organu. Zgodnie z § 2 art. 8 kpk. sądy są związane jedynie prawomocnymi decyzjami sądów kształtującymi prawo lub stosunek prawny (decyzje konstytucyjne). W literaturze przedmiotu trwa od dłuższego czasu dyskusja nad stopniem związania sądów także konstytucyjnymi decyzjami administracyjnymi.⁴² Argumenty zwolenników takiego poglądu zdają się potwierdzać niektóre orzeczenia sądowe.

Przykładowo: Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 20. kwietnia 2000 r. (II AKa 32/00)⁴³ stwierdza: „Samodzielność jurysdykcyjna sądu karnego (art. 8 § 1 kpk.) nie uprawnia do dokonywania dowolnych ustaleń w zakresie obowiązku podatkowego. Skoro ustalenie istnienia tego obowiązku (bądź braku powinności) oraz wysokości podatku należy do organów skarbowych pod kontrolą sądu administracyjnego, zapadające w odnośnym postępowaniu decyzje należy traktować jako rozstrzygnięcia „kształtujące stosunek prawny” (art. 8 § 2 kpk.) i uznawać za wiążące w postępowaniu karnym”.

Na podobnie rozszerzającą wykładnię wyjątków od samodzielności jurysdykcyjnej sądów na rzecz decyzji administracyjnych wskazał także SN w wyroku z 01. grudnia 1998 r. /IV KKN 492/97 – glosa krytyczna: Świda Z.⁴⁴: „Odstępstwa od zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego nie zostały ograniczone jedynie do wypadku wskazanego w art. 4 § 2 kpk. z 1969 r. (obecnie art. 8 § 2 kpk.). Mogą one bowiem wynikać także z innych postanowień ustawy, przy czym dotyczy to zarówno kodeksu postępowania karnego, jak też innych aktów normatywnych o randze ustawy.”⁴⁵

Zasada szybkości postępowania karnego zyskuje niewątpliwie na gruncie kks. inny wydzźwięk, niż ten przewidziany przez twórców kpk. z 1997 r. W przypadku kpk. z 1997 r. uregulowania inspirowane przez Konstytucję RP i akty prawa międzynarodowego miały na celu przede wszystkim dobro oskarżonego, w związku z przedstawionymi mu zarzutami o popełnienie przestępstwa. Ten stan niepewności prawnej powinien ulec jak najszybszemu wyjaśnieniu, w szczególności w przypadku oskarżonych osadzonych w areszcie tymczasowym. Natomiast w przypadku kks., jak wspomniano wcześniej, chodzi niewątpliwie o jak najszybsze zaspokojenie roszczeń Skarbu Państwa. Ma tu miejsce swoiste połączenie funkcji i uprawnień procesowych pokrzywdzonego z kompetencjami organów ścigania karnego. W związku z powyższym pojawia się specyficzny aspekt konfliktu zasady szybko-

42 Por. np. P. Hofmański, *Samodzielność jurysdykcyjna sądu...*, s. 200–214.

43 KZS 2000/6/15.

44 OSP 1999/7–8/150.

45 OSNKW 1999/1–2/5.

ści postępowania karno–skarbowego z innymi zasadami procesowymi zdefiniowanymi w sposób bezpośredni bądź pośredni przez kpk. z 1997 r. Kpk. z 1997 r. określa w art. 10 § 1 zasadę legalizmu, której istotą jest to, że organ powołany do ścigania przestępstw jest obowiązany do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania przygotowawczego, a oskarżyciel publiczny także do wniesienia i popierania oskarżenia – o czyn ścigany z urzędu, niezależnie od woli pokrzywdzonego. W postępowaniu karno–skarbowym, jak wspomniano wcześniej, *sui generis* pokrzywdzonym jest Skarb Państwa reprezentowany przez jego organy. Brak klasycznej ofiary przestępstwa (osoby fizycznej), podstawowego źródła informacji o przestępstwie (jak dowodzą badania wiktymologiczne) powinien zasadniczo utrudniać ściganie karne. Ponadto, jak wskazują badania przeprowadzone jeszcze w latach 80. obywatele wykazują dużo mniejszą gotowość do zgłaszania zawiadomień o przestępstwach popełnianych na szkodę Państwa, niż w przypadku przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, mieniu czy innemu dobrom prawnym jednostki.

Dlatego też w przypadku postępowania karno–skarbowego inicjatywę obywatelską zastępują szerokie uprawnienia kontrolne organów skarbowych, celnych oraz policji i Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Patrząc na przestępstwa i wykroczenia skarbowe określone w części szczególnej kks. (Rozdziały 6–10) m.in. przeciwko obowiązkowi podatkowemu, celnym i zasadom obrotu z zagranicą, przestępstwom i wykroczeniom przeciwko obrotowi dewizowemu nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż w tych przypadkach podatnik, składając deklaracje podatkowe bądź celne na odpowiednich formularzach, sam niejako składa zawiadomienie o przypuszczalnym przestępstwie (bądź wykroczeniu) skarbowym, którego jest sprawcą. Stosując w drodze dość swobodnej analogii zasady prawa karnego, można stwierdzić, iż swoistej metamorfozie podlega tu reguła *nemo se ipsum in accusare tenetur*. Deklaracje te są składane odpowiednio do urzędów skarbowych i urzędów celnych, gdzie podlegają weryfikacji. Niezależnie od tej weryfikacji należy wskazać na szerokie uprawnienia skarbowych organów ścigania jak Urzędu Kontroli Skarbowej czy Inspekcji Celnej. Niewątpliwie względami zasady szybkości został podyktowany wyjątek od zasady legalizmu ścigania, czyli instytucja podobna do tzw. umorzenia absorpcyjnego (por. art. 11 kpk.) określona w art. 151 kks. Regulacja ta daje organom procesowym możliwość odmowy wszczęcia postępowania bądź jego umorzenia w sprawie o wykroczenie skarbowe, gdy ten sam czyn wyczerpuje zarówno znamiona wykroczenia jak i przestępstwa, zaś postępowanie karne w sprawie o przestępstwo zostało już prawomocnie zakończone, bądź też w przypadku przestępstwa ściganego z urzędu toczy się. Podstawowe przejawy zasady szybkości można dostrzec w postępowaniu karnym skarbowym przede wszystkim w jego szczególnych odmianach, jakim jest postępowanie mandatowe, w stosunku do nieobecnych oraz w instytucji dobrowolnego poddania się karze.

Określone w rozdziale 15 kks. postępowanie mandatowe jest obecnie, jak wskazano wcześniej, jedynym rodzajem postępowania, gdzie o odpowiedzialności podatnika rozstrzyga finansowy bądź niefinansowy organ dochodzenia (art. 136 kks.). Postępowanie to, cechujące się znacznym odformalizowaniem i przyspieszeniem, może być stosowane jedynie w sprawach o wykroczenia skarbowe i tylko wtedy, kiedy zarówno osoba sprawcy jak i okoliczności popełnienia czynu nie budzą wątpliwości. Gwarancjami praw jednostki jest wymóg uzyskania zgody sprawcy na wymierzenie mandatu (gotówkowego bądź kredytowego), oraz szereg wyłączeń przewidzianych w art. 137 § 2 kks. Zgodnie z tym przepisem postępowania mandatowego nie stosuje się, jeżeli:

- 1) są podstawy do orzeczenia środka karnego w postaci dobrowolnego poddania się odpowiedzialności;
- 2) przepis przewiduje obowiązek przepadku przedmiotów;
- 3) sprawca znajduje się pod wpływem alkoholu lub innego środka odurzającego;
- 4) zachodzi uzasadniona wątpliwość co do poczytalności sprawcy
- 5) zachodzi zbieg przepisów, a ten sam czyn sprawcy wykroczenia skarbowego wyczerpuje także znamiona przestępstwa skarbowego.

Jeśli sprawca odmówi przyjęcia mandatu, organ dochodzenia wnosi do sądu akt oskarżenia, w którym wskazuje na fakt odmowy i w miarę możliwości jej przyczyny (art. 139 kks.). Za istotną gwarancję prawidłowości postępowania mandatowego można uznać sądową kontrolę jego stosowania, sprawowaną także po jego zakończeniu. Otóż sąd na posiedzeniu może uchylić na wniosek sprawcy prawomocny mandat (składany w terminie 7. dni od uprawomocnienia), jeśli wymierzono karę grzywny za czyn nie będący wykroczeniem skarbowym (art. 140 kks.). Jeśli zarzucany czyn nie wyczerpuje znamion przestępstwa skarbowego, sąd nakazuje organowi dochodzenia zwrotu uiszczonej grzywny.

Oceniając ten tryb, należy stwierdzić, iż może on stanowić wygodne narzędzie karania sprawców wykroczeń skarbowych, jako czynów o niższej społecznej szkodliwości, jeśli sam sprawca nie chce się narażać na niedogodności postępowania sądowego, a okoliczności sprawy nie budzą wątpliwości. Warto podkreślić użyteczność tego trybu w przypadku mandatu „gotówkowego”, którym można wymierzyć karę grzywny zarówno osobom czasowo przebywającym na terytorium RP jak i osobom stale przebywającym w Polsce, które czasowo opuszczają jej terytorium. Wydaje się także, że sądowa kontrola tego postępowania, obejmująca zarówno przypadki odmowy przyjęcia mandatu jak i uchylanie prawomocnych mandatów (kontrola następcza) jest wystarczająca i efektywna. Jest ona bowiem uruchamiana z inicjatywy sprawcy, co pozwala przypuszczać, iż nie przerodzi się w rutynowe

postępowanie, co często występuje w przypadku sądowej kontroli sprawowanej z urzędu.

Zasada lojalności procesowej wymagałaby jednak, aby pouczać sprawców wykroczeń o konsekwencjach przyjęcia i odmowy przyjęcia mandatu. Wydaje się także niezbędne pouczenie ukaranego o możliwości poddania słuszności decyzji o ukaraniu mandatem weryfikacji sądu. Ta sama zasada, rozumiana szerzej niż obowiązek informacji prawnej, lecz jako element rzetelnego procesu, nakazywałaby organowi dochodzenia odstępować od wymierzenia mandatu karnego i kierowania sprawy do sądu zawsze wtedy, gdy ma on wątpliwości co do winy sprawcy, bądź wystąpią inne przesłanki negatywne stosowania tego trybu.

Zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności nie jest w polskim prawie karno–procesowym instytucją nową. Podobną regulację przewidywała zarówno dawna ustawa karno–skarbową z 1971 r. jako dobrowolne poddanie się karze (art. 196–199 u.k.s.), jak i inne ustawy karne, np. niesławna, epizodyczna ustawa o szczególnej odpowiedzialności karnej z 10. maja 1985 r. W szczególności regulacje tej ostatniej ustawy budziły szereg wątpliwości w kwestii ich zgodności z zasadą domniemania niewinności. Podstawową wadą wcześniejszych rozwiązań, odróżniających je wyraźnie od regulacji zawartych w rozdziale 16 kks. było wyłączenie sądowej kontroli stosowania tej instytucji. W szczególności art. 197 u.k.s. z 1971 r. stanowił, iż o uwzględnieniu wniosku o dobrowolne poddanie się karze rozstrzyga postanowieniem finansowy organ orzekający pierwszej instancji. Natomiast w sprawach o przestępstwa skarbowe należące stosownie do art. 123 § 2 lub art. 124 § 1 u.k.s. do właściwości sądów uwzględnienie wniosku o dobrowolne poddanie się karze wymagało ponadto zgody prokuratora.

Nowy kks. z 1999 r. przekazał ostateczną decyzję co do zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności (która to nazwa niewątpliwie bardziej oddaje istotę tej instytucji, niż poddanie się karze) do wyłącznej kompetencji sądu. Warto zauważyć, iż regulacja ta ma zastosowanie zarówno do przestępstw, jak i wykroczeń skarbowych. W przypadku zbiegu przesłanek do zastosowania postępowania mandatowego i dobrowolnego poddania się odpowiedzialności wspomniany wcześniej art. 137 § 2 pkt. 1 kks. wyklucza możliwość wymierzenia mandatu.

Jak wskazuje tytuł oddziału 1 rozdziału 16 kks. skorzystanie z instytucji dobrowolnego poddania się odpowiedzialności wiąże się z negocjacjami sprawcy przestępstwa bądź wykroczenia skarbowego z organem dochodzenia dotyczącymi warunków, na jakich organ ten wystąpi do sądu o udzielenie zgody na możliwość jej zastosowania. Sama ustawa nie określa sposobu przeprowadzania tych negocjacji, a jedynie ograniczenia (wymogi) nakładane na ich strony. W tym kontekście trudno uznać tę formę zawierania porozumień procesowych za opartą na zasadzie swobody umów cywilnoprawnych określoną w art. 353 kc. W tym przypadku można mówić o *sui generis* umowie adhezyjnej, gdzie zawarcie umowy (porozu-

mienia) następuje przez przystąpienie do warunków przedstawionych przez jedną stronę (w tym przypadku ustawodawcę). *Conditio sine qua non* zastosowania dobrowolnego poddania się odpowiedzialności jest złożenie przez sprawcę stosownego wniosku, o którym to prawie finansowy organ dochodzenia jest zobowiązany go pouczyć przed pierwszym przesłuchaniem (art. 142 kks.). Ustawa nie wymaga tu żadnej szczególnej formy (może być on złożony także w formie ustnej), zaś w przypadku osób w wieku od 17 do 18 lat może to uczynić ich przedstawiciel ustawowy. Aby wniosek ten był rozpatrywany, sprawca jest zobowiązany uiścić łącznie:

- należność publicznoprawną uszczuploną popełnionym czynem;
- tytułem grzywny kwotę odpowiadającą co najmniej 1/3 najniższego miesięcznego wynagrodzenia, zaś w przypadku wykroczeń – 1/10 tegoż wynagrodzenia;
- zryczałtowaną równowartość kosztów postępowania określoną przez rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 15. października 1999 r. (Dz.U. Nr 85 poz. 946).

Ponadto sprawca jest zobowiązany wyrazić zgodę na przepadek przedmiotów, jeśli w świetle ustawy jest on obligatoryjny. Cofnięcie wniosku o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności nie jest możliwe przed upływem miesiąca od jego złożenia, a także po wydaniu postanowienia sądu o zezwoleniu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności – art. 144 § 1 kks. W przypadku cofnięcia wniosku ponowne jego złożenie jest niedopuszczalne.

Warto dodać, że z zasady szybkości postępowania niewątpliwie wynika możliwość ograniczenia uzasadnienia wniosku finansowego organu dochodzenia do dowodów świadczących o tym, że wina sprawcy i okoliczności popełnienia czynu zabronionego nie budzą wątpliwości. Tezę o fiskalizacji wymiaru sprawiedliwości wspiera także regulacja uzależniająca uwzględnienie tego wniosku przez sąd od wymogu, że jest to „wystarczające dla zaspokojenia uzasadnionego interesu finansowego Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego” (art. 145 § 3 kks.) Pewną gwarancję praw osoby składającej wniosek do organu finansowego stanowi instytucja zażalenia na postanowienie odmawiające złożenia takiego wniosku do sądu, składane do organu nadrzędnego nad finansowym organem dochodzeniowym (art. 147 kks.).

W posiedzeniu sądu rozstrzygającego w kwestii zasadności wniosku organu dochodzenia o dobrowolne poddanie się sprawcy odpowiedzialności udział organu bądź jego przedstawiciela jest zasadniczo obowiązkowy wtedy, gdy tak zarządzi prezes sądu bądź sąd (art. 148 § 3 kks.). W przypadku oddalenia wniosku organu dochodzenia o dobrowolne poddanie się sprawcy odpowiedzialności sąd orzeka kasacyjnie, niezwłocznie zwracając sprawę finansowemu organowi dochodzenia,

decydując o zatrzymaniu do zakończenia postępowania uiszczonych przez sprawcę kwot, jako zabezpieczenia grożących mu kar, środków karnych, lub innych środków oraz kosztów postępowania (art. 144 § 3 kks.).

W związku z powyższym istotne zastrzeżenia budzić może używanie przez ustawodawcę, w przypadku postępowania mandatowego i instytucji dobrowolnego poddania się odpowiedzialności, określenie „sprawca”. Recypując na mocy art. 113 kks. do postępowania karno-skarbowego podstawowe zasady postępowania karnego ustawodawca niewątpliwie sankcjonował w tym postępowaniu zasadę domniemania niewinności określoną w art. 5 § 1 kpk. z 1997 r., który stanowi, iż „Oskarżonego uważa się za niewinnego dopóki wina jego nie zostanie udowodniona i stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu”. O ile kpk. z 1997 r. konsekwentnie posługuje się pojęciem oskarżonego bądź podejrzanego, o tyle kks. z 1999 r. operuje w przypadku postępowania mandatowego i instytucji dobrowolnego poddania się odpowiedzialności terminem „sprawca”. Warto dodać także, iż w nowym kpk. z 1997 r. zrezygnowano z negatywnego definiowania zasady domniemania niewinności przyjętego przez d.kpk. z 1969 r.: „Oskarżonego nie uważa się za winnego” (art. 3 § d.kpk. z 1969 r.) na rzecz ujęcia pozytywnego, co spełnia postulaty zgłaszane w literaturze przedmiotu i jest zgodne z Konstytucją z 1997 r.

W związku z tym należałoby rozważać użycie w kks. z 1997 r. terminu „sprawca” przynajmniej w dwóch aspektach, powiązanych z zasadą domniemania niewinności. Otóż aspekt pozytywny, sugerujący *ratio legis* ustawodawcy zgodnie z powyższą zasadą sugerowałby przesłankę negatywną zastosowania trybu mandatowego i instytucji dobrowolnego poddania się karze w przypadku, gdy oskarżony nie spełnia w sposób oczywisty definicji sprawcy. Byłaby to więc *sui generis* gwarancja praw obywatela chroniąca go przed stosowaniu uproszczonych procedur w postępowaniu karno-skarbowym. Jednakże powstaje problem, jakiego znaczenia miałyby sądowa kontrola stosowania trybu mandatowego i wydania postanowienia w przedmiocie dobrowolnego poddania się odpowiedzialności w przypadku nie oskarżonego, lecz „sprawcy” przestępstwa (wykroczenia) skarbowego?

W tym momencie pojawia się znany w doktrynie procesu karnego problem, na ile niskie zagrożenie karne za czyn przestępny usprawiedliwia minimalizację gwarancji praw oskarżonego.

Ze względu na temat tego opracowania wypada dodać, iż zasada lojalności procesowej przy stosowaniu instytucji dobrowolnego poddania się odpowiedzialności jest kierowana zasadniczo pod adresem finansowych organów dochodzenia, gdyż tylko one mogą kierować do sądu wnioski o zastosowanie tej instytucji. W przypadku, gdy wniosek o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe zostanie złożony w formie pisemnej lub ustnej (do protokołu) funkcjonariusz niefinansowego organu dochodzenia (np. policji) musi

przekazać sprawę właściwemu finansowemu organowi dochodzenia (art. 134 § 4 kks.). Z postulatu zasady lojalności procesowej wynikałby jednak obowiązek także organów policji pouczenia podejrzanego o wykroczenia o możliwości złożenia takiego wniosku i wszelkich jego konsekwencjach, zarówno pozytywnych jak i negatywnych. Do tych pierwszych należy niewątpliwie fakt, iż dobrowolne poddanie się odpowiedzialności nie jest skazaniem (sprawca nie jest uważany za karanego), zaś odpowiedzialność taka jest z reguły łagodniejsza niż wymierzana w zwykłym postępowaniu sądowym toczącym się wskutek wniesienia aktu oskarżenia. Art. 142 § 4 kks. wymaga, aby sprawca do wniosku dołączył dowody wykonania czynności wymienionych w art. 143 § 1–3 (uiszczenie należności publiczno-prawnej, kwoty tytułem grzywny i kosztów postępowania oraz wyrażenie zgody na przepadek przedmiotów). Wydaje się słuszny pogląd wyrażany w literaturze przedmiotu: jeśli z jakiejś przyczyny nie będzie w stanie tego uczynić, niefinansowy organ dochodzenia nie będzie mógł takiego wniosku pozostawić bez biegu. Zgodnie bowiem z treścią art. 147 kks. tylko finansowy organ dochodzenia może wydać postanowienie o odmowie wniesienia takiego wniosku do sądu. Nie mogąc wszcząć postępowania w stosunku do sprawcy wykroczenia, który złożył wniosek o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, niefinansowy organ dochodzenia zmuszony będzie przesłać taki wniosek właściwemu organowi dochodzenia, i to nawet wtedy, gdy jest on niekompletny.⁴⁶

Na przykładzie instytucji dobrowolnego poddania się odpowiedzialności można wskazać na problem konwalidacji uchybienia przez organ dochodzenia obowiązkowi informacji prawnej. W tej kwestii pozytywnie należy ocenić uchwałę Sądu Najwyższego z 25. października 2000 r. (IKZP 24/2000)⁴⁷ stanowiącą, iż: „W postępowaniu sądowym w sprawie udzielenia zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności (art. 148 § 1 kks.) dopuszczalne jest przekazanie (zwrot) sprawy finansowemu organowi dochodzenia w celu uzupełnienia istotnych braków postępowania przygotowawczego (art. 345 § 1 kpk. w zw. z art. 113 § 1 kks.). W stanie faktycznym, na tle którego zapadła uchwała, finansowy organ dochodzenia nie poinformował rzetelnie podatnika o czynnościach jakich musi dokonać przed udzieleniem zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności i we wniosku tego organu skierowanym do sądu brak było pełnej informacji o wypełnieniu tych obowiązków. Podzielając zasadniczo wywody Sądu Najwyższego zawarte w uzasadnieniu uchwały, wypada dodać, że dopuszczalność zwrotu przez sąd sprawy do uzupełnienia wynika także z następujących względów:⁴⁸

46 A. Skowron: Kontrowersje wokół regulacji postępowania w sprawach o wykroczenia, *Prok. i Pr.* 2000/12/64.

47 OSNKW 2000, nr 11–12, poz. 96.

48 Por. szerzej C. Kulesza: Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2000 r., I KZP 24/2000, OSNKW 2000, nr 11–12, poz. 96, *Prok. i Pr.* 2001, nr 7–8, s. 101–111.

- dominującej roli finansowego organu dochodzenia nie tylko decydowania o winie, lecz i zastosowaniu ustawowych warunków odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa lub wykroczenia skarbowego;
- ograniczonych możliwości kontrolnych sądu rozpoznającego na posiedzeniu wnioski o udzielenie zezwolenia;
- ograniczonej swobody sądu przy wyborze decyzji w przedmiocie wniosku i ograniczeń w możliwościach jej zaskarżenia.

Problem ten dostrzegło także Ministerstwo Sprawiedliwości, gdyż w projekcie Zespołu ds. Nowelizacji kks. z 23. stycznia 2003 r. wyraźnie przewidziano w nowym art. 143a przeprowadzenie wstępnej kontroli wniosku o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności pod kątem wymogów formalnych i jego zwrot wnioskodawcy celem usunięcia stwierdzonych braków w terminie 7. dni. Ponadto projekt ten przewiduje, iż zgodnie z wyraźnym brzmieniem art. 42 ust. 3 Konstytucji RP przypisanie odpowiedzialności karnej, w tym karnej skarbowej może nastąpić wyłącznie przez sąd w drodze wyroku (a nie postanowienia). Natomiast dodany przez projekt § 6 art. 148 kks. rozstrzyga wątpliwości będące przedmiotem powołanej uchwały SN z 2000 r., przewidując wyraźnie możliwość zwrotu sprawy finansowemu organowi postępowania przygotowawczego, jeśli sąd uzna, że nie zachodzą podstawy do uwzględnienia wniosku. Ponadto proponowana zmiana art. 149 kks uwzględnia także wypadki, gdy wyrok o zezwoleniu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności dotknięty jest bezwzględną przyczyną odwoławczą, jasno stwierdzając, że również w takim wypadku podlega uchyleniu w postępowaniu odwoławczym (Uzasadnienie projektu, s. 18–19).

Niewątpliwie za przejaw zasady szybkości w postępowaniu karno-skarbowym należy uznać stosowanie trybu uproszczonego, postępowania nakazowego oraz postępowania w stosunku do nieobecnych. Ostatniego z tych trybów nie zna (w przeciwieństwie do d.kpk. z 1969 r.) kpk. z 1997 r. Kks. pozwala na ograniczenie postępowania przygotowawczego w sprawie o wykroczenie skarbowe do przesłuchania podejrzanego oraz, w razie potrzeby, do czynności niezbędnych do wniesienia aktu oskarżenia (art. 152 kks.). Jak wskazuje się w komentarzach do tego przepisu ma on zastosowanie tylko wtedy, gdy w wyniku ustalenia, że czyn stanowi wykroczenie, nie dojdzie do postępowania mandatowego. Postępowanie mandatowe, o ile zostaną spełnione jego szczególne przesłanki pozytywne i nie wystąpią przesłanki negatywne, ma bowiem tu „pierwszeństwo”, jako najbardziej odformalizowany sposób postępowania⁴⁹.

Jednakże gwarancję prawidłowości ustaleń dochodzenia w sprawach prowadzonych przez policję stanowi niewątpliwie nadzór prokuratorski. Potwierdza to

49 Z. Gostyński: Komentarz..., s. 258.

w szczególności uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16. listopada 2000 r. (I KZP 38/00)⁵⁰ (stanowiąca, iż: „W sprawach o wykroczenia skarbowe, w których akt oskarżenia wniosła Policja lub inny niefinansowy organ dochodzenia, wskazany w art. 134 § 1 kks., zwrot sprawy w celu usunięcia istotnych braków postępowania przygotowawczego – na podstawie art. 339 § 3 pkt. 4 kpk. następuje prokuratorowi”.

Innym przejawem zasady (postulatu) szybkości postępowania karno-skarbowego jest regulacja art. 156 § 1 kks. przewidująca możliwość dołączenia przez prokuratora, jak również finansowy organ dochodzenia (za zgodą oskarżonego) – do aktu oskarżenia wniosku o skazanie go za zarzucone mu przestępstwo skarbowe bez przeprowadzania rozprawy (odpowiednik art. 335 kpk.). Wniosek ten może być złożony w przypadku, gdy okoliczności popełnienia czynu nie budzą wątpliwości, a postawa oskarżonego wskazuje, że cele postępowania zostaną osiągnięte mimo nieprzeprowadzenia rozprawy. W tym przypadku, zgodnie ze specyfiką postępowania karno-skarbowego, nie stanowi przesłanki negatywnej zastosowania tego trybu względem „dobro pokrzywdzonego” przewidziany art. 335 kpk. W związku z zastosowaniem powyższej regulacji oskarżony może liczyć na określone prawem koncesje (ustępstwa). Przedmiotowy wniosek może zawierać propozycję wymierzenia oskarżonemu kary z zastosowaniem nadzwyczajnego jej złagodzenia, odstąpienia od wymierzenia kary, orzeczenia środka karnego, lub warunkowego zawieszenia wykonania kary (art. 156 § 2 kks.). W sprawach o wykroczenia skarbowe wniosek może dotyczyć wymierzenia oskarżonemu kary grzywny nie przekraczającej dziesięciokrotnej wysokości najniższego miesięcznego wynagrodzenia.

Jak wynika z analizy regulacji kks. z 1999 r. ustawa ta dopuszcza także zastosowanie art. 387 kpk. z 1997 r. przewidującego możliwość złożenia przez oskarżonego wniosku o wydanie wyroku skazującego i wymierzenie określonej kary lub środka karnego bez przeprowadzania postępowania dowodowego. *Conditio sine qua non* zastosowania tej instytucji w kpk. z 1997 r. stanowi brak sprzeciwu oskarżyciela publicznego i pokrzywdzonego, a więc w przypadku braku pokrzywdzonego jako osoby fizycznej wystarcza tu zgoda oskarżyciela jako *sui generis* reprezentanta interesów Skarbu Państwa. Możliwość uwzględnienia przez sąd takiego wniosku może być uzależniona od uiszczenia w całości należności publicznoprawnej w określonym terminie. Przesłankę negatywną uwzględnienia przez sąd wniosku o skazanie bez przeprowadzania postępowania dowodowego na rozprawie w sprawie o przestępstwo bądź wykroczenie skarbowe w zakresie orzeczenia przepadek przedmiotów może być pisemny bądź ustny sprzeciw interwenienta ubocznego, który rości do nich prawa (art. 156 § 4 kks.).

50 OSNKW 2000/11–12/95.

Ogólnie należy stwierdzić, iż mimo nieokreślenia przez kks. z 1999 r. stopnia związania wnioskami oskarżyciela w ww. kwestiach można zasadnie przyjąć, iż wnioski te będą przez sądy uwzględniane. Oddzielnym tematem, narosłym wokół wątpliwości stosowania art. 335 kpk. jest możliwość modyfikacji tych wniosków przez sąd i – co za tym idzie – możliwość „renegocjacji” ustaleń między oskarżycielem publicznym a oskarżonym pod wpływem ewentualnej negatywnej decyzji sądu. Z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 03. sierpnia 2000 r. (WKN 16/00)⁵¹ wynika, że sąd jest związany treścią wniosku prokuratora złożonego w trybie określonym w art. 335 § 1 w tym sensie, że potrzeba dokonania jakiegokolwiek zmiany w jego treści musi spowodować rozpoznanie sprawy na zasadach ogólnych (art. 343 § 5 kpk.). Instytucja skazania bez rozprawy (art. 335 kpk.) bądź dobrowolnego poddania się odpowiedzialności karnej (art. 387 kpk.) mogą być tylko wtedy zastosowane, jeśli oskarżony wyraźnie i z pełną świadomością wyrazi na to zgodę (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 17. maja 2002 r., III KK 106/02, Lex 53328). Ciężar wyczerpującego i rzetelnego poinformowania oskarżonego o wszelkich aspektach ich stosowania spoczywa zasadniczo na prokuratorze i sądzie. Zgodzić się należy z S. Stachowiakiem, iż w sytuacji, kiedy istnieje możliwość złożenia przez prokuratora wniosku o skazanie oskarżonego bez rozprawy, należy podejrzanego w toku czynności przesłuchiwania o tym poinformować oraz zapytać, czy zgadza się na takie rozwiązanie, i poczynić o tym informację w protokole. Respektowanie zasady rzetelnego procesu wymaga, by podejrzanego poinformować o tym, że wniosek o skazanie bez rozprawy nie jest dla sądu wiążący, a zatem pomimo wniosku prokuratora załączonego do aktu oskarżenia sprawa może być rozpoznawana na rozprawie w sądzie.⁵²

Podsumowując rozważania należałoby się zastanowić, czy udział prokuratora w postępowaniu karno-skarbowym stanowi wystarczającą gwarancję jego prawidłowości i szybkości oraz gwarancję praw podatnika. Jeśli chodzi o kpk. z 1997 r. to należy wskazać na zjawisko osłabienia nadzoru prokuratora nad wstępnym etapem procesu wskutek reformy kpk. wprowadzonej ustawą z 10. stycznia 2003 r. (Dz.U. Nr 17, poz. 155).

Jeśli chodzi o nadzór prokuratora nad postępowaniem przygotowawczym, to należy stwierdzić iż kodeks postępowania karnego w obecnej wersji przyczyni się do osłabienia tej instytucji, szczególnie w przypadku dochodzenia, o którego wszczęciu policja nie musi już informować prokuratora. W aktualnym stanie prawnym w znakomitej większości przypadków prokurator będzie sprawował jedynie nadzór następczy, po zakończeniu dochodzenia, bądź w momencie jego przedłużenia. Biorąc pod uwagę stosunkowo szeroki katalog spraw, w których będzie toczyło się

51 OSNKW 2000/11–12/101.

52 S. Stachowiak: Zakres informacji przekazywanej podejrzanemu przed i w toku przesłuchiwania, Prok. i Pr 2001/3/7.

dochodzenie i uproszczenia tej formy postępowania sytuacja ta może rodzić niepokój. Jak podkreślano w trakcie dyskusji nad projektami nowelizacji kpk. o ile trafnie rozszerzono zakres dochodzenia uproszczonego, to zniesienie obowiązku zawiadamiania prokuratora przez policję o ich podejmowaniu należy uznać za błąd o charakterze modelowym, krok w złym kierunku.⁵³

Nadzór ten obejmuje z jednej strony możliwość władczego ingerowania w działania nadzorowanego organu ścigania (w tym organu skarbowego bądź celnego), z drugiej zaś łączy się z odpowiedzialnością prokuratora za prawidłowy i **sprawny** przebieg postępowania (art. 326 § 2 kpk.). Jak wynika z powyższego prokurator jest odpowiedzialny w postępowaniu karno-skarbowym za realizację zasady (dyrektywy) szybkości postępowania. Jego uprawnienia obejmują zarówno prawo do informacji i uczestnictwa w czynnościach postępowania przygotowawczego, władczą ingerencję także w działania organów skarbowych (celnych) oraz prawo substytucji nadzorowanych organów (art. 326 § 3 kpk. W tym też kontekście należy wskazać, iż art. 122 kks. ceduje szereg uprawnień prokuratora na finansowy organ dochodzenia bądź organ nadrzędny. W postępowaniu karno-skarbowym uprawnienia Prokuratora Generalnego do uchylania prawomocnego postanowienia o umorzeniu postępowania przygotowawczego przekazano Ministrowi Finansów, ale jedynie w sprawach o wykroczenia. Wydaje się jednak, iż te uregulowania nie deprecjonują roli prokuratora w postępowaniu karno-skarbowym chociażby z następujących względów:

- art. 122 kks. wydaje się potwierdzać w tym postępowaniu dominującą pozycję prokuratora jako oskarżyciela publicznego nad organami finansowymi mogącymi pełnić tę funkcję;
- ze względu na gwarancyjny charakter udziału prokuratora w postępowaniu karno-skarbowym jego uprawnienia określone w art. 122 § 2 kks. nie mogą być przekazane finansowemu organowi dochodzenia i musi on zwrócić się do prokuratora z wnioskiem o podjęcie odpowiednich czynności;
- w przypadku określonym w art. 250 § 2 i 3 kpk., kiedy sąd zastosował tymczasowe aresztowanie, prokurator z mocy prawa obejmuje dochodzenie nadzorem;
- jeśli prokurator przejmie sprawę karno-skarbową do swego prowadzenia nie jest możliwa cesja jego uprawnień na finansowe organy dochodzenia (art. 122 § 3 kks.);
- prokurator jest jedynym organem uprawnionym do zatwierdzenia zatrzymanie przesyłki, co do której istnieje podejrzenie, iż zawiera przedmioty przestępstwa, lub wykroczenia skarbowego (art. 129 kks.);

53 J. Tylman, Głos w dyskusji, w: Postępowanie karne w XXI wieku. Materiały z ogólnopolskiej konferencji naukowej, Popowo 26–28 października 2001 r. (red. P. Kruszyński), Warszawa 2002, s. 118.

- ważnym uregulowaniem, służącym postulatom zasady szybkości postępowania, jest przepis art. 153 § 1 kks. zezwalający na przedłużenie terminu dochodzenia trwającego trzy miesiące w sprawie o przestępstwo skarbowe na okres nie dłuższy niż dalsze trzy miesiące. Wyłączną kompetencję do podjęcia takiej decyzji w formie postanowienia posiada właśnie prokurator;
- art. 167 kks. przewiduje właściwość prokuratora do rozpoznawania zażaleń na postanowienia finansowego organu dochodzenia w przypadkach przewidzianych przez ustawę;
- zgodnie z ogólnymi regułami przewidzianymi przez kpk. z 1997 r. kasację na niekorzyść oskarżonego w razie jego uniewinnienia może wnieść jedynie prokurator, co oczywiście nie neguje możliwości wniesienia jej przez prokuratora na korzyść w przypadku określonym w art. 168 § 1 kks.

W związku z tym można zasadnie przypuszczać, iż przewidziane przez kks. uprawnienia nadzorcze i decyzyjne prokuratury stwarzają wystarczające możliwości do zapewnienia sprawnego i praworządnego przebiegu postępowania karno-skarbowego. Kwestią otwartą pozostaje umiejętne korzystanie z tych kompetencji. Wymaga to niewątpliwie specjalizacji prokuratorów w dziedzinie szeroko rozumianego prawa podatkowego, celnego i gospodarczego.

Jednym z najbardziej jaskrawych przejawów wzmożonej ochrony interesów fiskalnych państwa w postępowaniu karnym skarbowym jest postępowanie przeciwko nieobecnym, którego nie zna kpk. z 1997 r. Zgodnie z art. 173 § 1 kks. może się ono toczyć przeciwko sprawcy przestępstw lub wykroczenia skarbowego przebywającemu stale za granicą, albo gdy nie można ustalić jego miejsca zamieszkania lub pobytu w kraju. Postępowanie takie jest niedopuszczalne, jeśli wina sprawcy lub okoliczności popełnienia czynu zabronionego budzą wątpliwości, bądź oskarżony ukrył się po wniesieniu do sądu aktu oskarżenia, a także wówczas, gdy w toku postępowania przed sądem ustalono jego miejsce zamieszkania, lub pobytu w kraju. Postępowanie takie może być stosowane odpowiednio do podmiotu odpowiedzialnego posiłkowo (art. 173 § 3 kks.). Jeśli chodzi o postępowanie zwykle toczące się wg kpk. z 1997 r., to okoliczności wymienione w art. 173 § 1 kks. są kwalifikowane zwykle jako „długotrwała przeszkoda uniemożliwiająca prowadzenie postępowania” skutkująca zawieszeniem postępowania na podstawie art. 22 kpk.⁵⁴

O zastosowaniu tego trybu decyduje w formie postanowienia organ prowadzący postępowanie, zaś w sprawach o przestępstwo skarbowe zatwierdza je prokurator. Może być więc ono zastosowane w dochodzeniu, lub dopiero przed sądem. W postępowaniu takim wydaje się wprawdzie postanowienie o przedstawieniu zarzutów, lecz nie ogłasza się go podejrzanemu (art. 175 § 2 kks.).

54 Z. Gostyński, Komentarz do kodeksu karnego skarbowego..., s. 311.

Jak wskazuje się w literaturze, przesłanka niedopuszczalności postępowania w stosunku do nieobecnych „iż wina sprawcy lub okoliczności popełnienia czynu zabronionego budzą wątpliwości” (art. 173 § 2 pkt. 1 kks.) ma charakter ocenny i w tym przedmiocie może istnieć rozbieżność między poglądem organu dochodzenia a sądem na tę kwestię. Dlatego jeśli prezes sądu poweźmie takie wątpliwości po wpłynięciu aktu oskarżenia do sądu, powinien skierować sprawę na posiedzenie, a sąd wydać najpierw postanowienie o zmianie trybu, a następnie zawieszeniu postępowania lub jego umorzeniu (jeśli zajądą przesłanki z art. 17 § 1 kpk.).⁵⁵

Postępowanie w stosunku do nieobecnych toczy się na zasadach ogólnych, lecz nie stosuje się przepisów, których nie można wykonać z powodu nieobecności oskarżonego, lub podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej.

Gwarancję praw oskarżonego ma stanowić obligatoryjne wyznaczenie mu obrońcy z urzędu, którego udział jest obowiązkowy także w postępowaniu odwoławczym (art. 176 § 1 kks.). Przepis ten stosuje się odpowiednio do podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej, jeśli nie ma on pełnomocnika.⁵⁶ W przypadku osobistego zgłoszenia się skazanego do rozporządzenia sądu, lub ujęcia skazanego doręcza mu się odpis prawomocnego wyroku. Na wniosek skazanego, złożony w terminie 14. dni od daty doręczenia, sąd, którego wyrok się uprawomocnił, wyznacza niezwłocznie rozprawę, a wydany w tej instancji wyrok traci moc z chwilą stawienia się skazanego na rozprawę.

Zgodność z konstytucją tego trybu była przedmiotem wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 09. lipca 2002 r. (P 4/01)⁵⁷ zapadłego wskutek pytania prawnego Sądu Rejonowego w Szczecinie. Sąd ten powziął wątpliwość m.in. co do zgodności art. 173–177 kks. z art. 42 ust. 2 i art. 45 Konstytucji i Paktami Praw Człowieka. Zdaniem tego sądu postępowanie w stosunku do nieobecnych toczy się bez gwarancji procesowych dotyczących rzetelności procesu karnego, a szczególnie narusza prawa oskarżonego do: 1) powiadomienia o istocie i przyczynie skierowania przeciwko niemu aktu oskarżenia, 2) posiadania odpowiedniego czasu i możliwości posiadania obrony, 3) bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego obrońcę, 4) przesłuchania świadków oskarżenia w swojej obecności oraz żądania powołania i przesłuchania świadków obrony na tych samych warunkach.

Orzekając pozytywnie o zgodności kwestionowanych przepisów z konstytucją i międzynarodowymi standardami praw człowieka, Trybunał Konstytucyjny podniósł, iż jest logiczną konsekwencją obowiązywania w polskiej procedurze karnej zasady legalizmu ścigania. Wskazując na ustawowe wymogi tego trybu Trybunał

55 Tamże, s. 312.

56 Szerzej na temat udziału pełnomocnika w postępowaniu karnym skarbowym por. np. C. Kulesza: Radca prawny jako pełnomocnik w postępowaniu karnym skarbowym, Radca prawny nr 3/2001, s. 20 i nast.

57 OTK-A 2002/4/52.

wyraził pogląd, iż: „Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że realizacja gwarancyjnych zasad procesowych, w zakresie trybu normowanego kwestionowanymi przepisami, pozostaje całkowicie w gestii podejrzanego (skazanego). W razie bowiem jego osobistego zgłoszenia się do dyspozycji sądu lub ujęcia skazanego doręcza mu się odpis prawomocnego wyroku. Skazany ma wówczas prawo zakwestionować wyrok wydany w trybie postępowania wobec nieobecnych i wyrok ten traci moc z chwilą stawienia się skazanego na nowej – prowadzonej już na zasadach ogólnych – rozprawie.

Tryb postępowania wobec nieobecnych normowany zaskarżonymi przepisami w niczym nie uchybia art. 42 ust. 2 ani też art. 45 ust. 1 Konstytucji. Zarówno bowiem prawo do obrony, jak i prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd (art. 45 Konstytucji i art. 6 konwencji europejskiej) zależy wyłącznie do tego czy podejrzany (skazany) dobrowolnie stawia się przed tym sądem”.

Trybunał stanął także na stanowisku, iż ten szczególny tryb postępowania gwarantuje oskarżonemu także prawo do obrony: „To prawo do obrony w postępowaniu *in absentia* w trybie art. 173–177 kks. – zdaniem Trybunału Konstytucyjnego – jest gwarantowane w dwóch poziomach: ograniczonym i szerokim. Ograniczone z naturalnych powodów prawo do obrony wyznacza art. 176 § 1. Mocą tego przepisu prezes sądu właściwego do rozpoznania sprawy wyznacza nieobecnemu oskarżonemu obrońcę z urzędu, przy czym udział tego obrońcy jest obowiązkowy w postępowaniu odwoławczym. Szerokie prawo do obrony zyskuje oskarżony – o czym wyżej – w momencie dobrowolnego poddania się wymiarowi sprawiedliwości.

Postępowanie *in absentia*, jako procedura stosowana w wyjątkowych przypadkach, występuje w szeregu demokratycznych porządków prawnych. Z uwagi na kształt tej instytucji w systemie prawa polskiego i zawarte w niej gwarancje praw nieobecnego oskarżonego nie koliduje ona ani z zasadą demokratycznego państwa prawa, ani też z konstytucyjnymi prawami zapisanymi w ustawie zasadniczej w art. 42 i 45.

W uzasadnieniu zajętego stanowiska Trybunał nie wyjaśnił jednak kwestii, dlaczego kwestionowany tryb jest przyjęty właśnie w sprawach karnych skarbowych, zaś procedura karna w sprawach o przestępstwa pospolite takiego trybu nie zna. Na specyfikę postępowania karnego skarbowego wskazał jedynie marszałek Sejmu, zajmując stanowisko w przedmiotowej sprawie: „Tryb tej procedury jest bowiem wynikiem szczególnego charakteru przestępczości skarbowej oraz tym, że w sprawach o tego typu przestępstwa co do zasady nie stosuje się ekstradycji. Konieczność utrzymania w kks. – *notabene* wzorem poprzednich regulacji (Ustawa karna skarbową) – szczególnego trybu postępowania w stosunku do nieobecnych, było w trakcie uchwalania kks. uzasadnione potrzebami praktyki. Bez przyjętych w

obowiązującym kks. rozwiązań praktyka ta, zwłaszcza w odniesieniu do przestępstw i wykroczeń celnych, pozostawałaby w wielu wypadkach zupełnie bezradna. *Ratio legis* przepisów o postępowaniu w stosunku do nieobecnych stanowi założenie, że sprawca przestępstwa czy wykroczenia skarbowego nie może skutecznie uchylać się od odpowiedzialności karno-skarbowej tylko z tego powodu, że przebywa stale za granicą lub gdy nie można ustalić jego miejsca zamieszkania bądź pobytu w kraju. Ewentualne uznanie wspomnianych okoliczności za trwałą przeszkodę we wszczęciu lub kontynuacji postępowania karno-skarbowego – stwierdził Marszałek Sejmu – oznaczałoby w praktyce bezkarność tych wszystkich sprawców, którym w porę udało się ukryć za granicą albo w kraju w celu uniknięcia odpowiedzialności”.

