

JERZY JACYSZYN

Uniwersytet Wrocławski

## WOLNY ZAWÓD — MIT CZY RZECZYWISTOŚĆ PRAWNA?

Historia wolnych zawodów sięga do odległych czasów. Już w starożytności wyróżniano grupę osób, które wykonując swoje zawody, nie byli traktowani jak zwykli kupcy, lecz cechowała ich szczególna pozycja prawna w społeczeństwie. Osoby te zajmowały się czynnościami niezwykle użytecznymi dla ludzi, chroniły ich życie lub zdrowie, udzielały pomocy prawnej, a też doradzały w różnych sytuacjach osobistych i zawodowych. Ich praca była doceniana i szanowana, odpowiadała na zapotrzebowanie społeczne publiczne i prywatne. Z biegiem lat ludzi tych określano mianem osób wykonujących wolne zawody, czyli takich zawodów, które charakteryzują się szczególnymi cechami i kwalifikacjami. Przysługiwała im specjalna troska prawna, która określała ich status zawodowy, ten zaś opierał się nie tylko na wiedzy, lecz także na doświadczeniu oraz odpowiedzialności. Osoby wykonujące wolne zawody powoli organizowały się w grupy i swoiste samorządy zawodowe, które czuwały nad ich kwalifikacjami, etyką i doskonaleniem zawodowym. Tworzono odrębne regulacje prawne, na podstawie których prawo nadawało im szczególny status zawodowy. Proces kształtowania się niektórych wolnych zawodów trwał przez wiele lat, dlatego też nie można precyzyjnie wskazać, kiedy dany zawód został uznany za zawód wolny.

Jak wiadomo, pojęcie „zawód” jest domeną prawa pracy, ale też innych nauk prawnych, socjologii i ekonomii. Każda z nich interesuje się nieco innym aspektem tego terminu, co wskazuje, że jest to zagadnienie interdyscyplinarne, a przez to niezwykle ciekawe dla praktyki i teorii prawa. Bez wątplenia nie jest to termin ostry i ciągle może istnieć niedosyt tego, czy użyto właściwych kryteriów, by nazwać dany zawód zawodem wolnym. Niekiedy jest to zależne od subiektywnego podejścia do sposobu jego wykonywania, nie ma zawsze przełożenia na język prawny<sup>1</sup>.

Regulacje dotyczące wolnych zawodów znajdują się w różnych aktach prawnych, najczęściej jest to prawo prywatne, ale również inne dyscypliny prawne interesowały się tymi osobami. W tej sytuacji zasadne wydaje się pytanie, czy na-

<sup>1</sup> Zob. np. E. Rott-Pietrzyk, *Klauzula generalna rozsądku w prawie prywatnym*, Katowice 2007.

dal istnieje zapotrzebowanie na potrzebę analizy prawnej tego zagadnienia, które wpisało się w historię prawa, a także czy należałoby objąć to pojęcie szczególną troską ustawodawcą. Warto postawić też pytanie, czy wolne zawody straciły na aktualności wobec zmieniających się potrzeb gospodarczych, społecznych, prywatnych i publicznych. Jak traktować klasyczne wolne zawody wobec pojawiających się nowych zawodów aspirujących do grupy wolnych zawodów. Czy wyczerpała się już formuła wolnego zawodu we współczesnym świecie, czy obecnie istnieje swoisty mit wolnych zawodów wobec powszechnej komercjalizacji zawodowych.

Na obszarze prawa handlowego<sup>2</sup>, którego znaczenie rosło, sformułowano pogląd, że na kształt pojęcia wolnego zawodu w znacznym stopniu wpływała tradycja, gdyż pewne zawody, takie jak: adwokaci, lekarze, malarze, architekci i inne podobne profesje, zawsze były odmiennie traktowane od zawodu kupca, rzemieślnika czy przemysłowca. Ten ostatni zawód był przedmiotem prawa przemysłowego<sup>3</sup>, w którym znajdowała się lista zawodów wymienianych jako zawody wolne. Wolne zawody wyliczone w tej regulacji obejmowały m.in. pracę zawodową adwokatów, obrońców sądowych, notariuszy, inżynierów, architektów, budowniczych (techników budowlanych), geometrów, mierniczych, rzeczników patentowych, działalność literacką, twórczość artystyczną, wydawnictwo i sprzedaż czasopism, dentystów, techników dentystycznych, położnych, pielęgniarzy, sanitariuszy, masażyistów, kosmetyków.

Lista wolnych zawodów — w powszechnym rozumieniu tego pojęcia — była i jest stosunkowo długa, wiąże się z określonymi zadaniami publicznymi, społecznymi i gospodarczymi państwa. Łączy się z ochroną istotnych wartości podstawowych człowieka, obywatela, klienta, pacjenta, oskarżonego, konsumenta. Obejmuje także zawody artystyczne, twórcze, naukowe oraz inne, które kojarzą się najczęściej ze społecznym rozumieniem wolnych zawodów.

Kodeks handlowy z 1934 r. wyraźnie stanowił, że „wykonywanie wolnego zawodu samo przez się nie jest przedsiębiorstwem zarobkowym”. Osoba wykonująca wolny zawód wtedy była uważana za kupca, gdy wykonując go, łączyła z tym prowadzenie przedsiębiorstwa zarobkowego. Wspólną cechą wolnych zawodów była z jednej strony konieczność fachowego przygotowania o charakterze naukowym, z drugiej zaś przewaga swobodnej działalności umysłowej w tych czynnościach, które składają się na wykonywanie zawodu.

Można z pewnością wyraźnie stwierdzić, że Kodeks handlowy z 1934 r. wykluczał, aby wolny zawód mogła wykonywać osoba, która nie spełnia określonych wymogów, jakie sytuowały ją w tej grupie zawodowej. Były to więc osoby szczególnie z racji wykonywania wolnego zawodu, wyróżniające się zarówno wyjątkowymi kwalifikacjami, jak i wyodrębniającymi się cechami zawodowymi, takimi, jakie nie istniały w innych grupach zawodowych.

<sup>2</sup> Np. S. Janczewski, *Prawo handlowe, wekslowe, czekowe*, Warszawa 1946, s. 31.

<sup>3</sup> Było to rozporządzenie Prezydenta z dnia 7 czerwca 1927 r. — Prawo przemysłowe (Dz.U. RP Nr 53, poz. 468 ze zm.).

Pojęciem „wolny zawód” operuje ustawodawca w wielu aktach prawnych odnoszących się do: lekarzy<sup>4</sup>, pielęgniarek i położnych<sup>5</sup>, rzeczników patentowych<sup>6</sup>, biegłych rewidentów<sup>7</sup>, doradców podatkowych<sup>8</sup>. W żadnej jednak z tych regulacji nie zdefiniowano pojęcia wolnego zawodu. Termin wolny zawód rozpatrywany jest w doktrynie w kilku znaczeniach, tj. w sferze funkcjonalnej, podmiotowej oraz w ujęciu przedmiotowym<sup>9</sup>. Każda z nich stara się opisać wykonywanie wolnego zawodu w taki sposób, by wyeksponowane były istotne elementy składające się na istotę wolnego zawodu<sup>10</sup>.

Okazją do podjęcia próby zdefiniowania wolnego zawodu było opracowanie nowego Kodeksu spółek handlowych<sup>11</sup>, gdzie pojawiła się spółka partnerska<sup>12</sup> wyraźnie adresowana do osób wykonujących wolny zawód. W regulacji tej użyto pojęcia „wolny zawód” na oznaczenie grupy osób, które mogą założyć spółkę partnerską. Jednakże wyliczenie w art. 88 k.s.h. osób, które legitymowane są

<sup>4</sup> Ustawa z 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentysty (tekst jedn. z 2011 r. Nr 277, poz. 1634 ze zm.).

<sup>5</sup> Ustawa z 5 lipca 1996 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (tekst jedn. z 2011 r. Nr 174, poz. 1039 ze zm.).

<sup>6</sup> Ustawa z 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. Nr 155, poz. 925 ze zm.).

<sup>7</sup> Ustawa z 7 maja 2009 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie... (Dz.U. z 2010 r. Nr 11, poz. 66 ze zm.).

<sup>8</sup> Ustawa z 5 lipca 1996 r. o doradcach podatkowych (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. Nr 41, poz. 213 ze zm.).

