

Renata Pawlik

**MIARA PRAWNOKARNEJ INGERENCJI
W KONSTYTUCYJNE WOLNOŚCI I PRAWA JEDNOSTKI
W ZAKRESIE DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ
NA PRZYKŁADZIE ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ
ZA NIEZGŁOSZENIE WNIOSKU O UPADŁOŚĆ SPÓŁKI
HANDLOWEJ (ART. 586 K.S.H.)**

Wprowadzenie

W doktrynie prawa karnego, nie tylko w nauce polskiej, stawiane są podstawowe pytania: Dlaczego mamy prawo karać? Co powinno być karane? Jak intensywnie należy karać?¹ W ujęciu historycznym podkreśla się, że kara rozwinęła się z chęci zemsty². Obecnie obserwuje się w tym obszarze dwa podstawowe podejścia, a mianowicie retrybutywizm, sprowadzający istnienie kary do reakcji na popełnione przestępstwo, gdzie właśnie fakt popełnienia przestępstwa jest uzasadnieniem kary, oraz teorie prewencyjne, zakładające, że karę należy wymierzyć po to, aby zapobiec popełnieniu przestępstwa w przyszłości³. Nie ma w niniejszym opraco-

¹ *Legitimacy and Criminal Justice: an International Exploration*, red. J. Tankebe, A. Liebling, Oxford–New York 2013, s. X; A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Oxford 2013, s. XXXII; *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, red. A. Ashworth, L. Zedner, P. Tomlin, Oxford 2013, s. VIII; *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, red. J. Deigh, D. Dolinko, New York 2011, s. XIII.

² Por. M. Winawer, *Najdawniejsze prawo zwyczajowe polskie*, Warszawa 1900, s. 169 i nast.

³ T. Hörnle, *Grob anstößiges Verhalten: Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt am Main 2005; eadem, *Legal regulation of offence*, [w:] *Incivilities: Regulating*

waniu miejsca na szczegółową analizę zagadnień z zakresu teorii kary, należy więc tylko podkreślić, że zasadniczo współczesne prawo karne ma przekazać dwie wiadomości: pierwszą – nie rób tego, ponieważ to jest złe, i drugą, podstawową jak się wydaje dla prawa karnego – określającą swoistą cenę, jaką należy zapłacić, jeśli dojdzie do określonego zachowania uznanego przez ustawodawcę w konsekwencji za karalne⁴. Komunikat ten musi być oczywiście w pełni uzasadniony i jasny, ponieważ konsekwencje w nim określone w sposób istotny ingerują w prawa i wolności obywatela⁵. Legitymacja władzy do zadawania dolegliwości nie może bowiem czerpać swojego uzasadnienia wyłącznie z kolizji wartości konstytucyjnych, lecz już na etapie płaszczyzny normatywnej musi wykazywać pewien zakładany *in genere* cel społecznie użyteczny, którym jest ochrona określonych wartości społecznych realizowana na płaszczyźnie sankcji karnej poprzez związanie dolegliwości z funkcją powstrzymywania innych podmiotów od naruszeń normy⁶.

Dziś prawo karne obecne jest w szeregu dziedzin życia, można nawet powiedzieć, jak to uczynił kiedyś trafnie Justyn Piskorski, że prawo karne rozlało się na szerokie obszary⁷ – tym samym pojawia się rzecz jasna również w obrębie obrotu gospodarczego. Sfera ta jest bardzo istotna w każdej zbiorowości, ma bowiem bezpośredni związek z innymi obszarami aktywności społeczeństw, jest zarazem – z uwagi na swoją specyfikę – bardzo wrażliwa na ingerencje, a w szczególności na ograniczenia. Obecnie w działalności gospodarczej niewątpliwie trudne wyzwania wiąże się z dynamicznie zmieniającą się rzeczywistością gospodarczą – naturalnym środowiskiem, w którym przychodzi działać podmiotom gospodarczym⁸ – oraz z funkcjonowaniem podmiotów w otoczeniu znacznego ryzyka gospodarczego. Wszystko to sprawia, że zakres dopuszczalnej przez ustawodawcę ingerencji

Offensive Behavior, red. A. von Hirsch, A.P. Simester, Oxford 2006; eadem, *Criminalizing behavior to protect human dignity*, „Criminal Law and Philosophy” 2012, vol. 6, nr 3, s. 307–325. W nauce niemieckiej obserwuje się pogląd, że tak naprawdę na chwilę obecną uzasadnienie kary będzie leżeć gdzieś po środku. Zob. A.P. Simester, A. von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs*, Oxford 2011.

⁴ A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, nr 23, s. 69–95.

⁵ Szerzej R. Pawlik, *Konstytucyjne podstawy i zakres prawa karania – zagadnienia wybrane z perspektywy odpowiedzialności za przestępstwo i wykroczenie*, [w:] *Państwo demokratyczne prawne i socjalne. Księga Jubileuszowa dedykowana profesorowi Zbigniewowi Antoniemu Maciągowi*, t. 3: *Studia prawne*, red. M. Grzybowski, Kraków 2014, s. 419–447; eadem, *Znamiona ilościowe w procesie kontrawencyjonalizacji w kontekście zasady nullum crimen sine lege – zagadnienia wybrane*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2014, nr 2, s. 111–146.

⁶ Por. M. Szczepaniec, *Wybór optymalnej kary w świetle sądowych dyrektyw wymiaru kary*, [w:] eadem, *Teoria ekonomiczna w prawie karnym*, Warszawa 2012, s. 262; M. Cieślak, *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary*, „Nowe Prawo” 1969, nr 2, s. 212.

⁷ J. Piskorski, *Ekwifinalność kryminalizacji*, [w:] *Granice kryminalizacji i penalizacji*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, Olsztyn 2013, s. 17 i nast.

⁸ R. Borowiecki, *Przedsiębiorstwo w obliczu wyzwań współczesnej gospodarki*, „Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy” 2011, nr 20, s. 12–15;

w obszar obrotu gospodarczego jest tematem, który cały czas pozostaje aktualny. Zarówno przedstawiciele nauk prawnych, jak i ekonomicznych poszukują granicy, która winna być jasna i nieprzekraczalna dla ustawodawcy, aby mechanizmy gospodarki rynkowej nie zostały naruszone⁹.

Zasada proporcjonalności

Wydawać by się mogło, że w prawie karnym miara ingerencji zasadniczo nie budzi wątpliwości, z uwagi choćby na podstawową w tym zakresie regulację zawartą w art. 31 Konstytucji RP z 1997 r. (dalej: Konstytucja)¹⁰. Sytuacja staje się jednak nieco bardziej skomplikowana w konfrontacji chociażby z art. 20 Konstytucji, zgodnie z którym społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej. Co prawda świadomość, że prawa i wolności konstytucyjne nie mogą mieć charakteru absolutnego, jest obecna w społeczeństwach demokratycznych już od dawna, ale zasadniczo przyjmuje się, że wolności i prawa mogą być ograniczane tylko ze względu na wolności i prawa innych¹¹. Niemniej jednak poziom tych ograniczeń nadal budzi wątpliwości¹².

Konstytucja w art. 31 ust. 3 określa przesłanki, których spełnienie jest konieczne dla wprowadzenia takich ograniczeń¹³, a które nastąpić mogą tylko i wyłącznie w ustawie, tylko i wyłącznie wtedy, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób, nie mogą przy tym naruszać istoty tych wolności i praw¹⁴. Możliwość poddawania praw i wolności jednostki koniecznym ograniczeniom *expressis verbis* dopuszczalna jest także w aktach o zasięgu międzynarodowym¹⁵.

⁹ Por. R. Zawłocki, *Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze*, Warszawa 2004, s. 80.

¹⁰ Por. R. Pawlik, *Konstytucyjne podstawy i zakres prawa karania...*

¹¹ A. Zoll, [w:] *Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 228 (System Prawa Karnego, t. 2).

¹² L. Garlicki, *Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 10, s. 5–24.

¹³ Por. *ibidem*, s. 6 i nast.

¹⁴ Por. L. Garlicki, *Komentarz do art. 31*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, s. 7; zob. także: wyrok TK z dnia 15 grudnia 2004 r., K 2/04, OTK-A 2004, nr 11, poz. 117; por. też np. wyrok TK z dnia 29 czerwca 2001 r., K 23/00, OTK 2001, nr 5, poz. 124; wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r., P 11/98, OTK 2000, nr 1, poz. 3; wyrok TK z dnia 30 października 2006 r., P 10/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 128.

¹⁵ Por. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., oraz Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r.

Zasada proporcjonalności chroni przede wszystkim przed nadmierną ingerencją państwa w prawa i wolności jednostek¹⁶, wskazując dwie istotne z punktu widzenia określonej problematyki zasady szczegółowe: zasadę proporcjonalności *sensu stricto* i zasadę konieczności. Zasada proporcjonalności *sensu stricto* nakazuje zachowanie odpowiedniej proporcji między efektem regulacji a ciężarem nałożanym na jednostkę, wyznaczając jednocześnie maksymalną dopuszczalną granicę intensywności ingerencji prawnokarnej. Z kolei zasada konieczności nakazuje ustalenie wysokości kary na minimalnym poziomie, który pozwala zapewnić skuteczną ochronę danego dobra¹⁷. Z punktu widzenia określonej problematyki powstaje pytanie, czy wypracowane w ten sposób standardy pozwolą na określenie poziomu ingerencji w obrót gospodarczy przy pomocy prawnokarnej regulacji oraz czy w konkretnych przypadkach, jak wybrany art. 586 k.s.h.¹⁸, poziom ingerencji jest właściwie dobrany. W przypadku obrotu gospodarczego już na pierwszy rzut oka widać bowiem, że z uwagi na charakter stosunków i regulacji składających się na wspomniany proces znacznie łatwiej akceptowany i przyswajalny dla jego uczestników, a zarazem efektywniejszy jest system regulacji o charakterze nierepresyjnym – cywilno- i administracyjnoprawnych, jakimi reaguje się na zachowania niepożądane w procesie gospodarowania¹⁹. Z pewnością, jak przypadku każdej innej sfery, oprócz ochrony udzielanej przez prawo cywilne i administracyjne konieczne będzie zapewnienie ochrony prawnokarnej o *stricte* represyjnym charakterze, która ma relatywnie większą siłę oddziaływania i kształtowania pożądanych zachowań, niemniej jednak zastanowić się należy, jak szeroki winien być zakres tej właśnie ochrony, aby nie naruszał jednocześnie mechanizmów gospodarki rynkowej²⁰. W tym miejscu trzeba odnotować interesujące, aczkolwiek jednocześnie kontrowersyjne stanowiska kwestionujące dotkliwość sankcji karnych w obrocie gospodarczym²¹.

¹⁶ Por. W. Van Gerven, *Principe de proportionnalite, abus de droit et droits fondamentaux*, „Journal des Tribunaux” 1992, s. 309; R. Alexy, *Rights, legal reasoning and rational discourse*, „Ratio Juris” 1992, vol. 5, nr 2, s. 149.

¹⁷ K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999, nr 2, s. 33 i nast.; por. także M. Królikowski, *Dwa paradigmaty zasady proporcjonalności w prawie karnym*, [w:] *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2010, s. 48; por. także orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12, LEX nr 25538.

¹⁸ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, Dz.U. z 2016 r, poz. 1578 z późn. zm.

