

Roman Uliazsz¹

**Wolność działalności gospodarczej a pandemia COVID-19.
Uwagi w kontekście konstytucyjnego zakazu naruszania
istoty wolności i praw (art. 31 ust. 3 zd. 2 Konstytucji RP)**

Słowa kluczowe: wolność działalności gospodarczej, COVID-19, istota wolności i praw
Keywords: freedom of business, COVID-19, essence of rights and freedoms

Streszczenie

Skutkiem pandemii COVID-19 w 2020 i 2021 r. było wprowadzenie przez ustawodawcę szeregu regulacji prawnych skutkujących ograniczeniem niektórych wolności i praw konstytucyjnych, w tym wolności działalności gospodarczej, o której mowa w art. 22 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Ograniczenia te, przybierające niekiedy postać całkowitego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej danego rodzaju, budzą istotne wątpliwości natury konstytucyjnej. Dotyczą one nie tylko trybu ich wprowadzenia, ale również ich zgodności z konstytucyjnym zakazem naruszania istoty wolności i praw. Zdaniem autora, istnieje wiele argumentów przemawiających za tym, że ten ostatni zakaz – znajdujący swój normatywny wyraz w art. 31 ust. 3 zdanie 2 Konstytucji RP – został naruszony.

¹ ORCID ID: 0000-0002-3143-1941, doktor habilitowany, Zakład Prawa Cywilnego i Handlowego, Instytut Nauk Prawnych, Kolegium Nauk Społecznych, Uniwersytet Rzeszowski. E-mail: ruliazsz@ur.edu.pl.

Abstract**Freedom of business and the COVID-19 pandemic. Remarks in the context of the prohibition to violate the essence of rights and freedoms laid down in Article 31(3) of the Constitution of the Republic of Poland**

Due to the COVID-19 pandemic, the years 2020–21 have seen a significant number of restrictions of constitutional rights and freedoms, including those concerning the freedom of business. It is a matter of dispute if such severe limitations are in line with Article 31(3) of the Constitution of the Republic of Poland which prohibits, between others, to violate the essence of rights and freedoms. From the author's perspective there is a strong argument that the COVID-19 legislation aimed to limit the freedom of business for epidemical reasons is in fact contrary to the principle laid down in Article 31(3) of the Constitution.

✱

I. Wstęp

Pandemia wywołana wirusem SARS-CoV-2 stała się przyczyną wprowadzenia na gruncie większości porządków prawnych i na niespotykaną dotychczas skalę szeregu ograniczeń w sferze wolności i praw konstytucyjnych. Ingerencją ze strony władz publicznych zostały dotknięte m.in. takie wolności i prawa konstytucyjne jak wolność słowa², wolność religii³, swoboda przemieszczania się⁴, prawo do sądu⁵ czy wreszcie wolność działalności gospodarczej.

² Zob. raporty: Freedom of Expression during COVID-19, September 2020, Law Library, Library of Congress; P. Noorlander, *COVID and Free Speech. The impact of COVID-19 and ensuing measures on freedom of expression in Council of Europe member states*, Nikosia 2020.

³ Zob. np. opinię pt. *Analiza wprowadzonych w związku z przeciwdziałaniem epidemii koronawirusa ograniczeń wolności religii i swobody przemieszczania się w świetle standardów Konstytucji RP i prawa międzynarodowego*, <https://ordoiuris.pl/wolnosci-obywatelskie/analiza-wprowadzonych-w-zwiazku-z-przeciwdzialaniem-epidemii-koronawirusa> (12.03.2021).

⁴ D. Thym, J. Bornemann, *Schengen and Free Movement Law During the First Phase of the Covid-19 Pandemic: Of Symbolism, Law and Politics*, „European Papers” 2020, vol. 5, No 3, s. 1143–1170.

⁵ Por. P. Winczorek, *Pandemia COVID-19 a dostęp do prawa. Polska na tle wyników badania międzynarodowego*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 12, s. 38 i n.