<sup>9</sup> Zob. B. Sołtys, *Pojęcie i charakter klienteli w prawie polskim*, Poznań 1997, s. 1995 wraz z podaną tam literaturą, a także *idem*, *Czy wolno zbyć wolny zawód*, Przegląd Prawa Handlowego 1995, nr 3, s. 27.

<sup>10</sup> Za swoistego prekursora prac teoretycznoprawnych dotyczących statusu wolnego zawodu należy uznać K. Wojtczak, *Zawód i jego prawna reglamentacja [regulacja?]. Studium z zakresu materialnego prawa administracyjnego*, Poznań 1999, która po raz pierwszy zebrała literaturę krajową (a także zagraniczną) odnoszącą się do wolnych zawodów w Polsce i w innych krajach europejskich.

<sup>11</sup> Ustawa z 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037 ze zm., w skrócie k.s.h.).

<sup>12</sup> Zob. m.in. M. Aslanowicz, *Spółka partnerska*, Warszawa 2004; S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza: Część ogólna*, Warszawa 2001; J. Jacyszyn, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2001; J. Jacyszyn, *Spółka partnerska według przepisów ustawy Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Bielsko-Biała 2000; A. Kidyba, *Handlowe spółki osobowe*, Warszawa 2010; *idem*, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. I, Warszawa 2011; *idem*, *Prowadzenie przedsiębiorstwa w spółkach osobowych jako cecha warunkująca powstanie spółki*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana prof. Stanisławowi Sołtysińskiemu*, Poznań 2005; E.J. Krześniak, *Spółka partnerska w systemie prawa niemieckiego i prawa amerykańskiego*, Kraków 2003; *idem*, *Spółka partnerska ze szczególnym uwzględnieniem spółek adwokatów i radców prawnych*, Kraków 2002; A. Nowacki, *Firma spółki partnerskiej*, Prawo Spółek 2011, nr 4; S. Sołtysiński, *Kodeks spółek handlowych (Podstawowe założenia)*, PiP 2000, z. 11; S. Sołtysiński *et al.*, *Kodeks spółek handlowych*, t. I, *Komentarz do art. 1–150*, Warszawa 2012; *Prawo spółek osobowych, System Prawa Prywatnego*, t. 16, red. A. Szajkowski, Warszawa 2008; U. Promińska, *Spółka partnerska*, red. A. Kidyba, Warszawa 2013; D. Nowak, *Wadliwa spółka partnerska*, Warszawa 2010; M. Załucki, *Spółka partnerska*, Lublin 2002.

do wykonywania wolnego zawodu w ramach spółki partnerskiej, nie rozwiązało braku definicji wolnego zawodu. Wymienione osoby to: adwokaci<sup>13</sup>, aptekarze<sup>14</sup>, architekci<sup>15</sup>, inżynierowie budownictwa, biegli rewidenci, brokerzy ubezpieczeniowi<sup>16</sup>, doradcy podatkowi, maklerzy papierów wartościowych, doradcy inwestycyjni, księgowi<sup>17</sup>, lekarze, lekarze stomatolodzy, lekarze weterynarii<sup>18</sup>, notariusze<sup>19</sup>, pielęgniarki, położne, radcowie prawni<sup>20</sup>, rzecznicy patentowi<sup>21</sup>, rzeczoznawcy majątkowi<sup>22</sup> i tłumacze przysięgli<sup>23</sup>.

Status prawnych, wymienionych w art. 88 k.s.h. wolnych zawodów jest na tle określonych aktów prawnych wyraźnie zróżnicowany, co oznacza, że niektóre z nich mają czytelną sylwetkę prawną, inne zaś nasuwają wątpliwości, czy rzeczywiście są one typowymi wolnymi zawodami. Takie obawy może zwłaszcza budzić regulacja prawna odnosząca się do notariuszy<sup>24</sup>. W myśl art. 2 prawa o notariacie notariusz w zakresie swoich uprawnień, o których mowa w art. 1, działa jako osoba zaufania publicznego, korzystając z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym<sup>25</sup>. Z jednej strony podnosi się, że wymieniane w doktrynie cechy zbliżają go do osób wykonujących wolny zawód<sup>26</sup>, z drugiej zaś posiada on jednak także takie atrybuty prawne, które sytuują go w różnych pozycjach prawnych. Skoro działa jako osoba zaufania publicznego, a także jest chroniony tak jak funkcjonariusz publiczny, to bez wątpienia jego pozycja prawna ma charakter szczególny, niemieszczący się w postrzeganiu osób tylko wykonujących wolny zawód. Przeważa pogląd, że takie połączenie różnych funkcji zawodowych

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 26 maja — Prawo o adwokaturze (Dz.U. 2002, Nr 123, poz. 1058 ze zm.).

<sup>14</sup> Ustawa z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 9, poz. 108 ze zm.).

<sup>15</sup> Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz. U. 2001 Nr 5, poz. 42 ze zm.).

<sup>16</sup> Ustawa z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U. 1996 Nr 11, poz. 62 ze zm.).

<sup>17</sup> Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. 2002 Nr 76, poz. 634).

<sup>18</sup> Ustawa z dnia 21 grudnia 1990 r. o zawodzie lekarza weterynarii i izbach lekarskich (Dz.U. 1991 r. Nr 8, poz. 27 ze zm.).

<sup>19</sup> Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. — Prawo o notariacie (Dz.U. Nr 42, poz. 369 ze zm.).

<sup>20</sup> Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. Nr 123, poz. 1059 ze zm.).

<sup>21</sup> Ustawa z dnia 11 kwietnia 2001 o rzecznikach patentowych (Dz.U. z 2011 Nr 155, poz. 925 ze zm.).

<sup>22</sup> Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. Nr 46, poz. 543 ze zm.).

<sup>23</sup> Ustawa z dnia 25 listopada 2004 r. o zawodzie tłumacza przysięgłego (Dz.U. Nr 273, poz. 2702 ze zm.).

<sup>24</sup> Zob. np. W. Boć, *Status prawny notariusza*, Kolonia Limited 2010.

<sup>25</sup> Zob. np. W. Kozielewicz, A. Oleszko, *Ochrona dóbr osobistych notariusza z tytułu bezpodstawnego oskarżenia*, Warszawa 2014, s. 87 i n.

<sup>26</sup> Zob. np. M. Majewski, *Pozycja ustrojowoprawna notariusza*, Nowy Przegląd Notarialny 2008, nr 1, s. 28, a także E. Wieprzkiewicz, *Antynomie zawodu notariusza między racjonalnością instrumentalną a komunikacyjną*, Rejent 2014, nr 6, s. 57 i n.

i publicznych jest trudne do wytłumaczenia, a malowniczo nazywana „tajemnicza triada” nie może być akceptowana w traktowaniu określonych zawodów<sup>27</sup>. Ponadto notariusza obowiązuje określony system ustalania wynagrodzenia za świadczone czynności notarialne. Nie ma tu mowy o pełnej dowolności między notariuszem a jego klientem w wyznaczaniu odpłatności za określone czynności, gdyż ma zastosowanie rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w postaci taksy notarialnej<sup>28</sup>. Reguluje ona obowiązujące na terenie całego kraju maksymalne kwoty należne za wykonanie określonej czynności prawnej. Wysokość opłaty uzależniona jest od wartości przedmiotu danej czynności notarialnej. Opłaty naliczane są kwotowo lub procentowo. Można uznać, że taksa notarialna stanowi raczej rodzaj „honorarium”. Jest wynagrodzeniem, które zależy od wysiłku intelektualnego bądź szczególnych kwalifikacji; profesja notariusza należy do elitarnych, a on sam posiada wysokie umiejętności oraz predyspozycje psychiczne i etyczne, wyróżnia się poziomem wiedzy i moralności<sup>29</sup>. Również zawód maklera i doradcy inwestycyjnego nasuwa pewne wątpliwości, czy zasadne jest kwalifikowanie tych zawodów do grupy wolnych zawodów, skoro ich wykonywanie dopuszczalne jest tylko w ramach działalności prowadzonej przez osobę prawną, a więc w systemie określonych struktur organizacyjno-prawnych<sup>30</sup>. Trzeba wyraźnie stwierdzić, że wymienione w art. 88 k.s.h. wolne zawody nie stanowią zamkniętej listy osób, które należą do tych zawodów. Istnieje otwarta droga do tego, by o statusie osób wykonujących wolne zawody decydowały odrębne ustawy. Taka możliwość została także wskazana w wymienionym art. 88 k.s.h. Co oznacza, że ustawodawca wcale nie zrezygnował z tego, by lista wolnych zawodów się wydłużała, a tym samym, by osoby te mogły zawierać spółki partnerskie. Jak bowiem się zauważa, do grupy osób wykonujących wolne zawód coraz to dochodzą nowe wolne zawody mające swoje podstawy prawne w odrębnych aktach prawa<sup>31</sup>. Tak się stało w wypadku zawodu psychologa, który na mocy ustawy z dnia 8 czerwca 2001 r. o zawodzie psychologa stał się osobą wykonującą wolny zawód<sup>32</sup>. Co więcej, poza „unormowanymi” wolnymi zawodami mamy do czynienia z osobami, które wykonują takie zawody, nie mając do takiej kwalifikacji odpowiedniego umocowania prawnego. Czy zatem należałoby je z góry wyłączyć z kategorii osób wykonujących wolny zawód, czy też raczej uznać, że są to zawody wolne, lecz pozbawione właściwych regulacji, a tym samym nie mogą pretendować do