¹⁹ S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza w Europie*, Kraków 2000; R. Biskup, *Wolność gospodarcza w wymiarze podmiotowym*, Lublin 2011; C. Banasiński, *Konstytucyjne podstawy ustroju gospodarczego*, [w:] *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. M. Wierzbowski, H. Gronkiewicz-Waltz, Warszawa 2012, s. 63–80.

²⁰ A. Mucha, *Struktura przestępstwa gospodarczego oraz okoliczności wyłączające bezprawność czynu w prawie karnym gospodarczym. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2013, s. 40 i nast.

²¹ U. Weber, *Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts, Dogmatischer Teil I*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1984, t. 96, z. 2; K. Tiedemann, *Ersche-*

Penalizacja zjawisk w obrębie obrotu gospodarczego

Upraszczając nieco sprecyzowane w początkowej części niniejszego opracowania cele, jakie prawo karne ma do osiągnięcia w obrocie gospodarczym, powiedzieć można, że winno ono przy pomocy jasnego i uzasadnionego komunikatu określającego cenę, jaką należy zapłacić, jeśli dojdzie do określonego zachowania uznanego przez ustawodawcę w konsekwencji za karalne, jednocześnie kreować i współtworzyć życie gospodarcze, motywować do działania legalnego, zgodnego z prawem, mobilizować i ostrzegać przed zachowaniami zakłócającymi porządek procesów ekonomicznych²². Prawo karne nie może natomiast na pewno prowadzić do ograniczania działań przedsiębiorców, wzbudzać strachu przed swobodnymi i kreatywnymi działaniami, w szczególności tymi, które podejmowane są w ramach ryzyka gospodarczego, albowiem taka sytuacja mogłaby prowadzić do zakłócenia procesów ekonomicznych, niewykorzystywania potencjału przedsiębiorców, a w konsekwencji również do wadliwego funkcjonowania całego obrotu gospodarczego²³. Rzecz jasna, oprócz typowych stosunków gospodarczych, które niejednokrotnie wymagają korekty za pomocą wspomnianych środków nierepresyjnych, mamy do czynienia w ramach obrotu gospodarczego z licznymi zachowaniami i zjawiskami patologicznymi, które wymagają i w pełni uzasadniają zastosowanie represji karnej, niemniej jednak nie będzie tak zawsze i we wszystkich przypadkach²⁴.

Problem penalizacji zjawisk w obrębie obrotu gospodarczego jest przedmiotem wielu publikacji naukowych²⁵, pozostając jednocześnie w kręgu zainteresowania ustawodawcy. Dość wspomnieć tutaj stosunkowo niedawny projekt założeń ustawy o ograniczeniu prawa karnego w obrocie gospodarczym²⁶. Celem projektowanej ustawy, jak wskazano w jej uzasadnieniu, była: likwidacja typów czynów zabronionych zbędnych dla zapewnienia efektywnej ochrony obrotu gospodarczego oraz modyfikacja punitywności przepisów karnych chroniących obrót gospodarczy, modyfikacja typów przestępstw zawartych w pozakodeksowych ustawach, w celu zapewnienia ich systemowej spójności, systemowego powiąza-

inungsformen der Wirtschaftskriminalität und Möglichkeiten ihrer strafrechtlichen Bekämpfung, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ 1976, t. 88, z. 1.

²² R. Zawłocki, *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2007, s. 46 i nast.

²³ P. Tuleja, W. Wróbel, *Konstytucyjne standardy prawa karnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały*, red. Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll, Kraków 1994, s. 263; A. Zoll, *Zasady prawa karnego w projekcie konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 3, s. 73; idem, *Nowa kodyfikacja karna w świetle konstytucji*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997, z. 2, s. 102.

²⁴ R. Zawłocki, *Podstawy odpowiedzialności...*, s. 80.

²⁵ M.in. R. Zawłocki, *Prawo karne...*, s. 46 i nast.; idem, *Podstawy odpowiedzialności...*, s. 80. A. Mucha, *op. cit.*; czy np. J. Skorupka, *Prawo karne gospodarcze. Zarys wykładu*, Warszawa 2007.

²⁶ Projekt założeń projektu ustawy o ograniczeniu prawa karnego w obrocie gospodarczym [wycofany], <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/36370> [dostęp: 10.09.2016].

nia z unormowaniami Kodeksu karnego, a także eliminacji ich kazuistycznej struktury (w wypadkach, w których prowadzi ona do utraty czytelności lub funkcjonalności przepisu), zwiększenie bezpieczeństwa prawnego w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej²⁷. Projekt ten przewidywał m.in. uchylenie uczynionego w pewnym sensie tłem dla niniejszych rozważań typu opisanego w art. 586 k.s.h. zgodnie z którym odpowiedzialności karnej podlega ten, kto, będąc członkiem zarządu spółki albo likwidatorem, nie zgłasza wniosku o upadłość spółki handlowej pomimo powstania warunków uzasadniających według przepisów upadłość spółki²⁸. Zwracając uwagę na typ opisany w art. 586 k.s.h., pamiętać należy, że podobny problem pojawia się również na gruncie art. 129 ustawy o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej²⁹ (dalej: uSE), który przewiduje odpowiedzialność karną członka zarządu, członka rady administrującej lub dyrektora wykonawczego albo likwidatora SE, na których ciąży obowiązek zgłoszenia wniosku o upadłość SE, a którzy nie zgłaszają tego wniosku pomimo powstania warunków uzasadniających upadłość SE według przepisów o postępowaniu upadłościowym i naprawczym. Artykuł 129 uSE nieco inaczej jednak niż analogiczny art. 586 k.s.h. formułuje nakaz złożenia takiego wniosku. Nie każdy członek organu kolegijskiego podlega odpowiedzialności przewidzianej w art. 129 uSE, lecz tylko ten, który ma w statucie przewidziane uprawnienie do podjęcia takiego działania³⁰.

Podjęcie tematu w opisanym w tytule zakresie poza wskazanymi wyżej względami wydaje się uzasadnione również z uwagi na daleko idące zmiany w obrębie prawa upadłościowego oraz restrukturyzacyjnego i naprawczego, które nastąpiły z dniem 1 stycznia 2016 r. zarówno w Polsce, jak i w Unii Europejskiej³¹. W prawie polskim zmiany te implikuje przede wszystkim Prawo restrukturyzacyjne³², natomiast w prawie europejskim chodzi zasadniczo o rozporządzenie 2015/848 w sprawie postępowania upadłościowego³³. Regulacje te na poziomie normy sankcjonowanej zmieniają dotychczasowy sposób postępowania w stosunku do podmiotów niewypłacalnych bądź zagrożonych niewypłacalnością w ten

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 lutego 2015 r., I ACa 1213/14, LEX nr 1651972, gdzie SA pokreślił, że celem przepisu art. 586 k.s.h. jest wzmocnienie odpowiedzialności wynikającej z art. 299 k.s.h.

²⁹ Ustawa z dnia 4 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej, Dz.U. z 2015 r., poz. 2142.

³⁰ Z. Kukuła, *Odpowiedzialność karna w spółce europejskiej*, „Prawo Spółek” 2009, nr 3, s. 30–40.

³¹ A. Hrycaj, *Cztery postępowania restrukturyzacyjne*, „Doradca Restrukturyzacyjny” 2015, nr 1, s. 4.

³² Ustawa z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne, Dz.U. z 2015 r., poz. 978 ze zm.; Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, Sejm VII kadencji, druk sejmowy nr 2824, s. 68.

³³ Rozporządzenie 2015/848 w sprawie postępowania upadłościowego.

sposób, że pozwalają dłużnikowi na przeprowadzenie restrukturyzacji już na wczesnym etapie zaistniałych problemów, a także umożliwiają kontynuację działalności gospodarczej, co zwiększa szanse wierzycieli na zaspokojenie wierzytelności. Jak wynika bowiem z obserwacji obecnej rzeczywistości gospodarczej, ogłoszenie upadłości (czy to likwidacyjnej, czy też choćby układowej) zasadniczo trwale stygmatyzuje podmiot, prowadząc w dużej mierze do utraty zaufania u potencjalnych kontrahentów, co w efekcie przyspiesza i czyni praktycznie nieuchronnym zakończenie działalności podmiotu³⁴. Prowadzone postępowania upadłościowe, zwłaszcza te w opcji likwidacyjnej, są w dużej mierze nieefektywne dla wierzycieli, z uwagi przede wszystkim na ich długotrwałość i wysokie koszty³⁵. Obecne zmiany w prawie upadłościowym i restrukturyzacyjnym prowadzą do modyfikacji roli wierzycieli, którzy dzięki aktywnemu udziałowi w postępowaniu mogą wywierać wpływ na warunki układu lub restrukturyzacji, a tym samym – na stopień i szybkość realnego zaspokojenia wierzytelności³⁶. Wszystko to razem zaś powoduje, że warto spojrzeć na zakres ingerencji prawnokarnej w obrót gospodarczy – tym razem z punktu widzenia właśnie typu opisanego w art. 586 k.s.h. Pojawiający się tu problem jest niewątpliwie istotny, albowiem jak wynika z analizy danych statystycznych w odniesieniu do postępowań upadłościowych w 2016 r., do 31 sierpnia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym (MSiG) opublikowano 8849 ogłoszeń związanych z toczącymi się postępowaniami upadłościowymi lub restrukturyzacyjnymi, z czego 2710 dotyczyło ogłoszenia upadłości tzw. konsumenckiej, 399 to ogłoszenia upadłości podmiotów gospodarczych, a 100 to ogłoszenia o otwarciu postępowania układowego w ramach postępowania restrukturyzacyjnego. W 2015 r. do 31 grudnia łącznie ukazały się 7354 takie ogłoszenia, w tym 750 to ogłoszenia o upadłości podmiotów gospodarczych, a 2112 to ogłoszenia dotyczące upadłości tzw. konsumenckiej. W 2014 r. takich ogłoszeń było 4532, w tym 807 to ogłoszenia upadłości podmiotów gospodarczych. W 2013 r. było ich 4435, w tym 888 dotyczyło upadłości podmiotów gospodarczych³⁷.

³⁴ Por. M. Pietruszyńska, P. Zimmerman, *Trwałość zaprzestania spłaty długów a stan niewypłacalności – powrót do źródła?*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013, nr 2, s. 48; P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2014, komentarz do art. 11, nb. 5; A. Tamowicz, *Procesy upadłościowe przedsiębiorstw w Polsce. Raport z badań*, Warszawa–Gdańsk 2010.

³⁵ S. Morawska, *Wyniki badań przeprowadzonych w zakresie efektywności procedur upadłościowych w 2011 r. w wybranych sądach upadłościowych*, [w:] K. Babiarz-Mikulska, A. Czapracka, S. Morawska, *Ocena efektywności procedur upadłościowych wobec przedsiębiorców. Aspekty prawne, ekonomiczne i organizacyjne*, Warszawa 2012, s. 11 i nast.; A. Hrycaj, *Realizacja praw wierzycieli w postępowaniu upadłościowym obejmującym likwidację majątku dłużnika w Polsce i w Austrii – zagadnienia wybrane*, „Palestra” 2009, nr 7–8, s. 221; A. Tamowicz, *op. cit.*

³⁶ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne..., s. 68, P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2016, komentarz do art. 11, nb. 4.

³⁷ *Lista upadłości firm i upadłości konsumenckiej*, Centralny Ośrodek Informacji Gospodarczej, <http://www.coig.com.pl/lista-upadlosci-firm.php> [dostęp: 10.09.2016].