De facto Marszałek Sejmu wyraził więc tezę, iż karnoprawna ochrona interesów fiskalnych państwa powinna korzystać ze wzmożonej ochrony w porównaniu z pokrzywdzonymi przedsiębiorcami – także w wątpliwym co do zgodności z podstawowymi zasadami procesowymi postępowaniu w stosunku do nieobecnych.

Należy również zwrócić uwagę na szczególne uprawnienia operacyjne Policji w sprawach karnych skarbowych, podobnie jak w sprawach przeciwko obrotowi gospodarczemu. Art. 19 a ust. 1 ustawy z 06. kwietnia 1990 r. o policji (tj. Dz.U z 2002 r. Nr 7 poz. 58 z późn. zm) przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez Policję w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw skarbowych, jeśli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekraczają pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę (pkt. 4), gdy inne środki okazały się bezskuteczne, albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne, sąd okręgowy – na wniosek odpowiednich organów ścigania, może postanowieniem zarządzić kontrolę operacyjną. W przypadkach niecierpiących zwłoki kontrolę operacyjną zarządza Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki Policji, po uzyskaniu zgody właściwego prokuratora, zwracając się jednocześnie do właściwego sądu okręgowego z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji). Kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na: kontrolowaniu treści korespondencji i zawartości przesyłek oraz stosowaniu środków technicznych umożliwiających w sposób niejawnie uzyskiwanie informacji i dowodów oraz ich utrwalanie (w szczególności stosowanie podsłuchu telefonicznego) (art. 19 ust. 6 ustawy o Policji). Ponadto art. 19a ustawy o Policji umożliwia w takich sprawach stosowanie tzw. zakupu kontrolowanego i łapówki kontrolowanej, zaś art. 19b niejawnie nadzorowanie wytwarzania, przemieszczania, przechowywania i obrotu przedmiotami przestępstwa.

Na zakończenie wypada wskazać na ustawę z 27. czerwca 2003 r. o utworzeniu Wojewódzkich Kolegiów Skarbowych oraz o zmianie niektórych ustaw regulujących zadania i kompetencje organów oraz organizację jednostek organizacyjnych podległych ministrowi finansów publicznych (Dz.U. Nr 137 poz. 1302).

Ustawa ta rozszerza kompetencje wywiadu skarbowego o kontrolę operacyjną w zakresie podobnym jak czyni to opisana wcześniej ustawa o Policji.⁵⁸

58 Por. np. K. Boratyńska: *Podsluch w świetle ustawodawstwa polskiego imkrajów zachodnich (rozprawa doktorska niepubl.)*, Białystok 2003, s. 132–145, 152–156.

INGERENCJA PAŃSTWA W STOSUNKI PRACODAWCA – PRACOWNIK ORAZ W SFERĘ UBEZPIECZEŃ SPOŁECZNYCH I ZDROWOTNYCH

Nieodłącznym atrybutem zasady wolności działalności gospodarczej powinna być swoboda pracodawcy przy prowadzeniu polityki zatrudnienia. Racjonalne zarządzanie zasobami ludzkimi (*human resources managemen*) stanowi obecnie jeden z najważniejszych elementów strategii każdego przedsiębiorstwa. Przedsiębiorca powinien mieć dużą swobodę przy ich doborze, zatrudnieniu i zwalnianiu. Tę swobodę w znacznej mierze ogranicza ustawodawstwo pracy, ustawa o związkach zawodowych z 1991 r. oraz istniejący system ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych.

1. Ograniczenie swobody przedsiębiorcy w sferze polityki zatrudnienia

Ustawodawstwo pracy w dużej mierze pozostawia swobodę przedsiębiorcy przy zatrudnianiu pracowników. Minęły już czasy, kiedy np. przedsiębiorstwa państwowe miały obowiązek zatrudniać więźniów, bądź osoby „uchylające się od pracy”. W dobie gospodarki rynkowej (po roku 1990) wobec rosnącego bezrobocia państwo starało się motywować przedsiębiorców do zatrudniania szczególnych grup bezrobotnych (jak absolwenci szkół bądź niepełnosprawni) przez dofinansowanie (zresztą w skromnym zakresie) nowych stanowisk pracy czy przynajmniej częściową refundację wynagrodzeń bezrobotnym. Jednakże dobór pracowników pozostawiano ostatecznie wolnej woli przedsiębiorcy.

Inaczej przedstawiała się sytuacja, jeśli chodzi o formy odpłatnego korzystania przez przedsiębiorcę ze świadczeń pracownika. W końcu ubiegłego wieku popularną formą było zatrudnianie pracowników na podstawie cywilnoprawnej umowy zlecenia. Pozwalało to przedsiębiorcom na elastyczne kształtowanie praw i obowiązków zatrudnianego, a przede wszystkim na minimalizację kosztów siły roboczej przez uniknięcie płacenia wysokiej składki ZUS. Dostrzegając zagrożenie ze strony tego zjawiska dla wypłacalności jednej z największej instytucji państwa jakim jest ZUS ustawodawca rozpoczął „wyścig” z przedsiębiorcami mający na celu zmuszanie ich do zastępowania umów zlecenia umowami o pracę. Po zmianie ustawy z dnia 19. grudnia 1975 r. o ubezpieczeniu społecznym osób wykonujących

pracę na podstawie umowy agencyjnej lub umowy o pracę (Dz.U. Nr 4, poz. 17 z 1995 r.) zatrudniony na podstawie umowy zlecenia (bez płacenia składek ZUS) mógł pracować maksymalnie 15 dni w miesiącu, zaś po upływie tego okresu następna umowa zlecenie mogło być zawarta nie wcześniej niż po 60 dniach. Naruśnięcie tych ograniczeń skutkowało obowiązkiem uiszczenia składki na ZUS, obwarowanego dotkliwymi sankcjami finansowymi dla przedsiębiorcy.

Ponadto w latach 90. XX wieku popularną formą kształtowania stosunku pracy były umowy o pracę na czas określony, wygasające z upływem ich okresu. Umowy takie rodziły wprawdzie po stronie pracodawcy obowiązek odprowadzania składki ZUS, pozwalały mu jednak na dużą elastyczność w prowadzonej polityce zatrudnienia. Jeśli pracownik spełniał oczekiwania pracodawcy i należycie wykonywał obowiązki pracownicze, umowy na czas określony były z nim wielokrotnie odnawiane po ich wygaśnięciu. W sytuacji, gdy wybór okazał się nietrafny, stosunek pracy wygasł wraz z upływem terminu, na jaki został zawarty, chyba że została ona wcześniej wypowiedziana przez jedną ze stron.

Po wygaśnięciu umowy o pracę na czas określony zbędne było jej wypowiedzianie, która to instytucja w przypadku umów o pracę na czas nieokreślony obarcza pracodawcę szeregiem ograniczeń zawartych w art. 45 i nast. kp. (j.t. Dz.U. 1998 nr 21 poz. 94 z późn. zm.).

Kompleksowa nowelizacja kp. dokonana 02. lutego 1996 r. (Dz.U. Nr 24 poz. 110 z późn. zm.) wprowadziła w tej mierze zmiany jednoznacznie niekorzystne dla pracodawcy. Otóż jeśli zawarł on z pracownikiem dwukrotnie umowę o pracę na czas określony i po wygaśnięciu chciał on po raz trzeci nawiązać z nim stosunek pracy, kolejna umowa mogła być jedynie umową o pracę na czas nieokreślony (art. 25¹ KP), nawet jeśli obie strony umowy tego sobie nie życzą. Ze względu na ograniczenie wypowiedzenia takiej umowy zawarte w art. 45 i nast. kp. pracodawca został w znacznej mierze pozbawiony możliwości jednostronnego rozwiązania umowy z pracownikiem, który nie spełnia jego oczekiwań.

Kolejną niekorzystną zmianę dla pracodawcy, wprowadzoną nowelizacją z 1996 r., określa art. 22 kp. statuujący tzw. domniemanie stosunku pracy. Przepis ten definiując główne elementy stosunku pracy, przyznaje mu supremację nad innymi, cywilnoprawnymi formami zatrudniania pracowników jak umowa o dzieło.

W przypadku wystąpienia takich cech jak podporządkowanie zatrudnionego pracodawcy czy świadczenie pracy bądź usług w określonym czasie i miejscu, umowa wiążąca oba podmioty jest bez względu na nazwę uważana za umowę o pracę (art. 22 § 1 kp.).

W związku z powyższym każdy zleceniobiorca, którego umowa zlecenie posiada takie cechy, może zwrócić się do sądu pracy z powództwem o ustalenie, że z podmiotem zatrudniającym go wiąże umowa o pracę. Wskazać należy tu na treść art. 22 § 1 kp. w brzmieniu ustalonym przez nowelizację kodeksu pracy dokonaną

na mocy ustawy z dnia 26. lipca 2002 r. (Dz.U. Nr 135 poz. 1146) definiujący stosunek pracy: „Przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem”. Nowelizacja ta wprowadziła również *expressis verbis* zakaz zastępowania umowy o pracę umową cywilnoprawną przy zachowaniu warunków wykonywania pracy, określonych w art. 22 § 1 (art. 22 § 1 kp.).

Należy wskazać tu na orzecznictwo SN afirmujące domniemanie stosunku pracy. Przykładowo: w wyroku SN z 24. lipca 2001 r. (I PKN 560/00)¹ stwierdzono: „Zgłoszenie w urzędzie gminy do ewidencji działalności gospodarczej prowadzenia własnej działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu usług pośrednictwa sprzedaży (i uzyskanie wpisu do tej ewidencji), a następnie zawarcie umowy o świadczenie usług pośrednictwa sprzedaży, nie wyklucza ustalenia i oceny, że strony umowy łączył w istocie stosunek zatrudnienia wynikający z umowy o pracę na stanowisku sprzedawcy”. Z kolei w wyroku SN z 14 lutego 2002 r. (I PKN 876/00)², Sąd ten przyjął: „Przy wykonywaniu na rzecz tego samego pracodawcy nawet kilku rodzajów podporządkowanej pracy, domniemanie przemawia za istnieniem jednego stosunku pracy, choćby charakteryzującego się odpowiednio złożoną konstrukcją przedmiotu zobowiązania i struktury swej treści.

Koncepcję dwóch stosunków pracy mógłby narzucić wprost ustawodawca, lecz w braku podobnej regulacji stronom wolno tak postąpić tylko w przypadku, gdyby istnienie jednego stosunku powodowało dysfunkcjonalność wzajemnej więzi prawnej. Zawieranie z własnym pracownikiem dodatkowej (drugiej) umowy o pracę za normalnym wynagrodzeniem judykatura dopuszcza tylko wyjątkowo, gdy chodzi o rodzaj pracy wyraźnie inny niż uzgodniony w podstawowym czasie pracy”.

Natomiast wyrok SN z 23. stycznia 2002 r. (I PKN 786/00)³ przyjmuje pogląd, iż: „Niemożliwa jest ocena, że umowa ma charakter mieszany, łączący elementy umowy o pracę i umowy zlecenia”.

Przy określaniu, iż dana umowa jest umową o pracę nie odgrywa istotnej roli jej nazwanie, gdyż – jak przyjął SN w wyroku z 05. grudnia 2000 r. (I PKN 127/00)⁴ – „Możliwe jest ustalenie, że umowa nazwana „umową o dzieło” jest umową o pracę”.

1 OSP 2002/5/70.

2 Pr. Pracy 2002/7–8/51.

3 OSNP–wkł. 2002/18/8.

4 OSNP 2002/15/356.

Za swoiste kuriozum należy uznać przyznanie kompetencji do wytaczania powództwa o ustalenie, iż dana umowa cywilnoprawna jest umową o pracę organom PIP, także wbrew woli zatrudnionego, a za jego zgodą – popieranie przez ten organ pozwu w sądzie. Ponieważ trudno uznać, aby analizowany przepis w sposób jednoznaczny określił różnice między umową o pracę a umowami cywilnoprawnymi, stosowanie przez przedsiębiorcę tych ostatnich wiąże się z dużym stopniem ryzyka. Fakt, iż treść tych umów może być różnorodnie interpretowana nie tylko przez sądy, lecz także przez organy PIP stawia pod znakiem zapytania pewność prawa w stosunkach zatrudniający – zatrudniony.

Tego typu regulacje niewątpliwie naruszają cywilnoprawną zasadę swobodnego zawierania umów, będącą jednym z atrybutów zasady wolności prowadzenia działalności gospodarczej. Można się zastanawiać, które z przytoczonych wcześniej przyczyn ogranicza wolność gospodarczą: interesy państwa reprezentowane przez ZUS czy też interesy pracownika leżą u podstaw tego rozwiązania. Fakt, iż organy PIP mogą wytaczać powództwo o ustalenie stosunku niezależnie, a nawet wbrew woli pracownika, skłania do zaakceptowania pierwszej przyczyny. Poza tym tego typu regulacja jako ograniczająca wybór przez przedsiębiorcę dogodniej mu (a często także dla pracownika) formy zatrudniania mogą go skłaniać do rezygnacji z narzuconych mu sposobów legalnego zatrudniania pracowników.

W konsekwencji doprowadza to do wzrostu „szarej strefy” osób nielegalnie zatrudnionych i wzrostu bezrobocia. Ubocznym skutkiem płacenia składek od wszystkich cywilnoprawnych form zatrudnienia może być wzrost „szarej gospodarki”, którą pod względem udziału w wytwarzaniu PKB szacuje się w Polsce na 16–19% (w Szwajcarii – 4%, Hiszpanii – 25%, Grecji – 30%).⁵

Szczególne zagrożenie dla praw pracodawcy stanowi regulacja art. 18¹ kp., która przewiduje, iż postanowienia umów o pracę i innych aktów będących podstawą stosunku pracy mniej korzystne dla pracownika niż regulacje kodeksu pracy są nieważne. W miejsce nieważnych aktów wchodzi odpowiednie regulacje kodeksu pracy. Oznacza to, iż wszelkie postanowienia umów o pracę bądź innych uzgodnień zawartych między pracodawcą a pracownikiem (w oparciu o zasadę swobody zawierania umów) mogą być unieważnione w oparciu o mało klarowne pojęcie „korzystniejsze dla pracownika”. Przepis ten podkreśla istotę kodeksu pracy jako aktu prawnego jednoznacznie niekorzystnego dla pracodawcy i preferującego jego kosztem interesy pracownika. Zgodnie z powyższym przepisem oraz bogatym orzecznictwem SN w tej mierze postanowienia umów o pracę i innych aktów są zastępowane przez kodeks pracy jedynie wtedy, gdy są mniej korzystne dla pracownika niż kodeks pracy. W takich przypadkach kodeks pracy zyskuje walor *ius cogentis* modyfikującego (bądź unieważniającego) w sposób bezwzględny zgodne oświadczenie woli pracownika i pracodawcy.

5 J. Jończyk: op. cit., s. 107.

A'cotrario nie są zagrożone sankcją nieważności, bądź jakkolwiek sankcją postanowienia umów o pracę bądź innych aktów bardziej korzystne, niż przewidują to odpowiednie regulacje kp. Przykładowo: kodeks pracy przewiduje okresy wypowiedzenia umowy o pracę zawartej na czas określony, zależnie od stażu pracy, które wynoszą: 2 tygodnie (do 6 miesięcy zatrudnienia), 1 miesiąc (jeśli był zatrudniony przynajmniej 6 miesięcy) i 3 miesiące (przynajmniej 3 lata zatrudnienia) (art. 36 kp).

Orzecznictwo SN pozwala na przyjęcie tezy, że przepis ten nie stanowi *ius cogens*, czyli nie narzuca stronom sztywnych okresów wypowiedzenia, a jedynie ustanawia okresy minimalne, których nie przestrzeganie przez pracodawcę może rodzić dla niego niekorzystne skutki finansowe, bądź nawet karne. Natomiast kodeks pracy w żaden sposób nie modyfikuje bądź substytuuje umów o pracę bądź innych aktów w zakresie, w jakim są one bardziej korzystne niż kodeks pracy. Przykładowo: SN w uchwale z dnia 07. września 1994 r. (I PR 1/94)⁶ stwierdził, iż „Zastrzeżenie w umowie o pracę zawartej na czas nie określony dwunastomiesięcznego okresu wypowiedzenia tej umowy przez zakład pracy jest dopuszczalne na podstawie art. 18 § 2 kp.” (por. także uchwała SN z dnia 05. marca 1996 r. sygn. I PZP 2/96 z. 19 poz. 286).

Tytułem przykładu można podać pokrzywdzenie przez prawo pracy przedsiębiorcy, który zatrudnił na podstawie umowy o pracę szczególnie cennego (jak sądził) pracownika, przyznając mu przywileje (np. wydłużony okres wypowiedzenia bądź odszkodowanie) znacznie przekraczające wymogi prawa pracy. W wypadku, gdy ów pracownik nie spełniał oczekiwań pracodawcy, a w szczególności nie wypełniał należycie swoich obowiązków pracowniczych korzystał ze swoich przywilejów, gdyż w tej mierze postanowienie umowne nie mogą być zastąpione z korzyścią dla pracodawcy przez odpowiednie przepisy prawa pracy. Dlatego należy uznać, że ustawodawca zaakceptował cywilistyczną swobodę zawierania umów w sferze stosunków pracowniczych jednostronnie – wyłącznie na korzyść pracownika. Powyższe refleksje pozwalają przyjąć tezę, iż kodeks pracy – ograniczając swobodę prowadzenia działalności gospodarczej – narusza również inną podstawową zasadę konstytucyjną. Chodzi o zasadę zawartą w art. 32 Konstytucji RP, równości obywateli (w tym przypadku pracodawcy i pracownika) wobec prawa. Jednym z praktycznych aspektów tej nierówności jest fakt, iż pracownicy dochodzący swoich praw przed sądem są zwolnieni od uiszczenia wpisu sądowego, zaś w przypadku przegrania sprawy nie ponoszą kosztów postępowania sądowego, z wyjątkiem symbolicznych kosztów zastępstwa procesowego.

Warto dodać, iż swobodę pracodawcy przy prowadzeniu polityki zatrudnienia ograniczają nie tylko przepisy kodeksu pracy i przepisów wykonawczych, ale również inne źródła prawa pracy, jak postanowienia układów zbiorowych pracy i

6 OSNAPIUS, 1994/6/78

innych opartych na ustawie porozumień zbiorowych, regulaminów i statutów określających prawa i obowiązki stron stosunku pracy, które to postanowienia nie mogą być mniej korzystne dla pracowników niż przepisy kodeksu pracy oraz innych ustaw i aktów wykonawczych (art. 9 kp.). Uwzględniając postulaty przedsiębiorców sygnalizujących zagrożenia dla ich funkcjonowania i ich bytu materialnego wynikające z konieczności respektowania tych dodatkowych postanowień ustawodawca wspomnianą nowelizacją kp. z 26. lipca 2002 r. wprowadził możliwość zawarcia – jeżeli jest to uzasadnione sytuacją finansową pracodawcy – porozumienia pomiędzy pracodawcą a organizacją związkową lub inną reprezentacją pracowników, o zawieszeniu przepisów prawa pracy określających prawa i obowiązki stron stosunku pracy. Nie dotyczy to jednak przepisów kp. oraz przepisów innych ustaw i aktów wykonawczych (art. 9¹ kp.). Jak stwierdza się w literaturze przedmiotu: „Zakres porozumienia o zawieszeniu przepisów ma charakter ograniczony, gdyż nie objęto nim wszystkich rodzajów źródeł prawa pracy. Art. 9¹ § 1 *in fine* kp. wyłączył tu bowiem przepisy zawarte w ustawach i aktach wykonawczych (rozporządzeniach). Z zakresu tego wyłączono, moim zdaniem, także postanowienia układów zbiorowych pracy, skoro zachowano w mocy art. 241²⁷ kp. dotyczący możliwości zawieszania układu zakładowego i ponadzakładowego (art. 9¹ § 5 kp.). Omawiane porozumienie może się więc odnosić jedynie do tzw. swoistych źródeł prawa pracy (poza układami zbiorowymi pracy) wymienionych w art. 9 kp. Chodzi tu więc o porozumienia zbiorowe, regulaminy i statuty określające prawa i obowiązki stron stosunków pracy”⁷.

Ponadto w doktrynie wskazuje się iż: „Stosowanie art. 9¹ kp. należy również wykluczyć do tych porozumień zbiorowych, w których nie uczestniczą wszystkie zakładowe organizacje związkowe działające u danego pracodawcy. Jeżeli np. porozumienie kończące spór zbiorowy zostało zawarte przez jeden związek zawodowy, to niedopuszczalnym naruszeniem autonomii partnerów socjalnych – zakładowej organizacji związkowej i pracodawcy byłoby uzależnianie bytu prawnego takiego porozumienia od woli związków zawodowych w nim nie uczestniczących. Zawieszenie takiego porozumienia należy od uznania jego stron.”⁸

Ponadto należy wskazać, że zawieszenie wspomnianych przepisów prawa pracy nie może trwać dłużej niż 3 lata, pracodawca zobowiązany jest przekazać porozumienie właściwemu inspektorowi pracy, zaś porozumienie zawarte z przedstawicielstwem pracowników (innym niż związki zawodowe) wymaga uprzedniego zaakceptowania przez wojewódzką komisję dialogu społecznego (art. 9¹ § 3 i 4 kp.).

Swoboda przedsiębiorcy przy prowadzeniu racjonalnej polityki zatrudnienia ulega największym ograniczeniom, jeśli chce on rozwiązać stosunek pracy z pra-

7 J. Stelina: Nowe instytucje w prawie pracy, PiZS 2002/11/19.

8 K. Rączka: Porozumienia zawieszające przepisy prawa pracy, PiZS 2002/11/26.

cownikiem, który nienależycie wywiązuje się ze swoich obowiązków pracowniczych. W orzecznictwie SN w tych sprawach istotną rolę odgrywają wytyczne SN z dnia 27. czerwca 1985 r. dotyczące wykładni art. 45 i praktyki sądowej stosowania tego przepisu w zakresie zasadności wypowiedzenia umowy o pracę zawartej na czas nie określony (uchwała pełnego składu Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z 27. czerwca 1985 r.; sygn. akt: III PZP – 10/85).⁹ Wytyczne te uzależniają zasadność wypowiedzenia umowy o pracę zawartą na czas nie określony od istnienia konkretnej i rzeczywistej przyczyny wypowiedzenia (teza IV i XI wytycznych). Przyczyna ta musi istnieć już w okresie wypowiedzenia, a nie np. w trakcie procesu przed sądem pracy z powództwa pracownika o uznanie wypowiedzenia za bezskuteczne.

W tej mierze można odnotować w latach 90. dość korzystną dla pracodawców linię orzecznictwa SN, który uznał za skuteczne doreczenia wypowiedzenia pracownikowi, który świadczył pracę, a po otrzymaniu wypowiedzenia przedstawił świadectwo o tymczasowej niezdolności do pracy (uchwała Pełnego Składu Izby Administracyjnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 11. marca 1993 r., I PZP 68/92)¹⁰, czy też w oparciu o zasadę współzycia społecznego pozwalał sądom pracy na zasądzenie pracownikowi (w szczególności członkom związków zawodowych) odszkodowania zamiast przywrócenia do pracy, w oparciu o art. 477¹ kpc. (por. np. uchwała SN z dnia 30. marca 1994 r. I PZP 40/93¹¹; wyrok SN z dnia 13. czerwca 1995 r. I PRN 26/95¹²; wyrok z dnia 21. lutego 1997 r. I PKN 15/97)¹³. Na szczególną uwagę zasługuje tutaj wyrok z dnia 27. lutego 1997 r.¹⁴ (sygn. akt I PKN 17/97), w którym stwierdza, iż „Utworzenie związku zawodowego w celu uzyskania szczególnej ochrony trwałości stosunku pracy przez pracowników, którzy wskutek restrukturyzacji pracodawcy otrzymali wypowiedzenie umów o pracę jest nadużyciem wolności związkowej i prowadzi do oceny, że roszczenie pracownika żądającego przywrócenia do pracy, który w ten sposób uzyskał szczególną ochronę z art. 32 ustawy o związkach zawodowych, jako sprzeczne ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem prawa nie podlega ochronie”.

Należy tu wskazać również na orzeczenia SN przyzwalające na dobór pracowników w sposób zapewniający lepsze wykonywanie realizowanych zadań (por. np. wyrok SN 02. października 1996 r. I PRN 69/96)¹⁵, uznające zwolnienia pracownika z powodu utraty do niego zaufania, nieporadności bądź nieprzydatności zawodowej, a także brak oczekiwanej przez pracodawcę staranności i uwagi w wykony-

9 OSNC 1985/11/164.

10 OSNCP 1993 /9 /14.

11 OSNCP 1994 /12 /230.

12 OSNP 1995/23/289.

13 OSNP 1997/20/399.

14 OSNP 1997/21/416.

15 OSNAP 1997/10//163.

waniu obowiązków pracowniczych (por. np. postanowienie SN z 26. marca 1998 r. I PKN 565/97¹⁶; wyrok SN z 04. grudnia 1997 r. I PKN 419/97¹⁷; wyrok SN z 01. października 1998 r. I PKN 363/98¹⁸; wyrok SN z 25. listopada 1997 r. I PKN 385/97¹⁹).

Jednakże w przeważającej części linia orzecznictwa SN w tej materii jest niekorzystna dla pracodawcy. Przede wszystkim przyczyna uzasadniająca wypowiedzenie umowy o pracę zawartej na czas nie określony jest ujmowana bardziej restryktywnie niż czyni to teoria zarządzania zasobami ludzkimi. W tej mierze decydujący jest pogląd sądu bazujący nie na kryteriach ekonomicznych, lecz *stricte* prawnych.

Poza tym postępowanie w sprawach pracowniczych, jako szczególny tryb postępowania, stanowi odejście od ogólnej reguły ciężaru dowodu obowiązującej w procesie cywilnym. Art. 6 kc. ustanawia w sprawach cywilnych zasadę *euis incubit probatio qui dicit non qui negat*, nakazując powodowi wnoszącemu pozew udowodnienie swoich racji pod rygorem odrzucenia bądź oddalenia powództwa. Przepis ten zwalnia zasadniczo sąd od inicjatywy dowodowej i aktywnego poszukiwania prawdy obiektywnej, ograniczając rolę tego organu do rozpatrzenia i osądzenia dowodów przedstawionych przez strony.

Inaczej wygląda sytuacja w sprawach pracowniczych rozstrzyganych przez sądy pracy. W takich postępowaniach sądy jednoznacznie dążą z urzędu do wyjaśnienia okoliczności faktycznych i prawnych sprawy, zastępując w tej mierze inicjatywę dowodową pracownika wnoszącego pozew. Sytuacja taka nie ulega zmianie, jak wskazuje obserwacja praktyki, nawet wtedy, gdy pracownik jest reprezentowany przez wykwalifikowanego prawnika jakim jest radca prawny bądź adwokat. W przypadku przegrania procesu przez pracownika, czy to w I czy II instancji, bądź też oddalenie jego kasacji przez SN z reguły jedyną konsekwencją jaką on ponosi może być, jak wspomniałem wcześniej, ewentualny zwrot pracodawcy niskich kosztów zastępstwa procesowego. Natomiast pracodawca przegrywający proces jest zobowiązany do pokrycia nie tylko kosztów zastępstwa procesowego wyłożonych przez pracownika, lecz także wszelkich innych kosztów, łącznie z kosztami postępowania odwoławczego bądź kasacyjnego przed SN. Ponadto szczególnym uprzywilejowaniem pracownika jest regulacja art. 477² § 1 kp., który stwierdza, iż zasadzając należność pracownika w sprawach z zakresu prawa pracy, sąd z urzędu nada wyrokowi przy jego wydaniu rygor natychmiastowej wykonalności w części nie przekraczającej pełnego jednomiesięcznego wynagrodzenia pracownika (pomimo, że wyrok może być zaskarżony apelacją). Należy także stwier-

16 OSNAP 1999/5/165.

17 OSNAP 1998/20/598.

18 OSNAP 1999/3/8.

19 OSNAP 1998/18/538.

dzić, iż uznając wypowiedzenie umowy o pracę za bezskuteczne, sąd na wniosek pracownika może w wyroku nałożyć na zakład pracy obowiązek dalszego zatrudnienia pracownika do czasu prawomocnego rozpoznania sprawy.

Podstawową konsekwencją uznania wypowiedzenia umowy o pracę za bezskuteczne jest obowiązek dalszego zatrudnienia pracownika, co jest możliwe wtedy, gdy nie minął jeszcze okres wypowiedzenia. Natomiast w przypadku, gdy nastąpiło już rozwiązanie stosunku pracy sąd może nakazać pracodawcy przywrócenie pracownika do pracy. W obu przypadkach umowa o pracę przewiduje odszkodowanie wyższe. W orzecznictwie sądowym odszkodowanie takie przysługuje pracownikowi nawet wtedy, gdy nie miał żadnej przerwy w zatrudnieniu i z tytułu bezzasadnego bądź bezprawnego wypowiedzenia nie poniósł żadnej szkody. Odszkodowanie takie przybiera formę kary finansowej nakładanej na pracodawcę. Przykładowo: jak stwierdził Okręgowy Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w B. w wyroku z dnia 30. czerwca 1998 r. (sygn. akt V Pa 62/98) „Zdaniem Sądu nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy fakt, iż pracodawca nadal, po upływie okresu wypowiedzenia wypłacał powódkom dotychczasowe wynagrodzenie. Wypłata pracownikowi wynagrodzenia wyższego, niż mu się należy, jest prawem pracodawcy, nie może mieć jednak wpływu na inne rodzajowo roszczenie pracownika, jakim jest roszczenie o odszkodowanie. Odszkodowanie w sprawach ze stosunku pracy jest świadczeniem stanowiącym niejako zadośćuczynienie pracownikowi z tytułu wadliwej, czy – jak w przedmiotowej sprawie – sprzecznej z prawem czynności prawnej pracodawcy. Pracownik nie ma natomiast obowiązku wykazać, czy w związku z tą wadliwą czynnością doznał jakiegokolwiek szkody w znaczeniu materialnym. Zaistnienie szkody w tym znaczeniu nie jest więc przesłanką warunkującą przyznanie odszkodowania i jego wysokość.”

Należy dodać, że bezzasadne bądź bezprawne wypowiedzenie pracownikowi umowy o pracę może być potraktowane przez inspektora PIP jako wykroczenie przeciwko prawom pracownika i organ ten może nałożyć na kierownika zakładu pracy grzywnę w wysokości do 500 PLN, bądź wnioskować do sądu o wymierzenie grzywny w wysokości do 5000 PLN. Jeśli więc właściciel przedsiębiorstwa jest zarazem kierownikiem zakładu pracy może być dwukrotnie ukarany: raz przez sąd pracy przez zasądzenie odszkodowania dla pracownika, dwa – przez organ PIP bądź sąd karny karą grzywny. Ze względu na to, że podstawą „odszkodowania” wypłacanego pracownikowi nie jest szkoda, instytucja ta zrywa z tradycyjnym, cywilistycznym pojmowaniem tego terminu i przybiera formę czystej kary pieniężnej.

Prowadzenie elastycznej polityki zatrudnienia zależy od swobody przedsiębiorcy przy dokonywaniu przesunięć pracowników między poszczególnymi stanowiskami pracy. Niestety, na mocy przepisu 42 § 1 kp. ograniczenia i sankcje wiążące pracodawcę przy definitywnym wypowiedzianiu umowy o pracę na czas nie

określony stosuje się odpowiednio przy wypowiedzaniu pracownikowi warunków pracy i płacy. Z analizy bogatego orzecznictwa SN w tej materii można wysnuć tezę, że prawie każda zmiana tych warunków wymaga wypowiedzenia, nawet jeśli nie pogarsza sytuacji pracownika.

Przykładowo: SN w wyroku z dnia 29. października 1980 r. (sygn. akt I PRN 108/80)²⁰ stwierdził, iż jeżeli zakład pracy chce dostosować warunki płacy określone w umowie o pracę przez obniżenie ich do poziomu obowiązujących przepisów płacowych, musi wypowiedzieć pracownikowi warunki płacy.

Dość ambiwalentne stanowisko zajmuje Sąd Najwyższy w przedmiocie skutków niezgodnego z prawem wypowiedzenia umowy o pracę na czas określony. W wyroku z dnia 02. grudnia 1997r. (sygn. akt I PKN 407/97) sąd ten stwierdził, że w takim przypadku pracownikowi przysługuje (nawet jeśli jest związkowcem) jedynie odszkodowanie pieniężne na podstawie art. 50 § 4 kp. Natomiast w wyroku z dnia 05. listopada 1998 r. (sygn. akt I PKN 414/98)²¹ Sąd Najwyższy przyjął pogląd, iż umowa na czas określony daje pracownikowi w przypadku jej wadliwego wypowiedzenia możliwość dochodzenia roszczenia o uznanie go za bezskuteczne, przywrócenie do pracy, bądź zasądzenia odszkodowania. Tego typu orzecznictwo nie daje nie tylko przedsiębiorcy, lecz również prawnikom żadnej pewności bądź wskazówek na jakie konsekwencje jest narażony w takiej sytuacji pracodawca.

Jednym z filarów rozwoju gospodarczego w naszym kraju jest prywatyzacja i komercjalizacja przedsiębiorstw. Jednym z przejawów prywatyzacji jest przejmowanie przez prywatnych przedsiębiorców likwidowanych przedsiębiorstw państwowych. Dość rzadko przedsiębiorcy zdają sobie sprawę, że przejmując przedsiębiorstwo państwowe bądź też prywatne przejmują je „z dobrodziejstwem inwentarza.” Znaczący to, że stają się oni sukcesorami dawnego pracodawcy w dziedzinie zobowiązań wobec pracowników (art. 23¹ kp.). Istniejące orzecznictwo SN potwierdza tezę, iż stają się oni z mocy ustawy stroną w umowach o pracę, w negocjowaniu i zawieraniu których nie brali udziału (por. np. uchwała składu siedmiu sędziów z dnia 25. marca 1993 r. I PZP 65/92²²; wyrok SN z dnia 17. maja 1995 r. I PRN 9/95²³; uchwała z dnia 02. czerwca 1995 r. I PZP 16/95).²⁴

Takie orzecznictwo po raz kolejny potwierdza tezę, iż prawo pracy – narzucając przedsiębiorcy niekorzystne warunki umów o pracę zawartych przez

20 OSNP 1998/20/590.

21 M. Prawn. 1999/8/8.

22 OSNCP 1993/10/168.

23 OSNAP 1995/21/264.

24 OSNAPiUS 1995/21/26.

poprzedniego pracodawcę – jednoznacznie preferuje interesy pracownika kosztem pracodawcy. W rezultacie nowy pracodawca może być obciążony tak wysokimi kosztami siły roboczej, iż ich ponoszenie może zagrozić jego bytowi ekonomiczemu.

Pod wpływem krytyki tej regulacji przez pracodawców nowelizacja kp. z 26 lipca 2002 r. wprowadziła nowy art. 23¹ a stanowiący, iż jeżeli jest to uzasadnione sytuacją finansową pracodawcy, nieobjętego układem zbiorowym lub zatrudniającego mniej niż 20 pracowników, może być zawarte porozumienie o stosowaniu mniej korzystnych warunków zatrudnienia pracowników niż wynikające z umów o pracę zawartych z tymi pracownikami, w zakresie i przez czas ustalone w porozumieniu. Odpowiednio stosuje się tu analizowane wcześniej przepisy art. 9a § 2–4 kp. odnoszące się do maksymalnego okresu na jaki zawarte jest porozumienie (3 lata) oraz akceptacji porozumienia i przekazywania go inspektorowi pracy. Wszystko to nie zmienia jednak faktu, że zawarcie porozumienia zależy od dobrej woli zainteresowanych pracowników i ich reprezentantów, która może być przejawiona tylko w sytuacji utożsamiania się ich z dobrem zagrożonego zakładu pracy.

Za korzystną dla pracodawców tendencję można uznać zmianę ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników, dokonaną ustawą z dnia 13. marca 2003 (Dz.U. Nr 90, poz. 844), która weszła w życie od dnia 01. lipca 2003 r.

2. Zasada wolności działalności gospodarczej a ochrona związkowców

Zgodnie z ustawą z 23. maja 1991 r. o związkach zawodowych (Dz.U. Nr 55, poz. 231 z późn. zm.) zadaniem związków zawodowych jest reprezentowanie i obrona praw ludzi pracy, ich interesów zawodowych i socjalnych. Celem realizacji tych zadań ustawa ta oraz ustawodawstwo pracy przyznaje związkom zawodowym szereg uprawnień, z prawem do strajku włącznie. Mimo, że prawo do strajku – jako najostrzej godzące w interesy pracodawcy – musi być poprzedzone szeregiem procedur mediacyjnych, doświadczenia ostatnich lat wskazują, iż dość często było ono nadużywane.

Pozycję przedsiębiorców w sporach związkowych osłabia fakt, iż ustawodawstwo nie przyznaje im prawa do **lokautu**, czyli formy protestu w postaci zamykania prowadzonych przez nich zakładów pracy.

Ustawodawstwo nakłada na pracodawcę szeroko rozumiany obowiązek współdziałania ze związkami zawodowymi przy podejmowaniu decyzji w przedsiębiorstwie.

Obowiązek ten wyraża się w dwóch formach – słabszej i mocniejszej.

1. Przedsiębiorcy muszą zasięgać konsultacji (opinii) ze związkami zawodowymi odnośnie wprowadzanych regulaminów pracy i regulaminów wynagrodzeń. Warto dodać, iż do nowelizacji z 26. lipca 2002 r. obowiązek taki spoczywał na pracodawcach zatrudniających minimum 5. pracowników (obecnie 20). Sporna jest moc wiążąca takich opinii związkowców, a w szczególności składanych przez nich propozycji zmian do regulaminów. Problem jest dość istotny, jeśli na terenie zakładu pracy istnieje kilka związków zawodowych i składają one wzajemnie sprzeczne wnioski i propozycje zmian. W praktyce można spotkać się z przypadkami, gdzie liczące kilku lub kilkunastu członków związki zawodowe paraliżują w ten sposób zarządzanie kilkusetosobowymi zakładami pracy. Zjawisko to występuje w szczególności w spółkach pracowniczych powstałych wskutek przekształceń przedsiębiorstw państwowych. Wydaje się, że jest to pochodna znanego w teorii zarządzania syndromu „trójkąta bermudzkiego” występującego w przedsiębiorstwach państwowych: rada pracownicza – związki zawodowe – dyrekcja. Wzajemne blokowanie i spory kompetencyjne między tymi organami uniemożliwiały sprawne zarządzanie takimi przedsiębiorstwami. Podobne zjawisko można obserwować, jak wspomniano wcześniej, w przedsiębiorstwach prywatnych, gdzie nie-liczne osobowo związki zawodowe starają się dość często zabezpieczać własne interesy, nawet kosztem innych pracowników. Narzucanie przedsiębiorcy obowiązku konsultowania ze związkami zawodowymi regulaminów pracy i wynagrodzeń, które uzupełniają umowy o pracę *de facto* znacznie ogranicza jego swobodę przy określaniu warunków indywidualnych umów o pracę. Przykładowo: dość czę-

sto występują spory między pracodawcą a związkami zawodowymi odnośnie wzajemnych regulacji między stałymi składnikami wynagrodzeń, niezależnymi od wyników pracy, a składnikami zmiennymi (jak np. premie uznaniowe), których wysokość zależy od osiągniętych przez pracownika efektów. Związki zawodowe najczęściej optują za maksymalizacją pierwszego ze składników, zaś przedsiębiorcy najczęściej forsują zasadę, aby składnik zmienny wynagrodzeń stanowił jego istotną część.

Pracodawca ma obowiązek konsultowania zamiaru rozwiązania umowy o pracę z pracownikami należącymi do związków zawodowych z organizacją związkową. (art. 38 § 1 kp.). Jeśli pracownik nie jest członkiem związku działającego na terenie przedsiębiorstwa, wówczas może wskazać związek, który wyda opinię w jego sprawie. Dlatego pracodawca powinien dysponować aktualną listą związkowców pracujących w jego przedsiębiorstwie. Jednakże kodeks pracy do nowelizacji z 26. lipca 2002 r. nie określał, w jaki sposób powinna być ona aktualizowana. Dochodziło więc do absurdów, gdy pracodawca chcąc skonsultować zamiar wypowiedzenia umowy o pracę ze związkami – musiał zwracać się do każdego ze związków, aby przedstawił aktualną listę jego członków. Poza tym pracownik dowiedziawszy się o zamiarze wypowiedzenia mu umowy o pracę natychmiast mógł się zapisać do związku zawodowego celem objęcia go ochroną.

Tym patologicznym sytuacjom – po wspomnianej nowelizacji – ma przeciwdziałać nowy art. 25¹ ust. 2 ustawy o związkach zawodowych zobowiązujący związkową organizację zakładową do przedkładania raz na kwartał aktualnej listy jej członków. Ponadto za korzystną zmianę kodeksu pracy (wprowadzoną przez wspomnianą ustawę) należy uznać zniesienie wymogu zwracania się pracodawcy do ogólnokrajowej organizacji związkowej, jeśli nie uwzględnił zastrzeżeń organizacji zakładowej (skreślono art. 38 § 3 i 4 kp.).

O ile w przypadku rozwiązywania umów o pracę obowiązek zasięgnięcia opinii związków zawodowych odnośnie „szeregowych” związkowców krępuje w pewnym stopniu swobodę pracodawcy, to w przypadku członków władz związku bądź komitetu założycielskiego w zasadzie ją wyklucza. Ustawodawstwo pracy wymaga bowiem w takim przypadku od pracodawcy uzyskania zgody władz związku (organizacji zakładowej). Osobiście zetknąłem się ze spółką pracowniczą liczącą 200 pracowników, gdzie z 2-osobowym (przewodniczącą i zastępcą przewodniczącej związku) związkiem zawodowym „Solidarność 80” pracodawca musiał konsultować najważniejsze akty przedsiębiorstwa (regulaminy pracy i płacy), a kiedy związek stał się 1-osobowy przewodnicząca związku nie wyraziła zgody na wypowiedzenie jej warunków pracy i płacy. W przypadku związku „Solidarność 80” było to możliwe, gdyż zgodnie z jego statutem wystarczało jeśli wymóg ustawowy minimalnej ilości członków (10) spełniała jego struktura ponadregionalna (obejmująca w tym przypadku obszar trzech byłych województw).

Ustawodawstwo związkowe, które zezwalało na funkcjonowanie takich karykaturalnych struktur związkowych (związek 1-osobowy jest sprzeczny ze znaczeniem tego słowa) niewątpliwie nie miało nic wspólnego z celami, które przed nim postawiono, czyli obroną interesów ogółu pracowników. Dlatego też należałoby wprowadzić zakaz wydawania opinii bądź zgody przez działaczy związku w ich własnych sprawach na zasadzie *nemo iudex proper in sua causa*.

Problem ten został połowicznie rozwiązany przez nowelizację ustawy o związkach zawodowych dokonaną 26. lipca 2002 r., która wprowadziła wymóg reprezentatywności organizacji zakładowej (minimum 10 członków) (art. 25¹ ustawy o związkach zawodowych).

Kwestię reprezentatywności związków zawodowych ustawodawca dostrzegł już wcześniej przy okazji regulacji układów zbiorowych pracy (Dział jedenasty kp.). Na mocy art. 241^{25a} dodanego do kp. na mocy ustawy z 09. listopada 2000 r. (Dz.U. Nr 107, poz. 127) dla potrzeb zawierania zakładowego układu zbiorowego z pracodawcą za reprezentatywną uznano organizację związkową:

- 1) będącą jednostką organizacyjną lub członkowską reprezentatywnej organizacji ponadzakładowej jeśli zrzesza ona co najmniej 7% pracowników zatrudnionych u pracodawcy, lub
- 2) zrzeszającą co najmniej 10% pracowników zatrudnionych u pracodawcy.

Ponadto w § 3 tego przepisu wskazano, iż przy ustalaniu liczby członków zrzeszonej w zakładowej organizacji związkowej uwzględnia się wyłącznie pracowników należących do tej organizacji przez okres co najmniej 6 miesięcy przed przystąpieniem do rokowań w sprawie zawarcia układu zakładowego. Jeśli żadna z zakładowych organizacji związkowych nie spełnia powyższych wymogów, reprezentatywną organizacją zakładową jest organizacja zrzeszająca największą liczbę członków (§ 2).