<sup>27</sup> Taki pogląd wyraził np. A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz. Część I*, Warszawa 2001, s. 66.

<sup>28</sup> Jest to rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej (Dz.U. 2013, Nr 237).

<sup>29</sup> Zob. W. Boć, *op. cit.* s. 194 przypis 58 z powołaną tam literaturą.

<sup>30</sup> Zob. M. Romatowski, *Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 249.

<sup>31</sup> Tak np. J. Kruczewski, *Kształtowanie się profesji — perspektywa socjologa*, Radca Prawny 2002, nr 4–5, s. 19.

<sup>32</sup> Dz.U. Nr 73, poz. 763 ze zm.

grupy wolnych zawodów, którym ustawodawca nie nadał odpowiedniego statusu prawnego. Takie przypadki mają u nas miejsce i odnoszą się do takich zawodów, jak dziennikarze, aktorzy, aktuariusze, maklerzy ubezpieczeniowi, artyści, informatycy, pośrednicy obrotu nieruchomości, różnego rodzaju doradcy zawodowi i biznesowi. Można zaryzykować stwierdzenie, że wolny zawód wykonują specjaliści w danej dziedzinie, którzy nie są zastępowalni przez inne grupy zawodowe. To osoby chętne do współpracy z zainteresowanymi podmiotami, które je wybrały ze względu na własne potrzeby, a także, by skutecznie zabezpieczyć swoje interesy prywatne lub publiczne. Formuła otwarta znacznie szerzej dla wolnych zawodów została zastosowana w ustawodawstwie niemieckim. W prawie tym grupa osób, które mogą tworzyć spółkę partnerską, jest znacznie liczniejsza i obejmuje: lekarzy, lekarzy stomatologów, weterynarzy, uprawionych terapeutów, rehabilitantów medycznych, akuszerki, uprawionych masażyistów, dyplomowanych psychologów, członków izb adwokackich, rzeczników patentowych, rewidentów, doradców podatkowych, uprawionych doradców, biegłych rewidentów, pełnomocników podatkowych, inżynierów architektów, sprzedawców z branży chemicznej, pilotów, rzeczoznawców, dziennikarzy, sprawozdawców sportowych, tłumaczy oraz tłumaczy przysięgłych. Prawo zakładania spółek partnerskich mają również osoby wykonujące „podobne zawody” oraz naukowcy, artyści, pisarze, nauczyciele, jak również wychowawcy<sup>33</sup>. Jak widać, lista osób wykonujących wolne zawody jest bogatsza, wyraźnie zróżnicowana, a ponadto uwzględnia ona osoby wykonujące „podobne zawody”, co zdaje się sugerować, że jest możliwe, by sięgać do zawodów zbliżonych, niewymienionych w niemieckiej regulacji prawnej. Z tej formuły nasz ustawodawca nie skorzystał, tak jak i niezupełnie wiadomo, co decydowało o tym, że w katalogu wolnych zawodów wymienionych w art. 88 k.s.h. znalazły się te, a nie inne zawody. Nasuwa się pytanie, czy był to świadomy i głęboko przemyślany przepis prawny, czy też raczej przypadkowy i w jakimś stopniu przykładowy. Czy rzeczywiście decydowały o umieszczeniu w art. 88 k.s.h. odrębne regulacje prawne, czy też raczej było to podyktowane swoistym interesem grupowym tych społeczności zawodowych. Jak się zauważa w doktrynie, decyzja ustawodawcy o uznaniu danego zawodu za wolny powinna zostać poprzedzona wszechstronną analizą i nie może być wynikiem lobbingu określonych grup zawodowych<sup>34</sup>. Trudno nie zgodzić się z tym poglądem, jako że tworzenie się wolnego zawodu jest pewnym procesem społecznie uzasadnionym i mającym swoje zaplecze w przyjęciu określonego modelu samoorganizacji. Jest też wynikiem akceptacji ustawowej.

Formułowana jest opinia, że skorzystanie z pojęcia „wolny zawód” jest w pewnym stopniu nadużyciem Kodeksu spółek handlowych<sup>35</sup>. Jeżeli zgodzić się

<sup>33</sup> E.J. Krześniak, *Spółka partnerska ze szczególnym uwzględnieniem spółek...*, s. 112.

<sup>34</sup> *Ibidem*, s. 117.

<sup>35</sup> A. Kidyba, *Wolne zawody w kodeksie spółek handlowych. Prawda czy mit*, Rejent 2014, zeszyt specjalny, s. 43.

z tym poglądem, to może warto się zastanowić, dlaczego ustawodawca wprowadził to pojęcie do naszego Kodeksu spółek handlowych, i to nie tylko do art. 88 k.s.h., do wolnego zawodu odnoszą się również inne przepisy regulujące spółkę partnerską. Odpowiedź wydaje się prosta, ustawodawca chcąc zmienić dotychczasową formułę Kodeksu handlowego (z 1934 r.), szukał w innych regulacjach odpowiednich spółek, które można by było przenieść na grunt naszego prawa handlowego jako nowy typ spółki handlowej. Takim nowatorskim pomysłem była spółka partnerska, adresowana ściśle do określonej grupy zawodowej. W przekonaniu ustawodawcy osoby wykonujące wolne zawody mogły stać się partnerami w tego typu spółce. Nie postarano się jednak, by normatywnie zdefiniować tę grupę zawodową, wychodząc z założenia, że jest to zbyteczne, bo i tak wiadomo, o co chodzi. A istniejące regulacje prawne w przypadku tych zawodów pozwalają na wyróżnienie osób wykonujących wolny zawód z innych profesji. Jestem zdania, że ustawodawca się wyraźnie mylił, choć w pewnym stopniu liczył się z akceptacją doktryny w tym zakresie, ale, co trzeba przyznać, nie uwzględnił głosów, które zwracały uwagę na to, by współnikami tej spółki stały się o podmioty świadczące usługi profesjonalne lub wszyscy przedstawiciele wolnych zawodów<sup>36</sup>. Może to też świadczyć o krótkowzroczności ustawodawcy. Wytyczenie znacznie szerszego zakresu podmiotowego, które mogłyby być partnerami w spółce partnerskiej, pozwoliłoby na otwarcie się tej spółki na inne osoby świadczące usługi profesjonalne. Pozwoliłoby też uniknąć posługiwania się terminem wolnego zawodu niezdefiniowanym normatywnie. Trudno bowiem uznać, że użycie terminu wolne zawody w regulacji dotyczącej spółki partnerskiej można uznać za kategorię normatywną. Jest to kategoria pusta, niemająca jasnego desygnatu terminologicznego<sup>37</sup>. Wypada zgodzić się z tą opinią, dodając, że wprowadzanie pojęć niezdefiniowanych do przepisów prawa nie sprzyja czytelności norm prawnych. Nie jest też zgodna z techniką legislacyjną. Stąd też trudna jest do przyjęcia i akceptacji droga, jaką w przypadku wolnych zawodów poszedł ustawodawca. To prawda, że dyskusje wokół pojęcia wolnego zawodu były toczone przy projekcie regulacji o spółce partnerskiej w ramach k.s.h. Wolnego zawodu jednak nie tylko nie zdefiniowano prawnie, ale w zasadzie ograniczono się wyłącznie do stworzenia swoistego katalogu wolnych zawodów, które mogą tworzyć tę spółkę<sup>38</sup>. Moim zdaniem był to błąd, a bez wątpienia nieudolność ustawodawcy, który uznał, że nie ma takiej potrzeby, by sformułować definicję prawną wolnego zawodu. Sądzę, że taka postawa ustawodawcy w poważnym stopniu przyczyniła się do tego, że istnieje chaos w posługiwaniu się terminem wolny zawód zarówno w życiu gospodarczym, jak i zawodowym. Rezygnację z wprowadzenia do systemu polskiego prawa definicji wolnych zawodów w ramach Kodeksu spółek handlowych

<sup>36</sup> M.in. M. Asłanowicz, *Treść umowy spółki partnerskiej*, PPH 1998, nr 12, s. 21.