I tak aby przynajmniej w zarysie sprecyzować granice prawnokarnej ingerencji w obrocie gospodarczym, wyjść należy od jednego z podstawowych dla prawa karnego założeń, a mianowicie, że dobra prawnie chronione tworzą system pełen wzajemnych interakcji, którego prawidłowe funkcjonowanie wymaga wypracowania i przyjęcia wzorców postępowania oraz systemów kontrolnych zapewniających ich przestrzeganie³⁸. To właśnie te wielorakie powiązania stają się źródłem różnych sytuacji kolizyjnych implikujących konieczność podjęcia działań ochronnych³⁹. Funkcja ochrony zasadniczo realizowana jest przez normy sankcjonujące, w przeciwieństwie do funkcji regulacyjnej, która realizowana jest w przeważającej części przez normy sankcjonowane⁴⁰. Wspomniana funkcja ochronna, choć ze swej istoty, co należy podkreślić, ukierunkowana jest retrospektywnie, nie może jednakże sprowadzać się wyłącznie do stanów przeszłych, winna też pełnić, choć w ograniczonym zakresie, funkcję regulacyjną⁴¹. Chodzi tutaj o wspomniane wyżej dwa komunikaty, a mianowicie pierwszy – nie rób tego, ponieważ to jest złe, i drugi, określający swoistą cenę, jaką należy zapłacić, jeśli dojdzie do określonego zachowania uznanego przez ustawodawcę w konsekwencji za karalne, która to cena w pewnym sensie kształtować będzie przyszłe zachowania podmiotów w odniesieniu do typu opisanego w art. 586 k.s.h.

Punkt wyjścia próby określenia obszaru potencjalnej ingerencji i dopuszczalnej miary teźże stanowić winno pojęcie i granice wolności gospodarczej. Zanim jednak o wolności gospodarczej, należy zwrócić uwagę, że zasadniczo już pojęcie samej wolności jako kategorii, z której następuje wyodrębnienie wolności gospodarczej, jest wielowymiarowe, funkcjonuje bowiem jako pojęcie z zakresu moralności, etyki, filozofii, psychologii, ekonomii, socjologii, politologii, wreszcie jest także kategorią prawną⁴². Do zagadnienia wolności jako takiej interesująco podchodził Monteskiusz, którego poglądy warte są w tym miejscu przypomnienia. W swoim dziele *O duchu praw* pisał bowiem, że wolność to prawo czynienia wszystkiego tego, na co ustawy pozwalają, bo gdyby jeden obywatel mógł czynić to, czego zabraniają, nie byłby wolny, ponieważ inni posiadaliby z natury rzeczy

³⁸ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 21 i nast.

³⁹ Szerzej zob. interesujące opracowanie M. Prengla, *Dobro prawne – centralne pojęcie dla prawa karnego*, „Jurysta” 2002, nr 5, s. 5 i nast.; W. Wróbel, *Pojęcie „dobra prawnego” w wykładni przepisów prawa karnego*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009, s. 620; D. Gruszecka, *Pojęcie dobra prawnego w prawie karnym*, Wrocław 2008, s. 137; H.J. Hirsch, *W kwestii aktualnego stanu dyskusji o pojęciu dobra prawnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, z. 1; a przede wszystkim szerokie opracowanie D. Gruszeckiej, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2012.

⁴⁰ A. Zoll, *O normie prawnej...*

⁴¹ E. Altman, E. Hotchkiss, *Trudności finansowe a upadłość firm. Jak przewidzieć upadłość i jej uniknąć, jak analizować i inwestować w zadłużenie firm zagrożonych*, tłum. S. Tabor, U. Budzich, Warszawa 2007, s. 63 i nast.

⁴² Por. M. Zubik, „Wolność” a „prawo” (pięć hipotez o stosowaniu pojęć konstytucyjnych dotyczących praw człowieka), „Państwo i Prawo” 2015, nr 9.

tę samą możliwość⁴³. Akceptując takie ujęcie, można przyjąć, że wolność obejmować będzie zatem tę sferę zachowań ludzkich, w której jednostka ma możliwość swobodnego działania tak długo, jak długo norma prawna określonego zachowania jej wyraźnie nie zakazuje/nakazuje, ze względu na ważny interes publiczny lub wolności i prawa innych⁴⁴. Z tak pojmowaną wolnością w odniesieniu do władz publicznych oczywiście korelowane będą obowiązki powstrzymania się od podejmowania działań utrudniających jej realizację⁴⁵.

Uszczegóławiając i przechodząc do wolności gospodarczej, w pierwszej kolejności z pewnością przyjąć należy, że będzie to ta sfera ludzkich zachowań mających miejsce w obrocie gospodarczym, w której jednostka będzie mieć możliwość swobodnego działania tak długo, jak długo odpowiednio ustanowiona norma prawna czegoś jej wyraźnie nie zakazuje/nakazuje, ze względu na ważny interes publiczny lub wolności i prawa innych⁴⁶. Wolność gospodarcza co do zasady przysługuje każdemu i stanowi immamentny składnik godności ludzkiej⁴⁷, z której, jak się przyjmuje, wyprowadzić można prawo do realizacji indywidualnych potrzeb ekonomicznych⁴⁸. W doktrynie wyróżnia się zazwyczaj dwa spojrzenia, które mają pomóc w nakreśleniu ram wolności gospodarczych w obrębie ustawodawstwa danego kraju: przez pryzmat podmiotów, którym przysługuje, oraz przez pryzmat zachowań wyinterpretowywanych z tekstu aktów prawnych⁴⁹. Owa wolność gospodarcza z uwagi choćby na art. 20 Konstytucji winna być traktowana jako hipotetyczny stan, pierwotny i podstawowy dla systemu, nie zaś odwrotnie⁵⁰. Interpretacja bowiem wolności gospodarczej w odwrotnym kierunku, a mianowicie z obowiązujących norm prawnych, prowadzić może do sytuacji, w której wolność gospodarcza stanie się wartością wtórną, zależną od prawodawcy i kształtowanego przez niego systemu⁵¹.

⁴³ Monteskiusz, *O duchu praw*, tłum. T. Boy-Żeleński, Kęty 1997, s. 136–161.

⁴⁴ L. Wiśniewski, *Prawo a wolności człowieka – pojęcie i konstrukcja prawna*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997, s. 51–63.

⁴⁵ Zob. np. wyrok TK z 18 września 2014 r., K 44/12, OTK-A 2014, nr 8, poz. 92; por. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 15–40; zob. także B. Banaszak, *Ogólne wiadomości o prawach człowieka*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 14–33; M. Jabłoński, *Klasyfikacja wolności i praw jednostki w Konstytucji RP*, [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, t. I: *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, red. M. Jabłoński, Warszawa 2010, s. 78–106.

⁴⁶ L. Wiśniewski, *op. cit.*

⁴⁷ Np. S. Biernat, *Wolność handlu i przemysłu i prawne aspekty oddziaływania państwa na gospodarkę Szwajcarii*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1996, nr 2, s. 26; M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 9.

⁴⁸ F.J. Mazurek, *Godność osoby ludzkiej podstawą praw człowieka*, Lublin 2001, s. 11–13.

⁴⁹ C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Warszawa 1995 s. 31 i nast.

⁵⁰ Por. S. Biernat, A. Wasilewski, *op. cit.*; R. Biskup, *op. cit.*; *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne...*, s. 63–80.

⁵¹ J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1998, s. 27–35.

W obrębie wolności gospodarczej, jej granic oraz miary prawnokarnej ingerencji sytuacja jest o tyle trudna, że jak wspomniano już wyżej, działalność gospodarza jak żadna inna sfera aktywności człowieka immanentnie związana jest z dynamicznie zmieniającą się rzeczywistością, a przede wszystkim z występowaniem ryzyka gospodarczego będącego przedmiotem badań głównie w naukach ekonomicznych⁵². Poprzez pojęcie ryzyka gospodarczego rozumie się niepewność przyszłych zdarzeń, mogących oddziaływać pośrednio lub bezpośrednio na rynek dóbr, w którym dany podmiot działa⁵³. Na ryzyko w działalności gospodarczej składają się różne czynniki w ujęciu mikro- i makroekonomicznym. Pierwsze zasadniczo związane są z przedsiębiorstwem i branżą, w której działa (np. specyfika branży, pozycja podmiotu w branży, zdolność do przetwarzania informacji, umiejętność prognozowania), drugie zaś wiążą się z szeroko rozumianym otoczeniem, w którym istotną rolę spełnia państwo oraz jego prawno-instytucjonalne uprawnienia (np. cykl koniunkturalny, postęp techniczny oraz technologiczny, odkrycie nowych źródeł zasobów, inflacja, wysokość stóp procentowych, kurs walutowy)⁵⁴. Istnienie ryzyka prowadzi do powstania tzw. sytuacji ryzykownych w obrocie gospodarczym, kategoryzowanych dalej jako konkretne już ryzyka rynkowe, a więc wynikające z ogólnych warunków otoczenia biznesu. Ekonomiści wyróżniają wiele ryzyk szczegółowych: ryzyko polityczne, ryzyko rynku, ryzyko walutowe, ryzyko siły nabywczej, ryzyko stopy procentowej. Wszystkie te rodzaje ryzyka wpływają bezpośrednio lub pośrednio na obrót gospodarczy oraz determinują określony sposób funkcjonowania podmiotu w takim środowisku. Wspomnieć należy również, że poza powyższymi rodzajami ryzyk formułuje się w nauce ekonomii pojęcie tzw. ryzyka specyficznego, charakterystycznego już dla poszczególnych podmiotów gospodarczych, wiążącego się z prowadzoną przez firmę działalnością operacyjną, inwestycyjną oraz finansową, a więc obszarami, które decydują o indywidualnych wynikach finansowych podmiotu, jego rentowności i płynności⁵⁵. Z punktu

⁵² K. Janasz, [w:] K. Janasz, W. Janasz, J. Wiśniewska, *Zarządzanie kapitałem w przedsiębiorstwie*, Warszawa 2007, s. 278; zob. także A. Noga, *Teorie przedsiębiorstw*, Warszawa 2009.

⁵³ Por. J.A. Schumpeter, *Business Cycles: A Theoretical, Historical, and Statistical Analysis of the Capitalist Process*, New York–Toronto–London 1939; S. Nahotko, *Ryzyko ekonomiczne w działalności gospodarczej*, Bydgoszcz 1997.

⁵⁴ A. Korombel, *Kluczowe ryzyka i ich klasyfikacje w praktyce mikro i małych przedsiębiorstw*, [w:] *Strategie zarządzania mikro, małymi i średnimi przedsiębiorstwami*, Szczecin 2012 (Zeszyty Naukowe – Uniwersytet Szczeciński, nr 696).