Regulacja ta była przedmiotem badania Trybunału Konstytucyjnego w wyroku z 23. października 2001 r. (K 22/01)²⁵ pod kątem zgodności z art. 32 Konstytucji statuującym równość wobec prawa oraz art. 59 Konstytucji określającym zasadę wolności działalności związkowej. Wyrok zapadł po rozpoznaniu skargi Zarządu Ogólnopolskiego Związku Zawodowego Lekarzy. W ocenie OZZL art. 241²⁵ § 5 *in fine* kodeksu pracy pozbawia zakładową organizację związkową nie będącą organizacją reprezentatywną, prawa do zawarcia układu zbiorowego pracy w przypadku, gdy stanowisko takiego niereprezentatywnego związku nie będzie akceptowane przez związek reprezentatywny. Takie rozwiązanie jest niezgodne z art. 59 ust. 2 Konstytucji. Wymieniony przepis konstytucyjny nie przewiduje bowiem możliwości ustawowego ograniczenia prawa związków zawodowych do zawierania układów zbiorowych pracy.

25 OTK 2001/7/215.

Wnioskodawca zwrócił uwagę, że art. 241^{25a} § 1 określa kryteria reprezentatywności dla zakładowych organizacji związkowych. Dla większości związków warunkiem koniecznym jest zrzeszanie co najmniej 10% pracowników zatrudnionych u pracodawcy. Natomiast dla związków zawodowych, które mają cechę reprezentatywności ponadzakładowej, wymienionych w art. 241¹⁷ pkt 1 kodeksu pracy, warunkiem koniecznym jest zrzeszanie co najmniej 7% pracowników zatrudnionych u pracodawcy. W ocenie wnioskodawcy takie rozwiązanie narusza konstytucyjną zasadę równości dwa razy. Po pierwsze – wyznaczając niejednakowy „próg” reprezentatywności dla różnych organizacji zakładowych, po drugie – niejednakowo traktując ponadzakładowe reprezentatywne związki zawodowe. Jediną cechą istotną z punktu widzenia kwestionowanych przepisów jest fakt, że związki zawodowe funkcjonują w określonym zakładzie pracy i skupiają pracowników danego zakładu pracy bezpośrednio zainteresowanych w przedmiocie układu zbiorowego. Fakt posiadania przez dany związek reprezentatywności ponadzakładowej – zdaniem OZZL – nie wzmacnia jego mandatu do reprezentowania pracowników danego zakładu. Pozornie obiektywny warunek reprezentatywności ponadzakładowej według art. 241 ust. 1 pkt 1 kodeksu pracy stanowi w istocie uprzywilejowanie dwóch związków zawodowych: OPZZ i NSZZ „Solidarność”. Ponadto, zdaniem wnioskodawcy, skoro ustawodawca uznał, że fakt posiadania przez związek zawodowy reprezentatywności ponadzakładowej jest odpowiednim uzasadnieniem dla stosowania wobec tego związku łagodniejszego warunku nabywania cechy reprezentatywności ponadzakładowej, to powinien konsekwentnie jednakowo uprzywilejować w tym zakresie wszystkie związki zawodowe mające cechę reprezentatywności ponadzakładowej.

Orzekając pozytywnie w wyroku z 23. października 2003 r. o zgodności zaskarżonych przepisów z konstytucją, Trybunał Konstytucyjny wskazał, iż przyczyną wprowadzenia zaskarżonej regulacji była niedoskonałość procedury zawierania zakładowych układów zbiorowych, obowiązujących do 31. grudnia 2000 r. Prawo wystąpienia z inicjatywą zawarcia układu zbiorowego przysługiwało wówczas pracodawcy oraz każdej zakładowej organizacji związkowej. Jeżeli pracowników, dla których miał być zawarty układ zakładowy, reprezentowała więcej niż jedna organizacja związkowa, rokowania w celu zawarcia układu prowadziła ich wspólna reprezentacja. W razie nie wyłonienia wspólnej reprezentacji, rokowania prowadziły działające wspólnie wszystkie zakładowe organizacje związkowe, lub też niektóre z zakładowych organizacji związkowych, wraz ze wspólną reprezentacją pozostałych organizacji związkowych. Odrębne rozwiązania przewidziane były na wypadek, gdyby nie wszystkie organizacje związkowe przystąpiły do rokowań w sprawie zawarcia zakładowego układu zbiorowego. W takiej sytuacji rokowania mogły być prowadzone przez te organizacje związkowe, które zrzeszały łącznie co najmniej 50% pracowników oraz innych osób wykonujących pracę na rzecz pracodawcy i wyłoniły wspólną reprezentację, lub przystąpiły do wspólnych rokowań.

W ocenie Rady Ministrów tak wysoki stopień uzwiązkowienia występował bardzo rzadko. W konsekwencji brak zgody jednej zakładowej organizacji związkowej uniemożliwiał w praktyce zawarcie układu (Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy, III kadencja, nr 1423). Układ zakładowy zawierały wszystkie organizacje związkowe, które prowadziły rokowania. Takie rozwiązanie oznaczało, że odmowa ze strony jednej, nawet nielicznej organizacji związkowej biorącej udział w rokowaniach, uniemożliwiała zawarcie układu.

Przedstawione regulacje zostały zmienione ustawą z dnia 09. listopada 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 107, poz. 1127). Ustawa ta weszła w życie z dniem 01. stycznia 2001 r.

Z przytoczonego przez Trybunał Konstytucyjny uzasadnienia projektu wynika, że podstawowym celem Rady Ministrów, która wniosła projekt ustawy, było usprawnienie procesu negocjowania i zawierania układów zbiorowych pracy. W szczególności zaproponowane rozwiązania miały na celu zapobiec powstaniu sytuacji, w której sprzeciw pojedynczej organizacji związkowej uniemożliwia prowadzenia rokowań w sprawie zawarcia układu zbiorowego, a odmowa zawarcia układu przez którąkolwiek z organizacji uczestniczących w rokowaniach wyklucza zawarcie układu zakładowego.

Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny: „Organizacje związkowe mogą reprezentować różne grupy pracownicze, niejednokrotnie posiadające przeciwstawne interesy. W konsekwencji ustawodawca musi uwzględniać potencjalne konflikty między organizacjami związkowymi i wprowadzać rozwiązania na wypadek, gdyby poszczególne organizacje związkowe nie uzgodniły stanowiska. Ustawy muszą zawierać reguły rozstrzygania konfliktów między organizacjami związkowymi, tak aby umożliwić efektywne zawieranie zakładowych układów zbiorowych przy poszanowaniu interesów jak najszerzego kręgu pracowników danego zakładu oraz przy poszanowaniu interesów pracodawcy. Reguły te ze swojej istoty mogą prowadzić do sytuacji, w której - przy podejmowaniu decyzji o zawarciu układu zbiorowego – zostaje pominięte stanowisko określonej organizacji związkowej.”

Zdaniem Trybunału zaskarżony przepis nie pozbawia organizacji związkowych niereprezentatywnych prawa inicjatywy do zawierania układów zbiorowych: „Organizacje związkowe, które nie spełniają kryteriów reprezentatywności, mogą występować z inicjatywą zawarcia zakładowego układu zbiorowego. Mogą uczestniczyć w rokowaniach i wpływać tym samym na treść negocjowanych układów zbiorowych. Mogą być stronami układów zbiorowych. Organizacje nie spełniające kryteriów reprezentatywności nie mogą natomiast samodzielnie prowadzić rokowań w sprawie układu zakładowego bez udziału co najmniej jednej organizacji reprezentatywnej. Nie mogą uniemożliwić zawarcia układu zbiorowego przez zgodnie działające organizacje reprezentatywne. Organizacje nie spełniające kryte-

riów reprezentatywności nie mogą też samodzielnie zawrzeć układu zbiorowego bez jednoczesnego udziału w tym układzie wszystkich organizacji reprezentatywnych, uczestniczących w rokowaniach. Takie rozwiązanie nie pozostaje jednak w sprzeczności z Konstytucją.” W uzasadnieniu cytowanego wyroku Trybunał Konstytucyjny wyraził także pogląd o bardziej uniwersalnym znaczeniu: „Upoważnienie do ograniczenia prawa zagwarantowanego w ustawie zasadniczej może wynikać nie tylko z wyraźnego przepisu konstytucyjnego, przewidującego ustanawianie ograniczeń tego prawa, ale również z innej normy konstytucyjnej, poddającej pod ochronę określone dobra konstytucyjne. W niektórych sytuacjach może dochodzić do kolizji normy konstytucyjnej poddającej pod ochronę określone prawo jednostki oraz normy konstytucyjnej nakazującej realizację określonego dobra. W tego typu przypadkach rozstrzygnięcie kolizji zależy od wagi dobra znajdującego się u podstaw danego prawa oraz wagi dobra konstytucyjnego kolidującego z danym prawem. Istnieją sytuacje, w których waga określonego dobra chronionego konstytucyjnie uzasadnia ograniczenie – w pewnym zakresie – prawa jednostki.”

Trybunał podkreślił także szczególną rolę ingerencji państwa w sferę prawa pracy: „Należy podkreślić, że w świetle przepisów Konstytucji kształtowanie stosunków między partnerami socjalnymi należy przede wszystkim do samych zainteresowanych. Rola państwa w zakresie kształtowania stosunków pracy nie pozostaje jednak bierna. Rzeczpospolita Polska ma konstytucyjny obowiązek chronić pracę. Państwo ma w szczególności obowiązek nadzorowania warunków wykonywania pracy (art. 24 Konstytucji). Zawierane porozumienia i układy nie mogą naruszać wartości konstytucyjnych”.

Jeśli chodzi o ochronę stosunku zatrudnienia związkowców, to dotychczasowe ustawodawstwo pracy czyniło praktycznie z działaczy związkowych „święte krowy” nadając im swoisty immunitet wobec władzy przedsiębiorcy. Problem ten dostrzegł Sąd Najwyższy, który w kilku orzeczeniach dopuścił możliwość nie przywracania do pracy działacza związkowego, któremu wypowiedziano umowę o pracę, jeśli takie przywrócenie byłoby sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 8 kp.). W takich przypadkach na podstawie art. 477¹ kp. sąd może zasądzić roszczenie alternatywne, czyli odszkodowanie (por. np. uchwałę SN z dnia 30. marca 1994 r., I PZP 40/93²⁶, wyrok SN z dnia 13. czerwca 1995 r., I PRN 26/95, wyrok SN z dnia 12. marca 1996 r., I PRN 5/96,²⁷ wyrok z dnia 21. lutego 1997 r. I PKN 15/97; wyrok SN z dnia 27. lutego 1997 r. I PKN 17/97²⁸; wyrok SN z dnia 22. grudnia 1998 r. I PKN 509/98²⁹).

Ponadto należy wskazać na przytaczany wcześniej wyrok SN z dnia 02. grudnia 1997 r. (sygn. akt I PKN 407/97), który stwierdza, że w przypadku niezgodne-

26 OSNCP 1994 /12/230.

27 OSNAP 1996/19/288.

28 OSNAP 1997/21/46.

29 OSNAP 2000/4/133.

go z prawem wypowiedzenia umowy o pracę na czas określony działaczowi związkowemu przysługuje jedynie odszkodowanie.

W najnowszym orzecznictwie SN za podstawę nie uwzględniania roszczenia „funkcyjnego” związkowca o przywrócenie do pracy Sąd ten przyjmuje rażące naruszenie przez niego obowiązków pracowniczych. W wyroku SN z 05. lipca 2002 r. (I PKN 967/00)³⁰ potwierdzono korzystną dla pracodawcy linię orzeczniczą: „Może być uznane za nadużycie prawa (art. 8 KP) żądanie przywrócenia do pracy członka komisji rewizyjnej zakładowej organizacji związkowej, którego wypowiedzenie, dokonane bez zgody zarządu tej organizacji, jest następstwem dwukrotnej negatywnej oceny kwalifikacyjnej na stanowisku mianowanego pracownika samorządowego, motywowanej niewłaściwym stosunkiem do interesantów, postawą nieobowiązkowości i niezdiscyplinowania, brakiem dbałości o doskonalenie własnych kwalifikacji zawodowych i złym kierowaniem podwładnymi w ramach powierzonej mu funkcji, a który jako funkcyjny działacz związkowy odmawia ponadto jakiegokolwiek konstruktywnej współpracy z pracodawcą i uczestniczy w stałej konfrontacji z zarządem gminy w sprawach nie mających związku z realizacją statutowych kompetencji związkowych”.

Także w wyroku SN z 26. marca 2002 r. (I PKN 148/01)³¹ stwierdzono: „Zachowanie pracownika, członka komisji rewizyjnej zakładowej organizacji związkowej, który lekcewał obowiązki pracownicze, dyscyplinę pracy, polecenia przełożonych, uchylał się od świadczenia pracy, sprzeciwia się przywróceniu go do pracy, mimo że pracodawca nie uzyskał na dokonanie wypowiedzenia umowy o pracę temu pracownikowi zgody zarządu zakładowej organizacji związkowej”.

Jednakże generalna linia orzecznictwa Sądu Najwyższego preferuje interesy związkowców kosztem pracodawców. Jedynie tytułem przykładu można podać kontrowersyjny wyrok SN z dnia 16. stycznia 1996 r. (I PRN 85/95)³², który stwierdza, że ochroną przed zwolnieniem objęci są także pracownicy, którzy w dniu wypowiedzenia utworzyli komitet założycielski związku zawodowego.

Tego typu interpretacja pozwala na nadużywanie prawa przez pracowników, którzy w obawie o zwolnienie tworzą związki zawodowy. Ponadto w wyroku SN z 29. września 2001 r. zastosowano rozszerzającą wykładnię ochrony związkowca (I PKN 31/00)³³:

„Zakaz jednostronnej zmiany warunków pracy lub płacy na niekorzyść pracownika z art. 32 ust. 2 ustawy z dnia 23. maja 1991 r. o związkach zawodowych (jednolity tekst: Dz.U. Nr 79, poz. 854) obejmuje nie tylko zmiany, które mogłyby

30 OSNP--wkl. 2003/4/8.

31 Pr.Pracy 2003/1/33.

32 OSNAP 1997/1/9.

33 OSNP 2002/9/208. Podobnie w: OSNP.2003.6.145.

być wprowadzone do umowy o pracę w drodze wypowiedzenia zmieniającego, lecz także i inne zmiany na niekorzyść pracownika, wprowadzone jednostronnie przez pracodawcę, dotyczące stosunku pracy opartego również na innych podstawach niż umowa o pracę.”

Na wymóg kwalifikowanego naruszenia obowiązków jako podstawy zwolnienia działacza związkowego wskazuje także wyrok SN z 16. maja 2001 r., (I PKN 393/00)³⁴: „Niewystąpienie przez pracodawcę do zarządu zakładowej organizacji związkowej o wyrażenie zgody na rozwiązanie umowy o pracę z pracownikiem szczególnie chronionym z tytułu pełnionej funkcji związkowej przesądza w zasadzie o słuszności roszczenia pracownika domagającego się przywrócenia go do pracy. Tylko wyjątkowo naganne zachowanie pracownika, udowodnione przez pracodawcę, może stanowić podstawę odmowy uwzględnienia roszczenia o przywrócenie do pracy ze względu na sprzeczność żądania ze społeczno–gospodarczym przeznaczeniem prawa podmiotowego”.

O tym, że związkowiec podlega ochronie nawet wbrew stanowisku struktur jego związku świadczy wyrok SN z 19. kwietnia 2001 r. (I PKN 374/00)³⁵ stwierdzający: „Unieważnienie przez organ wyższej instancji związku zawodowego uchwały zarządu zakładowej organizacji związkowej odmawiającej zgody na rozwiązanie umowy o pracę z działaczem związkowym jest aktem wewnątrzorganizacyjnym i nie wywołuje skutków w sferze stosunku pracy”.

Jako podsumowanie tych rozważań za korzystny dla pracodawców należy uznać wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 07. kwietnia 2003 r. (P 7/02)³⁶ stwierdzający, iż: Art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 23. maja 1991 r. o związkach zawodowych (Dz.U. z 2001 r. Nr 79, poz. 854, Nr 100, poz. 1080 i Nr 128, poz. 1405 oraz z 2002 r. Nr 135, poz. 1146 i Nr 240, poz. 2052) w brzmieniu obowiązującym do dnia 30. czerwca 2003 r. w zakresie, w jakim nakłada na pracodawcę obowiązek uzyskania zgody na rozwiązanie stosunku pracy z pracownikiem będącym członkiem komisji rewizyjnej zakładowej organizacji związkowej, jest niezgodny z art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Wskutek tego orzeczenia dokonano nowelizacji art. 32 wskazanej ustawy o związkach zawodowych, którego ustępy 1 i 2 stanowią od 01. lipca 2003 r.:

1. Pracodawca bez zgody zarządu zakładowej organizacji związkowej nie może:

- 1) wypowiedzieć ani rozwiązać stosunku pracy z imiennie wskazanym uchwałą zarządu jego członkiem lub z innym pracownikiem będącym członkiem danej zakładowej organizacji związkowej, upoważnionym do repre-

34 Pr.Pracy 2002/6/37.

35 OSNP 2003/4/100.

36 Dz.U. z 03. Nr 63 poz. 590.

zentowania tej organizacji wobec pracodawcy albo organu lub osoby dokonującej za pracodawcę czynności w sprawach z zakresu prawa pracy;

2) zmienić jednostronnie warunków pracy lub płacy na niekorzyść pracownika, o którym mowa w pkt 1 – z wyjątkiem gdy dopuszczają to odrębne przepisy.

2. Ochrona, o której mowa w ust. 1, przysługuje przez okres określony uchwałą zarządu, a po jego upływie – dodatkowo przez czas odpowiadający połowie okresu określonego uchwałą, nie dłużej jednak niż rok po jego upływie.

Dodatkowo ust. 3 tego artykułu stanowi, iż zarząd zakładowej organizacji związkowej, reprezentatywnej w rozumieniu art. 241^{25a} kodeksu pracy, wskazuje pracodawcy pracowników podlegających ochronie przewidzianej w ust. 1, w liczbie nie większej niż liczba osób stanowiących kadrę kierowniczą w zakładzie pracy albo liczba pracowników ustalona zgodnie z ust. 4.

Ochrona przewidziana w ust. 1 przysługuje, przez okres 6. miesięcy od dnia utworzenia komitetu założycielskiego zakładowej organizacji związkowej, nie więcej niż trzem pracownikom imiennie wskazanym uchwałą komitetu założycielskiego (art. 32 ust. 7)

W przypadku gdy właściwy organ nie dokona wskazania, o którym mowa w ust. 3, 4, 6 albo 7, ochrona przewidziana w ust. 1 przysługuje – w okresie do dokonania wskazania – odpowiednio przewodniczącemu zakładowej organizacji związkowej bądź przewodniczącemu komitetu założycielskiego.

Nowe regulacje konkretyzujące krąg osób podlegających ochronie, procedurę jej stosowania w połączeniu z wymogiem reprezentatywności związków powinny w przyszłości zapobiegać opisywanym wcześniej patologiom nadużywania tej ochrony kosztem interesów pracodawcy.

3. Ograniczenia wynikające z systemu ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych

Jak wskazuje się w literaturze, przedmiotem ochrony prawa zabezpieczenia społecznego jest ryzyko socjalne, zaś sam system ubezpieczeń społecznych opiera się na zasadzie solidarności wspólnoty ryzyka, w której nie ma symetrii między wkładem (składką na ubezpieczenie), a zrealizowanymi korzyściami (świadczeniami z tytułu ubezpieczenia).³⁷ Stworzony w wyniku reformy prawa zabezpieczenia społecznego w latach 90. XX wieku³⁸ system ubezpieczeń społecznych (s.u.s.) stworzony w oparciu o ustawę z 1998 r. opierać się ma na trzech zasadach prawnych: powszechności ubezpieczeń społecznych, równego traktowania wszystkich ubezpieczonych oraz gwarantowania przez państwo wypłacalności świadczeń z ubezpieczeń społecznych³⁹. Art. 2a stanowi: „Ustawa stoi na gruncie równego traktowania wszystkich ubezpieczonych bez względu na płeć, stan cywilny, stan rodzinny. Zasada równego traktowania dotyczy w szczególności:

- 1) warunków objęcia systemem ubezpieczeń społecznych;
- 2) obowiązku opłacania i obliczania wysokości składek na ubezpieczenie społeczne;
- 3) obliczania wysokości świadczeń;
- 4) okresu wypłaty świadczeń i zachowania prawa do świadczeń.

Z kolei art. 2 ust. 3 ustawy z 1998 r. stanowi, iż wypłacalność świadczeń z ubezpieczeń społecznych gwarantowana jest przez państwo. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, przed 01. stycznia 1999 r. gwarancja państwa polegała na obowiązku udzielania tzw. dotacji uzupełniającej, czyli na bezzwrotnym przekazywaniu środków do Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (FUS) (jeżeli dochody ze składki nie starczały na wypłatę należnych świadczeń), kosztem zwiększania deficytu budżetu państwa. Od 1999 r. gwarancja państwa polega przede wszystkim na zezwoleniu na zadłużanie się ZUS (w budżecie państwa i w sektorze prywatnym) oraz nadziei, że dług ten zostanie zlikwidowany w wyniku „racjonalizacji” wydatków na świadczenia, na przykład za pomocą nowej waloryzacji (w efekcie redukcji) świadczeń oraz konstrukcji zdefiniowanej składki i niezdefiniowanego świadczenia, albo bardziej rygorystycznego orzekania o zdolności do pracy (w efekcie zmniejszenia liczby rencistów z tytułu niezdolności do pracy), albo też wskutek zmniejszenia ochrony pierwotnej na koszt pracodawców, bez możliwości ubezpieczenia społecznego i bez obniżenia składki na ubezpieczenie społeczne. Analogiczne rozwiązanie nie jest możliwe w ubezpieczeniu społecznym rolników, bo oni nie

37 J. Jończyk: Prawo zabezpieczenia społecznego, Zakamycze 2001, s. 36–39.

38 Na temat tych reform patrz np. J. Jończyk: op. cit., s. 83–90.

39 Tamże, s. 99 i nast.

mają pracodawcy, a świadczenia emerytalno–rentowe finansowane są w zasadzie z budżetu państwa.⁴⁰

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 30. maja 2000 r. (K 37/99)⁴¹ orzekł iż art. 22 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 20. grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników (tekst jednolity z 1998 r. Dz.U. Nr 7, poz. 25; zm.: Nr 106, poz. 668, Nr 117, poz. 756; z 1999 r. Nr 60, poz. 636) w zaskarżonej części jest zgodny z art. 2 i 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

W odniesieniu do wymienionych przepisów Rzecznik Praw Obywatelskich podnosił sprzeczność tej jego części, w której pozbawia on ubezpieczonego rolnika prawa do inwalidzkiej renty okresowej w razie objęcia go innym ubezpieczeniem społecznym. Stwierdzając zgodność tego przepisu z Konstytucją w odniesieniu do sposobu finansowania ubezpieczenia rolniczego, Trybunał zwrócił uwagę na niewielki stopień pokrycia rolniczych świadczeń emerytalno–rentowych składkami samych rolników; co uzasadnia wprowadzenie zaostrzonych rygorów wobec osób korzystających z emerytur i rent rolniczych. W 2000 r. przeszło 95% wydatków na te świadczenia pokrywał budżet państwa, co jest następstwem przyjętej w ustawie zasady (art. 76 ust. 3), iż państwo gwarantuje wypłatę świadczeń finansowanych z funduszu emerytalno–rentowego. Mając to na uwadze, za uzasadnione Trybunał uznał rozwiązanie, że w sytuacji gdy z racji podjęcia pracy poza gospodarstwem rolnym uprawniony podlega z tego tytułu ubezpieczeniu społecznemu, ustaje ochrona przewidziana w ustawie o ubezpieczeniu społecznym rolników.

Zdaniem J. Jończyka w ustawie o s.u.s. z 1998 r. nastąpiło zerwanie z koncepcją zaopatrzenia emerytalnego (gwarantowanego przez państwo), w sposób niekonsekwentny (rosnące zadłużenie ZUS) i z zastosowaniem polityki dużych obciążeń finansowych ubezpieczonych i płatników. Nowa treść zasady gwarantowania przez państwo wypłacalności świadczeń z ubezpieczeń społecznych nie jest pozbawiona bowiem szczypty hipokryzji oraz nowego zjawiska: lokowania deficytu w finansach publicznych poza budżetem państwa i „rolowania „publicznego długu do spłacenia w przyszłości, jako dobrodziejstwa inwentarza aktualnego rządu”.⁴²

W przekonaniu przedsiębiorców składka na ZUS ma charakter jeszcze jednego podatku, w dodatku wyższego niż pozostałe. Dlatego też, jak wskazano wcześniej, starali się oni wielokrotnie „uciec” od płacenia tych składek przez stosowanie z zatrudnionymi zamiast umów o pracę umów cywilnoprawnych: umowy zlecenia, o dzieło bądź tzw. kontraktów menedżerskich. Jednocześnie ustawodawca podjął wyzwanie i stopniowo ograniczył możliwości korzystania z umowy zlecenia przede wszystkim krótkimi terminami, po przekroczeniu których powstawał obowiązek odprowadzania składek na ZUS, co upodabniało je do umowy o pracę.

40 Ibidem, s. 102.

41 OTK 2000/4/112.

42 J. Jończyk: op. cit., s. 103.

Ponadto ustanowienie w kodeksie pracy swoistego „domniemania stosunku pracy” czyniło korzystanie z umowy zlecenia przez przedsiębiorcę dość ryzykownym.

Zakorzenione w mentalności przedsiębiorców traktowanie składki na ZUS jako jeszcze jednego podatku nie jest pozbawione podstaw. Obserwacje kilkudziesięcioletniej praktyki funkcjonowania tej instytucji wskazują na to, że jako jeszcze jedna instytucja państwowa uzyskane składki odprowadzała do budżetu, a ich ostateczne przeznaczenie nie zawsze miało coś wspólnego z emerytami, rentami czy też świadczeniami z tytułu chorób lub wypadków przy pracy. Potwierdza to chociażby pośrednio orzecznictwo sądowe. Jak wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu 7. sędziów z 22. grudnia 1999 r. (III ZP 17/)⁴³ składki wpłacone do Funduszu Ubezpieczeń Społecznych w czasie, gdy jego dysponentem był pozbawiony osobowości prawnej Zakład Ubezpieczeń Społecznych przynależały Skarbowi Państwa.

Wspólny mianownik świadczeń na rzecz ZUS i podatku stanowi element przymusu państwowego umożliwiający ich ściągalność. Warto dodać, że ZUS podobnie jak Skarb Państwa) w przypadku podatków dysponuje uprawnieniem do korzystania z hipoteki przymusowej. Zgodnie z uchwałą SN z 05. grudnia 2002 r. (III CZP 78/02)⁴⁴ należności ZUS z tytułu składek mogą być zabezpieczone także hipoteką przymusową na użytkowaniu wieczystym. Z kolei z postanowienia SN z 19. września 2002 r. (V CKN 1223/00, Lex nr 57223) wynika, że „ZUS działa na zasadzie powiernictwa wydzielonym mieniem Skarbu Państwa, nie będąc właścicielem tego mienia. Działa więc we własnym imieniu, ale na rzecz Skarbu Państwa. W związku z powyższym wpis do księgi wieczystej hipoteki przymusowej, zabezpieczającej wierzytelności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, następuje na rzecz Skarbu Państwa – ZUS.”

Na rozszerzającą wykładnię sądową w tej mierze i – co za tym idzie – wzmożoną ochronę roszczeń ZUS w postępowaniu zabezpieczającym wskazuje także uchwała SN z 20. czerwca 2001 r. (III CZP 34/01)⁴⁵ stwierdzająca, iż wystawiony przez ZUS administracyjny tytuł wykonawczy, który dla potrzeb wpisania hipoteki przymusowej na nieruchomości stanowiącej przedmiot ustawowej wspólności majątkowej dłużnika i jego małżonka powinien być zaopatrzony w klauzulę wykonalności przeciwko dłużnikowi, nie wymaga uprzedniego nadania klauzuli przeciwko dłużnikowi.

Wierzytelność ZUS zabezpieczona taką hipoteką ma pierwszeństwo zaspokojenia przed wierzytelnościami innych wierzycieli. Wprawdzie składki na ZUS odprowadzane przez przedsiębiorców z własnych dochodów i wynagrodzeń ich pracowników stanowią dla nich koszty uzyskania przychodu, lecz nie mają bezpośredniego wpływu na jego wzrost.

43 OSNP 2000/21/792.

44 Biul.SN 2002/12/7.

45 OSNC 2002/1/3.

Płatnik składek zobowiązany jest do obliczenia i odprowadzenia składek w terminie, a w razie jego przekroczenia – naliczenia także odsetek. Odsetki nie są naliczane w przypadku – gdy nastąpiło przedawnienie, które wynosi 10 lat, licząc od dnia, w którym stały się wymagalne.

Jeżeli przedsiębiorca nie opłaci składek na ubezpieczenie społeczne, albo opłaci składkę w zaniżonej wysokości, ZUS może wymierzyć opłatę dodatkową w wysokości do 100% kwoty nieopłaconych składek. W przypadku opóźnienia w płatności składek zdrowotnych zakład ubezpieczeń społecznych może również nałożyć opłatę dodatkową. Przy nałożeniu opłaty dodatkowej ZUS bierze pod uwagę zarówno okres zalegania z opłatą składek, jak i dotychczasowy stosunek płatnika składek do jego obowiązków wynikających z przepisów ubezpieczeniowych. Nałożenie opłaty dodatkowej jest kwestią uznaniową, od której płatnikowi przysługuje odwołanie do sądu, jeżeli uzna, iż dopełnił obowiązku opłacenia składek i zapłacił je w należnej wysokości.

Opłata dodatkowa wymierzana jest płatnikowi składek, także w sytuacji, gdy nie nastąpiło przekazanie przez ZUS składki do otwartego funduszu emerytalnego w terminie, ze względu na nieprzekazanie lub przekazanie błędnego zgłoszenia do ubezpieczeń społecznych, zgłoszenia płatnika składek imiennego raportu miesięcznego, deklaracji rozliczeniowej, dokumentu płatniczego, lub zlecenia płatniczego. Także wtedy ZUS może nałożyć opłatę dodatkową w przypadku nieprzekazania w terminie składki do otwartego funduszu emerytalnego.⁴⁶

Zakład Ubezpieczeń Społecznych może płatnikowi wymierzyć karę grzywny do 5.000,00 zł, który:

- nie dopełnia obowiązku opłacania składek na ubezpieczenia społeczne w ustawowym terminie;
- nie zgłasza wymaganych ustawą danych lub zgłasza nieprawdziwe dane mające wpływ na wymiar składek;
- udziela nieprawdziwych wyjaśnień w kwestiach dotyczących wymiaru składek albo odmawia ich udzielenia;
- udaremnia lub utrudnia przeprowadzenie kontroli;
- nie dopełnia obowiązku wypłacania świadczeń z ubezpieczeń społecznych i zasiłków finansowanych z budżetu państwa lub wypłacił je nienależnie;
- nie prowadzi dokumentacji związanej z obliczaniem składek oraz z wypłatą świadczeń z ubezpieczeń społecznych;
- nie dopełnia obowiązku przesyłania deklaracji rozliczeniowych oraz imiennych raportów miesięcznych w przewidzianym terminie;

46 E. Dziubińska–Lechnio, E. Orkiszewska, Ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. Praktyczny poradnik. DW ABC, Warszawa 2003 r., s. 130–131.

- nie stwierdza nieprawidłowości danych w imiennym raporcie miesięcznym dotyczącym danego roku, w terminie nie później niż do 30. kwietnia następnego roku kalendarzowego;
- nie dopełnia obowiązku przekazywania dokumentów związanych z ubezpieczeniami społecznymi i ubezpieczeniem zdrowotnym poprzez teletransmisje danych w formie dokumentu elektronicznego, albo w przypadku płatników rozliczających składki nie więcej niż za 5 osób – w formie wydruku.⁴⁷

ZUS nie powinien wszczynać postępowania administracyjnego zmierzającego do ukarania płatnika, jeżeli sam jest z urzędu zobowiązany do dokonania zgłoszenia z urzędu osoby spełniającej warunki podlegania ubezpieczeniu. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 14. grudnia 2001 r. (II UKN 675/00)⁴⁸: „Brak zgłoszenia do obowiązkowego ubezpieczenia społecznego osób spełniającej warunki podlegania temu ubezpieczeniu nie eliminuje jej z niego, ale rodzi powinność dokonania zgłoszenia z urzędu przez organ ubezpieczeń społecznych”.

W przypadku naruszenia przez płatnika przepisów prawa ubezpieczeniowego należności z tytułu składek, odsetki za zwłokę oraz koszty egzekucyjne i opłaty dodatkowe podlegają przymusowemu ściągnięciu na zasadach określonych w przepisach o postępowaniu egzekucyjnym w administracji lub egzekucji sądowej. Należności z tytułu składek podlegają zaspokojeniu przed innymi wierzytelnościami, z wyjątkiem kosztów egzekucyjnych należności za pracę, należności alimentacyjnych oraz rent z tytułu odszkodowania za wywołanie choroby, niezdolności do pracy, kalectwa lub śmierci. Na podstawie tytułu wykonawczego wydanego przez urząd skarbowy na wniosek ZUS postępowanie egzekucyjne prowadzi naczelnik organu skarbowego. W tym celu może prowadzić egzekucję niezbędną do realizacji tytułu wykonawczego ze świadczeń ubezpieczenia społecznego, z wynagrodzenia za pracę, z rachunku bankowego i wkładu oszczędnościowego, z ruchomości i innych wierzytelności pieniężnych oraz praw majątkowych. ZUS jest także uprawniony do prowadzenia egzekucji należności z tytułu składek we własnym zakresie. Prowadzi ją z wynagrodzenia za pracę, świadczeń z ubezpieczenia społecznego, wierzytelności pieniężnych oraz rachunków bankowych. Także Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 23. maja 2003 r. (III CZP 27/03)⁴⁹ stwierdził, iż „Administracyjny tytuł wykonawczy obejmujący składki na ubezpieczenie zdrowotne i na Fundusz Pracy może stanowić tytuł egzekucyjny w rozumieniu art. 777 § 1 pkt. 3 kpc.” ZUS nie musi udowadniać istnienia zaległego zobowiązania z tytułu składek. Przedsiębiorca dopiero po wszczęciu egzekucji administracyjnej dowiadyuje się o tym fakcie i może podjąć obronę swoich interesów.

47 E. Dziubińska–Lechnio, E. Orkiszewska, op. cit., s. 132.

48 OSNIP–wkl. 2002/3/2.

49 Biul.SN 2003/5/5.

Egzekucja z nieruchomości dłużnika jest zastrzeżona dla sądu, który prowadzi ją z urzędu lub na podstawie tytułu egzekucyjnego zaopatrzonego w klauzulę wykonalności.

Należności z tytułu składek mogą być zabezpieczone na majątku dłużnika przez ustanowienie hipoteki ustawowej na nieruchomości oraz ustawowym prawem zastawu na ruchomościach i prawach zbywalnych dłużnika. Podstawą ustanowienia hipoteki przymusowej jest prawidłowo doręczona decyzja określająca wysokość należności z tytułu składek, o odpowiedzialności osoby trzeciej lub o odpowiedzialności następcy prawnego. Hipoteka przymusowa jest skuteczna wobec każdorazowego nabywcy nieruchomości i nie wymaga wpisu do księgi wieczystej. Hipoteka wygasa w przypadku, gdy zakład ubezpieczeń nie złoży wniosku o wpis w terminie 1. miesiąca od dnia jej powstania. W przypadku braku księgi wieczystej zakład ubezpieczeń może wystąpić z wnioskiem o jej założenie, a samo zabezpieczenie jest dokonywane przez złożenie dokumentów do zbioru. Hipotekę przymusową można ustanowić także na majątku dłużnika, do którego zaliczamy:

- część ułamkową nieruchomości, jeśli stanowi udział dłużnika;
- nieruchomość stanowiącą przedmiot współwłasności łącznej dłużnika i jego małżonki;
- nieruchomość stanowiącą własność wspólnika spółki cywilnej, w przypadku gdy dłużnikiem jest spółka;
- użytkowanie wieczyste, w tym budynki i inne urządzenia znajdujące się na użytkowanym terenie, stanowiące własność użytkownika wieczystego;
- spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu mieszkalnego;
- spółdzielcze prawo do lokalu użytkowego;
- prawo do domu jednorodzinnego w spółdzielni mieszkaniowej;
- wierzytelność zabezpieczona hipoteką.⁵⁰

Wygąsnięcie wierzytelności zabezpieczonej hipoteką skutkuje wygaśnięciem hipoteki, przy czym przedawnienie wierzytelności nie pozbawia prawa wierzyciela hipotecznego do zaspokojenia się z nieruchomości obciążonej hipoteką.

ZUS może ustanowić na majątku dłużnika zastaw ustawowy celem wyegzekwowania należności wobec organu ubezpieczeniowego. Zastaw może być ustanowiony na:

- rzeczach ruchomych będących własnością dłużnika, które służą do prowadzenia działalności gospodarczej lub wykonywania wolnego zawodu, oraz na zbywalnych prawach majątkowych związanych z prowadzoną działalnością;

50 E. Dziubińska–Lechnio, E. Orkiszewska, op. cit., s. 135–136.

- innych rzeczach ruchomych, które stanowią własność dłużnika, a ich wartość wynosi w dniu ustanowienia zastawu co najmniej 10.000,00 zł.⁵¹

Zastaw ustawowy powstaje z chwilą wpisania do rejestru zastawów, a podstawą jego dokonania musi być decyzja ZUS ustalająca wysokość należności, wysokość zaległości, odpowiedzialność osoby trzeciej z tytułu składek. Wykreślenie hipoteki przymusowej i zastawu następuje po złożeniu stosownego wniosku do sądu, po uprzednim przekazaniu na konto ZUS całej należności z tytułu składek i wystawieniu przez niego pisemnego zobowiązania w sprawie zwolnienia zabezpieczeń po dokonaniu wpłaty.

ZUS może, po spełnieniu przez dłużnika przewidzianych w prawie upadłościowym przesłanek, wystąpić do sądu gospodarczego o ogłoszenie jego upadłości. Dotyczyć to może przedsiębiorstw państwowych, spółdzielni, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki akcyjnej czy osoby prawnej będącej podmiotem gospodarczym oraz spółki jawnej. Zadaniem syndyka będzie przeprowadzenie postępowania upadłościowego zmierzającego do zaspokojenia roszczeń wszystkich wierzycieli upadłego dłużnika, w pierwszej kolejności należności ZUS.

Jeżeli egzekucja administracyjna lub sądowa z majątku dłużnika okaże się częściowo lub całkowicie bezskuteczna, ZUS może orzec o odpowiedzialności osoby trzeciej za należności z tytułu składek oraz odsetek i kosztów postępowania egzekucyjnego, które odpowiadają całym swoim majątkiem solidarnie z następcą prawnym płatnika za przejęte przez niego zaległości składkowe. Organ ubezpieczeniowy nie może wszcząć postępowania wobec osoby trzeciej przed:

- 1) upływem terminu płatności ustalonego zobowiązania;
- 2) dniem doręczenia decyzji:
 - a) określającej wysokość zobowiązania,
 - b) o odpowiedzialności dłużnika,
 - c) określającej wysokość należnych odsetek;
- 3) dniem wszczęcia postępowania egzekucyjnego.

Wobec dłużników istnieje solidarność łączna, co umożliwia dochodzenie przez ZUS roszczeń w całości lub części od wszystkich dłużników łącznie, lub od każdego z osobna. Zaspokojenie roszczenia przez któregośkolwiek dłużnika zwalnia pozostałych z odpowiedzialności. Przysługuje mu jedynie roszczenie regresowe wobec pozostałych dłużników w stosunku w jakim przyczynił się do powstania należności. Przepisy egzekucyjne preferują ZUS w stosunku do przedsiębiorców dochodzących wierzytelności od osób trzecich, w tym małżonka dłużnika. Przedsiębiorca, aby skierować egzekucję do majątku dłużnika, musi uzyskać klauzulę

51 E. Dziubińska–Lechnio, E. Orkiszewska: op. cit., s. 137.

wykonawczą wobec jego małżonka. W chwili nadawania klauzuli, zgodnie z art. 787 kpc., musi istnieć pomiędzy nimi wspólność ustawowa. Ordynacja podatkowa umożliwia ZUS dochodzenie należności od małżonka dłużnika, bez uzyskiwania dodatkowych klauzul w postępowaniu cywilnym, nawet w sytuacji, gdy małżonkowie zawarli umowę o rozdzielenie majątkowej, których wspólność majątkowa została zniesiona przez sąd lub notarialnie, oraz małżonków pozostających w separacji. Uprzywilejowanie ZUS rozciąga się także na możliwość dochodzenia zapłaty należności od rozwiedzionego małżonka, który odpowiada całym swoim majątkiem solidarnie z byłym małżonkiem za zaległości powstałe w czasie trwania wspólności majątkowej, z wyjątkiem odsetek za zwłokę oraz kosztów egzekucyjnych powstałych po dniu uprawomocnienia się orzeczenia o rozwodzie (do wysokości wartości przypadającego mu udziału w majątku wspólnym).

Członkowie rodziny płatnika, do których zaliczamy zstępnych (np. dzieci, wnuki), wstępnych (rodzice, dziadkowie), rodzeństwo, małżonków zstępnych (synowa, zięć), osobę pozostającą w stosunku przysposobienia oraz pozostającą z płatnikiem w faktycznym pożyciu (konkubina, konkubent), również odpowiadają całym swoim majątkiem solidarnie z płatnikiem prowadzącym działalność gospodarczą. Odpowiedzialność dotyczy zaległości z tytułu składek wynikających z tej działalności i powstałe w okresie, w którym współdziałał stale z płatnikiem w jej wykonywaniu, osiągając korzyści z prowadzonej przez niego działalności.

Odpowiedzialność majątkową może ponieść także nabywca przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części oraz składników majątku związanego z prowadzoną działalnością, gdy wartość majątku w dniu zbycia wynosi, co najmniej 15.000,00 zł. Nabywca odpowiada solidarnie z dłużnikiem za powstałe od dnia nabycia zaległości składkowe związane z prowadzoną działalnością gospodarczą, z ograniczeniem jego odpowiedzialności do wartości nabytego przedsiębiorstwa, jego zorganizowanej części lub składników majątku. Przedsiębiorca nabywający nie jest zobowiązany do zapłaty odsetek za zwłokę od zaległości powstałych po dniu nabycia. Jeśli nabywcą jest małżonek lub członek rodziny płatnika zobligowany jest również do zapłaty i odsetek.

Całym swoim majątkiem solidarnie ze spółką i pozostałymi współnikami za zaległości spółki i współników wynikające z działalności spółki odpowiada wspólnik spółki cywilnej, jawnej, partnerskiej oraz komplementariusze spółki komandytowej albo komandytowo-akcyjnej, nie będący akcjonariuszem.

Członkowie zarządu spółki akcyjnej i z ograniczoną odpowiedzialnością odpowiadają całym swoim majątkiem za zobowiązania wobec ZUS w przypadku, gdy egzekucja z majątku spółki okaże się w całości lub części bezskuteczna. ZUS może dochodzić zaległości składkowych także od osób prawnych powstałych w wyniku podziału innej osoby prawnej, lecz tylko za zobowiązania powstałe po dniu podziału.

Decyzji o odpowiedzialności osób trzecich ZUS nie może wydać, jeżeli od końca roku kalendarzowego, w którym powstała zaległość z tytułu składek upłynęło 5 lat. Natomiast przedawnienie zobowiązania następuje po upływie 3. lat od końca roku kalendarzowego, w którym została wydana decyzja o odpowiedzialności osoby trzeciej.

ZUS może również zwrócić się do organu paszportowego z wnioskiem o odmowie wydania paszportu osobie, która nie wywiązała się z zaległości składowych.

Warto również zwrócić uwagę na tendencję orzecznictwa sądowego do objęcia należności ZUS ochroną prawnokarną. W precedensowej uchwale Sądu Najwyższego z 25. marca 2003 r. (I KZP 50/02)⁵² stwierdzono, iż w postępowaniu karnym, którego przedmiotem jest czyn polegający na zaniechaniu odprowadzenia przez pracodawcę – wbrew obowiązkowi wynikającemu z ustawy z dnia 13. października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. Nr 137, poz. 887 ze zm.) – składki na ubezpieczenie społeczne, status pokrzywdzonego przysługuje także Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych.