<sup>37</sup> Tak uważa np. A. Kidyba, *Wolny zawód w kodeksie spółek handlowych...*, s. 45.

<sup>38</sup> M. Załucki, *Spółka partnerska*, Lublin 2002, s. 37.

trudno uznać za właściwą<sup>39</sup>. Pojawiła się bowiem doskonała okazja do tego, by sformułowanie terminu wolnego zawodu znalazło swoje rozstrzygnięcie. Wyrwano by się z kręgów dyskusji i znalazłoby to swoje odbicie prawne. Choć pojawił się pogląd, że użycie pojęcia „wolny zawód” jest nic nieznaczącym terminem, który może nieść pozorną wyjątkowość wyodrębnionej grupy<sup>40</sup>. Trudno zgodzić się z tą opinią, gdyż o randze i znaczeniu wolnych zawodów decyduje tradycja i historia, która w odniesieniu do niektórych z nich była kształtowana przez wieki. A o wyjątkowości tej grupy świadczy to, czym się one zajmują, w jakich sferach wykonują swoje zadania i funkcje publiczne i społeczne. Nie można zaprzeczyć, że powierzone im powinności mają charakter banalny i nieistotny dla przeciętnego człowieka. Mają one także swoje znaczenie w sferze publicznoprawnej.

Nie mając definicji prawnej wolnego zawodu, nadal niejako intuicyjnie operujemy tym terminem, niekiedy go nadużywając lub, co istotne, nie znając ostatecznej odpowiedzi na pytanie, co jest, a co nie jest wolnym zawodem. Najbezpieczniej wskazać na wspólną i akceptowaną definicję wolnego zawodu, że jest on „wolny”, dopóki odbywa się on na własny rachunek. To takie rodzaje działalności zawodowej, jakie polegają na samodzielnym prowadzeniu określonych usług zawodowych. Jest to jedna z najbardziej istotnych cech, jakie składają się na pojęcie wolnego zawodu, gdyż wskazuje ona na to, że osoba pracująca w wolnym zawodzie musi wykonywać swoje czynności w sposób indywidualny, w odpowiedniej formie organizacyjno-prawnej. Nie oznacza to, że jest możliwa w wykonywaniu wolnego zawodu pełna dowolność. Wprost przeciwnie, osobę wykonującą wolny zawód obowiązuje właściwy grupie zawodowej, którą reprezentuje, określony model świadczenia swoich usług. Można stwierdzić, że wolny zawód to sytuacja, w której występuje specjalista jako odbiorca zleceń, wykonuje te czynności sam, bezpośrednio na rzecz zleceniodawcy. Jest to rodzaj świadczenia różnego typu i rodzaju usług, np. prawniczych, medycznych, księgowych, rachunkowych, inżynierskich itp.

Bez wątplenia wolny zawód to pojęcie ze słownika prawniczego. Ustawodawca wielokrotnie posługiwał się tym terminem i to zarówno na gruncie prawa publicznego, jak i prywatnego. Wyraźnym przykładem jest tu ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych<sup>41</sup>. W art. 14a tejże ustawy wskazywano, że przychody uzyskiwane z wykonywania wolnego zawodu uważa się za przychody z osobiście wykonywanej działalności. Obecnie przepis ten już nie obowiązuje. Jak wskazuje doktryna, trudno uznać użycie pojęcia wolnego zawodu za definicję prawną<sup>42</sup>. Brak w niej podstawowych elementów, jakie składają się na wyjaśnienie normatywnego wolnego zawodu. Trzeba też przywołać art. 3 pkt 9 ustawy —

<sup>39</sup> Zob. J. Jacyszyn, *Czy potrzebna jest definicja normatywna wolnego zawodu*, Rejent 2014, nr specjalny, s.130 i n.

<sup>40</sup> Zob. Z. Kidyba, *Wolny zawód w kodeksie spółek handlowych...*, s. 44.

<sup>41</sup> Dz.U. 2000 Nr 14, poz. 176 ze zm.

<sup>42</sup> Zob. T. Siemiątkowski, R. Potrzebszcz [w:] J.P. Naworski *et al.*, *Komentarz do kodeksu spółek handlowych. Spółki osobowe*, Warszawa 2001, s. 225.



Ordynacja podatkowa<sup>43</sup>, w którym wolne zawody zdefiniowano jako wykonywanie działalności zarobkowej we własnym imieniu i na własny lub cudzy rachunek, czym jest wolny zawód. I w tym przypadku również nie można traktować tego przepisu za normę definiującą pojęcie wolnego zawodu.

Jak się wydaje, określenie i zdefiniowanie wolnego zawodu byłoby przydatne dla podkreślenia różnic, specyfiki i odmienności osób wykonujących wolny zawód, a wskazanie na relacje między wolnym zawodem a innymi grupami zawodowymi uczyniłoby prawnie krąg osób wykonujących wolny zawód<sup>44</sup>.

Nasuwa się pytanie, jak dalece ustawodawca korzystał w formułowaniu listy wolnych zawodów z tradycji w wykonywaniu wolnych zawodów w obrocie prawnym i gospodarczym. Trudno na ten temat się wypowiedzieć, gdyż nie ma żadnych materiałów źródłowych, z których by wynikało, w jakim stopniu o katalogu wolnych zawodów decydowała historia, optując za danym zawodem, a kiedy były brane pod uwagę względy racjonalne i przyszłościowe. Odwołując się do przeszłości, nasuwa się pytanie, czy wraz z odejściem XX wieku nastąpił kres wolnych zawodów, czy jest dla nich miejsce we współczesności<sup>45</sup>. Czy wolne zawody to pojęcie, które ma tylko wymiar historyczny, czy też ma rację bytu w dzisiejszym prawie, czy życiu gospodarczym<sup>46</sup>. Poszukując odpowiedzi na to pytanie, trzeba zastanowić się nad tym, czy określenie normatywne wolnego zawodu coś zmienia w dotychczasowej praktyce, czy jest w ogóle potrzebne w dzisiejszych czasach. Obserwacja obowiązujących aktów prawnych regulujących określone zawody uważane za wolne prowadzi do wniosku, że ustawodawca mimo tworzenia ustaw szczególnych wcale nie zamierza nadać tym grupom zawodowym jakiegoś wyjątkowego statusu, mimo że niektóre z nich obdarza przymiotem zawodu zaufania publicznego. Nasuwa się wniosek, że ustawodawcy wcale nie zależy na tym, by takie osoby miały dodatkowe atrybuty prawne, które odpowiednio wysoko je sytuowały w naszym porządku prawnym. To szczególnie dziwi wobec tego, czym osoby wykonujące wolne zawody się zajmują, jakie funkcje i zadania społeczne, gospodarcze, publiczne i prywatne sprawują. Ustawodawca rezygnując z próby wprowadzenia do obowiązującego porządku prawnego sformułowania tego pojęcia, zdecydował się na rozwiązanie polegające na każdorazowym określaniu wykazu zawodów uznawanych jako wolne na użytek odrębnych przepisów. Warto w tym miejscu postawić pytanie, czy taka swoista ucieczka od zdefiniowania

<sup>43</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. — Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm.).

<sup>44</sup> Zob. np. J. Jacyszyn, *Pojęcie wolnego zawodu. Analiza aktów prawnych i doktryny*, Przegląd Prawa Handlowego 2000, nr 10, s. 3; W. Lewańska, M. Nurowska, *Kiedy wolny zawód, kiedy inna działalność gospodarcza*, Rzeczpospolita 1995, nr 203.