⁵⁵ I tak wśród najważniejszych elementów kształtujących poziom tego ryzyka w danej firmie możemy wymienić: doświadczenie, umiejętność i trafność decyzji kierownictwa, dostępność surowców i materiałów do produkcji, zaangażowanie i umiejętności pracowników, konkurencję panującą w branży, w której funkcjonuje firma, atrakcyjność jakościową lub cenową oferowanych produktów lub usług. Z punktu widzenia funkcjonowania danej firmy, ryzyko specyficzne dla niej możemy podzielić na ryzyko operacyjne i finansowe. Ryzyko operacyjne związane jest przede wszystkim z możliwością i umiejętnością aktywnego oddziaływania na sprzedaż, koszty wytwarzania i ceny produktów, poziom konkurencji, jakość zarządzania firmą, dywersyfikację dostawców i odbiorców. Ryzyko finansowe związane jest natomiast ze strukturą źródeł finansowania majątku

widzenia próby sprecyzowania granic prawnokarnej ingerencji istotny jest brak możliwości wyeliminowania (względnie istotnego ograniczenia) czynnika w postaci ryzyka gospodarczego na poziomie pojedynczego podmiotu⁵⁶. Powstaje więc kwestia umiejętnego zarządzania ryzykiem, które obejmuje procesy zmierzające do ograniczania wpływu wahań czynników ryzyka na elementy prowadzonej działalności biznesowej⁵⁷. Zarządzanie ryzykiem jest procesem złożonym, a zarazem trudnym i wymagającym podjęcia szeregu niekiedy kosztownych z punktu widzenia przedsiębiorcy działań, co w polskiej rzeczywistości gospodarczej często powoduje, że tego typu działania prowadzone są jedynie w ograniczonym zakresie⁵⁸, niemniej jednak pozwalających w ostatecznym efekcie ryzyko ograniczyć⁵⁹. W ten sposób dochodzimy do relewantnego z punktu widzenia miary ingerencji w obrót gospodarczy określenia i rozróżnienia: dopuszczalnego ryzyka gospodarczego oraz nadmiernego ryzyka gospodarczego, które wpływać będą z pewnością na granicę prawnokarnej ingerencji⁶⁰.

Dopuszczalne ryzyko gospodarcze ujmowane jest jako jedna z okoliczności wyłączających bezprawność czynu zabronionego⁶¹, a raczej można by powiedzieć: okoliczności niepowodujących aktualizacji sytuacji bezprawności danego zacho-

firmy. Więcej zob. T.T. Kaczmarek, *Ryzyko i zarządzanie ryzykiem*, Warszawa 2005, s. 257; A. Wawiernia, I. Jonek-Kowalska, *Zarządzanie wartością i ryzykiem instrumentów rynku finansowego*, Warszawa 2009, s. 75.

⁵⁶ K. Janasz, *op. cit.*, s. 282; D. Dziawgo, *Credit-rating. Ryzyko i obligacje na międzynarodowym rynku finansowym*, Warszawa 1998, s. 20. P. Kotler, J.A. Caslione, *Chaos. Zarządzanie i marketing w erze turbulencji*, tłum. D. Bakalarz, Warszawa 2009, s. 31.

⁵⁷ P. Błaszczyk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza menedżerów spółek a przekroczenie tzw. dopuszczalnego ryzyka gospodarczego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2009, z. 11, s. 37–43; K. Janasz, *op. cit.*, s. 278; J. Bizon-Górecka, *Inżynieria niezawodności i ryzyka w zarządzaniu przedsiębiorstwem*, Bydgoszcz 2001; eadem, *Modelowanie struktury systemu zarządzania ryzykiem w przedsiębiorstwie – ujęcie holistyczne*, Bydgoszcz 2007; T.T. Kaczmarek, *Zarządzanie ryzykiem handlowym, finansowym i produkcyjnym*, Gdańsk 2002; idem, *Ryzyko i zarządzanie ryzykiem. Ujęcie interdyscyplinarne*, Warszawa 2005, s. 84 i nast.

⁵⁸ Jedną z metod może być np. transfer ryzyka na ubezpieczyciela. Por. A. Banasiński, *Ubezpieczenia gospodarcze*, Warszawa 1993, s. 73; *Vademecum ubezpieczeń gospodarczych*, red. T. Sangowski, Poznań 2000, s. 45. Poziom zarządzania ryzykiem w polskich firmach omawia szczegółowo publikacja zbiorowa *Zarządzanie zintegrowanym ryzykiem przedsiębiorstwa w Polsce*, red. S. Kasiewicz, Warszawa 2011.

⁵⁹ S. Kasiewicz, B. Lepczyński, *Monitorowanie ryzyka jako narzędzie zarządzania strategicznego*, [w:] *Czas na pieniądź. Zarządzanie finansami. Współczesne wyzwania teorii i praktyki*, red. D. Zarzecki, Szczecin 2011 (Zeszyty Naukowe – Uniwersytet Szczeciński, nr 640); por. także *Dobre praktyki spółek notowanych na GPW 2016*, zasada III.Z.I: „Za wdrożenie i utrzymanie skutecznych systemów kontroli wewnętrznej, zarządzania ryzykiem, compliance oraz funkcji audytu wewnętrznego odpowiada zarząd spółki”, https://static.gpw.pl/pub/files/PDF/RG/DPSN2016_GPW.pdf [dostęp: 10.09.2016].

⁶⁰ Por. R. Zawłocki, *Prawo karne...*, s. 312, 379 oraz P. Kardas, [w:] A. Barczak-Oplustil *et al.*, *Kodeks karny. Część szczególna*, t. III: *Komentarz do art. 278–363 k.k.*, red. A. Zoll, Kraków 2006, komentarz do art. 296 k.k., teza 61, s. 545.

⁶¹ Tak R. Zawłocki, *Prawo karne...*, s. 379.

wania. Okoliczność wyłączająca bowiem bezprawność jest to zasadniczo okoliczność mająca znaczenie i wymagająca aktualizacji dopiero w sytuacji zaistnienia stanu bezprawności, a więc stanu sprzeczności z ogólnie ustalonym porządkiem prawnym (osobną kwestią jest tutaj kwestia okoliczności przewidzianej w art. 27 k.k.). W obrębie działalności gospodarczej za dozwolone ryzyko uznaje się każde zachowanie zgodne z obowiązującym gospodarczym porządkiem prawnym; za nadmierne ryzyko można uznać jedynie takie przekroczenie granic dopuszczalnego ryzyka, które polega jednocześnie na sprzeczności z obowiązującymi przepisami⁶². Pojęcia „dopuszczalności” i „nadmiernego” ryzyka należy przy tym postrzegać w kategoriach zarówno ekonomicznych, jak i społecznych, tj. przez pryzmat zasad funkcjonujących w obrocie gospodarczym⁶³.

Jak słusznie zauważa Robert Zawłocki, badanie stopnia ryzyka gospodarczego podjętego przez konkretnego sprawcę przestępstwa powinno uwzględniać w szczególności następujące podstawy: wskazanie obowiązujących sprawcę norm bezpośrednio wyznaczających granice dopuszczalnego ryzyka gospodarczego, sprawdzenie, czy prawdopodobieństwo wystąpienia szkody w chwili podjęcia działania lub zaniechania było mniejsze niż prawdopodobieństwo osiągnięcia korzyści, wskazanie średniego stopnia ryzyka czynności danego rodzaju, określenie charakteru dobranych przez sprawcę środków i metod służących do osiągnięcia określonego celu gospodarczego, zbadanie, czy – i ewentualnie jak – podjęte przez sprawcę czynności odpowiadały celowi gospodarczemu w postaci osiągnięcia zysku lub uniknięcia strat oraz charakterowi określonej działalności gospodarczej, sprawdzenie, czy sprawca zaniechał podjęcia możliwych czynności o mniejszym stopniu ryzyka, wskazanie charakteru i wysokości rzeczywistych konsekwencji zachowania się sprawcy, sprawdzenie, czy – i ewentualnie jak – sprawca zabezpieczył przedsięwzięcie przed negatywnymi skutkami podjętego ryzyka⁶⁴. Nieco odmienne ujęcie zakłada natomiast, że w celu ustalenia, czy dane działania podejmowane były w sferze dopuszczalnego ryzyka gospodarczego, konieczne jest odwołanie się do zasad „dobrego gospodarowania”, wyznaczających „krąg zachowań, w których ryzyko wystąpienia szkody majątkowej nie przekracza społecznie akceptowanego poziomu, tzn. poziomu wynikającego z obowiązujących w danej sferze gospodarki zasad”⁶⁵. Zgodne z postępowaniem w granicach dopuszczalnego ryzyka gospodarczego będzie podjęcie działań gospodarczych o niepewnym wyniku, jeżeli są one zgodne z obowiązującymi normami określającymi to ryzyko, oraz gdy prawdopodobieństwo osiągnięcia korzyści jest większe niż poniesienie strat, przyjęty sposób działań odpowiada jego celowi gospodarczemu, natomiast cel odpowiada charakterowi przedsięwzięcia, a zaakceptowana niepewność nie jest największa z możliwych i nie przekracza istotnie przeciętnego poziomu ryzyka dla

⁶² Zob. *ibidem*, s. 379–381.

⁶³ Zob. P. Kardas, *op. cit.*

⁶⁴ Tak R. Zawłocki, *Prawo karne...*, s. 382–384.

⁶⁵ P. Kardas, *op. cit.*

tego typu działań⁶⁶. Omawiane granice mogą być względne z uwagi na przedmiot działalności określonego podmiotu⁶⁷.

W powyższe, jak się wydaje, doskonale wpisuje się kwestia zachowań objętych zakresem kryminalizacji i penalizacji w art. 586 k.s.h., który jak wskazano wyżej, komunikuje, że niezgłoszenie wniosku o upadłość jest złe, oraz określa swoją cenę, jaką należy zapłacić, jeśli dojdzie do realizacji zachowania uznanego przez ustawodawcę w konsekwencji za karalne. Przez niezgłoszenie wniosku o upadłość należy rozumieć zaniechanie wypełnienia obowiązku zgłoszenia wniosku spełniającego wszystkie wymagania określone w przepisach Prawa upadłościowego (dalej: p.u.)⁶⁸. Przepis ten służy wzmocnieniu odpowiedzialności cywilnej określonej w art. 299 k.s.h.⁶⁹ i art. 21 p.u.⁷⁰. Ważne jest, że w sytuacji gdy nie było prowadzone postępowanie karne lub brak jest prawomocnego wyroku skazującego wydane go w postępowaniu karnym, w którym stwierdzono by popełnienie przestępstwa

⁶⁶ R. Zawłocki, *Prawo karne...*, s. 385.

⁶⁷ Ł. Gasiński, *Odpowiedzialność członków zarządu w spółkach kapitałowych – miernik staranności*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Soltysińskiemu*, Poznań 2005, s. 503.

⁶⁸ Przepięstwo z art. 586 k.s.h., polegające na niezgłoszeniu upadłości spółki prawa handlowego, jest przestępstwem indywidualnym właściwym. Ustawodawca w przepisie tym posłużył się wyczczeniem taksatywnym funkcji, z których pełnieniem związana jest odpowiedzialność karna w przypadku zaniechania złożenia wniosku o upadłość. Poza zakresem tych podmiotów pozostaje kilka kategorii osób, pełniących w spółkach funkcje związane z zarządzaniem jej działalnością, sprawowaniem nadzoru lub kontroli albo reprezentowaniem spółki na zewnątrz (wyrok SA w Katowicach z dnia 10 grudnia 2015 r., II AKa 448/15, LEX nr 2023109). Okoliczność, iż zgromadzenie wspólników (walne zgromadzenie) podejmie uchwałę o kontynuacji działalności gospodarczej, nie wyłącza odpowiedzialności karnej z art. 586 k.s.h. członka zarządu spółki, który nie wystąpił w terminie ze stosownym wnioskiem (por. wyrok SA w Rzeszowie z dnia 13 grudnia 2012 r., II AKa 103/12, LEX nr 1237629). „Użycie w dyspozycji art. 586 k.s.h. czasownika «nie zgłasza» w formie niedokonanej wskazuje, że zamiarem ustawodawcy było skryminalizowanie zachowania w całym okresie, w którym istnieją podstawy do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Dla bytu przestępstwa z art. 586 k.s.h. nie ma znaczenia motywacja, jaką kieruje się sprawca, nie składając w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki” (wyrok SA w Lublinie z dnia 28 kwietnia 2015 r., II AKa 45/15, LEX nr 1711725).