Konstytucyjność wprowadzonych ograniczeń była już niejednokrotnie kwestionowana⁶, zaś niedbałość prawodawcy ingerującego w sferę praw i wolności konstytucyjnych znajduje obecnie bezpośrednio odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów powszechnych⁷ i administracyjnych⁸. O ile w wypowiedziach kwestionujących legalność poszczególnych ograniczeń wolności i praw dość często podnosi się argument niezachowania właściwego trybu wprowadzenia danego ograniczenia⁹, to już niewiele uwagi poświęca się zbadaniu legalności wprowadzonych ograniczeń ze względu na naruszenie konstytucyjnego zakazu ingerencji w istotę wolności i praw (art. 31 ust. 3 zd. 2 Konstytucji RP). Tymczasem ingerencja dokonana z pominięciem tego zakazu może, choć wyjątkowo¹⁰, stanowić samodzielną przesłankę stwierdzenia niekonstytucyjności wprowadzonych ograniczeń¹¹, a w dalszej konsekwencji, zdaniem nie-

⁶ M. Chmaj, *Ekspertyza prawna w przedmiocie: konstytucyjności przepisów ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych*, Kancelaria Senatu, Opinie i ekspertyzy OE-286, Warszawa 2020; H. Izdebski, *Opinia w przedmiocie ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych – z punktu widzenia wymagań wynikających z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP*, Kancelaria Senatu, Opinie i ekspertyzy OE-286, Warszawa 2020.

⁷ Zob. np. wyrok SA w Białymstoku z 29 października 2020 r., III AUa 506/20.

⁸ Zob. np. wyrok WSA w Warszawie z 26 listopada 2020 r., VIII SA/Wa 491/20; wyrok WSA w Gliwicach z 27 listopada 2020 r., III SA/Gl 467/20.

⁹ Zob. art. 22 Konstytucji RP i art. 31 ust. 3 zd. 1 Konstytucji RP.

¹⁰ Jak wskazuje M. Szydło, „dyskwalifikowanie konstytucyjnej legalności określonych ograniczeń praw i wolności jednostek z powołaniem się na fakt, że ograniczenia te naruszają istotę danego prawa lub wolności, wchodzi w grę jedynie wyjątkowo, gdy nie ma już absolutnie żadnych wątpliwości co do tego, że uwzględniając wszystkie istniejące ograniczenia tego prawa lub wolności podmioty tego prawa lub wolności (...) nie będą już miały żadnych możliwości prawnych zaspokajania tych potrzeb oraz realizowania tych wartości, dla których ochrony (i obrony) dane prawo lub wolność zostało w Konstytucji zagwarantowane. Inaczej mówiąc, koncepcja „istoty” konstytucyjnych praw i wolności powinna być ujmowana raczej wąsko, pełniąc rolę swoistej (wyjątkowej) ultima ratio”. Zob. M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz-Wrocław 2011, s. 269–270. Podstawowym instrumentem oceny konstytucyjnej legalności ustanowionych ograniczeń wolności i praw pozostaje natomiast zasada proporcjonalności (zob. wyrok TK z 8 października 2007 r., K 20/07).

¹¹ Należy tu przypomnieć, że wprowadzenie ograniczenia wolności działalności gospodarczej musi uwzględniać nie tylko przesłankę materialną wynikającą z art. 22

których, może prowadzić do odpowiedzialności odszkodowawczej państwa wobec podmiotów dotkniętych tymi ograniczeniami¹². Podjęcie problematyki zgodności ingerencji władzy publicznej w sferę wolności i praw konstytucyjnych z zasadą nienaruszalności istoty tych wolności i praw (art. 31 ust. 3 zd. 2 Konstytucji RP) wydaje się więc uzasadnione i konieczne. Uwagi tu poczynione zostaną jednak ograniczone do jednej tylko wolności, tj. wolności działalności gospodarczej, o której mowa w art. 22 Konstytucji RP.