<sup>45</sup> Wskazuje na to m.in. R. Susskind, *Prawnicy przyszłości*, Warszawa 2013.

<sup>46</sup> Zob. np. J. Jacyszyn, *Czy zmierzch „wolnego zawodu”*. *Rozprawy z zakresu prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego*, red. E. Drozd, A. Oleszko, M. Pazdan, Kluczbork 2006, s. 403 i n.

normatywnego wolnego zawodu była potrzebna, czy też może ustawodawca nie wiedział, jak opisać wolny zawód w obowiązujących przepisach prawa i poszedł na pewne skróty, posługując się pojęciem wolnego zawodu w określonej sytuacji faktycznej i prawnej. Odsunięcie problemu *ad acta* nie spowodowało, że zniknęło pytanie o to, czy potrzebna jest definicja prawna wolnego zawodu. Co prawda nie pojawia się ono zbyt często, jednak Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 19 października 1999 r. (sygn. Akt SK/99) wskazał, że treścią wolności wykonywania zawodu jest stworzenie sytuacji prawnej, w której: po pierwsze, każdy może mieć swobodny dostęp do wykonywania zawodu, warunkowany tylko talentami i kwalifikacjami, po drugie, mieć będzie rzeczywistą możliwość wykonywania swojego zawodu oraz po trzecie, nie będzie przy wykonywaniu zawodu poddany rygorom podporządkowania, które charakteryzują świadczenie pracy. Jest jednak rzeczą oczywistą, że wykonywanie wolnego zawodu nie może mieć charakteru absolutnego i że musi być poddane reglamentacji prawnej. W szczególności dotyczy to uzyskania prawa wykonywania określonego zawodu, wyznaczenia sposobu i metod (ram) wykonywania zawodu, a także określenia powinności wobec państwa czy samorządu zawodowego. Innymi słowy, konstytucyjna gwarancja wolności wykonywania zawodu nie tylko nie kłóci się z regulowaniem przez państwo wielu kwestii związanych z wykonywaniem zawodu, jak też ze statusem osób zawód ten wykonujących, ale wręcz zakłada potrzebę istnienia tego typu regulacji, zwłaszcza gdy chodzi o zawody zaufania publicznego<sup>47</sup>. Warto zauważyć, że obecnie w prawie polskim nie ma legalnej definicji „zawody zaufania publicznego”, co oznacza, że ustawodawca pozostawił to zagadnienie otwarte i wolne do dyskusji nad katalogiem osób obdarzonych szczególnym zaufaniem państwa i społeczeństwa. Takim wyjątkowym „darem” są obdarzane tylko niektóre zawody, co wyraźnie powinno wskazywać na ich szczególną pozycję ustrojową i prawną<sup>48</sup>. Jest to jednak — w mojej ocenie — atrybut zbyt mało doceniany, a przez to nie spełnia on zadań, jakie winien wypełniać w naszej rzeczywistości prawnej.

<sup>47</sup> To kolejny termin normatywnie niezdefiniowany, jest on często łączony z wykonywaniem określonych wolnych zawodów, co przydaje im szczególnego społecznego znaczenia i bez wątpienia podkreśla ich rolę oraz wymiar publiczny. O zawodach zaufania publicznego stanowi w art. 17 Konstytucja RP, która nie podając definicji tego terminu, wskazuje, że w drodze ustawy można tworzyć samorządy zawodowe, reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należytych wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Status zawodu zaufania publicznego jest także wymieniony w niektórych aktach prawnych, np. ustawa z 11 kwietnia 2001 (tekst jedn. Dz.U. z 2011 Nr 155, poz. 925) wyraźnie stwierdza, że zawód rzecznika patentowego jest zawodem zaufania publicznego. W doktrynie zawodem zaufania publicznego zajmowano się już wielokrotnie, np. W.J. Wołpiuk, *Zawód zaufania publicznego z perspektywy konstytucyjnej*, [w:] *Zawody zaufania publicznego*, Warszawa 2002. Próbę definicji podjął m.in. M. Kulesza, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego*, [w:] *Materiały z konferencji nt. „Zawody zaufania publicznego”*, Warszawa 2004.

<sup>48</sup> Wskazują na to w odniesieniu do notariusza: W. Kozieliwicz, A. Oleszko, *op. cit.*, s. 89, przytaczając orzecznictwo sądowe.

W doktrynie panuje przekonanie, że mimo że nie ma definicji wolnego zawodu, jednak można wyróżnić pewne charakterystyczne cechy, które pozwalają odpowiedzieć na pytanie, czy mamy do czynienia z wolnym zawodem, czy też nie. Najczęściej wymienia się następujące składniki wyróżniające te osoby z innych podmiotów wykonujących różne zawody i posiadających odpowiednie do tego kwalifikacje: 1) kwalifikowane, szczególne wykształcenie, 2) specyficzne zasady wykonywania zawodu, 3) niezależność zawodowa, 4) etos i misja wykonywania zawodu, 5) sposób i stan zorganizowania, 6) etyka zawodowa, 7) wynagrodzenie osób wykonujących wolny zawód ma odmienny charakter od typowej zapłaty, 8) tajemnica zawodowa, 9) specyficzna odpowiedzialność cywilna, a także porządkowa czy też korporacyjna, 10) obowiązkowa przynależność do samorządu zawodowego<sup>49</sup>.

Na podstawie badań przeprowadzonych w Instytucie Wolnych Zawodów przy Uniwersytecie Aleksandra w Norymberdze wyszczególniono następujące cechy wolnego zawodu: 1) wysokie kwalifikacje i kompetencje zawodowe poparte przygotowaniem praktycznym, 2) szczególną więź o charakterze osobistym między wykonawcą a odbiorcą świadczenia, opartą na zaufaniu, a nie tylko na wiedzy i kompetencjach, 3) wysoki poziom moralny wykonawcy, 4) samodzielność i niezależność w podejmowaniu decyzji, 5) osobistą odpowiedzialność za należyte wykonanie świadczenia (zarówno materialną, jak i korporacyjną).

W doktrynie wskazuje się także na następujące cechy wolnego zawodu: 1) specjalne przygotowanie zawodowe, 2) osobiste przygotowanie zawodowe, 3) działanie na własną odpowiedzialność, 4) wysokie ryzyko wykonywania zawodu związane z podwyższoną miarą staranności ze względu na charakter dóbr będących przedmiotem świadczenia<sup>50</sup>. Poza tym wyróżnia się on tym, że: 1) jest wykonywany profesjonalnie, 2) jest wykonywany przez świadczenie usług typowych, 3) działalność wykonywana jest na własny rachunek, 4) wymaga szczególnego wykształcenia lub umiejętności, 5) działalność wykonywana jest samodzielnie i osobiście (przy ewentualnej pomocy osób podporządkowanych)<sup>51</sup>. Przytaczając jeszcze inną wypowiedź odnoszącą się do kryteriów wolnego zawodu, wymienia się cechy charakterystyczne: 1) posiadanie wysokich kwalifikacji zawodowych, 2) obowiązek respektowania zasad deontologicznych, podporządkowanie zawodu wykonywanego pojęciu interesu społecznego, 3) niezależność w wykonywaniu zawodu, 4) uprzywilejowane stosunki z klientelą, znajdujące wyraz w pewnej dozie zaufania i dyskrecji, 5) uznanie wykonanej usługi poprzez uiszczenie honorarium, 6) podleganie szczególnej odpowiedzialności o charakterze osobistym, w tym odpowiedzialności dyscyplinarnej<sup>52</sup>. Formułowana jest także opinia, że

<sup>49</sup> Zostały one szerzej omówione w: J. Jacyszyn, *Wykonywanie wolnych zawodów w Polsce*, Warszawa 2004, s. 511 i n.

<sup>50</sup> U. Promińska [w:] *Spółka partnerska*, red. A. Kidyba, Warszawa 2013, s. 99.

<sup>51</sup> A. Kidyba, *Spółka partnerska w prawie niemieckim i projekcie prawa spółek handlowych*, Prawo Spółek 1999, nr 9, s. 11.