W uzasadnieniu uchwały Sąd zauważył, że wprawdzie z dniem 01. stycznia 2003 r. uchylone zostały, przez art. 1 pkt 18 lit. d ustawy z dnia 18. grudnia 2002 r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 241, poz. 2074), przepisy art. 40 ust. 6 i 7 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, nakładające na Zakład Ubezpieczeń Społecznych obowiązek uzupełniania składki na ubezpieczenie emerytalne na koncie ubezpieczonego, jeżeli nie była opłacana od 6. miesięcy i ubezpieczony zażądał jej uzupełnienia, ale rezygnacja z instytucji uzupełniania konta ubezpieczonego nie wyłącza zobowiązań (m.in. majątkowych) Zakładu wobec ubezpieczonego. Z motywów tej rezygnacji, przedstawionych w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych... (s. 6 uzasadnienia projektu – druk sejmowy nr 700, stanowiący załącznik do sprawozdania stenograficznego z 35. posiedzenia Sejmu RP) wynika jedynie, że procedura uzupełniania kont, która od wejścia w życie ustawy nie została dotychczas uruchomiona, dotyczyłaby znacznej grupy ubezpieczonych i absorbowałaby po stronie ZUS-u „odczuwalne siły i środki”. Uchylenie tych przepisów, nie zmienia zdaniem Sądu Najwyższego, faktu, że każdy z pracowników, bez względu na to, czy obciążająca go składka została pobrana i przekazana do Zakładu czy też nie, jest uprawniony do świadczeń z ubezpieczenia społecznego.

Nie może być zatem skutecznie kwestionowany zdaniem SN fakt, że w wypadku, gdy składka na ubezpieczenie społeczne nie została opłacona, dobro prawne Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, a zarazem Zakładu Ubezpieczeń

52 OSNKW 2003/3–4/28).

Społecznych, który jest dysponentem Funduszu, zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone. Uzasadnione jest więc zdaniem Sądu uznanie, że w postępowaniu karnym, którego przedmiotem jest czyn polegający na zaniechaniu odprowadzania przez pracodawcę – wbrew obowiązкови wynikającemu z ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. Nr 137, poz. 887 ze zm.) – składek na ubezpieczenie społeczne, status pokrzywdzonego przysługuje także Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych.

W opinii przedsiębiorców trudno dostrzec nawet wpływ składek na ZUS płaconych przez przedsiębiorcę „za siebie” na wysokość świadczeń z ubezpieczeń społecznych, jakie mają oni otrzymać w przyszłości. Dlatego też przedsiębiorcy z reguły deklarują – bez względu na osiągnięte dochody – minimalną składkę wymaganą przez prawo. Wynika to przede wszystkim z faktu, iż przedsiębiorcy jako grupa społeczna o poziomie dochodów z reguły wyższym niż przeciętna krajowa najczęściej wykupują ubezpieczenie emerytalne bądź od nieszczęśliwych wypadków w komercyjnych towarzystwach ubezpieczeniowych, darząc je większym zaufaniem niż ZUS. Jednakże składek na takie ubezpieczenie nie mogą oni zaliczyć do kosztów uzyskania przychodu. Dlatego też można mówić o podwójnym pokrzywdzeniu przedsiębiorców. Z jednej bowiem strony są oni zmuszeni do płacenia składek na ZUS, z drugiej zaś płacąc składki na ubezpieczenie w firmach komercyjnych, które ich zdaniem dają większą gwarancję wypłacalności, nie mogą pomniejszyć o nie swojego przychodu.

Dość wygodnym i możliwym rozwiązaniem jest zatrudnienie się przedsiębiorcy, obok prowadzonej działalności gospodarczej, na zasadzie umowy o pracę, gdyż wówczas jego pracodawca będzie odprowadzać za niego składkę ZUS.

Podobne rozważania można odnieść do reformy służby zdrowia i ubezpieczeń zdrowotnych. Reforma ta doprowadziła do przebudowy instytucji zdrowotnych w okresie 10. lat, powodując ostatecznie uchylenie przepisów, na których opierał się poprzedni system – społeczna służba zdrowia.⁵³ Uchwalona dnia 06. lutego 1997 r. ustawa o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz.U. Nr 28 poz. 153 z późn. zm. – dalej powołanej jako p.u.z.), która weszła w życie z dniem 01. stycznia 1999 r. wprowadzając reformę, określała w art. 1 a następujące zasady powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego:

- 1) solidarności społecznej;
- 2) samorządności;
- 3) samofinansowania;
- 4) wolnego wyboru lekarza i kasy;
- 5) równego dostępu do świadczeń;

53 Na temat tej przebudowy por. J. Jończyk: op. cit., s. 294–297.

- 6) działalności kasy chorych nie dla zysku;
- 7) gospodarności i celowości działania.

Ustawa utrzymywała, jak to stwierdza J. Jończyk, zasadę „narodowej wspólnoty niezdrowia”, określaną jako „solidarność społeczna”, której nie miała naruszać regionalizacja Kas Chorych, jako że regiony o wyższych dochodach miały przyczynić się do finansowania opieki zdrowotnej w regionach pod tym względem słabszych, co miało następować przez odpowiedni mechanizm wyrównawczy w dochodach regionalnych Kas Chorych (art. 135 ustawy o p.u.z.), a obowiązek ubezpieczenia był powszechny⁵⁴. Zdaniem tego autora – w porównaniu z okresem PRL – nastąpiło pogłębienie zasady solidarności przez to, że istniało większe niż dawniej zróżnicowanie udziału w finansowaniu ryzyka niezdrowia. Przy pogłębiającym się zróżnicowaniu dochodów ludności (są to głównie dochody z tytułu zatrudnienia) oznaczało to, że pogłębiła się dysproporcja między wkładem i świadczeniem. Jest to solidarność narzucona przez ustawę, która nie ma uzasadnienia etycznego, społecznego i ekonomicznego, zgodnego z ustrojem III RP⁵⁵. Podniesienie składki na ubezpieczenie zdrowotne z 7,75% do 8% oznacza jeszcze większą dysproporcję między wkładem a świadczeniem wzajemnym, naruszającą konstytucyjne zasady sprawiedliwości społecznej i równości obywateli wobec prawa podatkowego.

Zasada działalności Kas Chorych nie dla zysku była dość oczywista, bo jako instytucje powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego były urządzeniami publiczno-prawnymi i miały na celu realizację obywatelskiego prawa do opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych, czyli składki na ubezpieczenie zdrowotne. Ustawa o p.u.z. stanowiła wprost w art. 4 ust. 7, że Kasy nie mogą prowadzić działalności gospodarczej, a także nie mogły prowadzić bezpośrednio lub pośrednio zakładów opieki zdrowotnej, co kłóciłoby się z podstawowym zadaniem Kas jakim było organizowanie świadczeń zdrowotnych i finansowanie świadczeniodawców.

Zasada gospodarności i celowości działania odgrywała istotną rolę w systemie powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, jako zasada prawna wpływająca na interpretację pozostałych zasad. Pozwalała bowiem na sterowanie systemem ochrony zdrowia przez Kasy Chorych za pomocą kontraktowania świadczeń zdrowotnych w ten sposób, że oferty i wykonanie umów przez świadczeniodawców oceniano pod względem gospodarności i celowości, w ramach posiadanych przez Kasę środków. Zasada ta wyjaśniała niezwykle silną pozycję Kas wobec świadczeniodawców, gdyż negatywna ocena ich przez Kasę mogła prowadzić do odrzucenia oferty lub/ i nie zawarcie kontraktu na następny okres, ze wszelkimi negatywnymi

54 Tamże, s. 309.

55 Tamże, s. 309.

skutkami dla świadczeniodawców, poczynionych inwestycji i zatrudnianych przez nich osób. Była ona zasadą prawną, która umożliwiała ściśle kontrolowanie finansowania świadczeń zdrowotnych w warunkach zredukowanych środków. Jak podkreśla się w literaturze, w związku z tą zasadą można twierdzić, że powszechne ubezpieczenie zdrowotne jest zmodyfikowaną postacią służby zdrowia, o tyle wygodniejszą, że zdejmuje odpowiedzialność z państwa i powoduje rozproszenie odpowiedzialności w skomplikowanym systemie podmiotów, kontraktów i nadzoru. Nadawała ona więc powszechnemu ubezpieczeniu zdrowotnemu w relacji Kasy ze świadczeniodawcą biurokratyczny charakter, dzięki czemu można wprawdzie uniknąć eksplozji kosztów służby zdrowia, co jednak może prowadzić do kumulacji społecznego niezadowolenia⁵⁶.

W ustawie tej powszechne ubezpieczenie zdrowotne składało się z trzech podstawowych i współzależnych stosunków między ubezpieczonym (pacjentem), Kasą Chorych i świadczeniodawcą, zwane niekiedy „trójkątem ubezpieczenia zdrowotnego”⁵⁷. Najważniejszym stosunkiem prawnym był stosunek ubezpieczenia między ubezpieczonym i Kasą Chorych. Miał on charakter powszechny, wynikał z ustawowego obowiązku ubezpieczenia i mógł istnieć niezależnie od dwóch pozostałych stosunków. Miał on niejako sam dla siebie charakter gwarancyjny, gdyż w zamian za składkę ubezpieczony korzystał ze świadczenia wzajemnego, to jest gwarancji, że w razie ziszczenia się ryzyka zachorowania nastąpi realizacja świadczenia zdrowotnego.

Ubezpieczenie te również obecnie jest obowiązkowe i przedsiębiorca, jak każdy obywatel, musi je płacić od wszystkich źródeł przychodu (art. 22 ustawy). Orzecznictwo sądowe pod rządami ustawy z 1998 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym stało na stanowisku rozszerzającej interpretacji tego przepisu. Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 11. czerwca 2002 r. (III AUa 18/01):⁵⁸ „Składka na ubezpieczenie zdrowotne winna być opłacana od wszystkich przychodów uzyskiwanych przez osobę podlegającą ubezpieczeniu społecznemu”. Jak stwierdził w uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Apelacyjny w art. 8 ustawy z dnia 06, lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz.U. Nr 28, poz. 153 ze zm.) określony został zakres podmiotowy obowiązkowego ubezpieczenia zdrowotnego. Z art. 8 pkt 1 lit. a) i c) ustawy wynika, że obowiązkowi ubezpieczenia zdrowotnego podlegają osoby objęte ubezpieczeniem społecznym, które są pracownikami, bądź osobami prowadzącymi pozarolniczą działalność gospodarczą. Zdaniem sądu wolą ustawodawcy było zatem objęcie obowiązkowym ubezpieczeniem zdrowotnym wszystkich osób wymienionych w poszczególnych podpunktach ww. przepisu, które są objęte systemem ubezpieczeń społecznych, tzn. spełniają

56 J. Jończyk: op. cit., s. 313.

57 Tamże, s. 298–304.

58 OSA 2003/1/2.

warunki do objęcia obowiązkowym lub dobrowolnym ubezpieczeniem społecznym. Odmienne wykładnia tego przepisu według poglądu Sądu Apelacyjnego nie może być uznana za uprawnioną, ze względu na zasadę powszechności ubezpieczenia zdrowotnego, wyrażoną w art. 1 ustawy. Przyjęcie, iż obowiązkowi ubezpieczenia zdrowotnego podlega tylko taka osoba, która jest objęta ubezpieczeniem społecznym – w takim sensie, iż opłaca składki na to ubezpieczenie w związku ze swoją działalnością, mogłoby prowadzić do braku obowiązku ubezpieczenia zdrowotnego tych osób, które podlegając ubezpieczeniu społecznemu wyłącznie dobrowolnie, nie złożyły wniosku o objęcie takim ubezpieczeniem. Byłoby to sprzeczne z przywołaną wyżej naczelną zasadą ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym. Reasumując: sąd stwierdził, że zakres podmiotowy obowiązku ubezpieczenia zdrowotnego dotyczy tych osób, które – wykonując działalność określoną w poszczególnych podpunktach – spełniają warunki do objęcia ich z tego tytułu ubezpieczeniem społecznym – obowiązkowo lub dobrowolnie.

Nie budzi wątpliwości, zdaniem Sądu Apelacyjnego, iż zwolnienie osoby będącej równocześnie pracownikiem i prowadzącej działalność gospodarczą (art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 13. października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych – Dz.U. Nr 137, poz. 887 ze zm.) nie powoduje automatycznie zwolnienia takiej osoby z obowiązku ubezpieczenia zdrowotnego. Ustawa o ubezpieczeniu zdrowotnym jak stwierdził sąd, bowiem takiego przepisu nie zawierała ustawa, a ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych nie znajduje zastosowania do ubezpieczeń zdrowotnych.

Zdaniem sądu: „Osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą, zwolniona z obowiązku ubezpieczenia społecznego z tytułu tej działalności w sposób powyżej opisany, nie staje się wyłączoną z systemu ubezpieczeń społecznych w związku z prowadzoną działalnością. Zgodnie z art. 9 ust. 1 zdanie drugie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, może ona podlegać ubezpieczeniu społecznemu z tytułu tej działalności dobrowolnie. Nadal więc pozostaje objęta ubezpieczeniem społecznym w rozumieniu art. 8 pkt 1 ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym, a okoliczność, czy złożyła wniosek o objęcie ubezpieczeniem zdrowotnym, pozostaje bez znaczenia dla konieczności stwierdzenia, że zakres podmiotowy obowiązku ubezpieczenia zdrowotnego obejmuje również taką osobę.”

Niewątpliwie tego typu wykładnia ma charakter wykładni rozszerzającej w kierunku niekorzystnym dla przedsiębiorców, przyczyniając się do zwiększania obciążeń z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej.

Zajmując się finansowaniem świadczeń zdrowotnych wykonywanych przez ZOZ-y bądź prywatne praktyki lekarskie Kasy Chorych zgodnie z ustawą posiadały osobowość prawną. Jednakże ze względu na to, że przydziałem dla nich środków finansowych zajmował się ZUS (uzyskujący je ze składek ubezpieczonych

байд інших джерел) були то „уломне” особи правне. Ponadto podlegały one silnej kontroli ze strony Ministerstwa Zdrowia i innych organów administracji rządowej i samorządowej (np. wojewody i Sejmiku Województwa).

Wysokość składki na ubezpieczenie zdrowotne uzależniona jest także obecnie od wysokości dochodów ubezpieczonego. Oznacza to, że najwyższe składki płacą osoby najwięcej zarabiające. Natomiast „zasada równości” stanowi, iż wszystkim ubezpieczonym, bez względu na wysokość ich świadczeń na ubezpieczenie zdrowotne, należą się podstawowe usługi medyczne o jednakowym standardzie. O dostępności ludzi do świadczeń zdrowotnych możemy mówić po przeanalizowaniu sytuacji obu stron świadczenia: lekarzy i pacjentów. Z przeprowadzonych badań przez Helsińską Fundację Praw Człowieka opublikowanych w raporcie w 2002 r.⁵⁹ wynika, że w czasie jednego dnia pracy lekarz przyjmuje ponad 30. pacjentów, co deklarowało 60% pytanых lekarzy. Liczba przyjmowanych pacjentów przekłada się na czas poświęcany na przyjęcie jednej osoby, który wynosi najczęściej około 10 minut. Nie ma więc możliwości porozmawiania z pacjentem, czy też przekonania go do proponowanego leczenia. Ponad połowa badanych lekarzy przyjmuje więcej niż w jednym zakładzie pracy, m.in. w prywatnych gabinetach, w szpitalach, pogotowiu.⁶⁰

Lekarze są zdania, iż trudności w dostępie do usług medycznych wynikają także z niestabilności przepisów prawa i nadmiernej sprawozdawczości oraz braku rzetelnej i merytorycznej informacji o planowanych zmianach w systemie zarządzania i finansowania służby zdrowia. Podane wyniki badań świadczą, o tym, że lekarze są przepracowani i mają ograniczone możliwości kształcenia podyplomowego. Z drugiej strony pacjenci borykają się z wieloma trudnościami z dostępem do świadczeń zdrowotnych, do których możemy zaliczyć:

- trudności z dostępem do leków;
- brak wykonywania koniecznych, ale odpłatnych badań diagnostycznych;
- ograniczone możliwości korzystania z usług lecznictwa prywatnego;
- duże bezrobocie.

Należy zwrócić szczególną uwagę na art. 68 Konstytucji RP, który gwarantuje obywatelom, niezależnie od sytuacji materialnej, równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych.

Natomiast art. 1a ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym stanowi, że ubezpieczenie zdrowotne oparte jest między innymi na zasadzie solidarności społecznej i zapewnienia równego dostępu do świadczeń.

59 M. Nowicka: Prawo do ochrony zdrowia. Raport z monitoringu. Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2002 r.

60 M. Nowicka: Prawo do ochrony zdrowia. Raport z monitoringu. Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2002 r., s. 58.

Obecnie przyjęty system finansowania świadczeń zdrowotnych na podstawie wpływów NFZ ze składek na ubezpieczenie zdrowotne, pomimo rozliczeń wyrównawczych pomiędzy poszczególnymi NFZ w kraju, powoduje zróżnicowanie stawek płaconych przez NFZ na zarejestrowanego pacjenta. Różne przeliczniki stawek oraz zróżnicowane stawki kapitacyjne dla tych samych kategorii pacjentów w różnych NFZ powodują nierówny dostęp obywateli do korzystania ze środków publicznych. Dostęp do badań specjalistycznych jest zróżnicowany ze względu na miejsce zamieszkania. Placówki medyczne nie posiadają wystarczających środków finansowych na potrzebne badania, a niektóre wręcz ograniczają ich dostęp. Dużą trudnością są długie terminy oczekiwania na specjalistyczne badania. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia (Dz.U. Nr 121, poz. 1315 z późn. zm.) zabezpieczenie dostępu do lekarzy określonych specjalności na poziomie powiatu jest obowiązkiem władz samorządowych, które ze względu na ograniczone możliwości finansowe nie są w stanie zapewnić dostępu do świadczeń specjalistycznych.

Jako podsumowanie wyników badań może służyć orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 21. marca 2002r. (ETPC U 117/01 LEX nr 52949 w sprawie *Nitecki v. Poland*).⁶¹

„1. Zdanie pierwsze art. 2 Konwencji zobowiązuje Państwo nie tylko do powstrzymania się od umyślnego i bezprawnego pozbawienia życia, lecz również do podjęcia odpowiednich kroków w celu ochrony życia osób pozostających pod jego jurysdykcją. Nie można wykluczyć sytuacji, w których działania i zaniechania organów w zakresie polityki ochrony zdrowia mogą w pewnych przypadkach wiązać się z ich odpowiedzialnością wynikającą z art. 2. W sprawach, w których rozpatrywane są zarzuty dotyczące przewinień z zakresu lekarskiej odpowiedzialności zawodowej, wynikające z art. 2 pozytywne zobowiązania Państwa do ochrony życia obejmują wymóg posiadania przez szpitale odpowiednich przepisów dotyczących ochrony życia pacjentów a także obowiązek stworzenia skutecznego systemu sądowego umożliwiającego ustalenie przyczyny zgonu, do którego doszło w szpitalu oraz ewentualną odpowiedzialność personelu medycznego zaangażowanego w sprawę.

Ponadto, w ramach pozytywnego obowiązku zapewnienia opieki zdrowotnej przez Państwo, może pojawić się problem na tle art. 2, gdy zostanie wykazane, że organy Państwa będącego stroną Konwencji naraziły na ryzyko życie jednostki na skutek odmówienia jej opieki lekarskiej, którą były zobowiązane świadczyć ogółowi ludności.

2. Art. 14 zakazuje wyłącznie odmiennego traktowania, które nie znajduje obiektywnego lub rozsądnego uzasadnienia. Uzasadnioną jest sytuacja, w której w ramach istniejącego systemu ochrony zdrowia dokonuje się trudnych wyborów, co

61 Przegląd orzecz. M.A. Nowicki: *Palestra* 2002/11–12/129.

do zakresu publicznego subsydiowania leków, których celem jest zapewnienie sprawiedliwego rozdziału szczupłych zasobów finansowych.”

Obowiązująca obecnie ustawa z 23. stycznia 2003 r. o powszechnym ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia (Dz. U. Nr 45 poz. 391 z późn. zm.) nie zmieniła zasadniczo sytuacji ubezpieczonych, poza zastąpieniem regionalnych Kas Chorych scentralizowanym Funduszem. Art. 4 ustawy określa, iż ubezpieczenie zdrowotne jest oparte w szczególności na zasadach równego traktowania obywateli oraz solidarności społecznej, a także zapewnienia ubezpieczonemu swobodnego dostępu do świadczeń zdrowotnych i wolnego wyboru świadczeniodawców, na warunkach określonych w ustawie.

Warto dodać, że powołana ustawa o NFZ – nie likwidująca bolączek i wad poprzedniego systemu – spotkała się już na etapie jej przygotowania i uchwalania ze stanowczym protestem przede wszystkim środowisk lekarskich. Będąca wyrazem tego protestu Obywatelska Inicjatywa Ustawodawcza w dniu 16. maja 2002 r. przedłożyła projekt ustawy zmieniający ustawę o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym oraz niektóre inne ustawy⁶²; przedstawiono szereg rozwiązań zmierzających do poprawy systemu ubezpieczeń zdrowotnych w kraju. Do najważniejszych projektowanych zmian należy zaliczyć:

1) ubezpieczony mógłby realizować obowiązek ubezpieczenia zdrowotnego w innej niż kasa chorych instytucji ubezpieczenia zdrowotnego działającej na całym terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, bez zróżnicowania składki w zależności od regionu;

2) kasa chorych będzie mogła jeden raz w roku dokonać zmiany składki, a jej zakres będzie ustawowo ograniczony do 10% dotychczasowej wysokości składki. Będzie można to zrobić jedynie w sytuacji, gdy ilość pieniędzy pozostających do dyspozycji kas okaże się niewystarczająca w stosunku tego zakresu świadczeń zdrowotnych, jaki musi być sfinansowany przez kasy;

3) uprawnienie kas do wprowadzenia zryczałtowanych dopłat przez pacjentów do niektórych świadczeń zdrowotnych. Maksymalna wysokość dopłat określona będzie ustawowo i nie przekroczy 1% najniższej płacy – za poradę ambulatoryjną oraz za badania dodatkowe i 10% (łącznie) za świadczenia zdrowotne wykonywane w szpitalu;

4) likwidacja konkursu ofert, jako sposobu pozyskiwania „kontrahentów” przez kasy chorych. Zamiast konkursu ofert proponuje się wprowadzenie zasady, że każdy świadczeniodawca, który spełnia warunki do udzielania danego rodzaju świadczeń, ma prawo podpisać umowę z kasą chorych, a kasa nie może odmówić

62 Obywatelska Inicjatywa Ustawodawcza. Projekt ustawy zmieniający ustawę o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym oraz niektóre inne ustawy, 16. maja 2003 r., Gazeta Lekarska nr 6 (137) czerwiec 2002 r., s. 35–38.

mu podpisania tej umowy. Zostanie również zniesiony ustawowy zakaz limitowania świadczeń wykonywanych przez danego świadczeniodawcę;

5) ujednoczenie zasad kontraktowania takich samych świadczeń przez wszystkie kasy chorych, aby można było obiektywnie porównać różne zakłady opieki zdrowotnej oraz aby pacjenci mogli swobodnie wybierać świadczeniodawców w całym kraju;

6) negocjacyjny sposób ustalania wysokości cen za świadczenia zdrowotne. Cena za świadczenie obejmowałaby koszty amortyzacji sprzętu i budynków wyliczone według powszechnie obowiązujących przepisów oraz przeciętne koszty wynagrodzenia dla bezpośrednich wykonawców świadczeń (tzw. koszty osobowe).⁶³

Podsumowując te rozważania należy stwierdzić, że przedsiębiorca zarabiający powyżej średniej krajowej i płacąc wyższe składki dopłaca do świadczeń medycznych na rzecz osób uboższych (zasada solidarności), otrzymując w zamian usługi o takim samym standardzie jak te osoby (zasada równości). Nie należy zapomnieć, że ubezpieczony może oczekiwać od służby zdrowia bezpłatnych usług jedynie o charakterze podstawowym (ratujących zdrowie i życie), o minimalnym standardzie; np. w stomatologii są to najtańsze wypełnienia zębów bądź 1 proteza na 5 lat. Usługi przekraczające ten minimalny standard są płatne przez ubezpieczonego w pełnym zakresie. Jednakże, jak wskazują doświadczenia praktyki funkcjonowania Kas Chorych, nie mogły, bądź nie chciały one finansować całości usług medycznych, nawet w tak podstawowym zakresie.

Jak wynika z rozważań w niniejszym rozdziale swoboda przedsiębiorcy jako pracodawcy w prowadzeniu polityki zatrudnienia jest znacznie ograniczona. Prawo pracy w zasadzie narzuca mu formę zatrudnienia pracownika statuując „domniemanie pracy” czyniąc formą podstawową umowę o pracę na czas nie określony. Jeśli chodzi o umowę zlecenie, to ze względu na ograniczenie czasowe w zasadzie w sferze ubezpieczeń społecznych upodobniło się do umowy o pracę. Dlatego też obecne ustawodawstwo czyni z wielu względów nieopłacalne stosowanie przez przedsiębiorcę umowy zlecenia. Jeśli pracodawca sięga do tej umowy, powinien ją konstruować w ten sposób, aby nie zawierała ona elementów charakterystycznych dla stosunku pracy (podporządkowanie i podległość zleceniodawcy, wykonywanie zadań w określonym miejscu i czasie).

Jeśli chodzi o umowy o pracę, to powinny być one zbudowane w ten sposób, aby nie każda faktyczna zmiana warunków pracy i płacy powodowała konieczność ich wypowiedzenia, co łączyłoby się z szeregiem ograniczeń wykazanych wcześniej. Dlatego też postanowienia umowne powinny spełniać wymogi minimalne

63 Tamże, s. 38.

określone w kodeksie pracy, ale poza tym charakteryzować się dość dużym stopniem ogólności.

W szczególności należy wskazać na fakt, iż pojęcie „miejsca pracy” nie jest tożsame z pojęciem siedziby pracodawcy.

Dlatego też siedzibę pracodawcy należy oznaczyć w sposób możliwie szeroki, jak np. obszar miasta bądź województwa. Wówczas unika się sytuacji, gdy przeniesienie pracownika z jednego zakładu przedsiębiorstwa mieszczącego się na określonej ulicy (mieście) na inną ulicę (do innego miasta) będzie powodowało konieczność wypowiedzenia mu warunków pracy. Podobne rozważanie można odnieść do określenia stanowiska pracy, obowiązków i wynagrodzenia pracownika (jego składników).

Jeśli chodzi o konflikt między zasadą swobody działalności gospodarczej a ochroną pracowników – związkowców, to należałoby ustanowić ustawowy wymóg reprezentatywności związków zawodowych w stosunku do całej załogi przedsiębiorstwa. Pozwalałoby to uniknąć sytuacji, kiedy nieliczni członkowie związków zawodowych reprezentują jedynie swoje własne interesy działając mimo (a nawet wbrew woli) przeważającej większości załogi. Koniecznym byłoby również zobowiązanie działaczy związkowych do wyłączenia się przy wyrażaniu opinii bądź zgody w ich własnych sprawach na zasadzie *nemo iudex proper in sua causa*.

Jeśli chodzi o system ubezpieczeń społecznych, to jego niewydolność, niedrożność oraz wysoki fiskalizm wynikają ze schedy licznej armii emerytów i rencistów narosłej w ciągu kilkudziesięciu lat, jaką otrzymał ZUS. Dlatego też gruntowna reforma tego systemu przez zastąpienie go ubezpieczeniami komercyjnymi prywatnymi nie będzie długo możliwa. Jednakże należałoby znowelizować ustawodawstwo podatkowe w ten sposób, aby składki płacone na ubezpieczenie prywatne można było odpisać od dochodu przedsiębiorcy.

Podobnie w przypadku ubezpieczeń zdrowotnych jeszcze długo będzie pokutowała zasada „równości i solidarności społecznej” sprowadzająca się do tego, iż osoby zamożne będą musiały subsydiować koszty leczenia osób uboższych, otrzymując w zamian usługi o tak samo niskim standardzie. Tego typu sytuacja nie wyklucza możliwości wprowadzenia do u.p.d.o.f. nieograniczonej żadnym (bądź ograniczonej realnym) limitem ulgi na koszty leczenia.

4. Lekarze jako przedsiębiorcy

Poprzednie rozważania dotyczące ograniczeń swobody działalności przedsiębiorcy, wynikające z prawa pracy i ubezpieczeń społecznych nie poruszały ważnego zagadnienia – roli lekarzy jako świadczeniodawców. Wprawdzie zgodnie z art. 50c ustawy z dnia 05. grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza (tj, Dz.U. z 2002 r., Nr 21, poz. 204 z późn. zm.) lekarze prowadzący indywidualną bądź grupową praktykę lekarską nie są przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy z dnia 19. listopada 1999 r., to jednak niewątpliwie można uznać ich za przedsiębiorców w rozumieniu szerokim (*in sensu largo*).

Specyfika tej kategorii podmiotów prowadzących działalność gospodarczą wynika chociażby z następujących względów:

1. W dużej części stali się oni przedsiębiorcami „z przymusu” jako ludzie pozbawieni wskutek reform służby zdrowia stanowisk pracy w publicznych zakładach opieki zdrowotnej. W stosunku do nich szczególną aktualność znajdują uwagi C. Kosikowskiego⁶⁴: „Praktyka pokazuje, że w roli przedsiębiorców występują osoby, które utraciły pracę, lub nie mogły jej znaleźć. Są one zachęcane do podejmowania własnej działalności gospodarczej, a nawet wspomagane finansowo do jej uruchomienia. Stają się przez to przedsiębiorcami „mimo woli”, nie mając na ogół żadnego lub chociażby minimalnego przygotowania do pełnienia tej roli. Czynią to na ogół z kilku powodów. Po pierwsze uważają, że sami wiedzą, czego chcą, i wobec tego najlepiej poprowadzą samodzielnie własne przedsiębiorstwo. Po drugie nie chcą dopuszczać do pełnienia tej roli nawet tych, którzy kapitałowo przyczynili się do powstania przedsiębiorstwa. Po trzecie uważają, iż w ten sposób mogą zmniejszyć koszty przedsiębiorstwa i zwiększyć swój zysk. Po czwarte uznają, iż w razie potrzeby zawsze mogą sięgnąć po usługi fachowców (np. księgowego, prawnika, doradcy podatkowego). Zwykle okazuje się, że jest już wtedy za późno”.

W związku z powyższym działalność gospodarcza lekarzy obciążona jest większym ryzykiem o charakterze finansowo-organizacyjnym wynikającym chociażby z nieznaności ustawodawstwa (przede wszystkim podatkowego) regulującego działalność gospodarczą. W szczególności wypada stwierdzić, że w obecnym stanie prawnym lekarze prowadzący indywidualne praktyki – posiadający kontrakty z Narodowym Funduszem Zdrowia – zobowiązani są do prowadzenia księgowości w formie księgi przychodów i rozchodów.

2. Odmienność sytuacji prawnej i organizacyjnej tej kategorii przedsiębiorców wynika ze wzmożonej kontroli państwa i samorządu lekarskiego zarówno w formie kontroli wstępnej prowadzonej przed rozpoczęciem działalności gospodarczej jak

64 C. Kosikowski: Przedsiębiorca w prawie polskim na tle prawa europejskiego, Warszawa 2003, s. 139.

i kontroli jej wykonywania⁶⁵. Wynika to przede wszystkim ze szczególnego przedmiotu działalności, jakim jest ochrona życia i zdrowia ludzkiego.

Jeśli chodzi o kontrolę podjęcia praktyki lekarskiej indywidualnej bądź praktyki grupowej (w formie spółki cywilnej lub partnerskiej) to podlega ona reglamentacji w postaci udzielenia zezwolenia przez okręgową radę lekarską po spełnieniu wymogów określonych odpowiednio w art. 50 i 50a powołanej ustawy o zawodzie lekarza i wydanych na ich podstawie przepisów wykonawczych.⁶⁶ Taka praktyka lekarska (indywidualna bądź grupowa) podlega wpisowi do rejestru prowadzonego przez okręgową izbę lekarską (art. 50b ustawy o zawodzie lekarza). Rada posiada uprawnienia nadzorcze nad praktykami (art. 54 ustawy) i w przypadkach przewidzianych przez art. 52 ustawy może cofnąć zezwolenie oraz wykreślić praktykę z rejestru. Wypada wskazać także na zamieszczenie, jakie powstało po wejściu w życie ustawy o zawodzie lekarza, któremu nie towarzyszyło wydanie na czas stosownych aktów wykonawczych, w związku z czym wynikła wątpliwość, czy praktyki lekarskie podlegają wpisowi do ewidencji działalności gospodarczej. Wątpliwości te rozstrzygnął wyrok NSA w Warszawie z 20. marca 1998 r. (II SA 170/98 LEX nr 43160) stwierdzający, iż: „Ustawa z dnia 5. grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza wprowadza wprawdzie obowiązek uzyskania zezwolenia właściwej okręgowej rady lekarskiej na wykonywanie indywidualnej praktyki lekarskiej, ale jednoznacznie zobowiązała Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej do wydania rozporządzenia określającego szczegółowe zasady i tryb postępowania w sprawach wydawania takich zezwoleń (vide art. 50 ust. 1 pkt 3 i ust. 9 cyt. ustawy).

Ustawodawca zdawał sobie jednak sprawę z tego, że do dnia wejścia w życie ustawy mogą nie zostać wydane rozporządzenia wykonawcze, w tym rozporządzenie, o jakim mowa w art. 50 ust. 9 ustawy i w związku z tym w przepisach przejściowych ustawy zdecydował, iż do czasu wejścia w życie przepisów wykonawczych przewidzianych w ustawie zachowują moc przepisy dotychczas obowiązujące, nie dłużej jednak niż przez okres 1 roku od dnia wejścia w życie ustawy, o ile nie są sprzeczne z ustawą (vide art. 67).

Zdaniem NSA: „Uregulowanie takie oznacza, że do czasu opracowania i wejścia w życie rozporządzenia określającego zasady i tryb wydawania omawianych zezwoleń, ale nie dłużej niż do 26. września 1998 r., nie jest wymagane uzyskanie zezwolenia okręgowej izby lekarskiej na wykonywanie indywidualnej praktyki lekarskiej, o jakim mowa w art. 50 ust. 1 pkt 3 cyt. ustawy. W takiej sytuacji, do

65 Na temat obu tych form kontroli por. C. Kosikowski: op. cit., s. 218–240.

66 Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 23.03.2000 r. (Dz.U. 2000, nr 30 poz. 378) określające szczegółowe zasady i tryb postępowania w sprawach wydawania zezwoleń i wpisu do rejestru indywidualnych praktyk lekarskich, indywidualnych specjalistycznych praktyk lekarskich i grupowych praktyk lekarskich oraz ustalenie danych objętych wpisem i sposobu prowadzenia rejestrów oraz rozporządzenie Ministra Zdrowia z 09.03.2000 r. (Dz.U. 2000, nr 20 poz. 254) określające wymagania, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia, urządzenia i sprzęt medyczny, służące wykonywaniu indywidualnej praktyki lekarskiej, indywidualnej specjalistycznej praktyki lekarskiej i grupowej praktyki lekarskiej.

czasu, o jakim wyżej mowa, przepis art. 10 pkt 4 ustawy z dnia 23. grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej nie może odnosić się do działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu usług medycznych”.

Ostatecznie wątpliwości legislacyjne co do stosunku ustawy o zawodzie lekarza do ustawy o działalności gospodarczej z 1999 r. rozstrzygnął dopiero cytowany art. 50 c ustawy o zawodzie lekarza wprowadzony na mocy nowelizacji tej ustawy dokonanej ustawą z 21. czerwca 2001 r. (Dz.U. Nr 89, poz. 969).

Jak już wspomniano wcześniej lekarze świadczący usługi w ramach prywatnych praktyk nie prowadzą działalności gospodarczej w rozumieniu ustawy 19. listopada 1999 r. prawo działalności gospodarczej. Wykonują oni wolny zawód, którego cechą jest m.in. osobiste wykonywanie czynności zawodowych. Między lekarzem wykonującym wolny zawód w praktyce lekarskiej a pacjentem jako świadczeniobiorcą powstaje szczególnie stosunek, którego podstawą jest zaufanie – jako element niezbędny przy ochronie zdrowia i życia. Osobiste wykonywanie wolnego zawodu przez lekarza oznacza wykonywanie działalności zgodnej z jego kwalifikacjami w ramach zakresu świadczonych usług – bez zatrudniania na podstawie umowy o pracę oraz umów zlecenia czy o dzieło osób o takim samym statusie zawodowym⁶⁷.

Jedynym wyjątkiem od zakazu zatrudniania innych lekarzy jest zgodnie z art. 53 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza możliwość zatrudnienia przez lekarza wykonującego indywidualną praktykę lekarską bądź indywidualną specjalistyczną praktykę lekarską lekarza w okresie niezbędnym do uzyskania przez niego uprawnień do wykonywania indywidualnej praktyki lekarskiej. Jednakże lekarz prowadzący indywidualną praktykę w formie, o której mowa w art. 50 ust. 3 i 5a ustawy o zawodzie lekarza, czyli wykonujący zawód poza z.o.z. na podstawie umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej, lub wykonujący praktykę wyłącznie w miejscu wezwania – nie może w ogóle zatrudniać innego lekarza, nawet w okresie niezbędnym do prowadzenia własnej praktyki (okres nie dłuższy niż dwa lata od ukończenia stażu podyplomowego). Jednakże z dniem 01. lutego 2002 r., w wyniku nowelizacji ustawy o zawodzie lekarza (Dz.U. Nr 126 poz. 1383), został wykreślony przepis art. 50 ust. 1 pkt. 2 tejże ustawy ustanawiający wymóg dwuletniego okresu wykonywania zawodu od ukończenia stażu podyplomowego, jako jeden z warunków wykonywania praktyki lekarskiej. W takiej sytuacji przepis art. 50 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza pozwalający wyjątkowo na zatrudnienie lekarza tylko w okresie niezbędnym do uzyskania przez niego uprawnień – po dacie wejścia Polski do Unii Europejskiej nie będzie miał praktycznego zastosowania.

Drugim aktem prawnym mającym istotne znaczenie dla organizacji ochrony zdrowia jest ustawa z dnia 31. sierpnia 1991 r. o zakładach ochrony zdrowotnej

67 A. Lemieszek: O zatrudnieniu w prywatnej praktyce lekarskiej, *Gazeta Lekarska* nr 6/2003, s. 24.

(Dz.U. Nr 91 poz. 408 z późn. zm. – dalej określana ustawą o z.o.z.) definiująca zakład opieki zdrowotnej (z.o.z.) jako wyodrębniony organizacyjnie zespół osób i środków majątkowych utworzony w celu udzielania świadczeń zdrowotnych i promocji zdrowia (art. 1 ust. 1 ustawy). Z kolei art. 4 ustawy określa, że świadczenia zdrowotne (określone w art. 3 ustawy) mogą być udzielane przez zakłady opieki zdrowotnej oraz przez osoby fizyczne wykonujące zawód medyczny, lub przez grupową praktykę lekarską, grupową praktykę pielęgniarek, położnych – na zasadach określonych w odrębnych przepisach. Art. 5 ustawy określa, że z.o.z. udziela świadczeń ogółowi ludności, ludności określonego obszaru lub określonej grupie. Świadczenia te mogą być udzielane bezpłatnie, za częściową odpłatnością, lub odpłatnie na zasadach określonych w ustawie, w przepisach odrębnych lub umowie cywilnoprawnej. Publiczny z.o.z. może być utworzony przez ministra lub centralny organ administracji, wojewodę, jednostkę samorządu terytorialnego lub państwową uczelnię medyczną (art. 8 ust. 1a ustawy). Niepubliczny z.o.z. może być z kolei utworzony przez instytucje lub osoby, o których mowa w ust. 1 pkt. 4–8 ustawy (art. 1 ust. 3 ustawy). W szczególności może być to pracodawca, inna krajowa lub zagraniczna osoba prawna (z wyjątkiem innego z.o.z.), bądź spółka nie mająca osobowości prawnej.

Jeśli chodzi o samodzielne publiczne z.o.z. (sp. z.o.z.) to ich powstawanie jest – tak jak i innych osób prawnych – złożonym procesem, który kończy się konstytutywnym wpisem do rejestru sądowego. Proces ten rozpoczyna utworzenie publicznego z.o.z. przez organy wymienione w art. 8 ust. 1 pkt 1–3 ustawy z 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej, które nadają mu statut określający ustrój oraz inne sprawy dotyczące jego funkcjonowania, nie uregulowane w ustawie (art. 11). Kolejnym etapem jest dokonanie wpisu zakładu do rejestru z.o.z., o którym mówi art. 12 ustawy, prowadzonego przez organy wymienione w tym przepisie.

Ostatnim elementem w procesie tworzenia sp. z.o.z. – jako osoby prawnej – jest wpis do rejestru publicznych zakładów opieki zdrowotnej, prowadzonego przez sąd rejestrowy – sąd rejonowy właściwy ze względu na siedzibę sp. z.o.z. (art. 35b ust. 5 zdanie 1 ustawy)⁶⁸.

Jak wynika z uchwały SN z 22. września 1995 r. (IIICZP 115/95)⁶⁹ świadczenia zdrowotne wymienione w art. 3 i 4 ustawy z dnia 30. sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. Nr 91, poz. 408) mogą być udzielane także przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością.

Orzecznictwo sądowe wskazuje na ścisłą więź między sp. z.o.z. a organem założycielskim, a także sukcesję w sferze finansowej i prawa pracy w przypadku sp. z.o.z. utworzonych wskutek przekształceń finansowo–organizacyjnych publicz-

68 Por. szerzej J.P. Naworski: Wpis do rejestru sądowego jako przesłanka nabycia osobowości prawnej, Glosa 2000/5/8.

69 OSNC 1996/1/6.

nych zakładów opieki zdrowotnej. Zgodnie z uchwałą SN z 05. grudnia 2002 r. (III CZP 75/02)⁷⁰ zobowiązania z tytułu odpowiedzialności deliktowej powstałe w związku z działalnością szpitala klinicznego – jednostki budżetowej pozostają zobowiązaniami Skarbu Państwa po przekształceniu tego szpitala w samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej w rozumieniu art. 35b ustawy z dnia 30. sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej. Z kolei, jak wynika z wyroku NSA we Wrocławiu z 20. lipca 2001 r. (S.A./Wr 160/00):⁷¹ „Organ założycielski samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej ma prawo do ustalenia zasad, na podstawie których samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej będzie gospodarował własnym majątkiem trwałym w zakresie jego zbywania, wydzierżawiania i wynajmowania. Uchwała zarządu województwa dotycząca wyrażenia zgody na sprzedaż wymienionego w niej szczegółowo mienia zakładu opieki zdrowotnej jest uchwałą o charakterze indywidualnym, której nie można przypisać waloru uchwały w sprawie zasad zbywania, wydzierżawiania i wynajmowania majątku trwałego samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej.”

Orzecznictwo wskazuje na ograniczone możliwości likwidacji nierentownych sp. z o.o.z., wynikające z ich szczególnej roli w systemie ochrony zdrowia. Jak stwierdził NSA w Lublinie w wyroku z 13. marca 2002 r. (I S.A./Lu 23/02)⁷² „jeżeli ujemny wynik finansowy nie może być pokryty we własnym zakresie przez samodzielny publiczny ZOZ, organ, który go utworzył, wydaje rozporządzenie lub podejmuje uchwałę o zmianie formy jego gospodarki finansowej lub o jego likwidacji – art. 60 ust. 3 ustawy z 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej.”

W świetle powyższych uregulowań, niewątpliwie jest, iż samo istnienie ujemnego wyniku finansowego nie może *a priori* przesądzać o likwidacji samodzielnego publicznego ZOZ, a decyzja w tej sprawie może być podjęta po analizie wskazanych w nich przesłanek faktycznych. A zatem, likwidacja samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej jest ustawowo ograniczona.”

Jednakże jak wynika z postanowienia SN z 26. kwietnia 2002 r. (IV CKN/1667/00)⁷³ samodzielny publiczny z.o.o.z. ma zdolność układową.

Na następstwo prawne w sferze stosunków pracy po publicznych zakładach opieki zdrowotnej wskazuje wyrok SN z 10. lutego 2000 r. (II UKN 390/99)⁷⁴ przyjmujący, iż samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej, który powstał w wyniku przekształcenia zakładu publicznego prowadzonego w formie jednostki budżetowej, ponosi odpowiedzialność za zobowiązania wynikające ze stosunku pracy powstałe przed dokonaniem przekształcenia.