Niniejszy artykuł dotyczy tych ograniczeń wolności działalności gospodarczej, do których odnosi się art. 46b pkt 1 (w zw. z art. 46 ust. 4 pkt 2¹³) i pkt 2¹⁴ ustawy z 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi oraz konkretyzujący te przepisy § 9 rozporządzenia Rady Ministrów z 19 marca 2021 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii. Powyższe ograniczenia mają charakter zróżnicowany w zależności od tego, z jakim rodzajem działalności gospodarczej mamy do czynienia albo, w jakim miejscu dana działalność jest prowadzona. I tak, po pierwsze, można wyróżnić takie rodzaje działalności gospodarczej, których prowadzenie zostało (w danym odcinku czasu) całkowicie zakazane¹⁵. Po drugie, można wskazać takie

Konstytucji RP (dopuszczalność ograniczenia tylko ze względu na ważny interes publiczny), ale winno również następować z uwzględnieniem dwóch przesłanek materialnych określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, tj. przesłanki „konieczności w demokratycznym państwie” (przesłanka proporcjonalności) oraz przesłanki nienaruszania istoty wolności i praw. Zob. M. Szydło, [w:] *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 619–620. Por. wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r., SK 24/02; wyrok TK z 25 maja 2009 r., SK 54/08.

¹² Zob. M. Florczak-Wątor, *Niekonstytucyjność ograniczeń praw i wolności jednostki wprowadzonych w związku z epidemią COVID-19 jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej państwa*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 12, s. 5 i n.; M. Pecyna, *Odpowiedzialność odszkodowawcza Skarbu Państwa za ograniczenia praw i wolności w czasie epidemii COVID-19*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 12, s. 23 i n.

¹³ Dopuszczalność ustanowienia czasowego ograniczenia lub zakazu obrotu i używania określonych przedmiotów lub produktów spożywczych.

¹⁴ Dopuszczalność ustanowienia czasowego ograniczenia określonych zakresów działalności przedsiębiorców.

¹⁵ Do tej grupy należy zaliczyć np. „zakaz prowadzenia (...) wesołych miasteczek i parków rozrywki (...), pokojów zagadek, domów strachu, miejsc do tańczenia i w zakresie innych form rozrywki lub rekreacji organizowanych w pomieszczeniach lub w innych miejscach o zamkniętej

rodzaje działalności, których prowadzenie zostało mniej lub bardziej ograniczone¹⁶, w szczególności w zależności od miejsca prowadzenia działalności¹⁷.

II. Nienaruszalność istoty wolności i praw

Zakaz naruszania istoty wolności i praw, inspirowany rozwiązaniem zawartym w art. 19 ust. 2 niemieckiej ustawy zasadniczej z 1949 r.¹⁸ (*Wesensgehalt*), został recypowany w aktach rangi konstytucyjnej niektórych innych państw Europy kontynentalnej¹⁹, w tym w Polsce²⁰, jak również w ustawach zasadniczych niektórych państw pozaeuropejskich²¹. Z jednej strony można powiedzieć, że omawiana tu zasada nienaruszalności istoty wolności i praw nie ma charakteru powszechnego w tym sensie, że występuje w mniejszości porządków prawnych. Z drugiej strony należy jednak zauważyć, że brak normatywnego ujęcia w danej ustawie zasadniczej zakazu naruszania istoty wolności

przestrzeni (...) oraz pozostałej działalności rozrywkowej i rekreacyjnej (...). Zob. § 9 pkt 20 rozporządzenia.