<sup>52</sup> W. Boć, *op. cit.*, s. 89–90.

wolnym zawodem jest bezpośrednio i samodzielnie wykonywanie wewnętrznie spójnego zespołu czynności o charakterze intelektualnym, wymagających wysokich kwalifikacji (wiedzy i praktyki), systematycznie, w zamian za honorarium bezinteresownie ustalone, służące zapewnieniu świadczeń i usług klientom oraz ochronie istotnych wartości interesu ogólnego, zgodnie z obowiązującymi normami prawnymi, zasadami etycznymi i deontologicznymi<sup>53</sup>. Zastosowano jeszcze inną metodę dla odróżnienia wolnego zawodu od innych, a zwłaszcza od rzemiosła. Według niej wolny zawód charakteryzuje się: 1) wysokimi kwalifikacjami zawodowymi, 2) prawnie nieskrępowanym jego wykonywaniem, 3) samodzielnością, 4) szczególnym charakterem stosunków między osobą wykonującą wolny zawód a odbiorcą świadczenia lub usług, 5) własną korporacją zawodową<sup>54</sup>. Gdyby przytoczyć jeszcze inny zestaw cech typowych dla wolnego zawodu, można wyróżnić następujące elementy charakterystyczne: wolny zawód jest wykonywany profesjonalnie, zawodowo przez świadczenie typowych usług, działalność wykonywana jest na własny rachunek, wymaga szczególnego wykształcenia lub umiejętności związanych z jego wykonaniem, działalność jest prowadzona samodzielnie i osobiście, przy ewentualnej pomocy osób podporządkowanych<sup>55</sup>. Jak widać, niektóre elementy mają charakter powtarzalny, co powoduje, że można mówić o ustabilizowanym zespole cech wyróżniających osoby wykonujące wolne zawody. Można bezpiecznie przyjąć, że wolny zawód da się zdefiniować przez ustalenie określonych dla niego zbioru cech, na których podstawie można stwierdzić, że mamy do czynienia z taką jego postacią. Jak się powszechnie uważa, wolny zawód jest zawodem regulowanym<sup>56</sup>, co oznacza, że musi istnieć określona regulacja prawna, która wskazuje jego status prawny, procedura uzyskiwania odpowiednich kwalifikacji, sposób i formy wykonywania wolnego zawodu, struktury organizacyjne samorządu zawodowego, odpowiedzialność osoby wykonującej ten zawód.

Wykonywanie wolnego zawodu w świetle obowiązującego prawa wiąże się z określonym podmiotem. Jest to czynność, która ma charakter wybitnie spersonalizowany. Oznacza to, że konieczne jest wskazanie osoby zajmującej się daną działalnością. Podstawą prawną jest w tym zakresie ustawa o swobodzie gospodarczej<sup>57</sup> oraz art. 43<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, które wyznaczają krąg podmiotowy,

<sup>53</sup> Zob. K. Wojtczak, *Co to jest wolny zawód*, ZN WSZiB 1997, wyd. 1, s.127 i n.

<sup>54</sup> Zob. J. Filipek, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Warszawa 1995, s. 152.

<sup>55</sup> Tak m.in. A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Objasnienia*, Kraków 2001, s. 134.

<sup>56</sup> Pojęcie zawodu regulowanego oznacza zespół czynności zawodowych, których wykonywanie jest uzależnione od spełnienia wymagań kwalifikacyjnych i warunków określonych w odrębnych polskich przepisach. Zob. szerzej ustawa z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. 2008 Nr 63, poz. 394).

<sup>57</sup> Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.).

jakim przyznawane jest prawo do podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej. Podmiotami tymi są przedsiębiorcy.

Status prawny przedsiębiorcy wywołuje liczne uwagi i stanowi przedmiot zainteresowania doktryny<sup>58</sup>. Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Dla pełnego zrozumienia, czym jest działalność gospodarcza, ustawa o swobodzie działalności gospodarczej definiuje ją następująco: działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Kolejna regulacja odnosząca się do pojęcia przedsiębiorcy znajduje się w art. 43<sup>1</sup> k.c. W myśl tego przepisu przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Nie jest przy tym istotne, o jaką tu działalność zawodową idzie. Wystarczy to jednak, by — w myśl prawa — uznawano te osoby za przedsiębiorców<sup>59</sup>. Warto zauważyć, że definicje legalne przedsiębiorcy znajdują się w 21 innych ustawach niż ustawa o swobodzie gospodarczej<sup>60</sup>. Stan taki rodzi pytanie, dlaczego ustawodawca zastosował taką technikę legislacyjną, rozdrabniając pojęcie przedsiębiorcy na użytek wielu aktów prawnych. Jest też niezrozumiałe, dlaczego ustawodawca w 52 innych ustawach używa pojęcia działalność gospodarcza, co wywołuje liczne problemy w praktyce stosowania prawa<sup>61</sup>. Stan taki nie wpływa, co oczywiste, na przejrzystość i klarowność obowiązującego prawa.

W myśl obowiązujących przepisów osoba wykonująca wolny zawód, skoro wykonuje działalność zawodową, winna być uznawana za przedsiębiorcę. Taki automatyzm prawny w traktowaniu osób wykonujących wolny zawód budzi jednak pewne zastrzeżenia. Nasuwa się pytanie, czy rzeczywiście dobrze się stało, że wolny zawód został wrzucony do „jednego worka”, w którym znajduje się każdy przedsiębiorca. Czy specyfika wykonywania wolnego zawodu, a także cechy charakteryzujące wolny zawód nie powodują, że należałoby go traktować

<sup>58</sup> Zob. np. M. Eteł, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej oraz w orzecznictwie sądowym*, Warszawa 2012 wraz z podaną tam literaturą.

<sup>59</sup> Pojęcie przedsiębiorcy było i jest przedmiotem licznych uwag doktryny, zob. np. C. Kosikowski, *Przedsiębiorca w prawie polskim na tle prawa europejskiego*, Warszawa 2003, s. 13 i n.; M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 66 i n.

<sup>60</sup> Zob. Załącznik nr 2 zamieszczony w: C. Kosikowski, M. Eteł, *Nowe prawo działalności gospodarczej*, Białystok 2014, s. 134.

<sup>61</sup> Zob. *ibidem*, s. 29, a zwłaszcza załącznik nr 1 i 3, a także W. Boć, *op. cit.*, s. 187 wraz z przytoczoną tam literaturą.

inaczej. Nasuwa się pytanie, czy istnieją przesłanki do tego, by zawody te były postrzegane nie jak każda działalność zawodowa, lecz stanowiły pewną wyodrębnioną grupę zawodową. W moim przekonaniu występują powody, aby osoby wykonujące wolne zawody postrzegać w taki sposób, by nie utożsamiano ich z typowymi przedsiębiorcami, od których przecież nie wymaga się np. szczególnego wykształcenia, specjalnych kwalifikacji, tajemnicy zawodowej czy też spełnienia określonych kryteriów, by być przedsiębiorcą. Poważne wątpliwości budzi zwłaszcza sytuacja, gdy mamy do czynienia z zawodami zaufania publicznego, które uzyskując status przedsiębiorców, stają się swoistymi przedsiębiorcami zaufania publicznego, co wydaje się dość dziwną figurą prawną. Trudno też uznać za przedsiębiorcę np. notariusza<sup>62</sup>, który sporządzając akty notarialne, nadaje im status dokumentów urzędowych, a ponadto dysponując pieczęcią z orłem, sygnuje swoje czynności prawne. Ma też obowiązek płatnika podatku od czynności cywilnoprawnych dokonywanych w formie aktu notarialnego, co prowadzi do stwierdzenia, że dokonuje on typowej czynności urzędowej, a nie usługowej<sup>63</sup>. Poważne obawy budzi również to, że wobec niektórych osób wykonujących wolny zawód obowiązują wyraźne zakazy konkurencji i reklamy<sup>64</sup>. Ponadto obowiązują je specjalne reguły etyczne i określone zasady deontologii zawodowych<sup>65</sup>. Nasuwa się tu pytanie, cóż to za przedsiębiorca, którego prawa w zakresie wykonywanej przez niego działalności są ograniczane lub wyłączane. Czy można mówić o specyficznym przedsiębiorcy, który ma dodatkowe obowiązki, o jakich nie może być mowy przy typowym przedsiębiorcy<sup>66</sup>. Ma też dodatkowe prawa, które pozwalają mu na niewykonywanie określonych usług, gdy uzna, że godzi to w tzw. klauzulę sumienia (lekarze) lub gdy prawo zakazuje mu dokonywania określonych czynności. Tak np. notariusz na podstawie art. 86 pr. o not. nie może dokonywać czynności notarialnej, jeżeli powźmie wątpliwości, czy strona czynności notarialnej ma zdolność do czynności prawnej. A ponadto notariusz odmówi dokonania czynności notarialnej sprzecznej z prawem (art. 80 pr. o not.)<sup>67</sup>. Te oraz inne względy powodują, że uznanie notariusza za przedsiębiorcę wydaje się szczególnie kontrowersyjne<sup>68</sup>. Można mieć też poważne zastrzeżenia, gdy weźmie się pod uwagę lekarza, adwokata, radcę prawnego, notariusza traktowanego jako przedsiębiorcę, dla których działalność zawodowa jest swoistego rodzaju misją, a nie działalnością zarobkową, w której liczy się osiągnięcie zysku. Nie można

<sup>62</sup> P. Marquardt, *Notariusz — przedsiębiorca*, PUG 2004, nr 11.