70 Wokanda 2003/6/3.

71 ONSA 2002/4/113.

72 OSS 2002/4/113.

73 ONSA 2003/1/65.

74 OSNP 2001/15/495.

Tezę tę potwierdza także uchwała SN z 07. lipca 2000 r. (III ZP 16/00).⁷⁵

Z kolei z uchwały SN z 04. kwietnia 2000 r. (III ZP 7/00)⁷⁶ wynika, że pracownicy samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej utworzonego przez wojewodę i działającego na podstawie ustawy z dnia 30. sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. Nr 91, poz. 408 ze zm.) nie są pracownikami jednostki budżetowej w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 12. grudnia 1997 r. o dodatkowym wynagrodzeniu rocznym dla pracowników jednostek sfery budżetowej (Dz.U. Nr 160, poz. 1080).

Jeśli chodzi o ograniczoną samodzielność z.o.z. to należy wskazać na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18. grudnia 2002 r. (K 43/01)⁷⁷ stwierdzającego zgodność z Konstytucją art. 4a ustawy z dnia 16. grudnia 1994 r. o negocjacyjnym systemie kształtowania przyrostu przeciętnych wynagrodzeń u przedsiębiorców oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. Nr 1, poz. 2 z późn. zm.) rozumiany jako tworzący współodpowiedzialność systemu finansów publicznych za jego wykonanie oraz art. 3 ustawy z dnia 22. grudnia 2000 r. o zmianie ustawy o negocjacyjnym systemie kształtowania przyrostu przeciętnych wynagrodzeń u przedsiębiorców oraz o zmianie niektórych ustaw i ustawy o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. z 2001 r. Nr 5, poz. 45). Konfederacja Związków Pracodawców ZOZ jako wnioskodawca podniósł zarzut, iż z formalno-prawnego punktu widzenia przepis ten nie spełnia wymogów jasności i komunikatywności. W szczególności, nie wskazuje adresata ustawowego obowiązku, nie zawiera odpowiednich przepisów przejściowych, nie określa też źródła sfinansowania przewidzianej w nim podwyżki wynagrodzenia, ani mechanizmów przekazywania środków na ten cel. W ocenie wnioskodawcy kwestionowany przepis art. 4a ustawy negocjacyjnej z 16. grudnia 1994 r. został sformułowany tak nieprecyzyjnie, iż nie sposób z jego treści wyinterpretować znaczenie, jakie chciał ustanowionej normie prawnej nadać ustawodawca. Wykładnia gramatyczna zaskarżonego przepisu prowadzi do absurdalnego wniosku, iż począwszy od 01. stycznia 2001 r., pracownikom samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej przysługuje stały comiesięczny wzrost wynagrodzenia, nie niższy niż 203 zł. Tak określony wzrost wynagrodzenia nie pozostawałby w żadnej relacji do wartości świadczonej pracy, wymaganych kwalifikacji, a także ilości i jakości świadczonej pracy. Z kolei beneficjenci wprowadzonej podwyżki nie mieliby *de facto* żadnej możliwości wyegzekwowania przyznanego przyrostu wynagrodzenia. Zdaniem wnioskodawcy taki sposób regulacji wynagrodzeń pracowników samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej stanowi oczywiste naruszenie art. 2 Konstytucji, tj. zasady państwa prawnego oraz wywodzonych z niej zasad: zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez

75 OSNP 2000/23/847.

76 OSNP 200/18/679.

77 OTK-A 2002/7/96.

nie prawa oraz zasady przyzwoitej legislacji. Stanowienie prawa prowadzącego do absurdalnych wniosków i skrajnie odmiennych, wielorakich interpretacji stanowi, w ocenie wnioskodawcy, naruszenie reguł prawidłowej legislacji.

Ponadto Federacja Związku Pracodawców ZOZ zarzuciła, iż kwestionowany art. 4a ustawy pozostaje w sprzeczności z określoną w art. 32 Konstytucji zasadą równości wobec prawa. Wnioskodawca stwierdził, iż niejasne sformułowanie tego przepisu, szczególnie brak określenia źródeł finansowania przewidzianego w nim przyrostu wynagrodzenia spowoduje, iż nie wszyscy pracownicy samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej otrzymają podwyżki. W zależności od kondycji finansowej samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej podwyżkę mogą przy tym uzyskać również pracownicy otrzymujący wynagrodzenie relatywnie duże, skoro ustawa mówi o kwocie 203 zł dla każdego pracownika samodzielnego publicznego zoz-u, nie różnicując ich sytuacji materialnej. Zdaniem wnioskodawcy konsekwencją stosowania tego przepisu jest naruszenie zasady równości. Stwierdzając zgodność kwestionowanych przepisów z Konstytucją Trybunał wskazał, – iż jak wynika z przedstawionych Trybunałowi Konstytucyjnemu wyjaśnień Rady Ministrów oraz Ministra Finansów – do systemu finansującego publiczną opiekę zdrowotną w 2001 r. i 2002 r. wpłynęły dodatkowe środki o wielkości przekraczającej koszty zwiększonych wynagrodzeń. Złożyły się na nie kwoty uzyskane z podniesionej o 0,25% składki na ubezpieczenie zdrowotne, wyższe niż planowano przychody kas chorych wynikające z poprawy windykacji składek, zwolnienie kas chorych z konieczności zwrotu w 2001 r. i w 2002 r. pożyczki udzielonej im z budżetu, zawieszenie wpłaty rat kapitałowych i odsetkowych w 2001 r. i 2002 r. oraz przesunięcie spłaty pożyczki do 31. grudnia 2004 r.

Zwiększone środki finansowe pozostające w dyspozycji kas chorych powinny być, zdaniem Trybunału, wykorzystane w pierwszym rzędzie na cele związane z pokryciem wzrastających kosztów świadczeń zdrowotnych, wynikających z wprowadzonego mechanizmu podwyższenia wynagrodzeń. Na kasach chorych, jako instytucji finansów publicznych, ciążył więc obowiązek takiego ukształtowania kontraktów zawieranych z publicznymi zakładami opieki zdrowotnej, które umożliwiłyby realizację świadczeń zdrowotnych i nie podważały ekonomicznych podstaw funkcjonowania tych instytucji.

Zdaniem Trybunału, kasy chorych są podmiotami systemu finansów publicznych, na których ciąży obowiązek racjonalnego kształtowania odpłatności za usługi służby zdrowia. W zakresie swych funkcji są zobowiązane wykonywać ustawy. Ignorowanie przez Kasy Chorych, przy zawieraniu kontraktów, wynikającego z ustawy obowiązku podniesienia przez pracodawców wynagrodzeń o 203 zł, było równoznaczne z naruszeniem zasad, na których powinno opierać się stosowanie ustaw przez podmioty publicznoprawne.

Jak stwierdził Trybunał z przedstawionych wyjaśnień wynika, że nie zostało – ani w postaci norm ustawowych, ani poprzez system działania Urzędu Nadzoru Ubezpieczeń Zdrowotnych – stworzone instrumentarium zapewniające stosowny przepływ środków do podmiotów, na które nałożony został obowiązek wykonywania ustawy.

Trybunał Konstytucyjny podzielił pogląd wyrażony w stanowisku Sejmu, zgodnie z którym samodzielność publicznych zakładów opieki zdrowotnej ma charakter ograniczony i nie może być utożsamiana ze statusem podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Należy więc zważyć konsekwencje takiego stanowiska, nie tylko w odniesieniu do obowiązków, które zostają na te instytucje nałożone wobec ich pracowników, ale również z punktu widzenia ich zdolności wypełniania ustawowych funkcji, stanowiących element realizacji konstytucyjnego obowiązku władzy publicznej – zapewniania dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej.

Trybunał Konstytucyjny nie stwierdził niezgodności z Konstytucją rozwiązania systemowego, polegającego na włączaniu samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej do negocyjacyjnego systemu podnoszenia wynagrodzeń, ani ustanowienia incydentalnych przepisów wkraczających w sferę systemowej samodzielności tych instytucji, ze względu na realizację w tym trybie istotnych wartości konstytucyjnych. Zdaniem Trybunału nie można jednak podzielić poglądu, że nienaruszalne są zarazem systemowe rozwiązania, które określają zasady finansowania działalności samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej w zakresie sfinansowania dodatkowych obciążeń tych zakładów, spowodowanych ustawową podwyżką wynagrodzeń.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że w systemie wartości składających się na pojęcie demokratycznego państwa prawnego, zasada ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa zajmuje nadrzędne miejsce. Demokratyczne państwo prawne, przyznając obywatelom uprawnienia, nie może prowadzić z nimi „gry”, polegającej na tworzeniu uprawnień pozornych czy niemożliwych do realizacji ze względów prawnych czy faktycznych, albo ze względu na niejasne określenie warunków korzystania z uprawnień.

W zasadzie ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa zawarte jest, zdaniem Trybunału, swoiste domniemanie, zgodnie z którym, jeżeli ustawodawca tworzy prawo stanowiące podstawę roszczeń finansowych, a nie określa w sposób jednoznaczny podmiotu zobowiązanego, to czyni zobowiązanym system finansów publicznych.

Trybunał Konstytucyjny stanął na stanowisku, że ustawa, na mocy której powstały indywidualne roszczenia pracowników wobec samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej jako pracodawców, obciąża odpowiedzialnością ten segment finansów publicznych, za którego pośrednictwem realizowane są obo-

wiązki władzy publicznej określone w art. 68 ust. 2 Konstytucji. Nie oznacza to, iż samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej przysługuje pełna rekompensata wydatków na podwyższenie wynagrodzeń. Jednak powinien istnieć mechanizm takiej redystrybucji zwiększonych środków na opiekę zdrowotną, który pozwoli na zapobieżenie pogorszeniu warunków funkcjonowania placówki z powodu wypełniania przez nią ustawowego obowiązku podniesienia wynagrodzeń pracowniczych.

Jednakże Trybunał Konstytucyjny uznał się za niewłaściwy dla określenia organizacyjno–prawnego kształtu tych rozstrzygnięć i wielkości środków finansowych niezbędnych dla zaspokojenia potrzeb w tym zakresie.

Zgodnie z art. 8a ustawy do z.o.z. nie stosuje się przepisów dawnej ustawy o działalności gospodarczej z 1988 r. Jednakże zgodnie z uchwałą 5 sędziów NSA w Warszawie z 24. września 2001 r. (OPK 13/01):⁷⁸ Wspólnik spółki cywilnej, której wszyscy wspólnicy są lekarzami udzielającymi świadczeń zdrowotnych jako niepubliczny zakład opieki zdrowotnej, jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19. listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.). Jak stwierdził NSA w uzasadnieniu uchwały, skoro zatem z samej ustawy – Prawo działalności gospodarczej wynikają wyłączenia jej stosowania do poszczególnych rodzajów działalności, a ustawa ta nie wyłącza stosowania jej przepisów do usług świadczonych przez zakłady opieki zdrowotnej, przyjmując należy, iż od dnia wejścia w życie tej ustawy do zakładów opieki zdrowotnej stosuje się przepisy prawa działalności gospodarczej z 1999 r. Wyłączenie tych przepisów wymagałoby wyraźnej normy ustawowej, takiej jak przepis art. 8a ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, wyłączający stosowanie ustawy o działalności gospodarczej z 1988 r. Do rekonstrukcji takiej normy natomiast nie jest wystarczające pozostawienie przepisu dotyczącego wyłączenia stosowania ustawy, która już utraciła moc obowiązującą.

Podobny pogląd jest wyrażany w piśmiennictwie⁷⁹: „Dopóki ustawy szczegółowe nie stanowią wprost, że działalność gospodarcza objęta ich regulacjami jest wyłączona spod działania przepisów ustawy prawo działalności gospodarczej, np. art. 3, 76 i 87, to zasady ujęte w ustawie mają zastosowanie do danego rodzaju działalności, nawet jeśli jest on unormowany przez przepisy innej ustawy szczegółowej”.

Kolejnym argumentem świadczącym, zdaniem NSA, o tym, że lekarz – wspólnik spółki cywilnej będącej niepublicznym zakładem opieki zdrowotnej jest przedsiębiorcą w rozumieniu prawa działalności gospodarczej z 1999 r., jest systematyka ustawy z dnia 20. sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. Nr 17,

78 ONSA 2002/1/12; glosa krytyczna: Jacyszyn J. Rejent 2002/4/142, glosa krytyczna: Jacyszyn J., Pr. Spółek 2002/11/51.

79 C. Kosikowski: Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim, PiP 2001, nr 4, s. 15.

poz. 209). Zgodnie z art. 1 ust. 2 tej ustawy Krajowy Rejestr Sądowy składa się z: 1) rejestru przedsiębiorców, 2) rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej, 3) rejestru dłużników niewypłacalnych.

Przy tego rodzaju usystematyzowaniu rejestru, niepubliczny zakład opieki zdrowotnej może być zarejestrowany jedynie w rejestrze przedsiębiorców. Ustawodawca w tej ustawie przyjął kryterium podmiotowe dokonywania wpisów w Krajowym Rejestrze Sądowym. Zgodnie z art. 3 tej ustawy Rejestr obejmuje podmioty, na które przepisy ustaw nakładają obowiązek uzyskania wpisu do tego Rejestru. W swoich rozważaniach NSA odniósł się także do ustawy z dnia 21. czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej oraz o zawodzie lekarza (Dz.U. Nr 89, poz. 969). Artykuł 2 pkt 1 tej ustawy wprowadził zmianę ustawy z dnia 05. grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. Nr 28, poz. 152 ze zm.); po art. 50b dodano art. 50c w brzmieniu: „Lekarze prowadzący indywidualną praktykę, indywidualną specjalistyczną praktykę albo grupową praktykę lekarską nie są przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy z dnia 19. listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178)”.

Zgodnie z art. 3 tej ustawy przepis ten wszedł w życie po upływie 14. dni od dnia ogłoszenia, to jest z dniem 12. września 2001 r. W ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, zmiana ta potwierdza stanowisko, że „usługi medyczne” są usługami w rozumieniu prawa działalności gospodarczej, tyle tylko, że z mocy wyraźnego przepisu art. 50c ustawy o zawodzie lekarza nie są przedsiębiorcami lekarze wykonujący praktykę w formie określonej w tym przepisie. Natomiast nadal brak jest normy prawnej, która wyłączałaby stosowanie przepisów ustawy z dnia 19. listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej do niepublicznych zakładów opieki zdrowotnej.

Z przytoczonych względów NSA doszedł do wniosku, że lekarz, który jest wspólnikiem spółki cywilnej, będącej jednocześnie niepublicznym zakładem opieki zdrowotnej, jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej.

Jednakże, jak stwierdził J. Jacyszyn w krytycznej glosie do tego orzeczenia, wydaje się nieuprawnione stanowisko, że usługi świadczone przez zakłady opieki zdrowotnej nabrały charakteru „działalności gospodarczej” w rozumieniu ustawy – Prawo działalności gospodarczej. Jeżeli by tak było, to takiej kwalifikacji powinien dokonać ustawodawca, jednocześnie definiując to pojęcie. Skoro jednak tego nie uczynił, to być może pragnął zachować dystans co do traktowania świadczeń zdrowotnych jako „działalności gospodarczej”. Zdaniem tego autora nie ma powodów, by deprecjonować ustawy szczegółowe, jeżeli nie stanowią wprost o tym, że działalność określonych osób (wykonujących wolny zawód) jest wyłączona spod działania przepisów ustawy – Prawo działalności gospodarczej. Nie widać przeko-

nujących argumentów, by tym regulacjom odmawiać mocy wyłączeń z kręgu przedsiębiorców osób wykonujących wolny zawód. Skoro bowiem spotykamy ustawy szczegółowe, które wyraźnie wskazują na charakter działalności gospodarczej osób wykonujących wolny zawód jako indywidualną działalność gospodarczą (np. zawód psychologa), to nie widać powodów, by takiej samej rangi ustawy szczegółowe (o zawodzie lekarza, biegłych rewidentach, komornikach sądowych) były zależne od swoistego rodzaju ustawowego potwierdzenia (przyzwolenia) ich postanowień w ustawie – Prawo działalności gospodarczej⁸⁰.

Podobnie jak w przypadku grupowych i indywidualnych praktyk lekarskich w zakładzie opieki zdrowotnej świadczenia zdrowotne udzielane są wyłącznie przez osoby wykonujące zawód medyczny oraz spełniające wymagania zdrowotne, określone w odrębnych przepisach (art. 10 ust. 1 ustawy o z.o.z.). O szczególnej pozycji z.o.z. jako podmiotu świadczącego usługi medyczne – w porównaniu z przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą nastawioną na zysk – świadczy nie tylko art. 6 ust. 1 ustawy o z.o.z. przewidujący udzielanie świadczeń zdrowotnych bezpłatnie bądź za częściową odpłatnością, lecz także art. 7 tejże ustawy stanowiący, iż okoliczności wymienione w art. 5 (rejonizacja) ani żadne inne okoliczności nie mogą stanowić podstawy do odmowy udzielenia świadczenia zdrowotnego, jeżeli osoba zgłaszająca się do z.o.z. potrzebuje natychmiastowego udzielenia świadczeń zdrowotnych ze względu na zagrożenie zdrowia i życia.

3. Obowiązek udzielania świadczeń zdrowotnych z należytą starannością bez względu na kryteria ekonomiczne bądź inne – ze względu na zagrożenie zdrowia i życia jest nałożony na lekarzy zarówno przez analizowaną ustawę o zawodzie lekarza, ustawę o z.o.z., kodeks etyki lekarskiej, a także jest opatrzony sankcją prawa karnego. Na szczególną sytuację lekarzy czy to prowadzących samodzielnie praktyki lekarskie czy też zatrudnionych w z.o.z. na zasadzie umowy o pracę bądź umowy cywilnoprawnej wskazuje także orzecznictwo sądowe. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 24. października 2000 r. (K 12/00)⁸¹ stwierdził, iż art. 32j ust. 1 i 3 ustawy z dnia 30. sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. Nr 91, poz. 408; z późn. zm.) nie są niezgodne z art. 47 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej; zaś art. 32j ust. 2–5 ustawy wymienionej w punkcie 1 są zgodne z art. 32 Konstytucji.

W przekonaniu wnioskodawcy – Ogólnopolskiego Związku Zawodowego Lekarzy niezgodność art. 32j ust. 3 w związku z art. 32j ust. 1 oraz art. 32j ust. 7 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej z art. 66 ust. 1 Konstytucji polega przede wszystkim na tym, że gdyby do dyżurów medycznych stosować kodeks pracy, to liczba dyżurów pełnionych przez lekarza nie mogłaby przekraczać 2 dni w tygodniu i 8 miesięcznie. Tymczasem zakwestionowana ustawa stanowi, że „lekarz

80 J. Jacyszyn: Glosa do uchwały NSA z dnia 24. września 2000 r., OPK 13/01, Rejent 2002/4/142.

81 OTK 2000/7/255.

może zostać zobowiązany do pełnienia do 2 dyżurów medycznych w tygodniu i do 8 dyżurów w miesiącu”, a jednocześnie wskazuje, że „za czas pełnienia dyżuru medycznego nie przysługuje czas wolny od pracy”.

Potencjalnie negatywne skutki normatywne – zdaniem wnioskodawcy – dla ochrony prawa lekarzy i innych osób, o których mowa w art. 32j ust. 1 ustawy – do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy o jakich mowa w art. 66 ust. 1 Konstytucji, potęguje definicja dyżuru medycznego, jaką ustawodawca zawarł w art. 18d ust. 1 pkt 4 ustawy. Zdaniem wnioskodawcy wynika z niej, że „pełnienie dyżuru medycznego jest (...) tożsame ze świadczeniem przez lekarza normalnej pracy, ale poza normalnymi godzinami pracy”. Prowadzi to do wniosku, że kwestionowany art. 32j ust. 1 ustawy „przewidział (...) możliwość zobowiązania lekarza do pełnienia pracy w czasie przekraczającym normalny wymiar czasu pracy (...) i że zobowiązanie to może być trwale związane z zatrudnieniem”.

Z powyższego – jak twierdził OZZL – wynika, że ustawodawca „odmiennie potraktował lekarzy (...) niż innych pracowników, do których odnoszą się przepisy kodeksu pracy. Inni pracownicy bowiem nie mogą być zobowiązani do dodatkowej pracy poza normalnymi godzinami, chyba że w wyjątkowych przypadkach, o których mówi art. 133 § 1 kp.” Wnioskodawca zgadzając się, że taki obowiązek – wynikający ze specyfiki zawodu lekarza – mógł zostać nałożony na tę korporację zawodową, zauważył jednak że przepis art. 32j ust. 3 ustawy o z.o.z. powinien zawierać rozwiązania chroniące lekarzy przed nadużywaniem instytucji dyżurów w celu faktycznego i uznaniowego rozszerzania okresu świadczonej przez nich pracy. Tymczasem praktyczne skutki tego przepisu polegające na tym, że nie określono w nim jakie mogą być najkrótsze przerwy między dyżurami powodują, iż “na podstawie powyższego przepisu można zobowiązać lekarza do pełnienia dyżuru przez 4 kolejne dni”.

Innym, zdaniem wnioskodawcy, niezgodnym z konstytucją skutkiem powołanego przepisu jest to, iż „przepisy ustawy przewidują jako regułę obowiązek świadczenia pracy przez lekarza w dniu następującym po dyżurze (art. 32j ust. 7). Sprawia to, że liczba dni, w których lekarz–pracownik odczuwa skutki zwiększonej dobowej liczby godzin pracy zostaje w praktyce podwojona. Obejmuje bowiem dzień dyżuru (praca w czasie po normalnych godzinach pracy) oraz dzień po dyżurze – w dalszym ciągu praca po normalnych godzinach pracy bez przerwy na odpoczynek i regenerację sił”. Zdaniem OZZL „nie można znaleźć obiektywnego uzasadnienia dla przepisu, który daje pracodawcy możliwość zobowiązania lekarza do dyżurowania w ciągu aż 8 dni w miesiącu i 2 w tygodniu”. Okoliczności te powodują, że zdaniem wnioskodawcy art. 32j ust. 3 ustawy jest niezgodny z art. 66 ust. 1 Konstytucji.

Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z 24. października 2000 r. zaskarżone unormowania ustawy z 22. grudnia 1999 r. o zmianie usta-

wy w zakładach opieki zdrowotnej zostały przyjęte w rezultacie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 17. maja 1999 r., P. 6/98⁸², w którym orzeczono niekonstytucyjność przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z 27. grudnia 1974 r. w sprawie niektórych obowiązków i uprawnień pracowników zatrudnionych w zakładach służby zdrowia. Trybunał Konstytucyjny uznał, że regulacja maksymalnych norm czasu pracy przez rozporządzenie narusza art. 66 ust. 2 Konstytucji, który wprowadza wymóg regulacji tych kwestii na poziomie ustawowym. Dodatkowo Trybunał Konstytucyjny uznał, że przepisy rozporządzenia kolidują z unormowaniami ustawy – kodeks pracy, bo wykraczają poza granice upoważnienia ustawowego i zmieniają ustawowe pojęcie czasu pracy. Trybunał Konstytucyjny orzekł natomiast, że zakwestionowane przepisy rozporządzenia nie są niezgodne z art. 32 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 24. października 2000 r. nie podzielił przede wszystkim zarzutu OZZL o złamaniu przez kwestionowane ustawodawstwo zasady równości wobec prawa i dyskryminacji lekarzy wobec innych grup pracowników. Zdaniem Trybunału jest oczywiste, że unormowania art. 32j ustawy o z.o.z. odbiegają od powszechnej regulacji, przyjętej w kodeksie pracy; w pewnych kwestiach są to też unormowania mniej korzystne. Ocena ich konstytucyjności nie może być jednak uzależniana od wskazania uzasadnienia dla tych odrębności. Konieczność wskazania uzasadnienia – jak to wyłożono m.in. w orzeczeniu z 03. września 1996 r. (K. 10/96)⁸³ – odnosi się do regulacji, które w odmienny sposób kształtują sytuację podmiotów podobnych. Innymi słowy zarzut, że odejście od powszechnych regulacji kodeksowych narusza zasadę równości można obronić tylko przy założeniu, że owo podobieństwo zachodzi. Trybunał Konstytucyjny podtrzymał swoje wcześniejsze stwierdzenia, że zarówno elementy podmiotowe, jak i przedmiotowe nie dają podstawy do przyjęcia takiego założenia. W płaszczyźnie podmiotowej, jak podkreślił Trybunał, zawód lekarza ma charakter szczególny, co – w sensie prawnym – znajduje wyraz w odrębnym unormowaniu całego szeregu kwestii (by wspomnieć tylko ustawę o zawodzie lekarza i kodeks etyki lekarskiej), a – w sensie społecznym – znajduje wyraz w traktowaniu zawodu lekarza jako szczególnego rodzaju powołania, co przekłada się na wysoki prestiż tego zawodu. W płaszczyźnie przedmiotowej, dyżury medyczne stanowią odrębną jakość od dyżurów pracowniczych, o których mówi kodeks pracy. Składa się bowiem na nie szczególne połączenie „normalnego” wykonywania pracy, gotowości do wykonywania pracy oraz wypoczynku (w tym snu). Nie zaprzeczając ciężarom, jakie zwykle wiążą się z pełnieniem dyżuru, Trybunał podniósł, że jest to aktywność specyficzna, wynikająca z podporządkowania pracy placówek medycznych zjawiskom losowym i konieczności utrzymywania stałych „rezerw mocy” w szpitalach.

82 OTK ZU nr 4/1999, s. 387 i n.

83 OTK ZU Nr 4/1996, s. 280–281.

Jeśli chodzi o samodzielne publiczne z.o.z. to orzecznictwo sądowe wskazuje na ich szczególny obowiązek świadczenia usług przede wszystkim w oparciu o kryterium zagrożenia zdrowia i życia oraz na szczególną pozycję i odpowiedzialność ich kadry kierowniczej. Wyrok SN z 11. grudnia 2002 r. (I CKN 1386/00, Lex nr 75348) stwierdza, iż zarówno pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów, jak i obecnie odmowa lekarza wykonania w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej zabiegu operacyjnego, którego celowość stwierdzono, nie może być dowolną decyzją tego lekarza, a wymaga istnienia poważnych powodów stwierdzonych stosownymi konsultacjami oraz szczegółowego uzasadnienia w dokumentacji medycznej. W razie odmowy wykonania zabiegu leczniczego szkodę pacjenta stanowi nie tylko pogorszenie jego stanu zdrowia, lecz również utrzymywanie się rozstroju zdrowia, jeśli w wyniku zabiegu mógł on zostać wyeliminowany.

Za kontrowersyjną można niewątpliwie uznać uchwałę 7 sędziów SN z 20. czerwca 2001 r. (I KZP 5/01)⁸⁴ rozszerzającą odpowiedzialność karną kadry kierowniczej sp. z.o.z. za przestępstwo łapownictwa: „Pełnienie funkcji publicznej, o której mowa w art. 228 § 1 kk., obejmuje czynności ordynatora w publicznym zespole opieki zdrowotnej, zarówno związane z administrowaniem, jak i udzielaniem świadczeń zdrowotnych wymienionych w art. 2 ustawy z dnia 05. grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. Nr 28, poz. 152 ze zm.) oraz w art. 3 ustawy z dnia 30. sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 91, poz. 408 ze zm.) – finansowanych ze środków publicznych”. Warto tu wskazać na wydaną pod rządami poprzedniego kk. z 1969 r. uchwałę 7. sędziów SN z 28. września 1994 r. (I KZP 23/94)⁸⁵, przyjmującą zawężające rozumienie funkcjonariusza publicznego: „Felczer (podobnie jak lekarz lub pielęgniarka) zatrudniony w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej nie jest – z samej tylko racji wykonywanego zawodu – funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 120 § 11 kk.”

Wśród przestępstw najczęściej związanych z odpowiedzialnością karną lekarzy występują takie przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu jak określone w art. 160 kk. (narażenie na niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu) czy w art. 162 kk. (nieudzielenie pomocy człowiekowi w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu). Przestępstwo z art. 160 kk. można popełnić przez działanie bądź zaniechanie, zaś art. 162 kk. określa typowe przestępstwo z zaniechania. Szczególnie odnośnie pierwszej regulacji warto wskazać na § 2 art. 160 kk., który określa kwalifikowaną odpowiedzialność sprawcy, na którym ciąży obowiązek opieki nad osobą narażoną na niebezpieczeństwo i § 3 określający odpowiedzialność za działanie nieumyślne. Orzecznictwo sądowe niekiedy wskazuje na rozszerzającą interpretację tego przepisu.

84 OSNKW 2001/9-10/71.

85 OSNKW 1994/9-10/53.

W wyroku SN z 05. listopada 2002 r. (IV KKN 347/99 LEX nr 74394) stwierdzono:

„1. Bez znaczenia dla odpowiedzialności karnej z art. 160 kk. jest, czy lekarz–gwarant w wyniku zaniechania udzielenia świadczenia zdrowotnego spowodował taki stan rzeczy, w którym pacjent znalazł się w sytuacji grożącej bezpośrednim niebezpieczeństwem dla życia lub zdrowia, mimo iż poprzednio w takim stanie nie był, czy też lekarz–gwarant w wyniku zaniechania udzielenia świadczenia zdrowotnego zdynamizował swą bezczynnością przebieg i rozwój procesów chorobowych u pacjenta w ten sposób, że zaczęły one bezpośrednio zagrażać jego życiu lub zdrowiu.

2. Brak w kk. z 1997 r. ścisłego odpowiednika art. 163 kk. z 1969 r. nie powoduje, iż od dnia 1 września 1998 r. czyny uprzednio objęte tym przepisem, popełnione przez lekarzy–gwarantów, stały się bezkarne. Funkcje tego przepisu przejęły bowiem przepisy art. 160 § 2 i 3 kk. z 1997 r. w powiązaniu z art. 2 kk”.

Z kolei w wyroku SN z 28. kwietnia 2000 r. (V KKN 318/99 LEX nr 50985) sąd ten przyjął:

„1. Odpowiedzialność karną z art. 162 § 1 kk. może ponieść lekarz jedynie wtedy, gdy nie ciąży na nim obowiązek troszczenia się o osobę zagrożoną. Jeżeli zaś lekarz w konkretnym przypadku był tzw. gwarantem bezpieczeństwa osoby zagrożonej na swym zdrowiu lub życiu, to odpowiedzialność karną należy rozważać na płaszczyźnie art. 160 § 2 kk lub art. 160 § 3 kk.

2. Przepięstwo z art. 160 § 3 kk charakteryzuje się nieumyślnością w znaczeniu art. 9 § 2 kk., czyli sprawca nie ma zamiaru narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, naraża go jednak w wyniku niezachowania wymaganej w danych okolicznościach ostrożności, w sytuacji, w której sprawca narażenie człowieka przewidywał lub obiektywnie biorąc mógł przewidzieć.

3. Z oczywistych względów nie jest możliwa kumulatywna kwalifikacja (art. 11 § 2 kk.) czynu z art. 160 § 3 kk. i art. 155 kk. Natomiast dopuszczalna jest kwalifikacja kumulatywna, art. 160 § 2 kk. i art. 155 kk.”

Jeśli chodzi o odpowiedzialność zawodową lekarzy przed sądami lekarskimi to można tu wskazać na orzeczenie SN z 03. września 1998 r. (III SZ 2/98⁸⁶): „Lekarza obwinionego o naruszenie etyki lekarskiej przez nieudzielenie koniecznej i obowiązkowej pomocy lekarskiej nie usprawiedliwia stan nietrzeźwości chorego ani brak pewności co do tego, czy w przypadku udzielenia pomocy udałoby się uratować jego życie”.

86 OSNP 1999/22/737.

Na szczególną pozycję lekarzy jako przedsiębiorców wpływa charakter świadczonych przez nich usług, również w aspekcie ekonomicznym. W przypadku usług zdrowotnych można niewątpliwie mówić o stałym popycie potencjalnym, przy stosunkowo niskim popycie efektywnym popartym siłą nabywczą pieniądza. Jest to w pewnym sensie jeden z nielicznych relikwów tzw. socjalistycznej gospodarki planowej charakteryzującej się ciągłą przewagą popytu nad podażą. Drugą cechą rynku usług medycznych jest wysoka jego monopolizacja przez państwo reprezentowane wcześniej przez kasy chorych a obecnie przez Narodowy Fundusz Zdrowia. Umowy między kasami, które w ciągu roku 2003 na zasadzie sukcesji uniwersalnej przekształciły się w umowy między świadczeniodawcami a oddziałami wojewódzkimi NFZ, mają niewątpliwie charakter umów adhezyjnych, gdyż wybrany w drodze przetargu publicznego świadczeniodawca musiał przyjąć w pełni narzucone warunki oferty, mimo przewidzianych tzw. negocjacji sprowadzających się do akceptacji przez świadczeniodawcę ceny za punkt przeliczeniowy, determinowanej zresztą przez plan finansowy kasy bądź oddziału NFZ. Umowy te odznaczają się wysokim stopniem sformalizowania, nałożeniem na świadczeniodawcę obowiązku comiesięcznej sprawozdawczości prowadzonej na nośnikach komputerowych oraz szeregiem niejako obowiązków peryferyjnych. Należy do nich zobowiązanie poddania się świadczeniodawcy kontroli przedstawicieli kas chorych (obecnie NFZ) w zakresie wykonywania usług, mających szerokie uprawnienia do wymierzenia wysokich „kar umownych”. Ponadto warunkiem zawarcia kontraktu jest ubezpieczenie się świadczeniodawcy od odpowiedzialności cywilnej za ewentualne szkody wyrządzone pacjentom przy wykonywaniu usług. Jak wskazywano wcześniej zasada gospodarności i celowości w systemie ubezpieczeń zdrowotnych pozwala na sterowanie systemem ochrony zdrowia przez NFZ z pozycji siły wobec świadczeniodawców. W rezultacie może ona prowadzić do odrzucenia oferty lub/ i nie zawarcie kontraktu na następny okres, ze wszelkimi negatywnymi konsekwencjami dla świadczeniodawców, poczynionych inwestycji i zatrudnionych przez nich osób.

Nie należy zapominać także o tym, że oprócz stosunku kasa chorych (NFZ) – świadczeniodawca istnieje także stosunek zobowiązaniowy między świadczeniodawcą a ubezpieczonym – pacjentem. Jak stwierdził J. Jończyk: „stosunek prawny między świadczeniodawcą i pacjentem (w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego) ma charakter zobowiązania. Jest to zobowiązanie pozaumowne, które jest zdeterminowane istnieniem stosunku powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego oraz umownego stosunku między Kasą Chorych i świadczeniodawcą w przedmiocie udzielania świadczeń zdrowotnych. Jest to stosunek opieki zdrowotnej (w art. 68 ust. 2 Konstytucji jest mowa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych), albo inaczej – zobowiązanie opieki zdrowotnej. Nazwa ta charakteryzuje także treść tego stosunku. Nie chodzi w nim o fragmentację „świadczeń zdrowotnych” wedle medycznych specjalności i procedur, lecz o

świadczenie opieki zdrowotnej na rzecz pacjenta z zachowaniem należytej staranności (art. 355 kc.).”⁸⁷

Orzecznictwo sądowe potwierdza tezę, iż zawieranie kontraktów nie ma nic wspólnego z podstawową zasadą prawa cywilnego – swobody umów. Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Białymstoku w postanowieniu z 21. lutego 2002 r. (I Acz 1150/02)⁸⁸: „Ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. Nr 91, poz. 408 z późn. zm.) oraz rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 13. lipca 1998 r. w sprawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne (Dz.U. Nr 93 z 1998 r., poz. 592) przewidziały jako środki odwoławcze przysługujące oferentowi przystępującemu do postępowania konkursowego o udzielenie świadczeń zdrowotnych skargę oraz protest.

Ustawodawca nie przewidział drogi sądowej w sprawach przeprowadzenia konkursu ofert. Regulacje przewidziane ustawą z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej w zakresie uprawnień oferentów przystępujących do postępowania konkursowego o udzielenie świadczeń zdrowotnych mają charakter rozwiązań *lex specialis* w stosunku do rozwiązań przewidzianych Kodeksem cywilnym”.

W rezultacie tych uwarunkowań o charakterze niejako systemowym w szczególności lekarze zatrudnieni w publicznych z.o.z. stają często przed dylematem wyboru między oszczędzaniem ograniczonych środków jakimi dysponuje ich pracodawca, a ratowaniem życia i zdrowia ludzkiego. Jak podkreśla się w literaturze, w tej sytuacji można odwoływać się do regulacji stanu wyższej konieczności, określonego w art. 26 kk., kiedy zachodzi kolizja między dobrem chronionym a poświęcanym (art. 26 § 5 kk.)⁸⁹: „Zastosujmy powyższe postanowienia ustawy (art. 26 § 5 kk.) [...] do sytuacji lekarza, który z jednej strony podlega obowiązкови wyrażonemu w art. 30 ustawy o zawodzie lekarza, z drugiej zaś poddany jest presji pracodawcy, który – nie mając zapewnionej zapłaty za wykonane działania – wydaje lekarzom polecenie wstrzymania się od aktywności. Występuje tu kolizja dwóch dóbr: interesu majątkowego zakładu opieki zdrowotnej oraz życia bądź zdrowia pacjenta. Lekarz ma zatem do wyboru: albo zaniechać interwencji wskazanej z uwagi na stan zdrowia pacjenta albo ją podjąć, licząc się z ewentualnością spowodowania szkody majątkowej zakładu opieki zdrowotnej, będącego jego pracodawcą.

Nie ulega wątpliwości, że nawet jeśli weźmiemy pod uwagę zdrowie – jako to dobro, które ma mniejszą wartość niż życie – to i tak majątkowe interesy praco-

87 J. Jończyk: op. cit., s. 313.

88 OSA 2002/11/54

89 T. Dukiet–Nagórska: Prawnokarne konsekwencje niepodjęcia interwencji lekarskiej lub udzielenia świadczenia zdrowotnego w sposób niewłaściwy na skutek niedostatku środków finansowych w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej, PiM 2000/6–7/12.

dawcy uznać trzeba za dobro o istotnie mniejszej wartości. Lekarz powinien więc podjąć działanie na rzecz pacjenta.

Zatem nawet uwzględnienie kolizji obowiązków, jakiej doświadcza lekarz, któremu pracodawca zakazuje podejmowania interwencji z uwagi na przekroczenie limitu świadczeń zdrowotnych ustalonego w umowie z kasą chorych, nie pozwala na przyjęcie tezy, że zachowanie lekarza nie podejmującego działania w sytuacji nie cierpiącej zwłoki, nie narusza prawa”.

W literaturze przedmiotu wskazywano na problem odpowiedzialności kas chorych za niedostateczną ilość i jakość usług zapewnianych pacjentom. Jak stwierdził M. Pełka: „Kasa Chorych może być [...] adresatem roszczenia odszkodowawczego opartego na płaszczyźnie kontraktowej (art. 471 i nast. kc.): za wadliwą organizację świadczenia usług medycznych, za niewystarczającą liczbę podmiotów i placówek medycznych udzielających świadczeń zdrowotnych, za niedostateczną liczbę wykupionych świadczeń, na które jest zapotrzebowanie, za wykupienie w nadmiarze świadczeń zbędnych, za nieprzekazanie odpowiedniej ilości środków finansowych na odpowiednią jakość wyposażenia technicznego (aparatów, sprzętu, narzędzi, instrumentów i materiałów) wykorzystywanego w toku stosowania procedur leczniczych, za niedomagania związane z niesprawnym funkcjonowaniem organizacji opieki zdrowotnej wynikłe z niewłaściwego wyboru świadczeniodawców lub braku kontroli i nadzoru nad prawidłowym wykonywaniem świadczeń”⁹⁰.

Także tę okoliczność należy uznać za wpływającą na ograniczoną samodzielność lekarzy w pełnionych przez nich funkcjach świadczeniodawców bądź też pracowników z.o.z.

Jak wynika z powyższych rozważań status prawny i faktyczny lekarzy jako przedsiębiorców niewątpliwie różni się od innych podmiotów prowadzących działalność gospodarczą (pomijając nawet spory w orzecznictwie oraz zróżnicowanie między jej formami – z.o.z. i indywidualne praktyki lekarskie). Na zasadniczo zmonopolizowanym rynku usług medycznych główną rolę odgrywa NFZ. Z kolei Fundusz ten, a w szczególności wysokość składki na ubezpieczenia zdrowotne, jest uzależniony od polityki państwa, która w tej dziedzinie nadal korzysta z doświadczeń systemu nakazowo-rozdzielczego znanego poprzedniemu systemowi tzw. gospodarki socjalistycznej. System dystrybucji środków kierowany przez państwo jest zdominowany przez tzw. zasadę solidarności społecznej oraz zasadę gospodarności i celowości obowiązującą NFZ. W rezultacie tego ta ostatnia zasada, podobnie jak w przypadku kas chorych, pozwala Oddziałom Wojewódzkim NFZ narzucać swoje warunki świadczeniodawcom wbrew cywilistycznej zasadzie swobody umów.

90 M. Pełka: Podstawy prawne i zakres odpowiedzialności cywilnej Kas Chorych, PIM 2000/6–7/31.

Można się więc zastanawiać, dlaczego lekarze zarówno świadczący usługi medyczne w trybie ustawy z 5.12.1996 r. o zawodzie lekarza czy też ustawy z 31.08.1991 r. o z.o.z. decydują się na zawarcie kontraktów z NFZ. mimo szeregu ograniczeń umownych i pozaumownych oraz dodatkowych zobowiązań związanych z ich zawarciem i realizacją.

Odpowiedź na to pytanie nie jest prosta – wskazać można jedynie na kilka aspektów problemu:

Po pierwsze, wspomniany wcześniej wysoki stopień monopolizacji rynku podstawowych usług medycznych przez NFZ minimalizuje szanse na sukces gospodarczy praktyk lekarskich i z.o.z. nie związanych kontraktami z Funduszem.

Po drugie, wynikająca z mentalności lekarzy, jako często „przedsiębiorców mimo woli”, obawa przed prowadzeniem działalności gospodarczej bez jakiegokolwiek formy wsparcia ze strony państwa niejako substytuującego utracone przez nich umowy o pracę.

Po trzecie, niekorzystne ustawodawstwo podatkowe i jego planowane zmiany mające na celu preferowanie publicznej służby zdrowia kosztem prywatnego sektora tych usług. Chodzi tu o proponowaną przez rząd likwidację możliwości uznania za koszty uzyskania przychodu wydatków ponoszonych przez pracodawcę na badania i leczenie w prywatnych klinikach jego pracowników. Traktując bowiem lekarzy w kategoriach przedsiębiorców, należałoby przypomnieć, iż jednym z podstawowych warunków zawarcia umowy gospodarczej (w tym przypadku o świadczenie usług medycznych) jest możliwość uznania przez ustawodawcę wydatków na jej realizację za koszty uzyskania przychodu w rozumieniu prawa podatkowego. Obecnie, a tym bardziej w świetle projektowanych zmian tego prawa, ta możliwość jest coraz bardziej ograniczona. Z badań wykonanych przez „Rzeczpospolitą” wynika, iż dochody z przeprowadzania badań i leczeń pracowników na koszt pracodawców stanowią sporą część dochodów prywatnego sektora usług medycznych.⁹¹

Po czwarte, niekiedy wysoki kapitał początkowy niezbędny do rozpoczęcia działalności gospodarczej w sferze usług medycznych (np. wyposażenia gabinetów stomatologicznych czy klinik), którego odzyskanie (np. w formie amortyzacji) wymaga pewności i stabilności planowanego przedsięwzięcia.

Wcześniejsze rozważania oraz przytoczone orzecznictwo sądowe wskazują na zróżnicowany status prawny lekarzy prowadzących prywatne praktyki w trybie ustawy o zawodzie lekarza z 1996 r. i lekarzy świadczących usługi w oparciu o ustawę o z.o.z. z 1991 r. Ta pierwsza ustawa uznaje, iż lekarze prowadzący indywidualne bądź zbiorowe praktyki nie są przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy z 19. listopada 1999 r. prawo działalności gospodarczej, lecz wykonują wolny zawód, co

91 „Rzeczpospolita” z 29 sierpnia 2003 r.

w sensie podatkowym oznacza działalność wykonywaną osobiście (art. 10 ust. 1 pkt 2 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych z 1991 r. – u.p.d.o.f.). Natomiast w ocenie powołanej uchwały 5 sędziów NSA z 24. września 2001 r. (OPK 13/01) do niepublicznych zakładów opieki zdrowotnej stosuje się przepisy ustawy z 1999 r. o działalności gospodarczej, aczkolwiek w sensie podatkowym była to również wykonywanie wolnego zawodu jako forma pozarolniczej działalności gospodarczej (art. 10 ust. 1 pkt. 3 u.p.d.o.f. w brzmieniu obowiązującym do nowelizacji updof dokonanej ustawą z 09. listopada 2000 r. (Dz.U. Nr 104, poz. 1104), która weszła w życie 01. stycznia 2001 r.).