⁶⁹ Zgodnie z uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 7 listopada 2008 r., III CZP 72/08, OSNC 2009/2, poz. 20, odpowiedzialność przewidziana w art. 299 § 1 k.s.h. ma charakter odszkodowawczy. Taki charakter tej odpowiedzialności uznawany jest też w stałym orzecznictwie SN. Zob. omówienie stanowisk reprezentowanych w tej kwestii w doktrynie: K. Osajda, *Niewypłacalność spółki z o.o. Odpowiedzialność członków zarządu wobec jej wierzycieli*, Warszawa 2014, s. 137, 138; A. Kappes, *Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2009, s. 151, 152.

⁷⁰ Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe, Dz.U. z 2015 r., poz. 233 i 978. Zgodnie z orzeczeniem SN z dnia 26 marca 2013 r., III UK 63/12, LEX nr 1330598, skazanie za przestępstwo określone w art. 586 k.s.h. prawomocnym wyrokiem karnym wiąże sąd w postępowaniu cywilnym, jednak nie zwalnia sądu pracy i ubezpieczeń społecznych od oceny przesłanki egzoneracyjnej wszczęcia we właściwym czasie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania restrukturyzacyjnego), art. 116 § 1 pkt 1 ordynacji podatkowej w zw. z art. 31 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

z art. 586 k.s.h., sąd w postępowaniu cywilnym jest uprawniony do samodzielnego ocenienia, czy zachowanie sprawcy (osoby odpowiedzialnej) stanowiło przestępstwo – odnosi się to zwłaszcza do potrzeby takiego ustalenia ze względu na zarzut przedawnienia roszczeń według art. 442¹ k.c. Dokonując takiej oceny, sąd cywilny winien uwzględnić przepisy prawa karnego materialnego, w tym dotyczące zamiaru sprawcy, rodzaju winy i jej stopnia⁷¹. Przesłanki określone w art. 586 k.s.h. jest przestępstwem trwałym, którego strona przedmiotowa polega jedynie na zaniechaniu podjęcia czynności: niezgłoszeniu wniosku o upadłość pomimo powstania warunków uzasadniających upadłość spółki, według właściwych przepisów. Przesłanki to można popełnić w zamiarze bezpośrednim albo ewentualnym⁷². Okoliczność, iż zgromadzenie wspólników (walne zgromadzenie) podejmie uchwałę o kontynuacji działalności gospodarczej, nie wyłącza odpowiedzialności karnej z art. 586 k.s.h. członka zarządu spółki, który nie wystąpił z terminie ze stosownym wnioskiem. Płaszczyzna intelektualna zamiaru wynikowego na gruncie art. 586 k.s.h. polega na świadomości sprawcy, że w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego niezłożenie wniosku o upadłość oznaczać może realizację znamion czynu zabronionego stypizowanego w tym przepisie. Z kolei w ramach konstrukcji strony woluntatywnej *dolus eventualis* sprawca musi uświadomić sobie wysoki stopień prawdopodobieństwa zaistnienia przesłanek zobowiązujących go do złożenia wniosku o upadłość spółki oraz nie podejmować czynności mających temu przeciwdziałać⁷³.

W relacji zewnętrznej szczególnie ochrona wierzycieli wymaga od członków zarządu posiadania o spółce minimalnej wiedzy, która zmusi ich do reakcji (niezależnie od wewnętrznego podziału kompetencji) w sytuacji zaistnienia podstaw do ogłoszenia upadłości spółki⁷⁴. Jeśli przesłanki, którymi kieruje się dany członek zarządu, opóźniając decyzję o złożeniu wniosku o upadłość, choć wątpliwe, są oparte na trudnych do zweryfikowania w danym momencie dowodach, może on zostać uwolniony od odpowiedzialności karnej bądź stopień jego zawinienia może ulec zmniejszeniu. To, że nieznanostwo prawa nie zwalnia od odpowiedzialności, nie tłumaczy jednocześnie, że błędna ocena oparta na niepełnej wiedzy – w danej sytuacji usprawiedliwionej okolicznościami – może ją zastępować⁷⁵. Za obowiązka-

⁷¹ Por. wyroki SN: z dnia 9 kwietnia 2015 r., V CSK 441/14, OSNC 2016/3/38, Biuletyn SN 2015, nr 8, s. 9; z dnia 8 marca 2012 r., III CSK 238/11, OSNC-ZD 2013, nr C, poz. 56; z dnia 18 grudnia 2008 r., III CSK 193/08, nie publ.

⁷² Por. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 9 grudnia 2014 r., II AKa 353/14, LEX nr 1630915; wyrok SN z dnia 24 lipca 2014 r., II CSK 582/13, nie publ., a także wyrok SA w Lublinie z 28 kwietnia 2015 r., II AKa 45/15, LEX nr 1711725 oraz P. Wołowski, *Odpowiedzialność członka zarządu spółki z o.o. za zaniechanie w przedmiocie złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki*, „Prawo Spółek” 2010, nr 1, s. 49–57.

⁷³ Wyrok SA w Rzeszowie z 13 grudnia 2012 r., II AKa 103/12, LEX nr 1237629.

⁷⁴ E. Hryniewicz, *Delegacja obowiązków a odpowiedzialność karna*, „Studia Prawnicze” 2013, nr 1, s. 147–164.

⁷⁵ Z. Kukuła, *Glosa do wyroku s. apel. z dnia 26 listopada 2009 r.*, II AKa 255/09, „Prawo Spółek” 2011, nr 5, s. 52–55.

nego do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości należy uznać każdego z likwidatorów osób prawnych i handlowych spółek osobowych. Likwidatorzy, w granicach swoich kompetencji, są uprawnieni do prowadzenia spraw spółki i jej reprezentowania (por. np. art. 78 § 1, art. 283 § 1 k.s.h.). Obowiązek likwidatora zgłoszenia upadłości likwidowanego podmiotu, w razie stwierdzenia jego niewypłacalności, stanowi korelat uprawnienia przyznanego mu wyraźnie w art. 20 ust. 2 pkt 5 p.u. Istnienie takiego obowiązku potwierdza art. 586 k.s.h., który poddaje sankcji karnej niezgłoszenie upadłości nie tylko przez członków zarządu spółki, lecz także przez jej likwidatorów⁷⁶.

Jeżeli wniosek o upadłość został zwrócony w trybie p.u., nie wywołując żadnych skutków, uważa się, że nie został on złożony. Tylko skuteczne złożenie wniosku uwalnia od odpowiedzialności karnej⁷⁷. Ani szkoda, jako skutek zachowania sprawcy, ani też realne i konkretne niebezpieczeństwo powstania takiej szkody, jako konsekwencji zachowania sprawcy, nie zostały wymienione jako znamiona przestępstwa z art. 586 k.s.h.⁷⁸. W praktyce precyzyjne ustalenie chwili powstania stanu niewypłacalności dłużnika, a tym samym zachowanie przez członka zarządu spółki z o.o. terminu do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, może sprawiać wiele trudności, a w niektórych przypadkach może być wręcz niemożliwe. W tym stanie rzeczy, z uwagi na regułę *in dubio pro reo* pociągnięcie członka zarządu spółki z o.o. do odpowiedzialności karnej na podstawie art. 586 k.s.h. może być niemożliwe, co z pewnością czyni tego typu ochronę iluzoryczną⁷⁹.

Jeśli przyjąć, że ograniczenie sfery praw i wolności następuje zasadniczo już przez normę sankcjonowaną, norma sankcjonująca jest zaś tylko wzmocnieniem tej ingerencji⁸⁰, zasada proporcjonalności *sensu stricto* nakazuje zachowanie odpowiedniej proporcji między efektem regulacji a ciężarem nakładanym na jednostkę i wyznacza jednocześnie maksymalną dopuszczalną granicę intensywności ingerencji prawnokarnej. Z kolei zasada konieczności nakazuje ustalenie wysokości kary na minimalnym poziomie, który pozwala zapewnić skuteczną ochronę danego dobra⁸¹. Decyzja w przedmiocie kryminalizacji związana bę-

⁷⁶ K. Oplustil, *Obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz odpowiedzialność za jego niezłożenie w świetle znowelizowanego prawa upadłościowego*, cz. I, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016, nr 2, s. 5–11.

⁷⁷ Z. Kukuła, *Glosa do postanowienia SN z dnia 8 stycznia 2013 r., III KK 117/12*, „Przegląd Sądowy” 2014, nr 3, s. 120–124.

⁷⁸ Postanowienie SN z dnia 8 stycznia 2013 r., III KK 117/12, Biuletyn PK 2013, nr 1, s. 20–24.

⁷⁹ P. Wołowski, *op. cit.*, s. 49–57.

⁸⁰ A. Zoll, [w:] *Źródła prawa karnego...*, s. 238.

⁸¹ K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności...*, s. 33 i nast.; por. M. Królikowski, *Dwa paradigmaty...*, s. 48; por. także orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12, LEX nr 25538, gdzie Trybunał Konstytucyjny uznał, że dla ogólnych konstytucyjnych warunków ograniczania praw i wolności jednostki szczególne znaczenie ma zasada, iż ograniczenia tych praw i wolności mogą być wprowadzone tylko „w zakresie niezbędnym”.

dzie również z rozważeniem, czy wprowadzona regulacja ustawodawcza będzie w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków w postaci zapewnienia dostatecznej ochrony dobru prawnemu, czy jest ona niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, oraz czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela. Nie jest uzasadnione bowiem, co należy podkreślić, zaostrenie represji ponad uzasadnioną potrzebę⁸². Stanowienie i stosowanie prawa karnego, wraz z całym jego arsenałem kar i innych środków, powinno być ostatecznością, albowiem z zasady kara i inne środki – albo celowo, albo niezamierzenie – wyrządzają człowiekowi pewną dolegliwość za uczynione zło, jednocześnie same w sobie będąc złem⁸³. Obecnie przyjmuje się, zresztą słusznie, raczej istnienie związku pomiędzy realnym zwiększeniem poziomu nieuchronności kary wobec sprawcy a spadkiem poziomu przestępczości⁸⁴, nie wiążąc tego ostatniego ze wzrostem poziomu represyjności. Wspomnieć w tym miejscu należy, że ochrona wierzyciela przewidziana w k.k. obejmuje w art. 300 w razie grożącej niewypłacalności lub upadłości, udaremnianie lub uszczuplanie zaspokojenia wierzyciela przez usuwanie, ukrywanie, zbywanie, darowanie, niszczenie, rzeczywiste lub pozorne obciążanie albo uszkodzanie składników majątku. W art. 301 obejmuje zaś zachowania osoby będącej dłużnikiem kilku wierzycieli, która 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, a także doprowadza do swojej upadłości lub niewypłacalności, robiąc to również w sposób lekkomyślny. W art. 302 ustawodawca przewidział również odpowiedzialność osoby, która w razie grożącej niewypłacalności lub upadłości, przy niemożliwości zaspokojenia wszystkich wierzycieli, spłaca lub zabezpiecza tylko niektórych, czym działa na szkodę pozostałych.