<sup>63</sup> Zob. powołane orzeczenia sądowe w: W. Koziół, *op. cit.*, s. 93.

<sup>64</sup> Zob. m.in. J. Preussner-Zamorska, *Uwagi na temat zakazu reklamowania wolnych zawodów*, Rejent 1994, nr 8; R. Sagan, *Zakaz reklamy notariusza*, Rejent 1996, nr 4–5, R. Stefanicki, *Granice prawne reklamy w świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz kodeksów etycznych*, Rejent 2000, nr 10.

<sup>65</sup> Zob. m.in. W. Boć, *op. cit.*, s. 290 i n.

<sup>66</sup> M. Piotrowska, *Notariusz — nietypowy przedsiębiorca?*, Rejent 2007, nr 7–8.

<sup>67</sup> A. Oleszko, *Odmowa sporządzenia czynności notarialnej*, Rejent 1996, nr 4–5.

<sup>68</sup> Zob. W. Boć, *op. cit.*, s. 190 wraz z podaną tam literaturą.

jedynie wymagać, aby działalność gospodarcza była wyłącznie ukierunkowana na uzyskiwanie korzyści materialnych. Wydaje się, że misyjny charakter wolnego zawodu jest wartością, o której nie powinno się zapominać. Najczęściej misyjność wolnego zawodu odnosi się do kwestii zaufania, poufności, osobistego charakteru łączącego wolny zawód z klientem<sup>69</sup>.

Istniejąca rzeczywistość prawna nie pozostawia zbyt szerokiego pola do dyskusji. Na ogół przyjmuje się, że w obecnym stanie prawnym traktowanie wykonujących wolne zawody jako przedsiębiorców stało się faktem prawnym, jest to rodzaj działalności gospodarczej w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej<sup>70</sup>. Warto zauważyć, że nie istnieje definicja prawna „działalności zawodowej”, co pozwala na pewne spekulacje faktyczne i prawne, jakie mogą się pojawić przy posługiwaniu się tym sformułowaniem<sup>71</sup>. Pojęcie „działalności zawodowej” można rozumieć bardzo szeroko, jako osobiste wykonywanie zawodu kwalifikowanego oraz jako wykonywanie działalności gospodarczej w sposób profesjonalny<sup>72</sup>. Jest też wiele innych prób wy tłumaczenia tego terminu, choć trzeba przyznać, że od przedsiębiorcy, jako podmiotu uprawnionego do prowadzenia działalności gospodarczej, trzeba wymagać działania profesjonalnego. Wykonywanie jakiegokolwiek zawodu wymaga posiadania kwalifikacji zawodowych, potwierdzonych odpowiednimi dokumentami, osobiście oraz na własny rachunek, ponoszącego odpowiedzialność, a także powinno być kwalifikowane do kategorii usług<sup>73</sup>. Czy traktowanie osób wykonujących różne zawody nie jest zabiegiem zawodnym, przecież sam fakt świadczenia określonej pracy nie może decydować o tym, że osoba ta będzie spełniać odpowiednie kryteria ustawowe. Bo jak traktować wykonywanie pewnych zawodów, czy jako osoby kwalifikujące się do grupy przedsiębiorców, czy też jako osoby, które tymi przedsiębiorcami nie są. Czy wykonywanie zawodu nauczyciela to działalność zawodowa, czy też taką działalnością nie jest? A jeżeli ten nauczyciel udziela korepetycji, to czy prowadzi działalność zawodową, czyli świadczy usługi edukacyjne, a tym samym jest przedsiębiorcą. Wykonywanie np. funkcji syndyka masy upadłości dostarcza także rozlicznych wątpliwości, pojawia się pytanie, z kim mamy do czynienia, czy z osobą wykonującą określony zawód, czy też może z przedsiębiorcą. A może jest to tylko i wyłącznie osoba powoływana przez sąd do wykonania określonych zadań ustawowych niepretendująca do żadnej grupy zawodowej. Nieposiadająca tym samym żadnych podstaw do uznania jej za przedsiębiorcę, chociaż w niektórych przypadkach może (a nawet powinna) prowadzić przedsiębiorstwo za upadłego. Wykonywanie wolnego zawodu jedynie wówczas będzie uznawa-

<sup>69</sup> Zob. szerzej: J. Jacyszyn, *Wykonywanie wolnych zawodów...*, s. 66.

<sup>70</sup> Tak np. R. Potrzeszcz, *Wolne zawody w świetle zmian przepisów traktujących o przedsiębiorcach*, Radca Prawny 2003, nr 3.

<sup>71</sup> Zob. M. Szydło, *op. cit.*, s. 36 i n.

<sup>72</sup> Tak np. C. Kosikowski, M. Etel, *op. cit.*, s. 32.

<sup>73</sup> Zob. *ibidem*.

ne za przejaw prowadzenia działalności, jeżeli się będzie charakteryzowało tymi cechami, które wymienia art. 2 ustawy o swobodzie gospodarczej, a więc miało zarobkowy charakter, zorganizowany sposób oraz ciągłość jego świadczenia<sup>74</sup>. Podane cechy mają decydować o tym, czy mamy do czynienia z osobą wykonującą wolny zawód jako przedsiębiorcą i czy w przypadku, gdy te cechy nie występują, mamy traktować osobę wykonującą wolny zawód jako przedsiębiorcę. Odpowiadając na pytanie, czy dana osoba wykonująca wolny zawód jest czy nie jest przedsiębiorcą, niezbędne jest przeanalizowanie jej sytuacji faktycznej i prawnej. Dopiero wtedy możemy rozstrzygnąć problemem, z kim mamy do czynienia. Nie wchodząc zbyt głęboko w naturę prawną wolnych zawodów traktowanych jako przedsiębiorców, należy stwierdzić, że istnieje zaciemniony obraz regulacji prawnych w tym zakresie. Żaden bowiem z aktów prawnych dotyczących określonych grup zawodowych uważanych za wolne zawody nie wskazuje wyraźnie, że mamy do czynienia z przedsiębiorcami, lecz osobami, którym powierzono wykonywanie pewnych zadań, czynności czy też funkcji zawodowych.

Jak pokazuje praktyka gospodarcza, można zaryzykować twierdzenie, że zanika pewien mit, jaki towarzyszył tworzeniu wolnych zawodów, czyli osób o wyjątkowo wysokim autorytecie publicznym i zawodowym. Co więcej, zauważa się, że to Kodeks spółek handlowych tworzy „mit” wolnych zawodów. Sam zaś nie kreuje bezpośrednio takiej kategorii, jak również nie wskazuje na jakiegokolwiek kryteria służące jej wyodrębnieniu<sup>75</sup>. To prawda, Kodeks spółek handlowych uniknął zdefiniowania pojęcia „wolnego zawodu”, co — jak wcześniej zaznaczyłem — było poważnym błędem. Niemniej jednak użycie w Kodeksie spółek handlowych terminu „wolny zawód” było w pewnym stopniu nawiązaniem do tradycji i historii, która w odniesieniu do wolnych zawodów miała u nas miejsce. Trudno uznać za przekonujące, że jest to kultywacja mitu wolnego zawodu, skoro Kodeks spółek handlowych „uciekł” od sformułowania definicji prawnej. Użył natomiast terminu, który jest powszechnie znany w życiu społecznym, a ustawodawca wprowadzając to pojęcie w innych aktach prawnych, nie zapomniał o jego istnieniu. W moim przekonaniu nie wystarczy, by osoby wykonujące wolne zawody umieszczać tylko w grupie zawodów regulowanych, gdyż zakres pojęciowy tego terminu jest znacznie szerszy, chociaż taka opcja lansowana jest w doktrynie<sup>76</sup>.