Warto wskazać na ewolucję ustawodawstwa podatkowego w latach 90. XX wieku, które stopniowo likwidowało uprzywilejowanie lekarzy wykonujących wolny zawód bądź osobiście bądź jako formę pozarolniczej działalności gospodarczej. Poczynając od okresu poprzedzającego reformę służby zdrowia należy podać, iż ogólne warunki, tryb zawierania i rozwiązywania umów o usługi obejmujące udzielanie świadczeń zdrowotnych na rzecz osób ubezpieczonych i innych osób uprawnionych na podstawie odrębnych przepisów, między naczelnym organem administracji państwowej, wojewodą, organem gminy lub związkami komunalnymi a niepublicznym zakładem opieki zdrowotnej, prywatnie praktykującym lekarzem, lub inną osobą wykonującą zawód medyczny –s określało rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 05. sierpnia 1993 r. w sprawie ogólnych warunków, trybu zawierania i rozwiązywania umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych oraz trybu ustalania i rozliczania należności za te świadczenia (Dz.U. Nr 76, poz. 363).

Jak wynika z pisma Ministra Finansów z 12. stycznia 1996 r. w sprawie opodatkowania przychodów lekarzy z kontraktów (PO 2/8–11088/95/01790)⁹² przy ich zawieraniu należało jednak dołożyć wszelkich starań, aby w sposób bezsporny określały, czy obowiązek obliczania, poboru i przekazywania do właściwego urzędu skarbowego zaliczek na podatek dochodowy ciąży na podatniku czy też na płatniku.

Zgodnie z przepisami powołanego rozporządzenia umowa mogła być zawarta z prywatnie praktykującym lekarzem (lekarzem dentystą) posiadającym między innymi prawo wykonywania zawodu lekarza (lekarza dentysty) lub z osobą wykonującą inny zawód medyczny niż zawód lekarza (lekarza dentysty).

Dla celów podatku dochodowego istotne było, zdaniem Ministra Finansów, czy wyżej wymienione osoby zatrudniają pracowników i czy uzyskują przychody:

- wyłącznie ze świadczeń wykonywanych w ramach zawartych kontraktów;
- obok świadczeń wykonywanych w ramach zawartych kontraktów uzyskują przychody ze świadczenia usług na rzecz ludności.

W przypadku gdy podatnik uzyskuje przychody z osobiście wykonywanych usług medycznych wyłącznie w ramach zawartego kontraktu i wykonuje te usługi wyłącznie dla potrzeb podmiotu, z którym podpisał kontrakt, a tego samego rodzaju usług nie wykonuje na rzecz ludności – nie ma obowiązku prowadzenia podatkowej księgi przychodów i rozchodów. Przychody te są traktowane analogicznie jak przychody z tytułu osobistego wykonywania usług w warunkach umowy zlecenia (art. 13 pkt 8 ustawy z dnia 26. lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych – Dz.U. z 1993 r. Nr 90, poz. 416 z późn. zm.). Podmioty wypłacające należności z tego tytułu (np. Zakłady Opieki Zdrowotnej) są obowiązane (jako płatnicy) potrącać zaliczki na podatek dochodowy w wysokości 20% przychodu pomniejszonego o koszty uzyskania również w wysokości 20%. Płatnicy ci są obowiązani wpłacać potrącone zaliczki w terminie do 7. dnia następnego miesiąca do urzędu skarbowego, właściwego według miejsca zamieszkania podatnika, a po upływie roku sporządzić informacje na formularzu PIT-8B. Podatnik zaś po upływie roku ma obowiązek złożyć zeznanie podatkowe w terminie do 30. kwietnia roku następnego.

Dodać wypada, że podatnik – uzyskując przychody z osobiście wykonywanych usług medycznych, wyłącznie w ramach zawartego kontraktu – mógł również korzystać w 1996 r. (jak i w 1995 r.) z opodatkowania w formie karty podatkowej, o ile spełniał warunki określone w rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 23. grudnia 1994 r. w sprawie karty podatkowej (Dz.U. Nr 140, poz. 787 oraz z 1995 r. Nr 148, poz. 721).

Jeżeli podatnik świadczył usługi osobiście (w ramach wolnego zawodu) na rzecz ludności lub podmiotu, z którym zawarł kontrakt, i równocześnie na rzecz ludności, mógł – w 1995 r. jak i w 1996 r. – opłacać podatek dochodowy:

a) w formie karty podatkowej, o ile spełniał warunki określone w rozporządzeniu w sprawie karty podatkowej;

b) na ogólnych zasadach, tj. prowadząc podatkową księgę przychodów i rozchodów; w takim przypadku musiał co miesiąc (do dnia 20. następnego miesiąca) złożyć deklarację (PIT-5), wpłacić zaliczkę do urzędu skarbowego, a po upływie roku podatkowego złożyć zeznanie podatkowe w terminie do 30. kwietnia roku następnego.

W 1995 r., jak i w 1996 r. przychody z wykonywania wolnego zawodu lekarza nie podlegały opodatkowaniu zryczałtowanym podatkiem dochodowym od przychodów ewidencjonowanych.

Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Ministra Finansów w przedmiotowym piśmie „osobiste wykonywanie wolnego zawodu lekarza” oznaczało wykonywanie działalności bez zatrudnienia osób na podstawie umów o pracę oraz umów zlecenia i umów o dzieło. Minister zwrócił uwagę, że działalność nie traciła przymiotu wykonywanej w ramach wolnego zawodu, jeżeli przy świadczeniu usług były

zatrudniane osoby, które nie wykonywały czynności związanych z istotą danego zawodu. Oznaczało to, że przy zaliczeniu usług do wolnego zawodu nie stało na przeszkodzie zatrudnienie osób wyłącznie do prac o charakterze pomocniczym, tj. pracowników obsługi, takich jak np. dozorczy, sprzątaczkę, kierowcy, pracownicy obsługi biurowej, lub osoby do przyjmowania zleceń na usługi. W razie, gdy podatnik przy świadczeniu usług w ramach wolnego zawodu lekarza zatrudniał osobę wykonującą czynności związane z istotą tego zawodu, przychodów z tej działalności nie zaliczało się do przychodów z wolnych zawodów, lecz do przychodów z pozostałej działalności gospodarczej. W takim przypadku podatnik mógł wyłącznie płacić podatek dochodowy na ogólnych zasadach, prowadząc podatkową księgę przychodów i rozchodów.

Przepisy szczególne wynikające z powołanego rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 23. grudnia 1994 r. w sprawie karty podatkowej dopuszczały na zasadzie wyjątku możliwość zatrudniania w ramach wolnego zawodu nie więcej niż jednej pomocy fachowej lub przyuczonej. Za pomoc fachową lub przyuczoną uważało się: pielęgniarki, położne, pomoce dentystyczne, higienistki stomatologiczne, laborantów lub rehabilitantów.

Jak wynikało z przytoczonego pisma MF również w przypadku prowadzenia działalności w formie spółki cywilnej (w tym także z małżonkiem), której współnikami byli lekarze:

a) zatrudniającej pracowników wykonujących czynności związane z istotą tego zawodu;

b) nie zatrudniającej takich pracowników – współnicy spółki płacili podatek dochodowy na ogólnych zasadach, prowadząc podatkową księgę przychodów i rozchodów.

Dodać należy, że nie ma wpływu na formę opodatkowania fakt wykonywania świadczeń przez kilku lekarzy w tym samym gabinecie, jeżeli każdy z nich prowadzi działalność na własny rachunek.

Następnie od dnia 1.01.1997 r. wyłączona została możliwość korzystania przez lekarzy, lekarzy dentyków, felczerów i techników dentystrycznych z karty podatkowej. Jak wskazało Ministerstwo Finansów w komunikacie z 18. grudnia 1996 r. dotyczącym zmian w opodatkowaniu kartą podatkową w 1997 r.⁹³ wyłączenie wymienionych wolnych zawodów w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego wiązało się z wprowadzeniem – od dn. 01. stycznia 1997 r. – odliczenia od podatku części wydatków na odpłatne świadczenia zdrowotne, udzielane między innymi przez lekarzy i lekarzy dentyków prowadzących prywatną praktykę.

Zmiany zasad opodatkowania lekarzy i lekarzy dentyków zostały przesądzone w § 3 rozporządzenia Ministra Finansów z dn. 14. grudnia 1995 r., zmieniającym

93 Glosa 1997/3/20.

rozporządzenie w sprawie karty podatkowej (Dz.U. Nr 148, poz. 721), w którym postanowiono, że lekarze i lekarze dentyści mogą być opodatkowani w formie karty podatkowej tylko do końca 1996 r.

Od dn. 01. stycznia 1997 r. podatnicy uzyskujący przychody z wykonywania wolnych zawodów byli opodatkowani wyłącznie na ogólnych zasadach i musieli sporządzić na ten dzień spis z natury towarów i wpisać do podatkowej księgi przychodów i rozchodów oraz zawiadomić do dn. 20. stycznia 1997 r. urząd skarbowy o zaprowadzeniu podatkowej księgi przychodów i rozchodów (w przepisie art. 30 ust. 1 pkt 6 ustawy z dn. 26.07.1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych – Dz.U z 1993 r., nr 90, poz. 416 z późn. zm. – ustawodawca wyraźnie określił zakres podmiotowy, wyłączając z ryczałtu przychody z wolnych zawodów).

Kolejną niekorzystną zmianę w sferze opodatkowania wolnych zawodów, a dotyczącą lekarzy świadczących usługi medyczne w oparciu o ustawę z 1991 r. o z.o.z. przyniosła nowelizacja art. 14 u.p.d.f. dokonana na mocy ustawy z 09. listopada 2000 r. (Dz.U. Nr 104, poz. 1104), która weszła w życie od 01. stycznia 2001 r. Do momentu wprowadzenia tej nowelizacji przychód z tytułu wykonywania wolnego zawodu ustalano na zasadach przewidzianych dla działalności gospodarczej, z tym że nie zaliczano do przychodów kwot należnych, lecz nie otrzymanych (art. 14 ust. 3 pkt. 2 u.p.d.o.f. w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją). Mówiąc inaczej: przychodem z wykonywania wolnego zawodu (w tym lekarza), jeżeli przychód ten zaliczano do działalności gospodarczej, były wyłącznie kwoty otrzymane, a nie należne. Również kwoty otrzymane, atakże pozostawione do dyspozycji, były przychodem z tytułu wykonywania wolnego zawodu, jeżeli przychód z tego tytułu był zaliczany do przychodów z działalności wykonywanej osobiście, jako źródła przychodów określonych w art. 10 ust. 1 pkt. 2 u.p.d.o.f.

Podsumowując ten fragment rozważań można stwierdzić, iż zarówno w przypadku lekarzy wykonujących usługi medyczne na podstawie ustawy o zawodzie lekarza (praktyki lekarskie) jak i lekarzy świadczących te usługi na podstawie ustawy o z.o.z. do 2001 r. przychód (a następnie obowiązek podatkowy) powstawał dopiero w momencie otrzymania (bądź postawienia do dyspozycji) należnych im kwot (np. z tytułu kontraktu z kasą chorych).

W obecnym stanie prawnym (po 01. stycznia 2001 r.) obowiązują w przypadku lekarzy świadczących usługi w oparciu o ustawę o z.o.z. ogólne zasady opodatkowania z art. 14 ust. 1 u.p.d.o.f., tzn. za przychód z działalności uważa się kwoty należne, choćby nie zostały faktycznie otrzymane. Jest to bardzo istotna zmiana, jeśli wziąć pod uwagę wydłużone okresy płatności za usługi zakontraktowane przez kasy chorych czy obecnie NFZ.

POZYCJA PRZEDSIĘBIORCY W POLSKIM SYSTEMIE PRAWNYM – PODSUMOWANIE

W niniejszej pracy zajęto się najważniejszymi zagadnieniami prawa stanowionego i prawa w działaniu odnoszącego się do przedsiębiorcy. Jej celem nie było jak założono na wstępie, dokonanie ani kompleksowego przeglądu regulacji prawnych regulujących tę materię, ani jej ewolucji. Zabieg taki usprawiedliwia chociażby istniejąca literatura przedmiotu.¹

Ponieważ analizowana w tym opracowaniu problematyka dotyczyła nie tylko litery prawa, lecz także jej praktycznego stosowania w różnych aspektach działalności przedsiębiorcy użycie terminu „pozycja” wydaje się bardziej właściwe niż „status prawny” przedsiębiorcy. Niewątpliwie ten ostatni jest określany przez prawa i obowiązki przedsiębiorcy. Ich katalog wynika, jak wykazano wcześniej, zarówno z przepisów Konstytucji RP, prawa działalności gospodarczej, a także innych ustaw mających podstawowe znaczenie dla działalności gospodarczej. Niektóre z tych praw można uznać za przysługujące wyłącznie przedsiębiorcom, inne zaś mają charakter uniwersalny, gdyż przysługują wszystkim obywatelom, zaś zyskują szczególne znaczenie dla osób prowadzących działalność gospodarczą.

Katalog podstawowych praw przedsiębiorcy, zdaniem C. Kosikowskiego tworzą²:

- 1) prawo do organizowania, podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na warunkach ustalonych przez prawo (art. 20 i 22 Konstytucji RP oraz art. 5 u.p.d.g.);
- 2) prawo wyboru i używania nazwy (firmy) prowadzonego przedsiębiorstwa (na podstawie przepisów dotyczących poszczególnych form organizacyjno–prawnych wykonywania działalności gospodarczej oraz z ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym);
- 3) prawo do znaków towarowych, patentów i licencji (na podstawie przepisów prawa własności przemysłowej);

1 C. Kosikowski: *Przedsiębiorca w prawie polskim na tle prawa europejskiego*. Wydawnictwo Prawnicze LexNexis Sp. z o.o., Warszawa 2003 r., s. 55–72.

2 Tamże, s. 7374.

- 4) praw do ustanowienia prokury lub działania przez organy przedsiębiorstwa (na podstawie przepisów dotyczących poszczególnych form organizacyjno-prawnych wykonywania działalności gospodarczej);
- 5) prawo do zrzeszania się (art. 58 Konstytucji RP oraz art. 57 u.p.d.g.);
- 6) prawo do informacji (art. 54 ust. 1 Konstytucji RP);
- 7) prawo do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa i danych osobowych (na podstawie ustaw szczegółowych);
- 8) prawo do ochrony sądowej, w tym do sądu polubownego (na podstawie art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz na podstawie ustaw szczegółowych);
- 9) prawo do korzystania z pomocy publicznej (na podstawie ustaw szczegółowych);
- 10) prawo do korzystania z postępowania układowego (na podstawie ustaw szczegółowych).

C. Kosikowski wskazuje także na szeroki katalog podstawowych obowiązków przedsiębiorcy, wynikających przede wszystkim z u.p.d.g. i ustaw szczegółowych.³ Do podstawowych obowiązków przedsiębiorcy możemy zaliczyć:

- 1) rejestrację (art. 7 u.p.d.g.);
- 2) w zakresie statystyki publicznej;
- 3) oznaczenie zewnętrzne przedsiębiorstwa (art. 11 u.p.d.g.);
- 4) oznaczenie własnych towarów i usług (art. 12 u.p.d.g.);
- 5) prowadzenie rachunkowości;
- 6) dokonywanie rozliczeń pieniężnych z przedsiębiorstwami za pomocą rachunków bankowych (art. 13 u.p.d.g.);
- 7) uzyskanie zgody władzy publicznej na podjęcie i wykonywanie rodzaju działalności gospodarczej objętej reglamentacją (art. 5 u.p.d.g.);
- 8) wykonywanie działalności gospodarczej zgodnie z wymaganymi kwalifikacjami zawodowymi (art. 10 u.p.d.g.);
- 9) poszanowanie konkurencji, konkurentów i konsumentów (art. 8 u.p.d.g.);
- 10) w zakresie obrotu towarowego i nietowarowego z zagranicą;
- 11) zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz związanego z sytuacją kryzysową przedsiębiorstwa.

3 Ibidem, s. 78.

Jak widać z tego zestawienia oba katalogi obejmują prawa i obowiązki o różnym ciężarze gatunkowym – od czysto formalnych do żywotnie istotnych dla rozpoczęcia, prowadzenia i całego bytu działalności gospodarczej.

Ponieważ wykonywanie działalności gospodarczej, zgodnie z Konstytucją i ustawą o działalności gospodarczej z 1999 r., jest wolne dla każdego na równych prawach, możnaby eufemistycznie przyjąć, iż bycie przedsiębiorcą stanowi formę wolnego zawodu (oczywiście nie w rozumieniu prawa podatkowego). We wcześniejszych partiach niniejszego opracowania odniesiono się do zmian w ustawodawstwie podatkowym ograniczających przywileje lekarzy jako przedstawicieli klasycznego wolnego zawodu. Istotną rolę dla rozwoju przedsiębiorstw i przedsiębiorczości pełnią niewątpliwie menedżerowie świadczący najczęściej swoje usługi nie na zasadzie umowy o pracę, lecz umów o zarządzanie, czyli tzw. kontraktów menedżerskich. Jednakże charakter prawny tych umów i status prawny takich menedżerów budził zarówno szereg wątpliwości w doktrynie, jaki doznawał, podobnie jak w przypadku innych przedstawicieli wolnych zawodów (np. lekarzy), stopniowych restrykcji ze strony prawa podatkowego.

Rozwijając tę myśl i nawiązując do wcześniejszych rozważań odnoszących się do lekarzy, należy wspomnieć, że ci ostatni, na mocy art. 14a u.p.d.o.f., który stracił moc z dniem 01.01.2001 wskutek nowelizacji z 21.11.2000 r. (Dz.U. nr 104 poz. 1104) byli wymienieni *expressis verbis* jako przedstawiciele wolnego zawodu. Nie istniała jednakże do 01.01.2001 r. wyraźna regulacja prawna określająca status podatkowo-prawny menedżerów realizujących umowy o zarządzanie przedsiębiorstwami. Jak wspomniane wcześniej od 1995 r. wykonywanie wolnego zawodu nie stanowi już odrębnego źródła przychodów. Przychody z tego tytułu zostały zaliczone do:

- 1) działalności wykonywanej osobiście;
- 2) pozarolniczej działalności gospodarczej. Przychody z wykonywania wolnego zawodu zalicza się do przychodów z działalności wykonywanej osobiście, jeżeli:
 - a) działalność jest wykonywana osobiście,
 - b) usługi świadczone w ramach wolnego zawodu podatnik wykonuje wyłącznie na rzecz:
 - osoby prawnej, jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, lub podmiotu gospodarczego;
 - jeżeli usługi te wykonywane są wyłącznie dla potrzeb tych podmiotów i tego samego rodzaju usług podatnik nie wykonuje na rzecz ludności. Jeżeli warunki te nie są spełnione, przychody z wykonywania wolnego zawodu zalicza się do przychodów z pozarolniczej działalności gospodarczej.⁴

4 L. Etel, S. Prutis: Umowa o zarządzanie przedsiębiorstwem (status prawny zarządcy). PPH 1995/11/20; R. Pęk: Opodatkowanie dochodów członków zarządu spółek kapitałowych w orzecznictwie SN i NSA, Glosa 2000/4/12; Rybaczyk P. Kwalifikacja prawnopodatkowa wykonywania funkcji w zarządzie spółki kapitałowej – „kontrakty menedżerskie”, cz. I. Dor. Podat. 1998/5/13; Z. Kubot: Kwalifikacje prawne kontraktów menedżerskich członków zarządu spółek kapitałowych. (PiZS 2/2000, s. 4–8).

Przychód dla celów podatkowych ustalano w tym przypadku według zasad przewidzianych dla działalności gospodarczej, z tym że nie zaliczano do przychodów kwot należnych, lecz nie otrzymanych (art. 14 ust. 3 pkt. 2 u.p.d.o.f. w brzmieniu obowiązującym do końca 2000 r.). Również kwoty otrzymane, ale postawione do dyspozycji, były przychodem z wykonywania wolnego zawodu, jeżeli przychód z tego tytułu zaliczano do przychodów z działalności wykonywanej osobiście. Na uwagę zasługuje tu pogląd wyrażony przez NSA w wyroku z 20. czerwca 1997 r. (III S.A. 248/96)⁵, w którym czytamy: „przyjęcie przez organ samorządowy zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej wykonywanej przez konkretny podmiot nie przesądza o sposobie opodatkowania uzyskanych przez ten podmiot przychodów lub dochodów.”

Wyroki NSA z 6. grudnia 1996 r. (III S.A. 68/96, nie publ.) oraz z 26. lutego 1998 r. (S.A./Bk 1348/96, nie publ.) uzasadniają natomiast stwierdzenie, że elementem pozwalającym na odróżnienie wykonywania wolnego zawodu jako działalności gospodarczej albo też działalności wykonywanej osobiście jest to, czy podatnik świadcząc swe usługi wykorzystywał do tego celu zatrudnionych przez siebie pracowników. Warto również wskazać, iż w wyroku NSA z 18. września 1997 r. (S.A./Po 328/97, nie publ.) sąd zwrócił uwagę, iż „kwota należna powinna być odniesiona do świadczeń spełnionych (wykonanych); wystawienie rachunków równocześnie z otrzymaniem zlecenia i przed jego wykonaniem nie może wywoływać skutków podatkowych w podatku dochodowym”.

Należy wskazać na występujące w literaturze przedmiotu wątpliwości co do możliwości wykonywania usług menedżerskich w ramach prowadzonej działalności gospodarczej jako przedsiębiorca. Możliwość taką wyklucza wyraźnie A. Bierć.⁶

Wątpliwości te podziela Z. Kubot pisząc „Godzi się nadmienić, że członek zarządu spółki kapitałowej, z którym zawarto umowę o zarządzanie jako przedsiębiorcą, prowadzi sprawy spółki i reprezentuje ją jako piastun organu osoby prawnej. Działając w tym zakresie „za spółkę”, członek zarządu nie uczestniczy więc w obrocie gospodarczym jako przedsiębiorca. Inaczej mówiąc, nie działa tu we własnym imieniu i na własny rachunek. Nie jest możliwe, aby prowadzenie spraw spółki i reprezentowanie jej odbywało się przez członka zarządu działającego jednocześnie jako piastun organu osoby prawnej i jako przedsiębiorca. Czynności piastuna organu osoby prawnej są rozdzielone od czynności podejmowanych przez przedsiębiorcę: dana czynność dokonywana jest przez piastuna organu osoby prawnej „za spółkę” albo przez przedsiębiorcę („w imieniu własnym”). Rola zarządcy – przedsiębiorcy odnoszona do członka zarządu spółek kapitałowych okazuje się dość swoista i nietypowa w porównaniu z klasycznym przedsiębiorcą pro-

5 Mon. Pod. 1998, nr 2, poz. 59.

6 A. Bierć: Sytuacja prawna przedsiębiorcy. Zagadnienia wybrane, „Studia Prawnicze” 1999, nr 3, s. 28.

wadzącym działalność gospodarczą na własny rachunek. Członek zarządu, który zawarł ze spółką umowę o zarządzanie jako przedsiębiorca prowadzi sprawy spółki jako piastun organu. Nie podważa to bynajmniej sensu stosowania takich umów. Istotą umów o świadczenie usług menedżerskich będzie bowiem na ogół prowadzenie spraw innego podmiotu w jego imieniu (w przypadku menedżerów – piastunów organu osoby prawnej „za podmiot”, „za osobę prawną”), a nie w imieniu menedżera (firmy zarządzającej).⁷

W wydanym w prowadzonej przeze mnie sprawie wyroku NSA O/Zamiejsco-wy w Białymstoku z dnia 28. stycznia 2003 r. (SA/Bk 509/02 – niepubl.) sąd ten wyraźnie zajął i uzasadnił stanowisko, iż czynności menedżerskie stanowią wykonywanie wolnego zawodu. Jak wskazał sąd, zarówno w stanie prawnym obowiązującym przed dniem 1 stycznia 2001 r. jak i wprowadzonym ustawą z dnia 9. listopada 2000 r. (Dz.U. nr 104, poz.1104) przychody osiągane z wykonywania wolnego zawodu mogły być kwalifikowane zarówno jako uzyskiwane z działalności wykonywanej osobiście, jak i z pozarolniczej działalności gospodarczej. Jednakże sąd podniósł także istotną okoliczność, iż: „Gdyby jednak jego czynności ocenić jako działalność gospodarczą z tytułu wykonywania wolnego zawodu, to zgodnie z wyjątkiem wskazanym w art. 14 ust. 3 pkt. 2 od zasady z art. 14 ust. 1 pkt. 1 ustawy przychodem jego byłyby również tylko kwoty należne i otrzymane”. Jednakże w wyroku NSA w Warszawie z dnia 13. grudnia 2002 r. (III S.A. 769/01 – niepubl.) uznano w danej sprawie (gdzie skarżącym tym razem było przedsiębiorstwo, które zawarło kontrakt menedżerski z reprezentowanym przeze mnie menedżerem), iż kontrakt menedżerski miał charakter działalności gospodarczej ze względu na jej rejestrację w ewidencji, zorganizowany, stały i powtarzalny charakter.

Tego typu rozbieżne orzecznictwo nie ułatwia zawierania kontraktów między przedsiębiorstwami a zarządzającymi nimi menedżerami – z jednej strony zgodnie z zasadą cywilistycznej swobody umów, z drugiej zaś – bez narażania się na niekorzystne skutki podatkowe. W obecnym stanie prawnym w dniu 16. stycznia 2003 r. Minister Finansów – w celu zapewnienia jednolitego stosowania prawa – dokonał interpretacji (Nr PB2/MK–033–038–177/03) w sprawie art. 9 ust. 1 i 2 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, czyli opodatkowania przychodów osiąganych na podstawie kontraktów menedżerskich. Dla wszystkich podatników podatku dochodowego od osób fizycznych podstawową formą opodatkowania podatkiem dochodowym są zasady ogólne.

Art. 13 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych zawiera katalog przychodów osiąganych z działalności wykonywanej osobiście, określonej w art. 10 ust. 1 pkt 2 ustawy, w tym przychody z tytułu osobiście wykonywanej

7 Z. Kubot: Umowy o zarządzanie członków zarządu spółek kapitałowych. Warszawa – Zielona Góra 1998, str. 205, 206 i 207.

działalności na podstawie kontraktu menedżerskiego, lub umów o podobnym charakterze.

Minister Finansów uznał, że na podstawie art. 9a ust. 2 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych wyboru jednej z form opodatkowania, tj. zasad ogólnych, ryczałtu od przychodów ewidencjonowanych bądź karty podatkowej, mogą dokonać jedynie ci podatnicy, którzy prowadzą pozarolniczą działalność gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

Według dokonanej interpretacji osoby wykonujące działalność osobiście na podstawie kontraktu menedżerskiego lub umów o podobnym charakterze nie wykonują pozarolniczej działalności gospodarczej w rozumieniu ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, nie mogą skorzystać z możliwości wyboru innej formy opodatkowania i złożyć oświadczenie o wyborze ryczałtu od przychodów ewidencjonowanych. Reasumując, Minister Finansów stwierdził, iż dochody tych osób podlegają opodatkowaniu na ogólnych zasadach, tj. przy zastosowaniu skali podatkowej, jako przychody z działalności wykonywanej osobiście, określone w art. 13 pkt 9 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

Jak wskazywano wcześniej system prawny danego państwa nie kreuje wolności gospodarczej ani też nie przyznaje jej przedsiębiorcom. Zakreśla natomiast jej granice, wskazując na ograniczenia i sposoby korzystania z wolności, a także ustanawia prawne gwarancje.⁸ Prawo działalności gospodarczej używa zwrotu wolność gospodarcza „dla każdego” w celu podkreślenia podmiotowego zakresu wolności gospodarczej, aczkolwiek nie rozumianego w sposób bezwzględny. Jak podnosi się w literaturze przedmiotu wolność gospodarcza stanowi wiązkę swobód dotyczących podejmowania, organizacji i prowadzenia działalności gospodarczej.⁹

Niewątpliwie swoboda podejmowania, organizowania działalności gospodarczej należy do najważniejszych pozycji w katalogu praw socjalnych i ekonomicznych, które według D. Watsona powinny spełniać trzy kryteria:¹⁰

- A) powinny przejść test praktyczności, to znaczy możliwe jest (przynajmniej częściowe) zagwarantowanie tego prawa każdemu;
- B) powinny spełniać wymóg szczytowej ważności, tj. pozbawienie ich stanowi „ciężki afront dla sprawiedliwości”;
- C) muszą posiadać walor uniwersalności, co oznacza, że prawo musi być posiadane przez każdego od urodzenia.

8 Tamże, s. 170.

9 Por. A. Walaszek–Pyziol: Wolność gospodarcza..., op. cit., s. 107–108.

10 D. Watson: Welfare Rights & Human Rights, w: „Journal of Social Policy”, vol. 6, 1977, s. 31–46.

Oceniając realizację zasady wolności gospodarczej w kontekście praw i obowiązków przedsiębiorcy należałoby dokonać ich wartościowania i zbadania czy między nimi zachodzi równowaga umożliwiająca przejście przez tę zasadę konstytucyjną testu praktyczności. Test ten, zgodnie z poglądem D. Watsona, wymaga przyznania prawu gwarancji jego realizacji.

Deklaracja ustawodawcy wyrażona przede wszystkim w art. 22 Konstytucji RP ma skłaniać do przyjęcia założenia, iż wolność gospodarcza powinna posiadać walor uniwersalności, przy modyfikacji założenia tego autora wynikającej z faktu, iż prawo do podjęcia działalności gospodarczej przysługuje w Polsce każdemu Polakowi posiadającemu pełnię praw obywatelskich. Podobnie umieszczenie zasady wolności działalności gospodarczej w katalogu podstawowych praw obywatelskich w Konstytucji RP z 1997 r. sugerowałoby, iż swoboda ta spełnia kryterium „szczytowej ważności”. Jednakże przegląd ustawodawstwa, orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego, NSA i sądów powszechnych, dokonana w niniejszej monografii, nie pozwala na pozytywną weryfikację tych hipotez.

Odnosnie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wcześniejsze rozważania wskazują, iż ustawy ograniczające bądź niekiedy naruszające *meritum* swobody działalności gospodarczej, mimo generalnie pozytywnych deklaracji tego sądu konstytucyjnego, nie zawsze spotkały się z konsekwentnym ich wypełnianiem. Jak wskazano w podsumowaniu rozdziału II opracowania podstawowym kryterium oceny konstytucyjności zaskarżonych przepisów było spełnienie wymogów „pryzwoitej legislacji” przy ich uchwalaniu. Trybunał w takich przypadkach nawiązywał do zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, zachowania odpowiedniej *vacatio legis*, ochrony praw nabytych, zakazu retroakcji, czy dostatecznej jasności i przejrzystości przepisów. U podstaw uchylecia przez Trybunał przepisów ingerujących w swobodę działalności gospodarczej leżało najczęściej niezachowanie przez ustawodawcę wymogów przyzwoitej legislacji. Natomiast w płaszczyźnie rachunku aksjologicznego zasada swobody gospodarczej dość często ustępowała innym wartościom chronionym konstytucyjnie, w szczególności różnym postaciom „ważnego interesu publicznego” bądź „dobra wspólnego”.

Swobodzie gospodarczej najczęściej przeciwstawiano w orzecznictwie Trybunału takie wartości jak troska o dochody państwa, a w szczególności art. 84 Konstytucji RP nakładający na obywateli obowiązek ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków określonych w ustawie, równowagę finansów publicznych, względną swobodę ustawodawcy w kształtowaniu dochodów i wydatków państwa, ideę solidaryzmu społecznego, obowiązek ponoszenia przez przedsiębiorców kosztów transformacji, zasady współżycia społecznego czy niemajątkowy interes publiczny w postaci wychowania w trzeźwości i zapobiegania alkoholizmowi bądź też ochrona porządku publicznego.

Nie wydaje się wystarczająca argumentacja Trybunału Konstytucyjnego w sferze ustawodawstwa dotyczącego ubezpieczeń społecznych, iż urzeczywistnienie prawa do zabezpieczenia społecznego i zabezpieczenie finansów publicznych usprawiedliwia nieprzestrzeganie zasady wzajemności i odejścia od wymogu zachowania między wysokością opłaconych składek a wysokością świadczeń.

W szeregu orzeczeń Trybunał uznał także dopuszczalność, w wyjątkowych okolicznościach, wprowadzania odstępstw nie tylko od zasady odpowiedniego *vacatio legis*, lecz nawet zakazu nie działania prawa wstecz (*lex retro non agit*), jeżeli przemawiała za tym konieczność realizacji innej zasady konstytucyjnej, a jednocześnie realizacja tej zasady nie była możliwa bez wstecznego działania prawa.

W rezultacie więc w znacznej ilości orzeczeń Trybunał Konstytucyjny przeszedł niejako do porządku dziennego nad ustawodawstwem nie spełniającym wymogów przyzwoitej legislacji, jeśli – jego zdaniem – pozwalały na to inne wartości i zasady konstytucyjne.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu¹¹ analiza zasady wolności działalności gospodarczej prowadzi do wniosku, że obejmuje ona zespół norm konstytucyjnych wyznaczających władzom publicznym, w szczególności samemu ustawodawcy, zakazy arbitralnej ingerencji w sferę zachowań podmiotów gospodarczych. Należałoby z niej wywnioskować również nakazy podejmowania takich działań, które mają na celu ochronę wolności. Chodzi przede wszystkim o normy wyznaczające kierunki prawotwórstwa.

Zdaniem J. Ciapały¹² złożoność zasady wiąże się z tym, że normy prawne wyprowadzamy z nader nieostrego przepisu art. 20 Konstytucji, traktującego o społecznej gospodarce rynkowej, który (tak jak i art. 22) stanowić powinien podstawowy „zrąb treściowy” zasady prawa. Jednak do pełnej analizy niezbędna staje się także rekonstrukcja wielu norm merytorycznych ujętych w kilkunastu przepisach konstytucji – zarówno tych, które mają kluczowe znaczenie dla wolności i praw człowieka (w tym i wyprowadzanych z postanowień rozdziału o finansach publicznych), jak tych, które kwalifikujemy jako tzw. normy programowe o nader złożonej wartości normatywnej.

Przegląd orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego dokonany w niniejszej pracy pozwala na poczynienie w tej kwestii pewnych uwag krytycznych. Po pierwsze, owe ważne formy interesu publicznego powodujące ograniczenia zasady wolności działalności gospodarczej nie są najczęściej *expressis verbis* ujęte w przepisach Konstytucji, lecz są niejako konstruowane przez Trybunał w drodze stosunkowo

11 J. Ciapała: Konstytucyjna zasada wolności działalności gospodarczej, RPEi S 2001/4/15.

12 Tamże.

swobodnej interpretacji szeregu przepisów. W rezultacie tworzone są normy o dużym stopniu ogólności, budowane w oparciu o pojęcia niedookreślone, nieostre. Za słuszny należy uznać przytoczony pogląd o nieostrości art. 20 Konstytucji, określającego (w połączeniu z jej art. 22) istotę wolności gospodarczej ujmowaną zresztą od strony negatywnej, jako zakaz arbitralnej ingerencji państwa w tę swobodę. Jednakże jeśli dokonać subsumpcji tych wyznaczników (nieostrość prawa i nieostrość jego ograniczeń) trudno przyjąć, iż istnieją konkretne gwarancje jego przestrzegania zarówno przez ustawodawcę jak i organy stosujące prawo. Za oczywistą można uznać konstatację, iż prawo ma charakter podmiotowy, jeśli uprawnieniu przedsiębiorcy odpowiada obowiązek jego przestrzegania przez państwo i jego organy.

Po drugie, jak wskazano wcześniej, prawo nie tworzy wolności gospodarczej jako wiązki swobód przysługujących przedsiębiorcy, a jedynie powinno powstrzymać się przed nadmiernym jego ograniczaniem. Dlatego też wskazany wyżej postulat dotyczący podejmowania działań przez ustawodawcę, działań mających na celu ochronę wolności gospodarczej, można rozumieć z jednej strony jako wspomniany zakaz nadmiernej ingerencji (ochrona przed państwem, tworzonym przez nie prawem i organami je stosującymi) z drugiej zaś – jako aktywne działania ustawodawcy mające na celu ochronę wolności gospodarczej przed zagrożeniami praw przedsiębiorcy pochodzącymi od innych podmiotów niż państwo. W szczególności chodzi tu o nieuczciwe działania innych przedsiębiorców, funkcjonariuszy publicznych, związków zawodowych i innych podmiotów, które można uznać za niezgodne z prawem lub stanowiące jego nadużycie. Odnosząc się jednak do funkcji regulacyjnej państwa, należałoby objąć nią także działania organów państwa realizujące jego dominium w sferze gospodarczej, a budzące wątpliwości odnośnie zgodności z Konstytucją bądź prawem powszechnym.

Prawo sprawiedliwe dla przedsiębiorców powinno gwarantować zarówno sprawiedliwość materialną sprowadzającą się do stanowienia norm prawnych spełniających wymogi przyzwoitej legislacji, prawa jasnego, zrozumiałego i stabilnego, a także sprawiedliwość proceduralną polegającą z jednej strony na prawidłowym stosowaniu prawa przez organy państwa, z drugiej zaś na przyznaniu przedsiębiorcom środków prawnych do obrony swoich interesów. W szczególności chodzi o jak najszersze zagwarantowanie określonego w art. 45 Konstytucji RP prawa do sądu.

Nawiązując do katalogu praw i obowiązków przedsiębiorcy, określonego przez C. Kosikowskiego, należy wskazać, iż powinny one pozostawać w pewnej równowadze.

Parafrazując znaną maksymę rzymską *do ut des* koniecznym jest wskazanie, że przedsiębiorcy uznani przez Konstytucję RP za filar społecznej gospodarki ryn-

kowej mogą w zamian za swój wkład w jej rozwój oczekiwać respektowania swoich praw.

Przykładowo: w katalogu tym nie jest wymieniony oczywisty obowiązek przedsiębiorców, jakim jest płacenie podatków i ponoszenie innych danin publicznych. Obowiązek ten, zgodnie z zasadą powszechności opodatkowania, dotyczy wprawdzie ogółu obywateli, lecz ciężar jego ponoszenia spoczywa przede wszystkim na przedsiębiorcach. Realizujący ten obowiązek przedsiębiorcy liczą na jasne reguły gry podatkowej określane przez precyzyjne prawo podatkowe liczące się z realiami prowadzenia działalności gospodarczej oraz obiektywizm organów stosujących to prawo. W tym kontekście należy podkreślić (na wskazaną wcześniej) wzmożoną ingerencję prawa podatkowego i rosnące uprawnienia organów skarbowych w innych dziedzinach prawa, jak prawo handlowe czy cywilne. Przykładem tego w sferze procesowej są chociażby zmiany Ordynacji podatkowej wprowadzone od 01.01.2003 r. na mocy ustawy z 12.09.2002 r. (Dz.U. nr 169 poz. 1387), a w szczególności art. art. 24a. stanowiący iż: § 1. Organy podatkowe i organy kontroli skarbowej, dokonując ustalenia treści czynności prawnej, uwzględniają zgodny zamiar stron i cel czynności, a nie tylko dosłowne brzmienie oświadczeń woli złożonych przez strony czynności.

Z kolei § 2 art. 24a stwierdza, jeżeli strony, dokonując danej czynności prawnej, ukryły inną czynność prawną, organy podatkowe i organy kontroli skarbowej wywodzą skutki podatkowe z ukrytej czynności prawnej.

Tego typu regulacja, w zasadzie sankcjonująca dotychczasową linię NSA, niewątpliwie nie służy bezpieczeństwu prawnemu w obrocie gospodarczym przyczyniając się do ogólniejszego w naszym kraju zjawiska jakim jest fakt, iż ryzyko prawne przy prowadzeniu działalności gospodarczej przynajmniej dorównuje ryzyku ekonomicznemu, o ile go nie przewyższa.

Wspomniana nowelizacja osłabiła także gwarancyjną funkcję urzędowych interpretacji prawa podatkowego przez Ministra Finansów, przewidzianych przez art. 14 ordynacji podatkowej. Do 31.12.2002 r. przepis art. 14 § 6 ordynacji zapewniał, iż zastosowanie się podatnika do urzędowej interpretacji prawa podatkowego nie może mu szkodzić. W obecnym stanie prawnym § 3 art. 14 stanowi wprawdzie, iż zastosowanie się przez podatnika, płatnika lub inkasenta do interpretacji prawa podatkowego, o której mowa w § 2, nie może im szkodzić, jednakże nie zwalnia ich z obowiązku zapłaty podatku. W takim przypadku nie wszczyna się postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe, a postępowanie wszczęte w tych sprawach umarza się, nie nalicza się odsetek za zwłokę i nie ustala dodatkowego zobowiązania w rozumieniu przepisów o podatku od towarów i usług – w zakresie wynikającym z zastosowania się do interpretacji. Zastosowanie się podatnika, płatnika lub inkasenta do interpretacji prawa podatkowego, o której mowa w § 2, może stanowić przesłankę do umorzenia zaległości podatko-

wych, zgodnie z art. 67, jeżeli zaległości te powstały na skutek zastosowania się do takiej interpretacji.

Powyższe tendencje w ustawodawstwie podatkowym podałem jedynie przykładowo, gdyż – zgodnie z założeniem przyjętym w niniejszej pracy – analiza tego ustawodawstwa nie jest jej przedmiotem. Jednakże dokonany przegląd orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, odnoszącego się do sfery finansów publicznych udowadnia, iż właśnie w tej dziedzinie dochodzi do najliczniejszych faktów łamania wymogów przyzwoitej legislacji, które nie zawsze spotykają się ze stanowczą reakcją Trybunału. W tym kontekście za znaczne zagrożenie dla przedsiębiorców można uznać sygnalizowaną tendencję orzecznictwa polegającą na przyjęciu odpowiedniego stopnia natężenia niejasności legislacyjnej, którego przekroczenie dopiero może skutkować uchyleniem zaskarżonej regulacji.

W ustawodawstwie, linii orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego, sądów powszechnych i SN można doszukać się także tendencji do sankcjonowania naruszeń przez ustawodawcę konstytucyjnej zasady równości obywateli wobec prawa, określonej w art. 32 Konstytucji RP. Podstawą takich orzeczeń Trybunału była koncepcja, iż istotą zasady równości jest równe traktowanie wszystkich podmiotów charakteryzujących się w równym stopniu daną cechą istotną (relewantną). Upraszczając sprawę – zakłada ona, że równe względem prawa mogą być tylko podmioty podobne. Tego typu założenie ustanawia pewne płynne, nie znajdujące uzasadnienia w dosłownym brzmieniu Konstytucji, a w szczególności jej art. 32 kryterium oceny konstytucyjności regulacji prawnych, niewątpliwie zwiększając stopień uznaniowości i arbitralności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Przykładowo wypada wskazać chociażby na sankcjonowanie przez Trybunał uprzywilejowania banków w stosunku do zwykłych przedsiębiorców, ze względu na pełnioną przez banki szczególną funkcję społeczną. Pogląd ten jest kwestionowany w doktrynie, która wskazuje, iż można mieć obiekcje, czy art. 5 ust. 5 pr. bank. stwierdzający, iż „jednostki organizacyjne inne niż banki mogą wykonywać czynności określone w ust. 1, jeżeli przepisy odrębnych ustaw uprawniają je do tego”, jest zgodny z Konstytucją, która w art. 22 stanowi, że: „ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”. Artykuł 5 ust. 5 pr. bank. w istocie odwraca bowiem zasadę wyrażoną w art. 22 Konstytucji¹³.

Zdaniem A. Janiaka zakaz wykonywania czynności stricte bankowych [takich jak udzielanie gwarancji w trybie art. 391 kc., poręczeń w rozumieniu art. 876 kc. lub art. 30 pr. weksl. oraz przeprowadzanie niebankowych rozliczeń pieniężnych przy wykorzystaniu instytucji przekaza z art. 921(1) kc.] przez podmioty nie

13 A. Janiak: Zakres czynności zastrzeżonych wyłącznie dla banków, Prawo bankowe 2002/3/29.

mające zezwolenia KNB ma raczej na celu ochronę sektora bankowego przed konkurencją innych podmiotów, aniżeli jakiś godny ochrony interes publiczny¹⁴.

Trybunał nawiązywał także do idei solidarności, o której mowa w art. 20 Konstytucji RP, która oznacza konstytucyjny obowiązek wspólnego ponoszenia przez partnerów społecznych kosztów transformacji. Zdaniem Trybunału art. 1 Konstytucji określający Rzeczpospolitą jako wspólne dobro wszystkich obywateli należy rozumieć w ten sposób, że wszyscy obywatele, a w szczególności przedsiębiorcy są w stopniu odpowiednim do swoich możliwości zobowiązani do poświęcania swoich interesów dla dobra wspólnego.