W konstrukcji art. 586 k.s.h. dojść może do sytuacji niewłaściwego odczytania wskazanego wyżej komunikatu, a tym samym – zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości bez przeprowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego. Ilustrując problem, w pierwszym rzędzie należy zwrócić uwagę na art. 21 ust. 1 p.u., w którym dłużnik jest obowiązany, nie później niż w terminie trzydziestu dni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości, zgłosić w sądzie wnioski o ogłoszenie upadłości. Jeżeli dłużnikiem jest osoba prawna albo inna jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, obowiązek, o którym mowa w ust. 1,

⁸² T. Grzegorzczak, A. Gubiński, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1996 s. 26; por. interesujące rozważania w systemie francuskim: E. Garçon, V. Peltier, *Droit de la peine*, Paris 2010, s. 142 i nast.

⁸³ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2004, s. 86; J. Potulski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 17 grudnia 2003 r., V KK 222/03*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2005, nr 3, s. 115–124.

⁸⁴ Szerzej M. Królikowski, *Dwa paradygmaty...*, s. 66 i powołana tam literatura.

spoczywa na każdym, kto na podstawie ustawy, umowy spółki lub statutu ma prawo do prowadzenia spraw dłużnika i do jego reprezentowania, samodzielnie lub łącznie z innymi osobami⁸⁵. Zasadniczo zgodnie z art. 11 ust. 1 p.u. dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych⁸⁶. Zgodnie natomiast z ust. 1a domniemywa się, że dłużnik utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych przekracza trzy miesiące⁸⁷. Zgodnie z ust. 2 dłużnik będący osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, jest niewypłacalny także wtedy, gdy jego zobowiązania pieniężne przekraczają wartość jego majątku, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający 24 miesiące. Domniemywa się, zgodnie z ust. 5, że zobowiązania pieniężne dłużnika przekraczają wartość jego majątku, jeżeli zgodnie z bilansem jego zobowiązania, z wyłączeniem rezerw na zobowiązania oraz zobowiązań wobec jednostek powiązanych, przekraczają wartość jego aktywów, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający 24 miesiące. Przesłanki przyjęcia niewypłacalności uzasadniającej zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości precyzowane są przez ustawodawcę w sposób zasadniczo jasny⁸⁸, sytuację może komplikować jednakże na gruncie art. 586 k.s.h. art. 6 ust. 1 Prawa restrukturyzacyjnego, zgodnie z którym postępowanie restrukturyzacyjne może być prowadzone wobec dłużnika niewypłacalnego lub zagrożonego niewypłacalnością, przy czym przez dłużnika niewypłacalnego należy rozumieć dłużnika niewypłacalnego w rozumieniu p.u. Przez dłużnika zagrożonego niewypłacalnością należy rozumieć zaś dłużnika, którego sytuacja ekonomiczna wskazuje, że w niedługim czasie może stać się niewypłacalny. Zgodnie z art. 7 ust. 1 o ile ustawa nie stanowi inaczej, postępowanie restrukturyzacyjne wszczyna się na wniosek restrukturyzacyjny złożony przez dłużnika. Zgodnie z art. 11 w przypadku złożenia wniosku restrukturyzacyjnego i wniosku o ogłoszenie upadłości, w pierwszej kolejności rozpoznaje się wniosek restrukturyzacyjny. Zgodnie natomiast z art. 12 ust. 1. Sąd restrukturyzacyjny niezwłocznie po powzięciu wiadomości o złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości zawiadamia sąd upadłościowy o złożeniu wniosku restrukturyzacyjnego. Sąd upadłościowy wstrzymuje rozpoznanie wniosku o ogłoszenie upadłości do czasu wydania prawomocnego orzeczenia w sprawie

⁸⁵ S. Ociessa, [w:] *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, red. A. Witosz, A.J. Witosz, Warszawa 2014, s. 139–140; A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2011, komentarz do art. 21, nb. 6; Z. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2013, komentarz do art. 21, nb. 3; Z. Świeboda, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2006, komentarz do art. 21, pkt 4 i 5.

⁸⁶ R. Adamus, *Tendencje reformatorskie w zakresie pojęcia niewypłacalności przedsiębiorcy w prawie upadłościowym*, [w:] *Tendencje reformatorskie w prawie handlowym*, red. J. Olszewski, Warszawa 2015, s. 70–72; K. Osajda, *op. cit.*, s. 62.

⁸⁷ M. Pietruszyńska, P. Zimmerman, *op. cit.*, s. 48.

⁸⁸ K. Oplustil, *op. cit.*, s. 5–11.

wniosku restrukturyzacyjnego, przy czym wstrzymanie rozpoznania wniosku o ogłoszenie upadłości nie wyłącza możliwości zabezpieczenia majątku⁸⁹.

Zabezpieczenie interesów wierzycieli to kolejno ust. 3 i 4. I tak w przypadku gdy wstrzymaniu rozpoznania wniosku o ogłoszenie upadłości sprzeciwia się interes ogółu wierzycieli, sąd upadłościowy wydaje postanowienie o przejęciu wniosku restrukturyzacyjnego do wspólnego rozpoznania z wnioskiem o ogłoszenie upadłości i rozstrzygnięcia jednym postanowieniem. Jeżeli przejęcie wniosku restrukturyzacyjnego do wspólnego rozpoznania z wnioskiem o ogłoszenie upadłości prowadziłoby do znacznego opóźnienia wydania orzeczenia w przedmiocie ogłoszenia upadłości, ze szkodą dla wierzycieli, a podstawy restrukturyzacji przedstawione przez dłużnika we wniosku restrukturyzacyjnym są znane sądowi upadłościowemu, sąd upadłościowy nie wydaje postanowienia o przejęciu wniosku restrukturyzacyjnego do wspólnego rozpoznania z wnioskiem o ogłoszenie upadłości i rozpoznaje wniosek o ogłoszenie upadłości, o czym zawiadamia sąd restrukturyzacyjny⁹⁰.

W kwestii cywilnoprawnych konsekwencji zgodnie z art. 21 ust. 3 p.u. osoby, o których mowa w ust. 1 i 2, ponoszą odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną wskutek niezłożenia wniosku w terminie określonym w ust. 1, chyba że nie ponoszą winy. Osoby te mogą uwolnić się od odpowiedzialności, w szczególności jeżeli wykażą, że w terminie określonym w ust. 1 otwarto postępowanie restrukturyzacyjne albo zatwierdzono układ w postępowaniu o zatwierdzenie układu. Osoby, o których mowa w ust. 1 i 2, nie ponoszą odpowiedzialności za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w czasie, gdy prowadzona jest egzekucja przez zarząd przymusowy albo przez sprzedaż przedsiębiorstwa, na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, jeżeli obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości powstał w czasie prowadzenia egzekucji⁹¹.

W ramach zarysowanego tematu pojawia się kilka interesujących zagadnień szczegółowych: kwestia regulacji odpowiedzialności karnej za niezłożenie wniosku o upadłość we właściwym terminie na gruncie kodeksu spółek handlowych (art. 586), przede wszystkim z uwagi na wymienianą w doktrynie jako jedna z zasad wymiaru kary zasadę równości wobec prawa (art. 32 Konstytucji)⁹², a to w kontekście tzw. upadłości konsumenckiej, oraz rysująca się dalej kwestia dolegliwości reakcji prawnokarnej w przypadku przestępstw w obrocie

⁸⁹ P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2016, komentarz do art. 21, nb. 6.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ A. Olszewski, *Zakres odpowiedzialności odszkodowawczej za nieterminowe złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości z uwzględnieniem rozwiązań przyjmowanych na tle prawa niemieckiego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 3, s. 46–47; T. Szczerkowski, *Wadliwość czynności prawnych spółek kapitałowych na tle sankcji kodeksu cywilnego*, Warszawa 2012, s. 66.

⁹² Słusznie zauważa to M. Szezepaniec, *Wybór optymalnej kary w świetle sądowych dyrektyw wymiaru kary*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 3.

gospodarczym, także w kontekście m.in. konstytucyjnej zasady równości wobec prawa. Zasada równości i przesłanki jej naruszenia, na które zwraca uwagę Trybunał Konstytucyjny, mają szczególnie doniosłe znaczenie dla prawa karnego. Równość przedsiębiorców wobec prawa w zakresie obrotu gospodarczego, regulowanego przez rozmaite przepisy normatywne, jest fundamentem wolnej i zdrowej konkurencji jako jednego z filarów prawidłowego obrotu gospodarczego⁹³, a niewłaściwie ukształtowany sposób reakcji prawnokarnej może w konsekwencji doprowadzić do zachwiania równowagi między podmiotami konkurującymi⁹⁴.

Konstytucyjna zasada równości wobec prawa wyrażona w art. 32 Konstytucji dotyczy zasadniczo wszystkich podmiotów będących pod jurysdykcją Rzeczypospolitej Polskiej, przez podmiot należy rozumieć zarówno osoby fizyczne, jak i prawne⁹⁵. Adresatami tej normy są władze publiczne, które mają obowiązek traktowania podmiotów w taki sposób, aby nie dopuścić do złamania zasady równości⁹⁶. Trybunał Konstytucyjny zakresem pojęcia równości zajął się już stosunkowo dawno. Założył, że zachowanie władzy publicznej narusza równość wtedy, gdy określona grupa podmiotów, mimo że posiada taką samą cechę istotną, o takim samym natężeniu, nie jest traktowana wedle jednej miary, a wręcz przeciwnie – dochodzi do dyskryminacji lub faworyzacji niektórych podmiotów spośród tej grupy⁹⁷. Równość ta ma mieć miejsce na płaszczyźnie prawnej, nie zaś odnośnie do sytuacji ekonomicznej czy społecznej danej jednostki, która z natury swojej musi być zróżnicowana i nie może być każdorazowo tożsama. Trybunał wskazał na dwa bardzo ważne elementy zasady równości. Pierwszy dotyczy równości wobec prawa, a więc nakazu równego traktowania każdego podmiotu przez władzę publiczną w procesie stosowania prawa. Drugi odnosi się do równości w prawie, rozumianej jako nakaz tworzenia norm prawnych w taki sposób, by uwzględniały one zasadę równości⁹⁸.

Zasady równości nie należy traktować jako zasady bezwzględnej, pojmowanej jako nakaz stosowania tych samych przepisów prawnych i w tym samym zakresie do każdego podmiotu⁹⁹. Poprzez równość należy rozumieć sytuację, w której podmioty są traktowane w taki sam sposób, w takich samych lub bardzo

⁹³ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. z 2007 r., nr 50, poz. 331.

⁹⁴ Wyrok TK z dnia 16 grudnia 1997 r., K 8/97, OTK 1997/5-6/70.

⁹⁵ Wyrok TK z dnia 24 lutego 1999 r., SK 4/98, OTK 1999/2/24.

⁹⁶ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 226.

⁹⁷ K. Działocha, *Równość wobec prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego w Polsce*, [w:] *Zasada równości w orzecznictwie trybunałów konstytucyjnych*, red. L. Garlicki, J. Trzeciński, Wrocław 1990, s. 141–158.

⁹⁸ Por. orzeczenie TK z dnia 9 marca 1988 r., U7/87, OTK 1988/1/1; wyrok TK z dnia 31 marca 1998 r., K 24/97, Dz.U. z 1998 r., nr 46, poz. 293.