¹⁶ Jako przykład można wskazać „zakaz prowadzenia (...) dyskotek i klubów nocnych lub działalności, która polega na udostępnieniu miejsca do tańczenia organizowanego w pomieszczeniach lub w innych miejscach o zamkniętej przestrzeni” (§ 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia); „zakaz prowadzenia (...) basenów, aquaparków, siłowni, klubów i centrów fitness” (§ 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia); zakaz prowadzenia działalności hotelarskiej (§ 9 ust. 3 rozporządzenia) czy też zakaz działalności gastronomicznej (§ 9 ust. 10 rozporządzenia).

¹⁷ Mieszczą się tutaj ograniczenia polegające na zakazie handlu detalicznego lub prowadzenia działalności usługowej (z wyłączeniami przedmiotowymi) w obiektach handlowych lub usługowych, w tym parkach handlowych, o powierzchni sprzedaży lub świadczenia usług powyżej 2000 m², czyli tzw. galeriach handlowych (§ 9 ust. 25 rozporządzenia).

¹⁸ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, dostępna m.in. na <https://www.btg-bestellservice.de> (13.03.2021), także w polskiej wersji językowej.

¹⁹ Mowa tu o Czechach, Estonii, Węgrzech, Portugalii, Rumunii, Słowacji, Hiszpanii i Szwajcarii, zob. T. Tridimas, G. Gentile, *The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?*, „German Law Journal” 2019, nr 20, s. 796.

²⁰ Szerzej zob. A. Niżnik-Mucha, *Zakaz naruszania istoty konstytucyjnych wolności i praw w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2014, ss. 342; M. Ławrynowicz-Mikłaszewicz, *Koncepcja istoty wolności i praw jednostki oraz aspekt formalny ich ograniczenia*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014, nr 20, s. 73 i n.; M. Kazimierczuk, *Pojęcie, istota oraz źródło wolności i praw człowieka*, „Studia Prawnoustrojowe” 2014, nr 26, s. 101 i n.

²¹ Zob. art. 19 ust. 26 Konstytucji Republiki Chile (hiszp. *no podrán afectar los derechos en su esencia*), <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> (13.03.2021).

i praw nie oznacza, że zakaz taki jest na gruncie danego porządku prawnego pozbawiony relewancji prawnej. Mimo braku wyraźnego odwołania się prawodawcy konstytucyjnego do zakazu naruszania istoty wolności i praw, obowiązywanie takiego zakazu bywa bowiem wywodzone z innych źródeł²². Powszeczność omawianego tu zakazu jest zatem większa niż mogłoby się *prima facie* wydawać. Zapewne z tej też przyczyny zakaz nienaruszalności istoty wolności i praw został ujęty w art. 52 ust. 1 Karty Praw Podstawowych UE, stanowiąc samodzielną, niezależną od zasady proporcjonalności, przesłankę oceny legalności instrumentów ograniczających wykonywanie wolności i praw podstawowych²³. Odwołania do koncepcji istoty prawa podstawowego pojawiają się również w orzecznictwie ETPCz, mimo że sama Europejska Konwencja Praw Człowieka nie posługuje się tym terminem²⁴.

Zakaz naruszania istoty wolności i praw konstytucyjnych może być rozmaicie pojmowany. Z uwagi na ograniczone ramy niniejszego artykułu przyjęto w nim, bez przedstawiania odpowiedniej argumentacji, założenie o zasadności obiektywnego, a nie subiektywnego, podejścia do zdefiniowania istoty wolności lub praw. W tym ujęciu, dla oceny, czy doszło do naruszenia tej istoty miarodajne jest, czy dane ograniczenie wolności lub prawa zachowuje takie minimum treści tej wolności lub prawa, które z perspektywy ogółu jednostek (całego społeczeństwa) jest oceniane jako niezbywalny rdzeń tej wolności lub prawa. W ramach podejścia obiektywnego dochodzi więc do „uśrednienia w definiowaniu (wyznaczaniu) istoty danego konstytucyjnego prawa lub wolności, odrzucającego skrajne oceny jednostkowe i uwzględniającego ogólnospołeczne znaczenie tego prawa lub wolności”²⁵.