Ta teza Trybunału nie wydaje się wystarczająca do uzasadnienia wcześniej analizowanego przekrzywdzenia zwykłych przedsiębiorców, wynikającego z niedostatecznej ochrony ich praw na gruncie prawa karnego (np. w porównaniu z bankami i firmami ubezpieczeniowymi, bądź interesami fiskalnymi Skarbu Państwa), prawa pracy (w porównaniu z pracownikami, a szczególnie związkowcami), powodowanym także zachwianiem zasady wzajemności w sferze prawa ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych oraz szeroko rozumianego prawa gospodarczego i cywilnego.

Przechodząc do weryfikowania tych dość ogólnych spostrzeżeń w poszczególnych opisywanych tu dziedzinach prawa stwierdzić należy, iż w sferze prawa handlowego ustawodawca powinien umiejętnie zachować równowagę pomiędzy ochroną interesów wspólników i samej spółki, a jednocześnie gwarantować pewność obrotu gospodarczego. Jak wspomniano wcześniej kodeks handlowy z 1934 r. był w tej mierze dość udaną regulacją, przyznając wspólnikom dużą swobodę w tworzeniu umowy spółki, w szczególności tak popularnej jak spółka z o.o. Większość jego sformułowań miała charakter fakultatywny i statut spółki mógł je określić zgodnie z wolą wspólników. Niezbyt wysokim stopniem formalizmu (pominając wymóg formy aktu notarialnego) charakteryzował się sam proces zakładania spółki, jak i zmiana jego kształtu, szczególnie podwyższenie kapitału zakładowego.

Orzecznictwo SN, jak i zmiany ustawodawstwa doprowadziły stopniowo do wzrostu rygoryzmu i formalizmu w tej dziedzinie. Ponadto zasadę swobody działalności gospodarczej, której hołdował kodeks handlowy osłabiała ingerencja prawa podatkowego, administracyjnego, a nawet cywilnego. Ingerencja państwa w tej dziedzinie przyczyniała się w znacznej mierze do znacznego ograniczenia (o ile nie zniweczenia) czystości niektórych konstrukcji kodeksu handlowego. Tytułem przykładu można wskazać tu skomplikowaną problematykę podatkową związaną z wnoszeniem wkładu niepieniężnego i jego wyceną, czy problemy wspólników i członków zarządu jednoosobowych spółek z o.o. Również niektóre regulacje same-

14 Tamże.

go kodeksu handlowego budziły szereg kontrowersji, np. w dziedzinie podwyższania kapitału zakładowego czy zaskarżania uchwał walnego zgromadzenia. Niekiedy występowało zjawisko, sankcjonowane także przez orzecznictwo sądowe, pokrzywdzenia (przynajmniej potencjalnego) wspólników większościowych przez wspólników mniejszościowych, a nawet preferowanie interesów jednego wspólnika kosztem pozostałych i całej spółki. Jeden bądź nieliczni wspólnicy dysponujący nikłą ilością udziałów mogli zahamować bądź sparaliżować działalność spółki i jej rozwój. Można było to określić jako rządy mniejszości wbrew interesom większości.

Wprowadzony ustawą z dnia 15. września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. nr 94, poz. 1037), wraz z pakietem towarzyszących mu ustaw regulujących działalność gospodarczą przedsiębiorców: ustawa z 19. listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. nr 101, poz. 1178 z późn. zm.), ustawa z 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. nr 121, poz. 770 ze zm.) oraz ustawa z 20. sierpnia 1997 r. Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. nr 121, poz. 770 ze zm.) miały na celu przede wszystkim uporządkowanie i większe sformalizowanie prawa handlowego i gospodarczego.

Generalnie rzecz biorąc zmniejszono swobodę wspólników przy tworzeniu umowy spółki (np. zwiększony został wymagany kapitał zakładowy), sformalizowano procedury dokonywania jej zmian i podjęto próbę uregulowania statusu prawnego wspólników jednoosobowych spółek z o.o. będących członkami zarządu w stosunkach ze spółką i zewnętrznymi. Nie zawsze były to rozwiązania udane. Wymogów przyzwoitej legislacji nie spełniały w szczególności przepisy przejściowe odnoszące się do spółek cywilnych i spółek zarejestrowanych pod rządami kodeksu handlowego. Wydaje się, że również skomplikowana i sformalizowana regulacja przekształceń spółek, powodująca szereg wątpliwości w sferze prawa podatkowego, nie zachęca przedsiębiorców do korzystania z niej.

Jeśli chodzi o ustawę Prawo działalności gospodarczej z 19. listopada 1999 r., to można uznać ją za dość udany akt prawny. W porównaniu z poprzednią ustawą z 23. grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej budzące szereg kontrowersji pojęcie „podmiotu gospodarczego” zastąpiono właśnie pojęciem „przedsiębiorcy”. Zmiana ta dotyczyła kilkudziesięciu ustaw szczególnych, a zwłaszcza ustawy z 20. sierpnia 1997 r. Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym, która weszła w życie po dniu 01.01.2001 r.

Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu wprowadzenie w życie ustawowego pojęcia „przedsiębiorca” spowodowało, że w miejsce dotychczasowego pojęcia „jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej” w obiegu prawnym funkcjonują konkretnie określone jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, tj. spółka jawna i spółka komandytowa. Faktycznie oznacza to, że w ramach pojęcia „przedsiębiorca” nie ma miejsca na spółki cywilne, gdyż zgodnie z

art. 2 ust. 3 u.p.d.g za przedsiębiorców uznaje się wspólników spółki cywilnej a nie spółkę.¹⁵

Podstawowe ograniczenia swobody podejmowania działalności gospodarczej określonej w art. 5 u.p.d.g. statuują rozdziały 3 i 4. tejże ustawy odnoszące się do odpowiednio do koncesji i zezwoleń. Za podstawową różnicę między tymi formami reglamentacji działalności gospodarczej pod rządami nowej ustawy z 1999 r. uważa się w doktrynie fakt, iż w przypadku koncesji organ koncesyjny ma bardzo szeroki zakres władzy dyskrecyjnej, która pozwala mu decydować o przyznaniu koncesji lub nie. W przypadku zezwoleń, w zasadzie jeśli przedsiębiorca ubiegający się o zezwolenie spełnia wszelkie warunki przewidziane prawem, organ administracyjny właściwy do jego udzielenia ma ograniczone możliwości wydania decyzji odmownej.

Koncesje wydawane w formie decyzji administracyjnych stanowią wyjątek od zasady swobody podejmowania działalności gospodarczej i jako takie nie podlegają interpretacji rozszerzającej. Niewątpliwie nie mogą być wprowadzane w przepisach rangi podustawowej. Jak wynika z powyższego do podstawowych przyczyn wprowadzenia koncesji można zaliczyć zarówno ważny interes państwa, zagrożenie dla zdrowia i życia ludzkiego, porządku publicznego oraz konieczność kontroli działalności, której prowadzenie może stwarzać (ze względu na jej naturę) różnego rodzaju niebezpieczeństwa.

Należy podkreślić, że w porównaniu z poprzednią ustawą o działalności gospodarczej z 1988 r. w nowej ustawie z 1999 r. ustawodawca odstąpił w szeregu dziedzin od administracyjno–prawnej reglamentacji w zakresie podejmowania działalności gospodarczej (rezygnacja z wymogu koncesji i zezwoleń). Ponadto w szeregu dziedzinach odstąpiono także od koncesjonowania działalności gospodarczej, zastępując koncesje zezwoleniami jako „delikatniejszą” formę reglamentacji działalności gospodarczej. W rezultacie zakres działalności gospodarczej objętej przekształceniami koncesji w zezwolenia przy podejmowaniu działalności gospodarczej obejmuje kilkanaście dziedzin koncesjonowanych na podstawie różnych ustaw.

Jednakże, jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, w wyniku wejścia w życie u.p.d.g. osłabieniu uległa, w porównaniu z poprzednią ustawą z 1988 r. pozycja prawna ubiegających się o koncesję oraz korzystających z niej. Wynika to przede wszystkim z przyjęcia zasady wydawania koncesji na czas określony, z wprowadzenia obligatoryjności cofania koncesji w tych przypadkach, w których poprzednia ustawa przewidywała fakultatywność tego typu sankcji, jak też ze zwiększenia swobody organów koncesjonujących przy podejmowaniu decyzji o udzie-

15 M. Zdyb: jw. s. 51 i podana tam literatura. W. Kubala: Prawo działalności gospodarczej. Komentarz, Warszawa 2000, s. 47–50; C. Kosikowski: Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim, PIP nr 4/2001, s. 15–23.

leniu, ograniczeniu lub cofnięciu koncesji (przez wprowadzenie ogólnej przesłanki „inny ważny interes publiczny” – por. art. 22 ust. 3 u.p.d.g).¹⁶

Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniach odnoszących się do sfery koncesji i zezwoleń (analizowanych tu na przykładzie ustawy o wychowaniu w trzeźwości z 1982 r.) zasadniczo wyłączył działanie konstytucyjnej zasady praw nabytych w stosunku do przedsiębiorców posiadających zezwolenia na hurtowy obrót wyrobami spirytusowymi. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, wyrażonym w analizowanym wyroku z 8. kwietnia 1998 (K 10/97), podejmując się prowadzenia – w dużych rozmiarach – działalności gospodarczej, której skutki ze względu na przedmiot działalności (obróć wyrobami spirytusowymi) nie są obojętne dla interesu publicznego, przedsiębiorca nie może przyjmować założenia, że przyznane mu na czas nieokreślony uprawnienia nigdy nie będą mogły być przez ustawodawcę ograniczone tak w aspekcie merytorycznym, jak i czasowym. Hipotetyczne zagrożenie utratą przyszłych korzyści nie może być przez jednostkę skutecznie przeciwstawiane względem ochrony interesu publicznego, zwłaszcza gdy ten ostatni nie ma wymiaru majątkowego.

Natomiast w wyroku z 10. października 2001 r. (K 28/01) Trybunał Konstytucyjny, wskazując na zróżnicowane tendencje legislacyjne w zakresie koncesjonowania wskazał na fakt, iż ustawodawca najpierw znacznie ograniczył rolę państwa w gospodarce, następnie postanowił ją ponownie zwiększyć poprzez rozbudowanie katalogu dziedzin gospodarczych podlegających koncesjonowaniu. W tym przypadku zwyciężyła jednak linia orzecznictwa Trybunału afirmująca regułę *lex retro non agit*, wskutek czego uchylono przepisy dokonujące z mocą wsteczną zmian w sferze reglamentacji działalności gospodarczej. Za szczególnie ważne i uniwersalne należy uznać stwierdzenie Trybunału, iż zasada określona w art. 1 Konstytucji RP jest postulatem zarówno pod adresem ustawodawcy jak i wszystkich obywateli, nie może być natomiast uznana za ogólną przesłankę sanowania wad procesu legislacyjnego. Nadmiernie uproszczona interpretacja tej zasady prowadzić mogłaby bowiem w konsekwencji do swoistego usprawiedliwienia wszelkich naruszeń konstytucji w imię ochrony wspólnego dobra.

Jeśli chodzi o zakończenie działalności gospodarczej, to niewątpliwie należy podzielić pogląd wyrażony w orzecznictwie SN, iż zasada swobody prowadzenia działalności gospodarczej oznacza m.in. swobodę powzięcia decyzji o jej zaprzestaniu, gdyż nie można na przedsiębiorcę nałożyć obowiązku kontynuowania działalności gospodarczej chociażby ze względu na interes odbiorców. Dokonana w pracy analiza wskazuje na różnoraki charakter przyczyn zakończenia działalności gospodarczej, bądź w drodze suwerennej decyzji przedsiębiorcy o jej zaprzestaniu motywowanej względami ekonomicznymi, bądź też wskutek przymusu wyni-

16 D.R. Kijowski: op. cit., s. 153.

kającego z prawa (przede wszystkim upadłościowego), decyzji administracyjnych albo orzeczeń sądów. Wydaje się, że przegląd instytucji prawa upadłościowego uregulowanego w dekrecie z 1934 r. (i wielokrotnie nowelizowanego) oraz oparte go na nim orzecznictwa sądowego pozwala zasadnie przyjąć tezę, iż prawo to stwarzało dość rozsądny kompromis pomiędzy ochroną praw przedsiębiorców – wierzycieli a interesami upadłego dłużnika. Jednakże również w tym przypadku widać negatywny wpływ prawa podatkowego na prawo gospodarcze przejawiające się chociażby w innym definiowaniu takich pojęć jak zakończenie działalności gospodarczej czy likwidacja oraz uznające upadłego nadal za podmiot zobowiązań podatkowych.

Jeśli chodzi o nowe prawo upadłościowe i naprawcze wprowadzone ustawą z 28. lutego 2003 r. (Dz.U. nr 60 poz. 355), to stanowi ono dość udany kompromis między wzmoczoną ochroną praw wierzycieli a interesami uczciwych dłużników. Pozytywnie – z punktu widzenia wierzycieli – należy ocenić ułatwienia we wszczęciu postępowania upadłościowego i instytucję natychmiastowego zabezpieczenia majątku dłużnika. Z kolei dłużnicy na bieżąco spłacający swoje zobowiązania a zagrożeni niewypłacalnością będą mogli prowadzić postępowanie naprawcze, pod warunkiem przygotowania planu naprawczego obejmującego restrukturyzację zobowiązań, majątku i zatrudnienia. Natomiast upadłe osoby fizyczne, które przed upadłością solidnie prowadziły swoje interesy, mogą liczyć na to, że sąd w postanowieniu o zakończeniu postępowania upadłościowego obejmującego likwidację całego ich majątku może na ich wniosek orzec o umorzeniu w całości lub części zobowiązań. Pozytywnie należy ocenić wzmoczoną prawno–karną ochronę wierzycieli w postępowaniu upadłościowym przewidzianą przez przepisy tejże ustawy, zagrażające sankcją od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności działania dłużnika i innych osób, które utrudniają wszczęcie i prowadzenie postępowania upadłościowego.

Jednak także w nowym prawie upadłościowym i naprawczym o nierówności wobec prawa zwykłych przedsiębiorców – wierzycieli i Skarbu Państwa oraz ZUS może świadczyć preferowanie należności publicznoprawnych w postępowaniu upadłościowym przez umieszczenie ich w uprzywilejowanej I i II kategorii wierzytelności. Podobna preferencja wynika zarówno z prawa jak i analizowanego orzecznictwa sądowego w przypadku wzmoczonej ochrony roszczeń pracowniczych i Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

Jeśli chodzi o prawo karne to trudno podzielić cytowany wcześniej pogląd O. Górniok, iż przepisy karne chroniące obrót gospodarczy udzielają takiej ochrony w równym stopniu wszystkim jego uczestnikom. Pomijając słabości tej dziedziny prawa karnego sygnalizowane w literaturze przedmiotu, takie jak kazuistyczność i nieczytelność przepisów przysparzające trudności w ich stosowaniu przez organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości, oraz powielanie niekiedy przez nie tradycyjnych

norm prawa karnego o podobnym *ratio legis*¹⁷ (np. oszustwo) należy wskazać, iż udzielają one wzmoczonej ochrony tak silnym przedsiębiorcom jak banki czy firmy ubezpieczeniowe. W przypadku takich przestępstw jak oszustwo kredytowe (art. 297 kk.) i oszustwo ubezpieczeniowe (art. 298 kk.) ustawodawca zmodyfikował znamiona klasycznego oszustwa z art. 286 kk., osłabiając w pewien sposób gwarancyjną funkcję prawa karnego. W szczególności w przypadku oszustwa kredytowego zrezygnował ze znamienia wyrządzenia szkody, statuując je jako przestępstwo bezskutkowe, należące do grupy typów zagrożenia abstrakcyjnego. Rozszerzył także zakres podmiotowy i przedmiotowy karalności, obejmując nim m.in. zachowania polegające na niezrealizowaniu celów, na jakie udzielający świadczenia (kredytu, dotacji, subwencji) przeznaczył je, a także obejmując kręgiem penalizacji nie tylko starających się o kredyt (dotacje, subwencje), lecz także pracowników banków i instytucji kredytowych. Z kolei przedmiotem ochrony przestępstwa oszustwa ubezpieczeniowego z art. 298 jest „ponadindywidualny interes społeczny wyrażający się w funkcjonalnej i socjalnej sprawności instytucji ubezpieczeń społecznych oraz interesów majątkowych poszczególnych ubezpieczycieli realizujących zadania tej instytucji”.¹⁸

Z punktu widzenia interesów ubezpieczyciela oraz instytucji ubezpieczenia jest to przestępstwo z abstrakcyjnego zagrożenia, zaś do jego zaistnienia nie jest konieczne ani podjęcie działań prowadzących bezpośrednio do uzyskania kwoty ubezpieczenia (tj. złożenia wniosku o odszkodowanie), ani tym bardziej uzyskanie od ubezpieczyciela odszkodowania. Jak wskazuje się w literaturze, kształt jurydyczny przestępstwa oszustwa ubezpieczeniowego odpowiada karalnej czynności przygotowawczej, która nie musi być traktowana jako usiłowanie wyłudzenia kwoty odpowiadającej sumie, na jaką dany podmiot jest ubezpieczony.¹⁹ W komentarzach wskazuje się także na możliwość kumulatywnego zbiegu przepisów art. 298 i klasycznego oszustwa z art. 286 kk., gdy po umyślnym spowodowaniu zdarzenia sprawca dopuszcza się oszukańczych zabiegów, pozorując losowe przyczyny tego zdarzenia, uzasadniające wypłatę odszkodowania. W tym wypadku nie następuje jednak pozoracja całego zdarzenia, lecz jedynie wprowadzenie w błąd co do jego przyczyn.²⁰

O wzmoczonej ochronie firm ubezpieczeniowych świadczy również fakt, iż sprawcą przestępstwa z art. 298 kk. może być każda osoba powodująca zdarzenie mogące być podstawą do wypłaty odszkodowania. Oszustwa ubezpieczeniowego

17 P. Kruszyński, P. Mierzejewski: Karno–prawna ochrona obrotu gospodarczego, w: Z problematyki prawa karnego (P. Hofmański – red.), Białystok 1994, s. 141–142.

18 O. Górniok: Prawo..., s. 34.

19 P. Kardas: w: Kodeks..., s. 330–331, A. Pyka: Oszustwo asekuracyjne, M. Prawn. 1999, nr 9, s. 14; B. Salata: Oszustwa ubezpieczeniowe (wybrane zagadnienia), Prok. i Pr. 1999, nr 5, s. 53.

20 W. Jaroch: Przestępstwa ubezpieczeniowe, M. Prawn. 1998, nr 11, s. 422.

może dopuścić się każda osoba, która będąc stroną umowy ubezpieczenia powoduje zdarzenie dające jej podstawę do wypłaty odszkodowania, jak też osoba nie związana umową ubezpieczenia, powodując zdarzenie stanowiące podstawą wypłaty ubezpieczenia dla innego podmiotu.²¹

Jak wynika z powyższego zarówno oszustwo kredytowe (art. 297 kk.), jak i oszustwo ubezpieczeniowe (art. 298 kk.) odróżnia od klasycznego oszustwa z art. 286 kk. przede wszystkim brak znamienia szkody jako warunku karalności ich sprawców, gdyż są to zasadniczo przestępstwa z abstrakcyjnego zagrożenia.

Tak więc można mówić o pewnym prewencyjnym oddziaływaniu przepisów chroniących instytucje kredytowe i ubezpieczeniowe. Z punktu widzenia procesu karnego fakt, iż oszustwa kredytowe i ubezpieczeniowe stanowią przykład uproszczonych form penalizacji („odcięte znamienie skutku”) zwalnia organy procesowe od udowadniania rozmiarów szkody, co wiąże się w przypadku tradycyjnego oszustwa bądź innych przestępstw przeciwko mieniu niekiedy z wieloma trudnościami. Wszystko to świadczy o niewątpliwym preferowaniu interesów tak silnych podmiotów gospodarczych, jakimi są instytucje kredytowe i firmy ubezpieczeniowe nad interesy przeciętnych przedsiębiorców występujących w obrocie gospodarczym.

Natomiast w przypadku pozostałych przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu możemy mówić o większym sprecyzowaniu ich znamion ustawowych i – co do reguły – ustanowienia znamienia szkody jako warunku odpowiedzialności sprawcy. Tak więc w sytuacjach, gdy prawo karne chroni interesy jednego przedsiębiorcy przed bezprawnymi działaniami innego przedsiębiorcy występuje bardziej konsekwentne przestrzeganie gwarancyjnej funkcji prawa karnego. Z tego względu ustawodawca, traktując prawo karne jako *ultima ratio* – poza zakresem penalizacji pozostawił szereg zachowań nagannych i nieuczciwych (np. w dziedzinie naruszeń praw wierzycieli), które jednak nie są opatrzone sankcją karną. Podobnie funkcję ostatecznego środka spełnia prawo karne w przypadku czynów z zakresu nieuczciwej konkurencji, hołdując zasadzie odpowiedzialności cywilnej za naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

Jeśli chodzi o możliwości dochodzenia przez przedsiębiorców ich roszczeń cywilnych i gospodarczych, to wcześniejsze rozważania pozwalają wysnuć ogólną tezę, iż zarówno sprawny przebieg postępowania cywilnego, jak i prawidłowość kończących je rozstrzygnięć pozbawione są zasadniczo ochrony prawa karnego. Przykładowo: trudno uznać za wystarczającą regulację art. 252 i 253 kpc. przewidujących grzywnę w wypadku bezpodstawnego zarzutu fałszu dokumentu. Kłamstwo strony może mieć, stosownie do reguł art. 233 § 1 kpc., wpływ na ocenę

21 B. Sałata: op. cit., s. 54.

dowodu z przesłuchania strony. Natomiast fałszywe, niezgodne z prawdą, kłamliwe wyjaśnienia strony nie podpadają pod przepis art. 233 kk., chyba że złożyła przyrzeczenie jako strona w procesie (art. 299 i nast. kpc.).²² Nie stanowi wystarczających gwarancji prawdziwości rozstrzygnięć i ich zgody ze stanem faktycznym regulacja obowiązującego systemu postępowania cywilnego, iż przyznanie okoliczności faktycznych nie powinno być wynikiem kłamstwa (art. 229 kpc.). Trudno także mówić o prawidłowej realizacji przez procedurę cywilną prawa do sądu także w tym kontekście, iż nowe brzmienie art. 3 kpc. ustalone przez ustawę z dnia 01.03.1996 r. (która weszła w życie 01.07.1996 r.) o zmianie kodeksu postępowania cywilnego... (Dz.U. nr 43 poz.189) skreślającą m.in. § 2 w art. 3 i zmieniającą art. 232 kpc. co zdjęło z sądu obowiązek działania z urzędu i dochodzenia do prawdy obiektywnej²³ także w sprawach gospodarczych. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 07. października 1998 r. (II UKN 244/98): „Od 1 lipca 1996 r. wskutek zmiany treści art. 232 kpc. oraz skreślenia § 2 w art. 3 kpc. nastąpiło zniesienie zasady odpowiedzialności sądu za wynik postępowania dowodowego”.²⁴

Odnosząc się do kwestii pozbawienia ochrony karno–prawnej słusznych roszczeń cywilnych przedsiębiorcy należy wskazać, iż nie potrzebują jej w procesie uprzywilejowane podmioty jak banki i ZUS, które to uprzywilejowanie zasadniczo afirmuje analizowana wcześniej linia orzecznicza Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego (np. w sferze dochodzenia od członków zarządów spółek składek na ubezpieczenie społeczne).

O tendencji do zwiększenia zakresu penalizacji sfery działalności gospodarczej świadczyć może także ustawa z 28. października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. nr 197, poz. 1661). Biorąc pod uwagę katalog przestępstw określony w jej art. 16, których popełnienie przez sprawcę może stać się podstawą odpowiedzialności podmiotu zbiorowego można zasadnie przyjąć, iż również w tym przypadku nastąpiła dominacja interesów państwa bądź też „interesu publicznego” nad interesami indywidualnych przedsiębiorców, rodząca zresztą zagrożenia dla gwarancyjnej funkcji prawa karnego.

O ile, jak wskazano wcześniej, prawo karne z dużą ostrożnością ingeruje w sferę obrotu gospodarczego, to w przypadku karno–prawnej ochrony fiskalnych interesów państwa można mówić o zjawisku maksymalizmu karnego w sferze stanowienia i stosowania norm kks.

Analiza kodeksu karnego skarbowego w części materialnej potwierdza tezę o autonomiczności prawa karnego skarbowego, przejawiającej się zasadniczo w

22 Kodeks postępowania cywilnego..., s. 97.

23 Por. Kodeks postępowania cywilnego..., s. 97–99.

24 OSNAP 1999, nr 20, poz. 662.

samodzielnym określaniu odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia skarbowe. Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, ta autonomiczność – zwłaszcza w sferze ogólnych zasad odpowiedzialności – jest uzasadniona szczególnym przedmiotem ochrony, którego dotyczy prawo karne skarbowe, a którym zawsze jest interes i porządek finansowy państwa. Prawo to pozostaje w ścisłym związku z regulacjami ze sfery prawa finansowego i normuje karalność naruszeń zakazów i nakazów wynikających z ustaw dotyczących porządku i interesu finansowego państwa²⁵.

Z owego powiązania norm prawa karnego skarbowego z ustawodawstwem finansowych wynika pewna „płynność” w przedmiocie jego ochrony, co może rodzić pewne niebezpieczeństwa dla gwarancyjnej funkcji tego prawa. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 04. lipca 2001 r. (V IKKN 346/99, Lex nr 51697): „W prawie karnym skarbowym, z uwagi na powiązania norm karnych skarbowych z szeroko rozumianym prawem finansowym i częstą zmianą aktów wykonawczych do tych regulacji, przez zmianę ustawy rozumieć należy także zmiany w aktach finansowych, których naruszenie daje podstawę do karania za czyn określony w kks.”

Mimo, że przytaczane w części opracowania odnoszącej się do kks. orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego afirmuje zasadniczo wymóg ustawy jako podstawy odpowiedzialności karnej, stanowisko ustawodawcy w tej mierze nadal pozostawia wiele do życzenia. Ponadto należy wskazać, iż sam Trybunał wskazał w szeregu swoich orzeczeń na możliwość odchodzenia przez ustawodawcę od kanonów klasycznego prawa karnego ze względu na specyfikę prawa karnego skarbowego. Przykładowo: stanowisko takie zajął w uzasadnieniu cytowanego wyroku z 16. stycznia 2001 r. (P 5/00)²⁶ stwierdzając, iż: „W sytuacji więc, gdy regulacja problemu odpowiedzialności karnej w danej dziedzinie stosunków społecznych winna opierać się na założeniach odmiennych wobec tych, wynikających z przepisów części ogólnej kodeksu karnego, ustawodawca jest w pełni uprawniony dokonać tego rodzaju odejścia od modelu wyznaczonego przepisami kodeksu karnego i ma prawo zaakcentować swoistą autonomię prawa karnego skarbowego. Podkreślić należy jednak, iż w żadnym wypadku nie oznacza to dopuszczalności takiego ukształtowania przepisów danej ustawy, które odbiegać będzie od treści norm konstytucyjnych determinujących sferę odpowiedzialności karnej”.

Bardziej generalnym problemem świadczącym o preferowaniu interesów państwa kosztem praw podatnika jest fakt, iż w przeciwieństwie do przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu, które najczęściej odwołują się do znamienia szkody, typowe przestępstwa i wykroczenia skarbowe mają charakter formalny,

25 T. Grzegorzcyk: Kodeks karny skarbowy. Komentarz, DW ABC, Warszawa 2000, s. 91–92

26 OTK 2001/1/1.

nieskutkowy.²⁷ W ten sposób szkoda staje się „odciętym znamieniem ustawowym” i w rezultacie nie tylko poszerzony zostaje ustawowy zakres przedmiotu ochrony, lecz także organy procesowe zwolnione są od obowiązku jej udowodnienia. W rezultacie prowadzić to musi jednak do osłabienia gwarancyjnej funkcji prawa karnego.

Szczególne zagrożenia dla praw przedsiębiorców budzić może nie tylko tendencja do rozszerzającej wykładni sądowej przepisów kks., lecz także afirmowana niekiedy przez Sąd Najwyższy i sądy apelacyjne tendencja do ograniczania samodzielności jurysdykcyjnej sądów karnych orzekających w sprawach karnych skarbowych przez związanie ich decyzjami organów skarbowych wydanymi w postępowaniu podatkowym. Z kolei za pozytywną linię orzecznictwa należy uznać ograniczanie przez sądy zjawiska obiektywizacji przez organy skarbowe odpowiedzialności karnej podatników.

W sferze procesowej należy wskazać na zdominowanie kks. przez zasadę szybkości postępowania, której przejawem są szczególne tryby postępowania jak mandatowe czy konsensualne formy zakończenia procesu takie jak dobrowolne poddanie się odpowiedzialności czy też skazanie bez rozprawy. W przypadku dobrowolnego poddania się odpowiedzialności zasadniczo pozytywnie należy ocenić projekty zmian mających na celu zwiększenie gwarancji praw podatnika. Jest to szczególnie istotne, jeśli wziąć pod uwagę szerokie stosowanie tej instytucji. Jak wynika z informacji Ministerstwa Finansów za lata 2000 i 2001 w roku 2001 r. sąd zezwolił na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w 8545 sprawach (w 2000 r. – 12 536), w tym 4.538 o przestępstwa (w 2000 r. – 3071) i 4.007 za wykroczenia (w 2000 r. – 9.285). W roku 2001 procent spraw załatwionych w tym trybie, w stosunku do wszystkich zakończonych dochodzeń, wynosił 36,7%, w tym za przestępstwa skarbowe – 53,1%, za wykroczenia skarbowe – 46,9%. Jak zauważono we wnioskach z tej informacji, mimo odnotowania mniejszej liczby spraw rozstrzygniętych w trybie dobrowolnego poddania się odpowiedzialności (w porównaniu z 2000 r.) organy finansowe przejawiają coraz większą aktywność przy negocjowaniu ze sprawcą przestępstwa czy wykroczenia skarbowego warunków na jakich wystąpią do właściwego sądu o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, co ma bezpośrednie przełożenia na wysokość uzyskanych grzywien.²⁸

W sferze procesowej należy przypomnieć także orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 09. lipca 2002 r. (P 4/01) uznające za zgodny z Konstytucją stosowany

27 Uzasadnienie rządowego projektu kks.: Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny skarbowy, Warszawa 1999, s. 12.

28 Ministerstwo Sprawiedliwości. Departament Organizacji Skarbowości. Informacja o postępowaniach w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe za okres od 01. stycznia do 31. grudnia 2001 r., s. 4–5 i za okres od 01. stycznia do 31. grudnia 2000 r, s. 3.

w sprawach karno–skarbowych tryb postępowania w stosunku do nieobecnych, którego nie zna powszechna procedura karna oraz szerokie uprawnienia pozaprocedurowe (operacyjne) Policji i organów skarbowych, służące wykrywaniu takich przestępstw, a ingerujące w podstawowe prawa i wolności obywatelskie.

Jeśli chodzi o prawo pracy i ubezpieczeń społecznych, to warto wskazać na deklarację Trybunału Konstytucyjnego wyrażoną w wyroku z 23. października 2001 r. (K 22/01) podkreślającą szczególną rolę ingerencji państwa w sferę prawa pracy: „Należy podkreślić, że w świetle przepisów Konstytucji kształtowanie stosunków między partnerami socjalnymi należy przede wszystkim do samych zainteresowanych. Rola państwa w zakresie kształtowania stosunków pracy nie pozostaje jednak bierna. Rzeczpospolita Polska ma konstytucyjny obowiązek chronić pracę. Państwo ma w szczególności obowiązek nadzorowania warunków wykonywania pracy (art. 24 Konstytucji). Zawierane porozumienia i układy nie mogą naruszać wartości konstytucyjnych”. Swoboda przedsiębiorcy jako pracodawcy w prowadzeniu polityki zatrudnienia jest znacznie ograniczona. Prawo pracy w zasadzie narzuca mu formę zatrudnienia pracownika, statuując „domniemanie pracy” – czyniąc formą podstawową umowę o pracę na czas nie określony. Jeśli chodzi o umowę zlecenia, to ze względu na ograniczenie czasowe w zasadzie w sferze ubezpieczeń społecznych upodobniło się ono do umowy o pracę. Dlatego też obecne ustawodawstwo czyni z wielu względów nieopłacalne stosowanie przez przedsiębiorcę umowy zlecenia. Jeśli już pracodawca sięga do tej umowy, powinien ją konstruować w ten sposób, aby nie zawierała ona elementów charakterystycznych dla stosunku pracy (podporządkowanie i podległość zleceniodawcy, wykonywanie zadań w określonym miejscu i czasie).

Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych z 1998 r. po wielokrotnych nowelizacjach doprowadziła do sytuacji, gdzie faktycznie wszystkie cywilnoprawne formy zatrudniania pracowników powodują obowiązek odprowadzania składek na to ubezpieczenie. Jeśli chodzi o umowy o pracę, to powinny być one zbudowane w ten sposób, aby nie każda faktyczna zmiana warunków pracy i płacy powodowała konieczność ich wypowiedzenia, co łączyłoby się z szeregiem ograniczeń wykazanych wcześniej. Dlatego też postanowienia umowne powinny spełniać wymogi minimalne określone w kodeksie pracy, ale poza tym charakteryzować się dość dużym stopniem ogólności.

Jeśli chodzi o konflikt między zasadą swobody działalności gospodarczej a ochroną pracowników – związkowców, to za słuszne należy uznać zmiany ustawodawstwa wprowadzające ustawowy wymóg reprezentatywności związków zawodowych w stosunku do całej załogi przedsiębiorstwa. Służyć to winno uniknięciu sytuacji, gdzie nieliczni członkowie związków zawodowych reprezentują jedynie swoje własne interesy działając mimo, a nawet wbrew woli przeważającej większości załogi. Koniecznym byłoby również zobowiązanie działaczy związkowych do

wyłaczenia się przy wyrażaniu opinii bądź zgody w ich własnych sprawach na zasadzie *nemo iudex proper in sua causa*.

Jeśli chodzi o system ubezpieczeń społecznych, to jego niewydolność, niedrożność oraz wysoki fiskalizm wynikają ze schedy licznej armii emerytów i rencistów narosłej w ciągu kilkadziesiąt lat, jaką otrzymał ZUS. Dlatego też gruntowna reforma tego systemu przez zastąpienie go ubezpieczeniami komercyjnymi prywatnymi nie będzie długo możliwa. Jednakże należałoby znowelizować ustawodawstwo podatkowe w ten sposób, aby składki płacone na ubezpieczenie prywatne można było odpisać od dochodu przedsiębiorcy.

Jako przykład nierówności ubezpieczonych wobec prawa może służyć powodowane względami politycznymi preferowanie interesów rolników przez utrzymywanie w ponad 90% ze środków państwa odrębnego systemu ich ubezpieczenia w postaci KRUS. W tej mierze zrozumiałe stają się szerokie uprawnienia ZUS służące mu do egzekucji należnych składek, które w tej sferze upodobniły się do podatków. Te tendencje ustawodawcze, występujące w różnych dziedzinach prawa, spotkały się także z afirmacją orzecznictwa sądowego. Ukoronowaniem tej linii orzeczniczej wydaje się przyznanie ZUS przez Sąd Najwyższy statusu pokrzywdzonego w sprawach karnych dotyczących nie odprowadzania przez pracodawcę składek na ubezpieczenie społeczne.

Podobnie w przypadku ubezpieczeń zdrowotnych jeszcze długo będzie pokutowała zasada „równości i solidarności społecznej” sprowadzająca się do tego, iż osoby zamożne będą musiały subsydiować koszty leczenia osób uboższych, otrzymując w zamian usługi o tak samo niskim standardzie. Tego typu sytuacja nie wyklucza możliwości wprowadzenia do u.p.d.o.f. nieograniczonej żadnym (bądź ograniczonej realnym) limitem ulgi na koszty leczenia. Projektowane zmiany ustawodawstwa podatkowego zdają się jednak hołdować idei zgoła przeciwnej.

Obecnie przyjęty system finansowania świadczeń zdrowotnych na podstawie wpływów do NFZ ze składek na ubezpieczenie zdrowotne, pomimo rozliczeń wyrównawczych pomiędzy poszczególnymi oddziałami NFZ w kraju, powoduje zróżnicowanie stawek płaconych przez NFZ na zarejestrowanego pacjenta. Różne przeliczniki stawek oraz zróżnicowane stawki kapitacyjne dla tych samych kategorii pacjentów w różnych NFZ powodują nierówny dostęp obywateli do korzystania ze środków publicznych. Dostęp do badań specjalistycznych jest zróżnicowany ze względu na miejsce zamieszkania. Placówki medyczne nie posiadają wystarczających środków finansowych na potrzebne badania, a niektóre wręcz ograniczają ich dostępność. Dużą trudnością są długie terminy oczekiwania na specjalistyczne badania.

Wypada zgodzić się z J. Jończykiem, iż obecnie – przy pogłębiającym się zróżnicowaniu dochodów ludności – narzucona przez ustawę solidarność w finansowa-

niu ryzyka niezdrowia powiększa dysproporcję pomiędzy wkładem a świadczeniem. Takie zjawisko nie ma uzasadnienia etycznego, społecznego i ekonomicznego, zgodnego z ustrojem III RP, naruszając zasady sprawiedliwości społecznej i równości obywateli wobec prawa²⁹.

Zasada gospodarności i celowości działania NFZ odgrywa istotną rolę w systemie powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, determinując nie tylko sytuację ubezpieczonych, ale i świadczeniodawców. Pozwala ona bowiem na sterowanie systemem ochrony zdrowia przez NFZ za pomocą kontraktowania świadczeń zdrowotnych w ten sposób, że oferty i wykonanie umów przez świadczeniodawców ocenia się pod względem gospodarności i celowości, w ramach posiadanych przez Fundusz środków. Zasada ta wyjaśnia niezwykle silną pozycję NFZ wobec świadczeniodawców, gdyż negatywna ocena ich przez Fundusz może prowadzić do odrzucenia oferty lub/ i nie zawarcie kontraktu na następny okres, ze wszelkimi negatywnymi skutkami dla świadczeniodawców, poczynionych inwestycji i zatrudnianych przez nich osób. Jest ona zasadą prawną, która umożliwia ściśle kontrolowanie finansowania świadczeń zdrowotnych w warunkach zredukowanych środków.

W dziedzinie składek na ubezpieczenie zdrowotne warto również wskazać na rozszerzającą wykładnię sądów, dokonaną jeszcze na tle poprzedniej ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym z 1997 r. nakazującą opłacanie tych składek od wszystkich przychodów uzyskiwanych przez osobę podlegającą ubezpieczeniu społecznemu. Pogląd taki przyjęto m.in. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 11. czerwca 2002 r. (III AUa 18/01)³⁰, w wyroku z 27. kwietnia 2000 r. (III AUa 1045/99)³¹ i wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 03. lutego 2000 r. (III AUa 837/99)³². Warto dodać, iż jednym z koronnych argumentów przyjętych przez te sądy do dokonania wykładni sprzecznej z literalnym brzmieniem ustawy było powołanie się właśnie na zasadę solidarności ubezpieczonych.

Logiczną konsekwencją rozważań odnoszących się do systemu ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych była analiza sytuacji prawnej lekarzy jako specyficznej kategorii przedsiębiorców *in sensu largo*.

Odmienność sytuacji prawnej i organizacyjnej tej kategorii przedsiębiorców wynika ze wzmoczonej kontroli państwa i samorządu lekarskiego, zarówno w formie kontroli wstępnej prowadzonej przed rozpoczęciem działalności gospodarczej, jak i kontroli jej wykonywania. Ponadto na szczególną pozycję lekarzy jako przed-

29 J. Jończyk: Prawo zabezpieczenia społecznego..., s. 309.

30 OSA 2003/1/2.

31 OSA 2000/10/42.

32 OSA 2000/11–12/47.

siębiorców wpływa charakter świadczonych przez nich usług – również w aspekcie ekonomicznym. W przypadku usług zdrowotnych można niewątpliwie mówić o stałym popycie potencjalnym, przy stosunkowo niskim popycie efektywnym popartym siłą nabywczą pieniądza. Jest to w pewnym sensie jeden z nielicznych reliktywów tzw. socjalistycznej gospodarki planowej charakteryzującej się ciągłą przewagą popytu nad podażą. Drugą cechą rynku usług medycznych jest wysoka jego monopolizacja przez państwo reprezentowane wcześniej przez kasy chorych a obecnie przez Narodowy Fundusz Zdrowia. Umowy między kasami, które w ciągu roku 2003 – na zasadzie sukcesji uniwersalnej – przekształciły się w umowy między świadczeniodawcami a oddziałami wojewódzkimi NFZ mają niewątpliwie charakter umów adhezyjnych, gdyż wybrany w drodze przetargu publicznego świadczeniodawca musiał, mimo przewidzianych tzw. negocjacji sprowadzających się do akceptacji przez świadczeniodawcę ceny za punkt przeliczeniowy (determinowanej zresztą przez plan finansowy oddziału NFZ) akceptować narzucone warunki oferty.

Orzecznictwo sądowe również potwierdza tezę, iż zawieranie kontraktów nie ma nic wspólnego z cywilistyczną zasadą swobody umów, zaś w sprawach przeprowadzania konkursu ofert ustawodawca nie przewidział drogi sądowej.

Wcześniejsze rozważania oraz przytoczone orzecznictwo sądowe wskazują na zróżnicowany status prawny lekarzy prowadzących prywatne praktyki w trybie ustawy o zawodzie lekarza z 1996 r. i lekarzy świadczących usługi w oparciu o ustawę o z.o.z. z 1991 r. Ta pierwsza ustawa uznaje, iż lekarze prowadzący indywidualne bądź zbiorowe praktyki nie są przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy z 19.11.1999 r. – prawo działalności gospodarczej, lecz wykonują wolny zawód, co w sensie podatkowym oznacza działalność wykonywaną osobiście (art. 10 ust. 1 pkt. 2 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych z 1991 r. – u.p.d.o.f.). Natomiast w ocenie powołanej uchwały 5 sędziów NSA z 24.09.2001 r. (OPK 13/01) do niepublicznych zakładów opieki zdrowotnej stosuje się przepisy ustawy z 1999 r. o działalności gospodarczej, aczkolwiek w sensie podatkowym było to również wykonywanie wolnego zawodu, jako forma pozarolniczej działalności gospodarczej (art. 10 ust. 1 pkt. 3 u.p.d.o.f. w brzmieniu obowiązującym do nowelizacji u.p.d.o.f. dokonanej ustawą z 9.11.2000 r. (Dz.U. nr 104, poz. 1104), która weszła w życie 01.01.2001 r.).

O szczególnym statusie lekarzy prowadzących indywidualne bądź grupowe praktyki lub zatrudnionych w z.o.z. świadczy ich wzmózona odpowiedzialność karna i zawodowa. Na specyfikę tej grupy zawodowej oraz ograniczoną samodzielność z.o.z. wskazywali także Trybunał i Sąd Najwyższy. W cytowanych orzeczeniach Trybunał przeszedł do porządku nad zarzutem nierównego traktowania przez zmiany w prawie pracy związków zawodowych lekarzy (OZZL) wobec ich niereprezentatywności w porównaniu z takimi związkami jak „NSZZ Solidarność” czy OPZZ (wyrok z 23. października 2001 r., K 22/01), a także nie podzielił zarzutu

OZZL o złamaniu przez ustawę z 22. grudnia 1999 r. nowelizującą ustawę o z.o.z. zasady równości wobec prawa i dyskryminowanie lekarzy wobec innych grup pracowniczych w sferze dyżurów (wyrok z 24. października 2000 r., K 12/00). W uzasadnieniu wyroku z 24. października 2000 r. Trybunał podkreślił, iż w płaszczyźnie podmiotowej zawód lekarza ma charakter szczególny, co – w sensie prawnym – znajduje wyraz w odrębnym unormowaniu całego szeregu kwestii (by wspomnieć tylko ustawę o zawodzie lekarza i kodeks etyki lekarskiej), a – w sensie społecznym – znajduje wyraz w traktowaniu zawodu lekarza jako szczególnego rodzaju powołania, co przekłada się na wysoki prestiż tego zawodu. W płaszczyźnie przedmiotowej, dyżury medyczne stanowią odrębną jakość od dyżurów pracowniczych, o których mówi kodeks pracy. Składa się bowiem na nie szczególne połączenie „normalnego” wykonywania pracy, gotowości do wykonywania pracy oraz wypoczynku (w tym snu). Nie zaprzeczając ciężarom, jakie zwykle wiążą się z pełnieniem dyżuru, Trybunał podniósł, że jest to aktywność specyficzna, wynikająca z podporządkowania pracy placówek medycznych zjawiskom losowym i konieczności utrzymywania stałych „rezerw mocy” w szpitalach.