⁹⁹ *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 71.

podobnych sytuacjach, a podmioty te należą do zbioru, który został utworzony ze względu na jakąś cechę istotną, którą posiadają wszystkie podmioty będące w tym zbiorze¹⁰⁰. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że ustalenie, czy doszło do złamania zasady równości, należy zaczynać od zbadania, czy doszło do zróżnicowania traktowania przez władze publiczne podmiotów należących do tego samego zbioru, wyodrębnionego ze względu na ową cechę istotną. Jeżeli jakieś osoby, mimo posiadania cechy istotnej, która klasyfikuje je w obszarze tego samego zbioru, oraz podobieństw sytuacji, zostały potraktowane odmiennie, to zachowanie takie może być sprzeczne z Konstytucją. Jedynie kryteria racjonalności, proporcjonalności czy sprawiedliwości mogą powodować ograniczenie zasady równości¹⁰¹.

I wreszcie nie można pominąć karnych i administracyjnych środków służących redukcji przestępstw gospodarczych. Wprowadzenie sankcji administracyjno-karnych może znaleźć swoje racjonalne uzasadnienie przede wszystkim w zakresie sankcjonowania naruszenia szczególnych norm prawa gospodarczego publicznego, a więc w sytuacji, gdy normy te są adresowane do uczestników życia gospodarczego, a w tym w szczególności do struktur korporacyjnych¹⁰². Jednak w wąskim zakresie można także i w omawianej problematyce odnaleźć przydatność środków administracyjnych. Środki te zasadniczo dzieli się na rzeczowe i osobowe i mogą one mieć charakter prewencyjny lub dowodowy¹⁰³. W interesującej nas problematyce zasadnicze znaczenie mają oczywiście środki o charakterze osobowym. Do typowych środków prewencyjnych zaliczyć można wymóg posiadania odpowiednich kwalifikacji zawodowych. Celem tych środków jest zminimalizowanie ryzyka dla uczestników obrotu gospodarczego, jakie niesie ze sobą prowadzenie spraw majątkowych przez osoby nieposiadające profesjonalnego przygotowania. Dotyczy to jednak przede wszystkim sfer tak wrażliwych jak ubezpieczenia lub działalność bankowa, gdzie prymat ma ochrona interesów majątkowych osób trzecich, a ochrona mienia inwestorów ma charakter drugoplanowy. Niemniej jednak można znaleźć przykłady rozwiązań prawnych, które mają na celu eliminowanie osób stwarzających potencjalne zagrożenie dla obrotu gospodarczego i niewątpliwie chronią zarówno osoby trzecie, jak i potencjalnych inwestorów¹⁰⁴. W tej grupie środków poza elementem prewencyjnym, widoczny

¹⁰⁰ Taki pogląd reprezentuje m.in. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej...*, s. 227.

¹⁰¹ Wyrok TK z dnia 16 grudnia 1997 r., K 8/97, OTK 1997/5-6/7.

¹⁰² Por. S. Żółtek, *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Warszawa 2009, s. 191.

¹⁰³ Por. O. Górniok, *Środki zapobiegania przestępczości gospodarczej w zaleceniach Rady Europy*, „Państwo i Prawo” 1992, z. 10, s. 24–25; S. Gabryszewski, T. Oczkowski, *Zapobieganie i zwalczanie przestępczości gospodarczej*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 12, s. 52; W. Dadak, *Ryzyko wiktyimizacji uczestników obrotu gospodarczego przestępstwami gospodarczymi*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, nr 2, s. 111.

¹⁰⁴ Zob. szerzej P. Ochman, *Ochrona działalności bankowej w prawie karnym gospodarczym. Przepisy karne ustaw bankowych*, Warszawa 2011, s. 117–121.

jest także element represyjny, gdyż określone zakazy są konsekwencją popełnienia przestępstwa lub przewinienia dyscyplinarnego.

Analizując problem miary ingerencji prawnokarnej w obrót gospodarczy, nie sposób pominąć również kwestię stosowanej reakcji. I tak odpowiedzialność karna, w szerokim rozumieniu tego pojęcia, polega co do zasady na wykonywaniu jakiegokolwiek środka reakcji karnej, orzeczonego w odpowiedzi na czyn zabroniony¹⁰⁵. Jednym z głównych elementów reakcji będącej podstawą odpowiedzialności karnej jest kara, którą można zdefiniować jako osobistą dolegliwość zadaną sprawcy przestępstwa, będącą reakcją na popełnione przestępstwo, wyrażającą potępienie przestępstwa, wymierzoną przez konstytucyjnie uprawniony do tego organ państwa¹⁰⁶. Karę odróżnić należy od dolegliwości, która jest kategorią niewątpliwie szerszą od samej kary¹⁰⁷, a której wyróżnienie jest w pełni zasadne wobec aktualnego brzmienia art. 53 k.k. Jednocześnie w doktrynie zasadnie pojawiają się poglądy, że skazanie, z uwagi na jego skutki prawne i społeczne, odróżnić należy od samego wymiaru kary¹⁰⁸. W art. 53 k.k. ustawodawca wysłowił zasadę, zgodnie z którą dolegliwość¹⁰⁹ wymierzonej przez sąd kary nie może przekraczać stopnia winy sprawcy¹¹⁰. Z użytego przez ustawodawcę sformułowania wynika, że stopień winy nie wyznacza wysokości kary, jaka powinna zostać wymierzona, lecz wy-

¹⁰⁵ Jak się wydaje, odróżnić należy dwa pojęcia: sankcja karna i kara, por. W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 412; por. także B. Janiszewski, *Dolegliwość jako element współczesnej kary kryminalnej*, [w:] *Przestępstwo, kara, polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tadeusza Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 302; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 433; B. Wróblewski, *Penologia. Socjologia kar*, t. 1, Wilno 1926, s. 185 i nast.; J. Warylewski, *op. cit.*, s. 344; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1978, s. 244–245; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1978, s. 256; A. Marek, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1997, s. 232–233; J. Kochanowski, *Subiektywne granice sprawstwa i odpowiedzialności karnej*, Warszawa 1985, s. 5–17; M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych – zasada proporcjonalności*, Warszawa 2005, s. 1.

¹⁰⁶ W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 412; por. także B. Janiszewski, *op. cit.*, s. 302; M. Cieślak, *Polskie prawo karne...*, s. 433.

¹⁰⁷ Por. M. Cieślak, *O węzłowych pojęciach...*, s. 204 i nast.; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 239–240; T. Kaczmarek, *Ogólne dyrektywy wymiaru kary w teorii i praktyce sądownej*, Wrocław 1980; J. Kochanowski, *op. cit.*, s. 5–17; M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania...*, s. 1. B. Wróblewski wyróżniał trzy typy racjonalizacji kary: sakralną, sprawiedliwościową i celowościową, B. Wróblewski, *op. cit.*, s. 185 i nast.

¹⁰⁸ Por. *System Prawa Karnego*, t. 6: *Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, red. M. Melezini, Warszawa 2010, s. 405 i nast.

¹⁰⁹ Dolegliwość to: 1. ból fizyczny, choroba, 2. to, co sprawia kłopot lub przykrość, Słownik języka polskiego PWN, <http://sjp.pwn.pl/sjp/dolegliwosc;2453128.html> [dostęp: 10.09.2016].

¹¹⁰ W uzasadnieniu do k.k. z 1997 r. podkreślono m.in., że zakaz przekraczania przez karę i środki karne stopnia winy powinien zabezpieczyć przed orzekaniem kar „niezasłużonych”, w konsekwencji niesprawiedliwych według społecznego odczucia; *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, red. I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcinićzak, Warszawa 1997, s. 152 i nast.

znacza granicę, której nie należy przekraczać¹¹¹; karą sprawiedliwą jest więc kara proporcjonalna do stopnia winy i ciężaru czynu¹¹².

Celem kary, jak podnosił już m.in. Cesare Beccaria, zasadniczo nie jest torturowanie i męczenie wrażliwej istoty, należy dobierać bowiem tylko takie kary i takie metody ich stosowania, które przy zachowaniu proporcji do popełnionego przestępstwa wywierałyby najskuteczniejsze i najbardziej trwałe na dusze ludzkie wrażenie, a zarazem najmniej udręczałyby ciało przestępcy¹¹³. Kara winna mieć przy tym charakter osobisty, a więc winien ją ponieść sprawca czynu zabronionego, w stosunku do którego orzeczono dany środek reakcji karnej, co nie wyklucza jednak możliwości odczuwania tego sposobu reakcji także przez osoby trzecie, zwłaszcza najbliższe. W stosunku do tych osób są to dolegliwości niezamierzone, stanowiące uboczne skutki odpowiedzialności karnej, z uwagi na funkcjonowanie każdego człowieka w ramach różnego rodzaju więzi społecznych. Dolegliwości tych, niestety, nie da się całkowicie uniknąć, można tylko dążyć do ich jak najdalej idącej minimalizacji¹¹⁴.

Wspomniana dolegliwość kształtowana jest w podstawowym zakresie przez karę, niemniej jednak pamiętać należy, że obejmuje wszelkie dotyczące skazanego realne konsekwencje wynikające ze skazania¹¹⁵. Pamiętać tutaj należy, że niestety dolegliwość kary nie wyczerpuje się li tylko w okresie samego skazania, ale składać się będzie na nią całokształt konsekwencji dotyczących skazanego, aż do momentu ich zakończenia wynikającego z faktu zatarcia skazania oraz takich, które trwać mogą także poza ten moment. Do tego czasu skazany pozbawiony będzie np. możliwości ubiegania się o określone rodzaje zatrudnienia¹¹⁶. Co prawda skut-

¹¹¹ Zob. K. Buchała, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. K. Buchała, A. Zoll, Kraków 1998, s. 389; *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, Kraków 2004, s. 808–809.

¹¹² W. Zalewski, *O pojmowaniu sprawiedliwości w prawie karnym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. XIV, s. 1103.

¹¹³ C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, tłum. E.S. Rappaport, Warszawa 1959, s. 88; M. Cieślak, *Zasada humanitaryzmu jako naczelną dyrektywę w sferze prawa karnego*, „Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji UG” 1985, nr 13, s. 90.

¹¹⁴ Por. R. Giętkowski, *Zasada osobistej odpowiedzialności karnej*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 5 s. 73 i nast. i cytowana tam literatura; C. Beccaria, *op. cit.*, s. 88; M. Cieślak, *Zasada humanitaryzmu...*, s. 90.

¹¹⁵ Por. w tym zakresie uchwała SN z dnia 3 marca 2009 r., I KZP 30/08, OSNKW 2009, z. 4, poz. 26 z glosami: M. Rams, *Glosa do uchwały SN z dnia 3 marca 2009 r.*, I KZP 30/08, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2009, z. 2; krytyczne: Z. Barwina, *Glosa do uchwały SN z dnia 3 marca 2009 r.*, I KZP 30/08, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2009, z. 3; częściowo krytyczna: R. Kierzyńska, T. Ostropolski, *Glosa do uchwały SN z dnia 3 marca 2009 r.*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 8; aprobująca: D. Dąbrowski, *Glosa do uchwały SN z dnia 3 marca 2009 r.*, *ibidem*.

¹¹⁶ Por. A. Drozd, *Ochrona danych osobowych pracownika (kandydata) po nowelizacji kodeksu pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2004, nr 1, s. 25; B.J. Stefańska, *Zatarcie skazania*, Warszawa 2014, s. 47–54; eadem, *Prawne i społeczne skutki skazania (część pierwsza)*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2008, nr 1 oraz eadem, *Prawne i społeczne skutki skazania (część druga)*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2008, nr 2.

kiem zatarcia skazania jest fakt, że za niebyłe uważa się nie tylko skazanie, lecz również samo popełnienie przestępstwa, co oznacza wprowadzenie fikcji prawnej, że danego przestępstwa nie popełniono¹¹⁷. Fakt skazania, z chwilą jego zatarcia, nie może rodzić dla skazanego żadnych negatywnych konsekwencji – wobec przywrócenia mu statusu osoby niekaranej¹¹⁸.