Uznanie osoby wykonującej wolny zawód za przedsiębiorcę to wyraz komercjalizacji zawodowej niekiedy niemającej nic wspólnego z misją, jaka wiązała się z wykonywaniem wolnych zawodów. Wydaje się, że ustawodawcy zabrakło wyobraźni legislacyjnej, by grupie osób wykonujących wolny zawód nadać odmienny charakter niż typowemu przedsiębiorcy. W doktrynie wyrażany jest pogląd, że wykonywanie wolnego zawodu oznacza profesjonalne, zarobkowe, ciągłe świadcze-

<sup>74</sup> Zob. M. Szydło, *op. cit.*, s. 35.

<sup>75</sup> A. Kidyba, *Wolny zawód w kodeksie spółek handlowych...*, s. 44.

<sup>76</sup> *Ibidem*.



nie określonych usług. Odbywa się ona na podstawie zorganizowanej działalności i w sposób przewidziany przez obowiązujące prawo. W moim przekonaniu należałoby wolne zawody traktować jako szczególne podmioty występujące w obrocie prawnym i gospodarczym, za czym przemawia zwłaszcza znaczenie tych osób, jakie mają we współczesnym świecie. Ich rolą jest ochrona życia i zdrowia ludzi, pomoc prawna i obrona w przypadku naruszeń praw podstawowych, świadczenie specyficznych usług (czynności) wyłącznie zarezerwowanych dla tej grupy zawodowej. Obowiązuje te podmioty rodzaj szczególnych tajemnic, a także cieszą się one olbrzymim zaufaniem, jakim obdarzają je ich klienci. Wykonywanie wolnych zawodów zostało powierzone wybranym grupom zawodowym, społecznie akceptowanym, odpowiednio wykształconym i wykwalifikowanym do podjęcia określonej pracy, której świadczenie przez laików byłoby nierozsądne, a nawet ryzykowne. Osoby te obdarzane są wyjątkowym zaufaniem, wiedzą, która wymaga aktualizacji, doświadczeniem zawodowym, świadczeniem usług w sposób poufny i sposób łatwo dostępny. Ufamy tym osobom przez wzgląd na ich wykształcenie i doświadczenie, kompetencje, etyczne podejście i kodeksy postępowania zawodowego. Cieszą się one wysoką reputacją i szacunkiem wśród osób korzystających z ich pomocy. Już te chociażby względy przemawiają za tym, by osoby wykonujące wolne zawody zostały potraktowane przez ustawodawcę w sposób wyjątkowy, nie zaś utożsamiane z przedsiębiorcami podejmującymi i prowadzącymi działalność gospodarczą. Może warto odpowiedzieć sobie na pytanie, czy pożądanym byłoby, żeby usługi medyczne wykonywał lekarz, a nie lekarz pojmowany jako przedsiębiorca, a obronę i opiekę prawną zapewniał specjalista prawnik, a nie osoba prowadząca działalność gospodarczą. Istnieją wolne zawody, takie jak prawnik, lekarz, doradca podatkowy, w których to interes klienta powinien mieć ogromne znaczenie. Kwestie pieniężne i medyczne powinny się przynajmniej równoważyć, gdy tymczasem w praktyce w wielu przypadkach dochodzi do przewagi elementu biznesu nad wartościami etycznymi, co powinno dawać wiele do myślenia, czy połączenie roli przedsiębiorcy z osobą wykonującą wolny zawód jest rozwiązaniem pożądanym. Nie ma w tym niczego dziwnego, że każdemu zależy, aby mieć kontakt i korzystać z wiedzy oraz doświadczenia podmiotów o wysokich kwalifikacjach zawodowych i etycznych, niż mieć do czynienia ze swoim rodzajem biznesmenem, dla którego liczy się tylko zysk i rachunek ekonomiczny. Jak trafnie zostało to sformułowane, w odniesieniu do notariusza zachodzi zjawisko „schizofrenii prawniczej”, czyli pomieszania funkcji osoby zaufania publicznego z pozycją przedsiębiorcy<sup>77</sup>.

Traktowanie wolnych zawodów jako przedsiębiorców pozwala na stwierdzenie, że ustawodawca nie liczy się ze szczególnymi cechami, jakie wyróżniają osoby wykonujące wolne zawody. Nie dostrzega tego, że pozwalają one na wyjątkowe

<sup>77</sup> E. Drozd, *Odpowiedzialność notariusza w wypadku nieważnej (bezsuktecznej) czynności prawnej*, [w:] *III Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej pt. Nowoczesny notariat w bezpiecznym państwie. Referaty i opracowania*, red. R. Szytk, Warszawa 2006, s. 80.

relacje między tymi osobami a ich klientami. Prowadzi to do odchodzenia od przydatności wolnego zawodu w praktyce gospodarczej, nacechowanej szczególnym zaufaniem, osobistymi więzami i leżącą u podstaw niektórych wolnych zawodów swoistą misyjnością w świadczeniu określonych usług. Odbieranie pewnej wyjątkowości wolnym zawodom to pozbawianie tych zawodów wartości, które były tworzone przez wieki. Trudno się z tym zgodzić. Jestem przekonany, że nie możemy łatwo pożegnać się z wolnymi zawodami, nie powinniśmy ulegać modzie i trendom ustawodawcy, który, jak wiadomo, nie zawsze ma rację, a często błądzi i myli się. Prawo to nie tylko wiedza, lecz praktyka stosowania obowiązujących przepisów, te zaś winny „wczuwać” się w nastroje społeczne, w oczekiwania i nadzieje na tworzenie dobrego prawa w interesie społecznym i publicznym. Nie zanika przecież potrzeba korzystania z usług świadczących przez osoby wykonujące wolne zawody, a wprost przeciwnie — otwarte społeczeństwo coraz częściej wymaga, by ich sprawy prywatne i publiczne były „obsługiwane” przez wolne zawody.

Konkludując, warto zauważyć, że w doktrynie i praktyce gospodarczej krajów Unii Europejskiej nikt nie podważa rangi i znaczenia wolnych zawodów. Wprost przeciwnie, kultywowana jest tradycja tych zawodów, wyrażany jest szacunek i podkreślane są wartości ideowe, jakie legły u ich podstaw. Mamy tu do czynienia ze szczególnymi wymaganiami, które ustawodawca powinien dostrzec, by chronić dobra indywidualne, życie i zdrowie ludzi, dobra publiczne i wolności gospodarcze, zapewniając odpowiedni rozwój tej kategorii osobowej. Nie da się więc sprowadzić wolnego zawodu do prowadzenia działalności zawodowej typowej dla przedsiębiorcy. Nie ma takiej potrzeby i konieczności, a posługiwanie się terminem „wolny zawód” ze względu na tradycję i historię ma rację bytu we współczesnym świecie, w którym powinno się szczególnie cenić profesje mające swój prapoczątek w odległych czasach.

## PROFESSIONAL SERVICE — A MYTH OR A LEGAL REALITY?

### Summary

The article is an attempt at answering the question whether the term “member of a liberal profession” is conceptually a relic of the past or it is still recognized and taken by modern regulations into a reasonable account. The doctrine (specialized literature) refers to this issue in different ways. So far, there is no normative definition of a “professional service”, although the term is used by the legislator in the acts. The best example is Article 88 of the Code of Commercial Companies where “professional services” are enlisted. This situation — according to the author — is highly unsatisfactory, because it does not allow for a clear definition of what a “professional service” is and what it is not.

According to the Act on Freedom of Business Activity and the Civil Code, an entrepreneur is a person who performs in its own name business or professional activity. On this basis, in the literature it is believed that members of a liberal profession remain in the field of definition of entrepreneurs. Such perception of these people is, in the opinion of the author, an oversimplification because the characteristics of “professional services” differ markedly from those of a typical entrepreneur, which allows for a distinction of this professional group in a separate category of entities.