Jeśli chodzi o ograniczoną samodzielność z.o.z. to w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 18. grudnia 2002 r. (K 43/01), uznając za zgodną z Konstytucją ustawę nakładającą na nie jako pracodawców obowiązek podwyżki wynagrodzeń, mimo że nie zostało stworzone – czy to w postaci norm ustawowych ani przez system Urzędu Nadzoru Ubezpieczeń Zdrowotnych – instrumentarium zapewniające stosowny przepływ środków do podmiotów, na które został nałożony obowiązek wykonania ustaw. Tak więc Trybunał Konstytucyjny nie stwierdził niezgodności z Konstytucją rozwiązania systemowego, polegającego na włączaniu samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej do negocjacyjnego systemu podnoszenia wynagrodzeń, ani ustanowienia incydentalnych przepisów wkraczających w sferę systemowej samodzielności tych instytucji, ze względu na realizację w tym trybie istotnych wartości konstytucyjnych. Stwierdzając, iż istnieć powinien mechanizm takiej redystrybucji zwiększonych środków na opiekę zdrowotną, który pozwoli na zapobieżenie pogorszeniu warunków funkcjonowania placówki z powodu wypełniania przez nią ustawowego obowiązku podniesienia wynagrodzeń pracowniczych, Trybunał uznał się za niewłaściwy dla określenia organizacyjno-prawnego kształtu tych rozstrzygnięć i wielkości środków finansowych niezbędnych do zaspokojenia potrzeb w tym zakresie.

W rezultacie tych uwarunkowań o charakterze niejako systemowym w szczególności lekarze zatrudnieni w publicznych z.o.z. stają często przed dylematem wyboru między oszczędzaniem ograniczonych środków jakimi dysponuje jego pracodawca, a ratowaniem życia i zdrowia ludzkiego. Ponadto, jeśli chodzi o samodzielne publiczne z.o.z. to orzecznictwo sądowe wskazuje na ich szczególny obowiązek świadczenia usług przede wszystkim w oparciu o kryterium zagrożenia

zdrowia i życia oraz na szczególną pozycję i odpowiedzialność ich kadry kierowniczej.

Jak wynika z powyższych rozważań status prawny i faktyczny lekarzy jako przedsiębiorców, niewątpliwie różni się od innych podmiotów prowadzących działalność gospodarczą (pomijając nawet spory w orzecznictwie oraz zróżnicowanie między jej formami – z.o.z. i indywidualne praktyki lekarskie). Na zasadniczo zmonopolizowanym rynku usług medycznych główną rolę odgrywa NFZ. Z kolei Fundusz ten, (zwłaszcza wysokość składki na ubezpieczenia zdrowotne) jest uzależniony od polityki państwa, która w tej dziedzinie nadal korzysta z doświadczeń systemu nakazowo–rozdzielczego znanego poprzedniemu systemowi tzw. gospodarki socjalistycznej. System dystrybucji środków kierowany przez państwo jest zdominowany przez tzw. zasadę solidarności społecznej oraz zasadę gospodarności i celowości obowiązującą NFZ. W rezultacie ta ostatnia zasada, podobnie jak w przypadku kas chorych, pozwala oddziałom wojewódzkim NFZ narzucać swoje warunki świadczeniodawcom wbrew cywilistycznej zasadzie swobody umów.

Ponadto ostatnio dokonane i projektowane zmiany ustawodawstwa podatkowego niewątpliwie ograniczają uprzywilejowania tej grupie zawodowej także w tej dziedzinie.

Jako podsumowanie rozważań odnoszących się do reformy systemu opieki zdrowotnej służyć może wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 07. stycznia 2004 r. (TK 14/3) uznający za niekonstytucyjne większość przepisów powołanej ustawy o NFZ, które wskutek wyroku tracą moc z dniem 31. grudnia 2004 r. Do podstawowych zarzutów Trybunału odnoszących się do zaskarżonej ustawy można zaliczyć³³:

- powołanie NFZ.,
- brak precyzji, wieloznaczność i nieokreśloność przepisów w połowie rozdziałów,
- brak gwarancji równego dostępu do świadczeń medycznych dla wszystkich ubezpieczonych,
- wyjęcie finansów Funduszu spod kontroli parlamentu i ubezpieczonych,
- wprowadzenie przepisów grożących konfliktem między Prezesem NFZ a ministrem zdrowia,
- brak określenia relacji między finansami funduszu a budżetem państwa,
- wprowadzenie przepisów, przez które prawa ubezpieczonych (m.in. prawo wyboru szpitala) stają się fikcją.

33 Ż. Semprich, M. Solecka: Fundusz niekonstytucyjny, „Rzeczpospolita Nr 6 z 08. stycznia 2004 r.

W kontekście rozważań niniejszego opracowania warto wskazać, że sędziowie Trybunału stwierdzili, że prawo, na jakim opiera się system opieki zdrowotnej, musi przede wszystkim precyzyjnie określać zakres świadczeń finansowanych z pieniędzy publicznych.

Władze publiczne zgodnie z konstytucją mają obowiązek stworzyć taki system, który z jednej strony pozwoli na zgromadzenie i wydawanie środków publicznych przeznaczonych na leczenie, z drugiej zapewni faktyczny, a nie tylko formalny, dostęp do opieki zdrowotnej wszystkim uprawnionym. Musi to być dostęp równy. Zdaniem Trybunału ustawa nie może pozostawiać wątpliwości, jaki jest zakres świadczeń finansowanych ze środków publicznych. Obywatel musi wiedzieć, jakie leczenie uzyska za składkę, na jakie zaś nie może liczyć. Tych najważniejszych warunków nie spełnia ustawa o NFZ. Ze względu na niedookreśloność i brak precyzji w ustawie pojęcia świadczeń ponadstandardowych o tym, co się pacjentowi należy decydują nie przepisy, lecz urzędnicy funduszu. Zasada kontraktowania i limitowania świadczeń przez fundusz jest sprzeczna z prawem pacjenta do swobodnego wyboru placówki. Nad funduszem nie sprawuje kontroli ani parlament, ani też sami ubezpieczeni. Zdaniem Trybunału: „Jednocześnie ewentualne zadłużenie NFZ stanie się państwowym długiem publicznym i może zachwiać system finansów publicznych. Wszystko to tworzy normatywny chaos groźny zarówno dla ubezpieczonych, jak i dla państwa”.

Z punktu widzenia lekarzy jako świadczeniodawców warto zauważyć, iż wskutek wyroku Trybunału z końcem 2004 r. utracą moc m.in. rozdziały ustawy dotyczące NFZ, ustalające zasady udzielania świadczeń oraz zawierania kontraktów na ich udzielanie. Trybunał w swoim wyroku wymaga nie tylko ustalenia w przyszłości przez ustawodawcę koszyka świadczeń należnych ubezpieczonym, ale i stworzenia sprawnego, uniemożliwiającego marnowanie środków opieki zdrowotnej. Fikcją są nie tylko uprawnienia nadzorcze ministra zdrowia nad funduszem, ale ta że uprawnienia kontrolne organów założycielskich nad ZOZ-ami. W szczególności został uchylony art. 93 ustawy przewidujący w ust.2 iż świadczeniodawcy nie przysługują środki odwoławcze na niedokonanie wyboru oferty. Z kolei art. 95 ust. 6 ustawy stanowi, iż świadczeniodawcy, którego odwołanie nie zostało uwzględnione, przysługuje skarga do Sądu Okręgowego w Warszawie. Przepis ten stanowi przykład, delikatnie rzecz ujmując, niedbalstwa ustawowego, gdyż nie określa terminu wniesienia skargi, jej podstaw, wysokości wpisu ani też rodzaju rozstrzygnięć, jakie może w tej kwestii podjąć Sąd Okręgowy w Warszawie. Warto dodać, że w związku z wprowadzeniem ustawy o ubezpieczeniu zdrowotnym w NFZ nie wprowadzono w tej materii żadnych przepisów zmieniających ustawę o kosztach sądowych w sprawach cywilnych z dnia 13. czerwca 1967 r. (Dz. U. Nr 24, poz. 110) i rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie określenia wysokości wpisów w sprawach cywilnych z dnia 17. grudnia 1996 r. (Dz. U. Nr

154, poz. 753). W związku z powyższym należy uznać, iż ochrona praw oferentów uczestniczących w konkursie o świadczenia finansowane przez NFZ jest w zasadzie iluzoryczna.

Trybunał zakwestionował ustawę także ze względu na niedotrzymanie przez nią wymogów przyzwoitej legislacji. Aż 39 delegacji sprawia, że wiele istotnych kwestii można regulować w przepisach wykonawczych. Nie wiadomo więc, co znaczą takie niedookreślone pojęcia jak „świadczenie ponadstandardowe”, „stan bezpośredniego zagrożenia”, który pozwala leczyć tak ze wówczas, gdy szpital wyczerpał wszelkie limity, a nawet najkorzystniejsza oferta”³⁴. Ja stwierdził pełnomocnik wnioskodawców prof. W. Kulesza: „Co to znaczy „najkorzystniejsza oferta?” Z tak zdefiniowanego pojęcia można by wnosić, że najlepszy będzie ten świadczeniodawca, który zgodzi się za darmo. Jako pacjent nie chciałbym być leczony w taki sposób”.

Uchylenie przez Trybunał Konstytucyjny zakwestionowanych przepisów nie zmienia jednak faktu, że do końca 2004 r. świadczeniodawcy będą świadczyli swoje usługi na rzecz ubezpieczonych na podstawie kontraktów zawartych w oparciu o tak nieostre kryteria, zaś oferenci których nie wybrano zostali pozbawieni szans na kwestionowanie niekorzystnych dla nich decyzji funduszu.

W opracowaniu dokonano weryfikacji wstępnego założenia, że Trybunał Konstytucyjny nie zawsze jest skutecznym gwarantem przestrzegania przez ustawodawcę i organy stosujące prawo swobody działalności gospodarczej. W związku z tym istotna rola w dążeniu do zmiany ustawodawstwa powinna przypadać grupom nacisku przedsiębiorców zrzeszonych w organach samorządu gospodarczego.

Jak wspomniano wcześniej prawo do zrzeszania się w samorządach gospodarczych lub zawodowych należy do istotnych uprawnień przedsiębiorców. Ma to na celu obniżenie ryzyka wchodzenia w stosunki umowne z nierzetelnymi kontrahentami oraz kształtowanie i kultywowanie zasad etyki zawodowej i obyczajów kupieckich. Przedsiębiorcy mogą rozstrzygać sporne sprawy pomiędzy członkami samorządu. W literaturze przedmiotu uważa się, że samorząd gospodarczy może być źródłem informacji gospodarczej otrzymywanej przez jego członków, co skutkuje zwiększeniem udziału przedsiębiorców w procesie oddziaływania na gospodarkę. Samorząd może przyczynić się do rozwoju gospodarczego, stabilizacji oraz zmniejszenia bezrobocia³⁵.

W Polsce samorząd gospodarczy działa poprzez organizacje przedsiębiorców, do których zaliczamy: samorząd rzemieślniczy, izby gospodarcze, izby rolnicze, samorządy zawodowe innych przedsiębiorców (np. transportowców, handlu i

34 Ź.S.: Minister odpowiada ale nie nadzoruje, „Rzeczpospolita” Nr 6 z 08. stycznia 2004 r.

35 C. Kosikowski: Przedsiębiorca..., s. 74–75.

usług). Istnieją również samorządy, do których przynależność jest obowiązkowa z racji wykonywanego zawodu jak: adwokaci, radcowie prawni, notariusze itd.

Istniejąca ustawa o izbach gospodarczych z dnia 30. maja 1989 r. (Dz.U. Nr. 35 poz. 195 z późn. zm.) przyznaje im przede wszystkim uprawnienia do wydawania opinii w sprawach dotyczących przedsiębiorców (których moc wiążąca organy administracyjne jest wątpliwa), a także ogólnie określone prawo do reprezentacji ich interesów.

Organy samorządu pozbawione są jednak konkretnych uprawnień podmiotowych, którym po stronie organów władzy i administracji odpowiadałby obowiązek ich respektowania.

Samorząd gospodarczy przedsiębiorców może mieć także formę organizacji pracodawców. Podstawowym zadaniem związków pracodawców, ich federacji i konfederacji jest ochrona i reprezentowanie interesów zrzeszonych członków wobec związków zawodowych pracowników, organów władzy i administracji państwowej oraz organów samorządu terytorialnego. W przeciwieństwie do związków zawodowych pracodawcy nie mają jednak prawa strajku, np. przez zamykanie w formie protestu zakładu pracy (lokaut).

Należy wskazać, że jedynie posiadanie konkretnych, zagwarantowanych i egzekwowanych uprawnień przez przedsiębiorców i ich samorząd stanowiłoby rozsądną przeciwwagę dla związków zawodowych.

Warto tu przytoczyć postanowienie składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 12. czerwca 1996 r (I PZP 13/96)³⁶ stwierdzające, iż Konfederacja Pracodawców Polskich nie jest podmiotem uprawnionym do składania wniosków o podjęcie przez Sąd Najwyższy uchwały mającej na celu wyjaśnienie budzących wątpliwości w praktyce przepisów prawnych. Jak stwierdzono w uzasadnieniu postanowienia w myśl art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 23. maja 1991 r. o związkach zawodowych (Dz.U. nr 55, poz. 234 ze zm.) organizacjom wymienionym w ust. 1 tegoż artykułu (czyli ogólnokrajowej organizacji międzyzwiązkowej i ogólnokrajowemu związkowi zawodowemu reprezentatywnemu dla pracowników większości zakładów pracy), przysługuje prawo występowania do Sądu Najwyższego z wnioskami o wyjaśnienie przepisów prawa pracy i ubezpieczeń społecznych budzących wątpliwości, lub których stosowanie wywołało rozbieżność w orzecznictwie. W ustawie z tej samej daty (23. maja 1991 r.) o organizacjach pracodawców (Dz.U. nr 55, poz. 235 ze zm.) nie przewidziano dla organizacji pracodawców takiego uprawnienia. Zdaniem Sądu Najwyższego pewna symetria uprawnień związków zawodowych i organizacji pracodawców została jedynie przewidziana w art. 16 ust. 1 i 2 teże ustawy,

36 OSNP 1997/5/71.

jeżeli chodzi o uprawnienie do opiniowania założeń i projektów ustaw oraz aktów wykonawczych do tych ustaw.

Słaba pozycja organizacji reprezentujących interesy przedsiębiorców wynika nie tylko z braku uprawnień ustawowych, lecz ich znacznego rozbicia. Należą do nich nie tylko izby gospodarcze, ale także Business Centre Club, wszelkiego typu kluby i stowarzyszenia. Słaba pozycja izb gospodarczych (członkostwo, w których jest fakultatywne) wynika przede wszystkim z braku wystarczających środków finansowych do tworzenia infrastruktury świadczącej atrakcyjne usługi dla ich członków. W krajach Europy Zachodniej izby te prowadzą skomputeryzowane rejestry podmiotów gospodarczych i bezpłatnie udzielają członkom wyczerpującej informacji na temat potencjalnych partnerów gospodarczych. Wydaje się to rozwiązaniem bardziej praktycznym, niż prowadzenie rejestru ewidencji działalności gospodarczej przez organy administracji, a rejestru handlowego przez sądy.

Samorząd gospodarczy w Polsce nie jest instytucją prawa publicznego (a taki charakter nadawała izbom przemysłowo-handlowym przed wojną ustawa z dnia 15. lipca 1927 r. (Dz.U nr 67 poz. 591 z późn. zm.), gdyż nie zakłada się aby realizował zadania zlecone administracji publicznej, co wymagałoby nadania mu uprawnień do podejmowania tych działań.

Jednakże za pewien sukces samorządu przedsiębiorców należy uznać wniesienie do łaski marszałkowskiej w dniu 15. października 2003 r. rządowego projektu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej³⁷. Zgodnie z uzasadnieniem rządowym projekt ustawy, mimo że w znacznej części powieliła rozwiązania obecnej u.p.d.g. z 1999 r., to jednak ma na celu dokonanie szeregu zmian:³⁸

- 1) umocnienie gwarancji swobody działalności gospodarczej;
- 2) poszerzenie zakresu wolności gospodarczej, zwłaszcza przez zastąpienie zdecydowanej większości zezwoleń wpisem do rejestru działalności regulowanej, uprawniającym do prowadzenia niektórych rodzajów działalności gospodarczej;
- 3) ułatwienie podejmowania działalności gospodarczej przede wszystkim w drodze zastąpienia kilku zgłoszeń o rozpoczęcie działalności (np. wpisu do ewidencji, KRS, Regonu itp.) jednym wnioskiem;
- 4) ograniczenie liczby i czasu kontroli działalności gospodarczej, wprowadzenie zakazu prowadzenia więcej niż jednej kontroli w tym samym czasie u tego samego przedsiębiorcy;

37 Druk Sejmowy nr 2118.

38 Tamże, s. 40.

- 5) określenie mikroprzedsiębiorców oraz nowe zdefiniowanie małych i średnich przedsiębiorców;
- 6) harmonizację przepisów nowej ustawy z kodeksem cywilnym i kodeksem spółek handlowych;
- 7) uproszczenie i uporządkowanie procedur administracyjnych związanych z reglamentacją działalności przedsiębiorców polskich i zagranicznych.

Ad. 1). Spełniając postulaty organizacji przedsiębiorców projekt doprecyzowuje pojęcie „swobody gospodarczej” przewidując, że organ administracji nie może uzależnić swojej decyzji w sprawie podjęcia, wykonywania lub zakończenia działalności gospodarczej przez zainteresowaną osobę od spełnienia przez nią dodatkowych warunków, w szczególności przedstawienia dokumentów lub ujawnienia danych, nieprzewidzianych przepisami prawa (art. 6 ust. 2 projektu).

Projekt formułuje główne zasady odnoszące się do sfery stosunków między organami władzy publicznej a przedsiębiorcą, takie jak: obowiązek wspierania przedsiębiorczości (art. 8) i załatwiania spraw przedsiębiorców w możliwie najkrótszym terminie, zakaz ingerencji organów administracyjnych (art. 9), pomoc publiczna dla przedsiębiorców (art. 7), współdziałanie z organizacjami przedsiębiorców (art. 12) oraz nieobciążanie przedsiębiorcy sankcjami finansowymi lub karami w zakresie, w jakim zastosował się do uzyskanej z właściwego organu pisemnej informacji na temat stosowania prawa finansowego w jego indywidualnej sprawie. Projekt stanowi, że obowiązek terminowego załatwiania spraw przedsiębiorców oznacza, że powinny być one załatwiane w możliwie najkrótszym terminie (art. 11 projektu). Zdaniem autorów projektu także ustanowienie klauzuli ogólnej, głoszącej iż przy wykonywaniu kompetencji kontrolnych organy administracji publicznej działały z poszanowaniem uzasadnionych interesów przedsiębiorcy (art. 9 projektu) otwiera szerokie możliwości ograniczania przez judykaturę swobodnego uznania tych organów w zakresie wykonywania przez nie funkcji władczych wobec przedsiębiorców³⁹.

Projekt wprowadza także w art. 10 klauzulę, iż w przypadku uzyskania od właściwego organu pisemnej informacji o zakresie stosowania prawa podatkowego przedsiębiorca nie może być obciążony sankcjami finansowymi lub karami w zakresie, w jakim zastosował się do uzyskanej informacji. Ponieważ ustęp 3 art. 10 projektu odsyła w tym zakresie do odrębnych ustaw, niewątpliwie należy brać tu pod uwagę znowelizowane brzmienie art. 14 Ordynacji podatkowej. Z kolei art. 4 projektu harmonizuje pojęcie „przedsiębiorcy” z rozwiązaniami przyjętego ostatnio art. 43¹ kc. Zdaniem projektodawców, spowoduje to ujednoczenie pojęcia „przedsiębiorcy”, gdyż nie ma potrzeby w większości przypadków mnożenia definicji

39 Tamże, s. 41.

tego określenia w poszczególnych aktach prawnych. Za kardynalną zasadę warunkującą rzetelne wykonywanie działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę projekt uznaje uczciwą konkurencję, poszanowanie dobrych obyczajów oraz słuszných interesów konsumentów (art. 17 projektu).

Ad. 2). W uzasadnieniu projektu wskazano na występujące w ostatnich latach zjawisko przyrostu liczby zezwoleń na działalność gospodarczą oraz wyraźną tendencję do wprowadzania obok koncesji i zezwoleń innych form reglamentacji działalności gospodarczej (np. licencje, pozwolenia, decyzje zezwalające, upoważnienia, zgody, certyfikaty, limity produkcji i usług itp.). Podkreślono także niekorzystne dla przedsiębiorców zjawiska dotyczące poszerzania warunków wykonywania działalności gospodarczej w aktach rangi podstawowej, wymaganie od nich obszernej informacji i wielkiej liczby zbędnych dokumentów, stosowanie przez organy administracji klauzul generalnych niweczających zasady przyjęte w u.p.d.g. z 1999 r., której zmiany nie usunęły wątpliwości interpretacyjnych i legislacyjnych odnoszących się do przepisów o koncesjach i zezwoleniach⁴⁰. W związku z tym projekt przyjmuje zasadę ograniczonej reglamentacji działalności gospodarczej prowadzącej także do wyjątkowości stosowania koncesji na działalność gospodarczą. W propozycjach projektu zrezygnowano m.in. z możliwości oparcia decyzji w przedmiocie wniosku o udzielenie i zmianę koncesji z kryterium „ważnego interesu publicznego” uznając, że wystarczające są pozostałe kryteria podejmowania decyzji administracyjnej. W przypadku ubiegania się wielu przedsiębiorców o ograniczoną liczbę koncesji projekt wprowadza w miejsce rozprawy administracyjnej instytucję przetargu. Na wniosek Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych (PKPP) podniesiono również dolny limit czasu, na jaki może być udzielona koncesja (z dwóch do pięciu lat). Zmiana wynika z faktu, iż konieczność częstej odnawialności koncesji stanowiła dodatkową barierę utrudniającą prowadzenie działalności gospodarczej, a zawierającą również aspekt kosztowy.

Projekt proponuje także nowe rozwiązania polegające na zastąpieniu zezwoleń na prowadzenie niektórych rodzajów działalności gospodarczej wpisem do właściwego rejestru na podstawie oświadczenia przedsiębiorcy o spełnianiu wymogów przewidzianych przez prawo do wykonywania wskazanego rodzaju działalności gospodarczej. Uznając, że odpowiedzialność za spełnienie tych warunków spoczywa na przedsiębiorcy, przyjęto że oświadczenie przedsiębiorcy w tym przedmiocie będzie wystarczające. Organ rejestrujący zachowuje prawo kontroli przedsiębiorcy wykonującego działalność regulowaną w zakresie tej działalności.

Nawiązując do opisywanych wcześniej rodzajów kontroli można więc uznać, iż proponuje się przeniesienie akcentu z kontroli wstępnej na kontrolę następczą.

40 Ibidem, s. 46–47.

Ad. 3). Jak stwierdza się w uzasadnieniu, zasadniczym celem projektowanych zmian dotyczących podejmowania działalności gospodarczej jest uproszczenie procedur rejestracyjnych. Projekt utrzymuje dualizm tej rejestracji przewidując, iż w przypadku osób fizycznych pozostanie ona w gestii organów gminy. Identyfikacja przedsiębiorcy w poszczególnych urzędowych rejestrach oraz w obrocie gospodarczym i prawnym będzie następowała na podstawie numeru identyfikacji podatkowej NIP. Projekt wprowadza system pełnej rejestracji przedsiębiorcy w pierwszym organie rejestrowym. Po złożeniu przez przedsiębiorcę zintegrowanego wniosku rejestracyjnego państwo ma wziąć na siebie przekazywanie odpowiednich informacji do dalszych urzędów. Ponieważ projektowane zmiany wymagają budowy lub usprawnienia działających systemów informatycznych, proponuje się w zakresie tych regulacji 3-letni okres *vacatio legis*.

Ad. 4). Ponieważ w u.p.d.g. z 1999 r. uregulowane są jedynie kompetencje kontrolne organów udzielających koncesji i zezwoleń oraz incydentalnie organów wykonawczych gminy, zaś zakres kontroli przedsiębiorców jest szerszy, przepisy projektu ustanawiają ogólne normy w tym zakresie. Zamierzeniem projektowanych zmian jest uniknięcie kilku niezależnych kontroli w jednym czasie. Zgodnie z art. 77 ust. 1 projektu nie można równocześnie (bez zgody przedsiębiorcy) podejmować więcej niż jednej kontroli działalności przedsiębiorcy. Nie dotyczy to sytuacji, gdy wobec przedsiębiorcy wszczęto śledztwo, dochodzenie, lub gdy odrębne przepisy przewidują możliwość przeprowadzenia kontroli w toku prowadzonego postępowania dotyczącego przedsiębiorcy, a także gdy przeprowadzenie kontroli jest uzasadnione zagrożeniem życia, zdrowia lub środowiska naturalnego.

Projekt przewiduje możliwość odstąpienia od kontroli. Reguluje także czas trwania kontroli organu kontrolującego u przedsiębiorcy w roku kalendarzowym, który nie może przekraczać 8 tygodni, a w przypadku mikro-, małych i średnich przedsiębiorstw – 4 tygodni (art. 78). Również te limity czasowe nie dotyczą sytuacji, gdy wobec przedsiębiorcy wszczęto śledztwo lub dochodzenie, bądź odrębne przepisy przewidują możliwość przeprowadzenia kontroli w toku postępowania prowadzonego przez organ, a także kontroli uzasadnionej zagrożeniem życia, zdrowia lub środowiska naturalnego (art. 78 ust. 2 projektu).

Istotną wagę przywiązuje się w projekcie do wprowadzenia Książki Kontroli Przedsiębiorcy, która powinna zawierać zwięzłe informacje dotyczące zakresu przedmiotowego kontroli, czasu jej trwania oraz sposobu, w jaki przedsiębiorca wykonał zalecenia pokontrolne (art. 76 projektu). Dla przedsiębiorcy prowadzenie książki kontroli ma być podstawą do weryfikacji (zwłaszcza czasu) przeprowadzanych w przedsiębiorstwie kontroli.

Ad 5) Projekt wprowadza definicję mikroprzedsiębiorcy oraz zmienia definicje małego i średniego przedsiębiorcy, zgodnie z zaleceniem Komisji Europejskiej z dnia 6. maja 2003 r. (Dz.U. Wspólnoty Europejskiej nr L 124, 20/05/2003 P.

0036–0041). Definicje te stanowią podstawę do udzielania pomocy publicznej wyżej wymienionym kategoriom przedsiębiorców. Zmienione definicje podwyższają progi wartości obrotu oraz sumy aktywów, których przekroczenie wyklucza przedsiębiorcę z kategorii małego i średniego przedsiębiorcy.

Projekt wprowadza instytucję pisemnego oświadczenia (lub w innej formie, jeśli przepisy odrębne tak przewidują) o spełnianiu definicji mikro- i małego lub średniego przedsiębiorcy. Nie wyklucza to oczywiście uprawnień organów udzielających pomocy publicznej do kontroli stanu faktycznego u przedsiębiorców. Przepisy te miałyby wejść w życie wraz z zaleceniami Komisji Europejskiej, tzn. z dniem 01. stycznia 2005 r. Oceniając założenia projektu, należy zgodzić się z jego uzasadnieniem, iż w znacznej mierze powielają one rozwiązania obowiązującej u.p.d.g. z 1999 r., przede wszystkim w zakresie oddziałów i przedstawicielstw przedsiębiorców zagranicznych (Rozdział 6 projektu). Ponadto w pewnym zakresie projekt powiela regulacje innych ustaw, jak np. regulujących uprawnienia samorządu gospodarczego (vide art. 12 projektu), bądź operuje klauzulami generalnymi pozbawionymi konkretnych gwarancji ich przestrzegania przez organy administracji.

Za najistotniejszą tendencję proponowanych zmian należy uznać odformalizowanie procedur rejestracji działalności gospodarczej, ograniczenie zakresu jej reglamentacji i ustanowienie pewnych gwarancji procedur kontrolnych tej działalności. Wydaje się jednak, iż projektowana ustawa z pewną przesadą zawiera w swoim tytule pojęcie „swobody działalności gospodarczej”, zyskujące ze względu na jej ograniczony zakres przedmiotowy ustawy znamię eufemizmu. Zgodnie z uzasadnieniem projekt ustawy ma na celu poszerzenie zakresu wolności gospodarczej (zdefiniowanej w art. 6 projektu, podobnie jak w u.p.d.g. z 1999 r.) przez wprowadzenie ułatwień w podejmowaniu, wykonywaniu i zakończeniu działalności gospodarczej oraz uproszczenie i uporządkowanie procedur administracyjnych z nią związanych.

Zaproponowane rozwiązania mają uwolnić przedsiębiorców od poważnych obciążeń biurokratycznych związanych z przygotowaniem i przedstawieniem organowi obszernej dokumentacji, co powinno skrócić czas niezbędny do rozpoczęcia działalności gospodarczej.⁴¹ Zdaniem autorów projektu zmniejszenie obszaru działalności gospodarczej podlegającej reglamentacji i sprecyzowanie procedur kontrolnych może prowadzić do zwiększenia konkurencyjności i obniżenia kosztów działalności przedsiębiorstw. Odformalizowanie procedur rejestracyjnych ma w zamierzeniu projektu prowadzić do większej skłonności do podejmowania aktywności gospodarczej, zwiększenia zatrudnienia i tym samym zmniejszenia bezrobocia, przy braku znaczących skutków negatywnych dla budżetu państwa.

41 Ibidem, s. 54.

Jak wskazują jednak sami projektodawcy, za niezasadny uznano postulat przedsiębiorców dotyczący włączenia do nowego aktu prawnego przepisów z innych ustaw, np. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawy o nieuczciwej konkurencji, ustawy o ogólnym bezpieczeństwie produktów, ustawy o cenach. Wynika to z założenia, że scalenie w jednym akcie prawnym kilku ustaw o podstawowym znaczeniu byłoby zabiegiem nieuzasadnionym, gdyż dotyczą one wyodrębnionych od dawna dziedzin prawa gospodarczego. Poza zasięgiem zainteresowania projektowanej ustawy pozostają także ewentualne zmiany w ustawodawstwie podatkowym, prawie karnym i karnym skarbowym, czy chociażby w prawie pracy i ubezpieczeń społecznych.

W związku z tym można uznać, iż przy umiarkowanym optymizmie co do potencjalnych skutków rychłego wprowadzenia projektu ustawy w życie nie sposób ustrzec się od pesymistycznej konstatacji, iż zawarte w niniejszym opracowaniu krytyczne uwagi co do prawa krzywdzącego przedsiębiorców długo nie stracą swojej aktualności.

Wykaz najważniejszych aktów prawnych objętych analizą

1. Konstytucja RP z dnia 02. kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483).
2. Prawo karne: ustawa z dnia 06. czerwca 1997 r. kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553 z późn. zm.), ustawa z dnia 06. czerwca 1997 r. kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89 poz. 555 z późn. zm.), ustawa z dnia 10. września 1999 r. – kodeks karny skarbowy (Dz.U. nr 83, poz. 930 z późn. zm.), ustawa z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. nr 197, poz. 1661).
3. Prawo gospodarcze i handlowe: ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. nr 101, poz. 1178 z późn. zm.), rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27. czerwca 1934 r. kodeks handlowy (Dz.U. nr 57, poz. 502 z późn. zm.); ustawa z dnia 19. września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. nr 94, poz. 1073 z późn. zm.), ustawa z dnia 16. kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. nr 47, poz. 211 z późn. zm.), rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 24. października 1934 r. prawo upadłościowe (tj. Dz.U. z 1991 r., nr 118 poz. 512); ustawa z 28. lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. nr 60 poz. 535).
4. Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych: ustawa z dnia 26. czerwca 1974 r. Kodeks pracy (jt. Dz.U. z 1998 r. nr 21, poz. 94 z późn. zm.), ustawa z dnia 23. maja 1991 r. o związkach zawodowych (Dz.U. nr 55, poz. 234 z późn. zm.), ustawa z dnia 23. maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych (Dz.U. nr 55, poz. 236 z późn. zm.), ustawa z dnia 06. marca 1981 r. o Państwowej Inspekcji Pracy (Dz.U. nr 54, poz. 276 z późn. zm.), ustawa z dnia 13. października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. nr 137, poz. 887 z późn. zm.), ustawa z dnia 06. lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz.U. nr 28, poz. 153 z późn. zm.), ustawa z 23.01.2003 r. o powszechnym ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia, ustawa z 05 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza (tj. Dz.U. z 2002 r., Nr 21 poz. 204 z późn. zm.), ustawa z 31. sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. nr 91 poz. 408 z późn. zm).
5. Prawo podatkowe: ustawa z dnia 29. sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. nr 137, poz. 926 z późn. zm.), ustawa z dnia 26. lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (jt. Dz.U. z 2000 r. nr 14, poz. 176 z późn. zm.), ustawa z dnia 15. lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tj. Dz.U. z 2000 r. nr 54, poz. 654 z późn. zm.), ustawa z 08. stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U nr 11 poz. 50 z późn. zm.).

6. Prawo cywilne: ustawa z dnia 23. kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.), ustawa z dnia 17. listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 43, poz. 269 z późn. zm.).

P-7515

Bibliografia

- Barczak A.: Prawnokarna ochrona tajemnicy gospodarczej. Próba analizy prawno porównawczej, Cz.PK i NP., 2000/1/277.
- Bieńkowska B., Kruszyński P., Kulesza C., Piszczek P.: Wykład prawa karnego procesowego (red. P. Kruszyński) Białystok 2003 (wyd. II).
- Biernat S., Wasilewski A.: Wolność gospodarcza w Europie, Zakamycze 2000.
- Biernat S.: Podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda, PPH 1994, nr 9.
- Bogdan G., Buchała K., Cwiakalski Z., Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., Majewski J., Rodzyńkiewicz M., Szewczyk M., Wróbel W., Zoll A.: Kodeks karny. Część szczególna, Komentarz do art. 278–336 kodeksu karnego, t. III, Zakamycze 1999.
- Bogdan G., Nita A., Radzikowska A., Światłowski A.R.: Kodeks karny skarbowy z komentarzem, Gdańsk 2000.
- Bojarski J.: Oszustwa bankowe w polskim prawie karnym, Pr. Bankowe 1998 Nr 4.
- Brol J.: Funkcje postępowania upadłościowego i ich realizacja w świetle praktyki, PS 1994, Nr 7–8.
- Buczkowski K., Wojtaszek M.: Przestępstwa gospodarcze w praktyce prokuratorskiej i sądowej, Warszawa 1998.
- Buk K.: Wina w kodeksie karnym skarbowym, Dor. Podat. 2000/3/49.
- Czajka D.: Przestępstwa menedżerskie, Warszawa 2000.
- Czarny P.: Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 27. listopada 1997 r. (U.11/97), Przegląd Sejmowy 1998, nr 3(26).
- Czarny–Drożdżejko E.: Karna ochrona uczciwości konkurencji, Cz.PK i NP. 1999.
- Dukiet–Nagórska T.: Prawnokarne konsekwencje niepodjęcia interwencji lekarskiej lub udzielenia świadczenia zdrowotnego w sposób niewłaściwy na skutek niedostatku środków finansowych w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej, PiM 2000/6–7/12.
- Dziubińska–Lechnio E., Orkniszewska E.: Ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. Praktyczny poradnik. DW ABC, Warszawa 2003 r.
- Eljas R.: Victims of the System. Crime Victims & Compensation in American Politics, New Brunswick–London 1983.
- Etel L., Prutis S.: Umowa o zarządzanie przedsiębiorstwem (status prawny zarządcy). PPH 1995/11/20.
- Garcia A.: The Sixth Amendment in Modern American Jurisprudence. A Critical Perspective, New York 1992.

- Gardocki L.: Zagadnienia teorii kryminalizacji, Warszawa 1990.
- Gostyński Z.: Komentarz do kodeksu karnego skarbowego, Warszawa 2000.
- Górnioł O.: Prawo karne gospodarcze. Komentarz, Toruń 1997.
- Górnioł O., Hoc S., Przyjemski M.: Kodeks karny. Komentarz, t. III, Gdańsk 1999.
- Górnioł O.: Przepęstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu (Rozdział XXXVI kodeksu karnego), Warszawa 2000.
- Grzegorzczak T.: Kodeks karny skarbowy. Komentarz, DW ABC, Warszawa 2000.
- Jacyszyn J.: Glosa do uchwały NSA z dnia 24 września 2000 r., OPK 13/01, Rejent 2002/4/142.
- Janiak A.: Nietrafność i nieaktualność orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 maja 1995 r. o zgodności przywilejów bankowych z Konstytucją, „Przegląd Sądowy”.
- Jaroł W.: Przepęstwa ubezpieczeniowe, M. Prawn. 1998, Nr 11.
- Jaworska–Dębska B.: Spór wokół modelu polskiej regulacji alkoholowej. Zagadnienia administracyjnoprawne, Łódź 1995.
- Jończyk J.: Prawo zabezpieczenia społecznego, Zakamycze 2001.
- Jończyk J.: Problem odpowiedzialności w powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym, PiM 2001/10/21.
- Kaszubski R.W., Kołkowski J.: Wolność gospodarcza w świetle Konstytucji RP, Glosa 2000/6/6.
- Kidyba A.: Kodeks spółek handlowych. Zakamycze 2001.
- Kidyba A.: Kodeks spółek handlowych. Objasnienia, Zakamycze 2001.
- Kijowski D.R.: Pozwolenia w administracji publicznej, Białystok 2000.
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz pod redakcją K. Piaseckiego. Tom I. Wydanie 3. C.H. BECK Warszawa 2001 r.
- Kosikowski C.: Przedsiębiorca w prawie polskim na tle prawa europejskiego. Wydawnictwo Prawnicze LexNexis Sp. z o.o., Warszawa 2003 r.
- Kosikowski C.: Wolność gospodarcza w prawie polskim, Warszawa 1995.
- Kosikowski C.: Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim, PiP nr 4/2001.
- Kosikowski C.: Polskie publiczne prawo gospodarcze (wyd. IV), Warszawa 2001.
- Kosikowski C.: Źródła prawa podatkowego w świetle konstytucji, Glosa 1999, nr 7.
- Kubala W.: Prawo działalności gospodarczej. Komentarz, Warszawa 2000.
- Kubot Z.: Kwalifikacje prawne kontraktów menedżerskich członków zarządu spółek kapitałowych. PiZS 2/2000.
- Kulesza C.: Zasada szybkości w postępowaniu karnym skarbowym, Prokuratura i Prawo 2001, nr 1.

- Kulesza C.: Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2000 r., I KZP 24/2000, OSNKW 2000, nr 11–12, poz. 96, Prok.i Pr. 2001, nr 7–8.
- Kulesza C.: Maksymalizm karny – lata 80., „Res Publica”, 1987.
- Kulesza C.: Niektóre karnoprocesowe aspekty ochrony politycznych i gospodarczych interesów PRL, w: Zeszyty Naukowe Filii UW w Białymstoku, 1991, nr 2.
- Kulesza C.: Radca prawny jako pełnomocnik w postępowaniu karnym skarbowym, Radca prawny nr 3/2001.
- Kulesza C.: Rola pokrzywdzonego w procesie karnym w świetle ustawodawstwa i praktyki wybranych krajów zachodnich, Białystok 1995.
- Kulesza C.: Wiktymologiczno–prawne aspekty przestępstwa oszustwa, Jurysta 2001, Nr 3/4.
- Lemieszek A.: O zatrudnieniu w prywatnej praktyce lekarskiej, Gazeta Lekarska nr 6/2003.
- Łabuda G.: Z problematyki narażania na niebezpieczeństwo uszczuplenia należności publicznoprawnej w prawie karnym skarbowym, Prok. i Pr. 2000, nr 11.
- Makarewicz J.: Kodeks karny z komentarzem, wyd. 4, Lwów 1938, s. 469.
- Michalski B.: Przestępstwa przeciwko mieniu. Rozdział XXXV kodeksu karnego, Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 1999.
- Michalski J.: Komentarz do kodeksu karnego skarbowego, Tytuł I Przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, Warszawa 2000.
- Namysłowska–Gabrysiak B.: Odpowiedzialność karna osób prawnych, C.H. Beck, Warszawa 2003.
- Naworski J.P.: Wpis do rejestru sądowego jako przesłanka nabycia osobowości prawnej, Glosa 2000/5/8.
- Nowicka M.: Prawo do ochrony zdrowia. Raport z monitoringu. Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2002.
- Nowińska E., du Vall M., Komentarz do ustawy o nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2001.
- Obywatelska Inicjatywa Ustawodawcza. Projekt ustawy zmieniający ustawę o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym oraz niektóre inne ustawy, 16. maja 2003 r., Gazeta Lekarska nr 6 (137) czerwiec 2002 r.
- Oniszczyk J.: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Zakamycze 2000.
- L. Peiper: Komentarz do kodeksu karnego i prawa o wykroczeniach, Kraków 1936.
- Pełka M.: Podstawy prawne i zakres odpowiedzialności cywilnej Kas Chorych, PiM 2000/6–7/31.
- Pęk R.: Opodatkowanie dochodów członków zarządu spółek kapitałowych w orzecznictwie SN i NSA, Glosa 2000/4/12.
- Prawo. Administracja. Obywatele. Księga ku czci Prof. E. Smoktunowicza, Białystok 1997.

- Prusak F.: Ustawa karna skarbową z komentarzem, Warszawa 1994.
- Przestępczość zorganizowana w Niemczech i w Polsce: Zwalczanie i zapobieganie (pr. zb. pod red. B. Hołysta, E. Kube, R. Schulte), Warszawa 1998.
- Pyka A.: Oszustwo kredytowe na tle innych przestępstw przeciwko mieniu, St.Pr.–Ek. 1999 Nr 59.
- Radwański Z.: Zobowiązania – część ogólna, wyd. 2, Warszawa 1997.
- Ratajczak A.: Ochrona obrotu gospodarczego. Praktyczny komentarz, Warszawa 1994.
- Rączka K.: Porozumienia zawieszające przepisy prawa pracy, PiZS 2002/11/26.
- Rybaczyk P.: Kwalifikacja prawnopodatkowa wykonywania funkcji w zarządzie spółki kapitałowej – „kontrakty menedżerskie”, cz. I. Dor. Podat. 1998/5/13.
- Safjan M.: Ochrona majątkowa dóbr osobistych po zmianie kodeksu cywilnego, PPH 1997/1/10.
- Salata B.: Oszustwa ubezpieczeniowe (wybrane zagadnienia).
- Siedlecki W.: Proces fikcyjny, PiP 1955, Nr 2.
- Sinkiewicz A.: Pojęcie i rodzaje szkody w polskim prawie cywilnym, Rejent 1998/2/59.
- Skowron A.: Kontrowersje wokół regulacji postępowania w sprawach o wykroczenia, Prok. i Pr. 2000/12/64.
- Smoktunowicz E.: Egzekucja administracyjna i sądowa, Warszawa 1995.
- Stachowiak S.: Zakres informacji przekazywanej podejrzanemu przed i w toku przesłuchania, Prok. i Pr. 2001/3/7.
- Stelina J.: Nowe instytucje w prawie pracy, PiZS 2002/11/19.
- Szpunar A.: Glosa do postanowienia SN z dnia 16. grudnia 1994 r., IKZP 31/94, OSP 1996, nr 1, poz. 12.
- Szwaja J., w: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Komentarz. Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1994.
- Tylman J.: Postępowanie karne w XXI wieku. Materiały z ogólnopolskiej konferencji naukowej, Popowo 26–28. października 2001 r. (red. P. Kruszyński), DW, Warszawa 2002.
- Uzasadnienie rządowego projektu kks.: Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny skarbowy, Warszawa 1999.
- Waltoś St.: Proces karny. Zarys systemu. Warszawa 1995. Wydawnictwo Prawnicze PWN, 1995.
- Watson D.: Welfare Rights & Human Rights, w: „Journal of Social Policy”, vol. 6, 1977.
- Wiśniewski M.: Prawnokarna ochrona wiarygodności majątkowych uczestników obrotu gospodarczego, Kraków 2000.
- Wolter W.: Granice i zakres prawa karania, PiP 1957, nr 2.
- Wróbel W.: Przestępstwo nierzetelnego prowadzenia dokumentacji działalności gospodarczej, PS 1995, nr 7–8.

- Wiśniewski A.: Kodeks spółek handlowych z przepisami okołokodeksowymi, Warszawa 2000.
- Zakrzewski R.Z.: Przesłępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu w nowym kodeksie karnym, cz. II, M. Prawn. 1998, nr 1.
- Zdyb M.: Prawo działalności gospodarczej. Komentarz do ustawy z dnia 19. listopada 1999 r., Zakamycze 2000.
- Ziobro Z.: Przesłępstwa na szkodę wierzyciela – kontrowersje interpretacyjne, Prok. i Pr. 1996, nr 10.