Interesującym przykładem „składnika” owej dolegliwości, w obrębie obrotu gospodarczego będącym restrykcyjnym rozwiązaniem o charakterze prewencyjnym, może być art. 18 § 2 k.s.h., zgodnie z którym osoba skazana prawomocnie za przestępstwo z rozdziałów XXXIII–XXXVII k.k. czy też za przestępstwo z art. 587 oraz art. 590–591 k.s.h. nie może być członkiem zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej lub likwidatorem¹¹⁹. Co ciekawe i co należy w tym miejscu podkreślić, regulacja ta nie obejmuje skazania z art. 586 k.s.h.¹²⁰. Zakaz, o którym mowa w § 2, ustaje z upływem piątego roku od dnia uprawomocnienia się wyroku skazującego, jednakże nie może zakończyć się wcześniej niż z upływem trzech lat od dnia zakończenia okresu odbywania kary. W terminie trzech miesięcy od dnia uprawomocnienia się wyroku, o którym mowa w § 2, skazany może złożyć wniosek do sądu, który wydał wyrok, o zwolnienie go z zakazu pełnienia funkcji w spółce handlowej lub o skrócenie czasu obowiązywania zakazu. Nie dotyczy to przestępstw popełnionych umyślnie.

Zgodnie z art 21a pkt 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym sąd rejestrowy otrzymuje z Biura Informacyjnego Krajowego Rejestru Karnego, za pośrednictwem systemu teleinformatycznego, w odniesieniu do osób, do których ma zastosowanie art. 18 § 2 k.s.h, informacje o skazaniach za przestępstwa w nim określone. Skutki art. 18 nie mogą być utożsamiane z zakazem¹²¹, albowiem po-

¹¹⁷ Wyrok SN z dnia 29 sierpnia 2013 r., IV KK 168/13, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 11, s. 2 (wkładka).

¹¹⁸ Postanowienie SN z 21 sierpnia 2012 r., IV KK 59/12, LEX nr 1261016; zob. R. Pawlik, *Ewolucja instytucji zatarcia skazania w polskim prawie karnym z perspektywy European Criminal Records Information System – zagadnienia wybrane*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe” 2014, nr 1, s. 115–149; eadem, *Instytucja zatarcia skazania w kontekście kryteriów dopuszczenia do pracy lub pełnienia służby związanej z dostępem do informacji niejawnych w administracji wojskowej*, [w:] *Administracja wojskowa w obliczu zmian w systemie obronności RP*, red. M. Ostrowska, J. Kręćkij [złożono do druku].

¹¹⁹ Podobnie SA w Katowicach w wyroku z dnia 25 kwietnia 2013 r., V ACa 600/12, LEX nr 1369338, w którym podkreślono, że regulacja art. 18 § 2 k.s.h. wyłącza zarówno dopuszczalność skutecznego powołania danej osoby na funkcje wskazane w § 1, jak i stanowi podstawę utraty zdolności do dalszego wykonywania tych funkcji, jeżeli prawomocny wyrok skazujący zapadł w czasie ich wykonywania, zob. M. Dąbrosz, *Prawny skutek skazania za przestępstwo wymienione w art. 18 § 2 k.s.h. jako ograniczenie zdolności prawnej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2014, nr 8, s. 29 i nast.; wyrok TK z dnia 4 lipca 2002 r., P 12/01, Dz.U. z 2002 r., nr 113, poz. 990; wyrok TK z dnia 7 lutego 2005 r., SK 43/03, OTK-A 2005/2, poz. 13.

¹²⁰ Szerzej R. Pawlik, *Kara a dolegliwość w obrocie gospodarczym – kilka uwag w kontekście art. 18 § 2 k.s.h.* [złożono do druku].

¹²¹ Tak np. A. Michór, *W sprawie skutków naruszenia art. 18 § 2–3 k.s.h.*, „Rejent” 2010, nr 2, s. 50 i 51; J. Naworski, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 1: *Tytuł I: Przepisy*

wstają one samoistnie, tj. sąd rejestrowy otrzymuje informację z urzędu jw. za pośrednictwem systemu teleinformatycznego¹²². Jest to – jak się określa – prawny skutek skazania¹²³, opisane skutki występują z mocy samego prawa, nie orzeka się nich w wyroku skazującym za przestępstwo opisane w art. 18 k.s.h.¹²⁴. Trafnie podkreślono w literaturze, że orzeczenia sądów są zdarzeniami prawnymi i utrata zdolności do pełnienia funkcji określonych w art. 18 § 1 k.s.h. związana jest z tym faktem prawnym, a nie terminem popełnienia przestępstwa¹²⁵. Utrata tej zdolności nie jest sankcją karną, gdyż nie jest wymieniona wśród kar ani wśród środków karnych (art. 32 i 39 k.k.)¹²⁶.

Podsumowanie

Z pewnością nie budzi wątpliwości to, że obrót gospodarczy musi być zabezpieczony w pierwszej kolejności przez stworzenie takich unormowań o charakterze cywilno- i administracyjnoprawnym, zaliczanych przede wszystkim do prawa publicznego i prywatnego gospodarczego, które same w sobie będą gwarancją jego nienaruszalności i prawidłowego funkcjonowania. Podkreślić należy, że do ochrony obrotu gospodarczego powinno się w pierwszej kolejności stosować rozwiązania, które nie są związane z sankcjami karnymi, w głównej mierze rozwiązania systemowe oraz samoregulację wewnątrzrynkową¹²⁷. W przypadku obrotu gospodarczego już na pierwszy rzut oka widać bowiem, że z uwagi na charakter stosunków i regulacji składających się na wspomniany proces, znacznie łatwiej akceptowany, przyswajalny dla jego uczestników, a zarazem efektywniejszy jest system regulacji o charakterze nierepresyjnym – cywilno- i administracyjnopraw-

ogólne. Tytuł II: Spółki osobowe, red. T. Siemiątkowski, R. Potrzebny, Warszawa 2010, s. 190; M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 58.

¹²² A. Michnik, *Komentarz do art. 21(a) ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym*, LEX/el. 2013.

¹²³ M. Dąbroś, *op. cit.*

¹²⁴ R. Uliasz, *Glosa do wyroku SN z dnia 10 stycznia 2008 r., IV CSK 356/07*, LEX/el. 2012: „Zakaz sprawowania funkcji członka zarządu określony w art. 18 § 2 k.s.h. powstaje z mocy ustawy. Nie jest zatem konieczne, aby sąd karny w wyroku skazującym sprawcę za przestępstwa określone w tym przepisie orzekał, że mandat członka zarządu wygasa. [...] Sąd karny nie orzeka również o tym, że nakłada na skazanego zakaz sprawowania funkcji członka zarządu”. Por. także wyrok SN z dnia 10 stycznia 2008 r., IV CSK 356/07, OSNC 2009/3/43, Biuletyn SN 2008, nr 4, s. 13, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 18, s. 981. Ustanowienie pełnomocnika procesowego przez prezesa jednoosobowego zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w stosunku do którego orzeczono zakaz pełnienia tej funkcji (art. 18 § 2 k.s.h.), jest nieskuteczne.

¹²⁵ Por. postanowienie SN z dnia 25 października 2007 r., I KZP 33/07, OSNKW 2007, nr 12, poz. 90.

¹²⁶ S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński *et al.*, *Kodeks spółek handlowych*, t. I: *Komentarz do artykułów 1–150*, Warszawa 2006, s. 302.

¹²⁷ Zob. np. Uchwała Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 22 czerwca 2007 r., nr 152/07 w sprawie wsparcia inicjatywy przyjęcia Kanonu Dobrych Praktyk Rynku Finansowego; por. także *Dobre praktyki spółek notowanych na GPW 2016*, https://static.gpw.pl/pub/files/PDF/RG/DPSN2016_GPW.pdf [dostęp: 10.09.2016]

nych. Dopiero w ostateczności odwoływać się można do norm przewidujących kary lub inne formy dolegliwości o charakterze represyjnym, zgodnie z zasadą *ultima ratio*, stosownie do której prawo karne może być stosowane jedynie w razie stwierdzenia, że mniej dotkliwy sposób ochrony jest niewystarczający. Prawo karne nie może prowadzić do ograniczania działań przedsiębiorców, w szczególności tych, które podejmowane są w ramach dozwolonego ryzyka gospodarczego, albowiem taka sytuacja w efekcie mogłaby prowadzić do zakłócenia funkcjonowania całego obrotu gospodarczego.

Measure of criminal interference in constitutional freedoms and rights of an individual to conduct economic activity on the example of criminal liability for failing to file a bankruptcy request for a commercial company (Article 586 Code of Commercial Companies)

As demonstrated by Gustav Radbruch, criminal law serves not only as the source, but also as the limit of punishment. Legal theory has long held the view that penal repression should be applied only if social harm cannot be prevented in a less invasive manner. By developing appropriate regulations, lawmakers influence the conduct of individuals, who decide whether or not to breach a given legal norm by weighing the benefits and losses of each alternative course of action. In this context, it is advisable to look at the most fundamental issues, consider the ways in which punishment is understood, identify the reason and rationale behind penal sanctions, and ask whether the same outcomes could be reached by means of administrative liability. Lawmakers enjoy a certain degree of leeway in choosing the applicable type of legal liability. After all, it is the lawmaker who decides to subsume a given violation (event, act, conduct) under a specific rubric; they also select the kind and intensity of relevant sanctions what might be an interesting example is article 586 Code of Commercial Companies.

Key words: criminal law, *ius puniendi*, principle of proportionality, economic freedom

Miara prawnokarnej ingerencji w konstytucyjne wolności i prawa jednostki w zakresie działalności gospodarczej na przykładzie odpowiedzialności karnej za niezgłoszenie wniosku o upadłość spółki handlowej (art. 586 k.s.h.)

Jak pisał Gustav Radbruch – prawo karne jest nie tylko źródłem, ale również i barierą karalności. W teorii prawa już stosunkowo dawno pojawił się pogląd, że nie należy posługiwać się represją karną, gdy można w sposób tańszy zapobiec szkodom społecznym. Jednocześnie podkreślić należy, że ustawodawca poprzez właściwe ukształtowanie regulacji wpływa na przyszłe zachowania jednostek, które niejednokrotnie podejmując decyzję odnośnie do naruszenia określonej normy prawnej, dokonują swoistego ważenia korzyści i strat wynikających z takiego postępowania. W takim stanie rzeczy warto z pewnością zwrócić uwagę na zagadnienia najzupełniej fundamentalne i zastanowić się nad rozumieniem kary, powodów i racji operowania sankcjami karnymi, a także możliwościami osiągnięcia tych samych efektów przy zastosowaniu odpowiedzialności o charakterze administracyjnym. Ustawodawca ma pewien zakres swobody odnośnie do wyboru rodzaju i regulacji odpowiedzialności prawnej. To przecież przez ustawodawcę podejmowana jest decyzja o objęciu określonego zachowania danym rodzajem odpowiedzialności prawnej, a także dobierany jest rodzaj i rozmiar sankcji, czego interesującym przykładem może być art. 586 k.s.h.

Słowa kluczowe: prawo karne, *ius puniendi*, zasada proporcjonalności, wolność gospodarcza