²² Zob. przypadek prawodawstwa włoskiego, austriackiego i indyjskiego przywoływany przez T. Tridimas, G. Gentile, op.cit., s. 797.

²³ Na takie absolutne, a nie relatywne (uwzględniające zasadę proporcjonalności), spojrzenie na zakaz naruszania istoty wolności i praw podstawowych wskazuje samo brzmienie art. 52 ust. 1 EKPP, zob. T. Tridimas, G. Gentile, op.cit., s. 803–804.

²⁴ Zob. wyroki ETPCz przywoływane przez K. Lenaerts, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, „German Law Journal” 2019, nr 20, s. 780, przyp. 13.

²⁵ Tak M. Szydło, *Wolność...*, s. 249–250. Podobnie K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Zakamycze 1999, s. 207–208 (autor ten określa jednak podejście obiektywne podejściem przedmiotowym, zaś podejście subiektywne – podejściem podmiotowym); M. Szydło, [w:] *Konstytucja...*, s. 807–811. Odmienne, jak się wydaje, A. Niżnik-Mucha, op.cit., s. 188–190.

Założenie drugie sprowadza się z kolei do uznania przy definiowaniu istoty wolności i praw zasadności teorii absolutnej (a nie relatywnej). Przypomnieć należy, że w ujęciu relatywnym nie da się zidentyfikować takiego zakresu (jądra, rdzenia) poszczególnych wolności i praw, który zawsze powinien pozostawać w stanie wolnym od ograniczeń i w który to zakres organom władzy publicznej nigdy ingerować nie wolno. Przy takim podejściu nie jest możliwe wskazanie obszaru wolności lub prawa, który podlegałby ochronie absolutnej bez względu na to, co wynika z dokonania oceny danego ograniczenia przez pryzmat zasady proporcjonalności²⁶. Teoria relatywna zakłada więc, że istota danej wolności lub prawa (wartość A) jest zmienna i zależy od tego, na ile ważna jest inna wartość konstytucyjna (wartość B), która uzasadnia ingerencję w zakres tej pierwszej wolności lub prawa (wartość A). Przyjęcie teorii relatywnej sprowadza się zatem do nadania przesłance z art. 31 ust. 3 zd. 2 Konstytucji RP niesamodzielnego znaczenia prawnego, skoro ustalenie zakresu nienaruszalnego rdzenia danej wolności i praw (tj. istoty) ma zależeć od wyniku badania danego ograniczenia z punktu widzenia zasady proporcjonalności. Można wręcz powiedzieć, że w ujęciu relatywnym dochodzi do utożsamienia zasady nienaruszalności istoty wolności i praw z zakazem nieproporcjonalnego wkraczania w sferę tych wolności i praw bądź też że zakaz nienaruszalności istoty wolności i praw jest pochodną istnienia w danym porządku konstytucyjnym zasady proporcjonalności.

Jak się wydaje, teoria relatywna, przynajmniej gdy chodzi o polski porządek konstytucyjny, nie ma uzasadnienia normatywnego, skoro na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zasada nienaruszalności istoty wolności i praw (zdanie 2 ww. przepisu) ma charakter samodzielny względem zasady proporcjonalności (zdanie 1 ww. przepisu)²⁷. Opowiedzieć się więc należy za poglądem, zgodnie z którym możliwe jest zidentyfikowanie pewnego nienaruszalnego przez władze publiczne obszaru danej wolności lub prawa. O niekonstytucyj-

²⁶ Przeciwnikami teorii relatywnej są M. Szydło, *Wolność...*, s. 252–265; M. Szydło, [w:] *Konstytucja...*, s. 811 i n.; A. Niżnik-Mucha, op.cit., s. 191 i n.; K. Wojtyczek, op.cit., 208–212.

²⁷ Na samodzielność zasady nienaruszalności istoty wolności i praw względem zasady proporcjonalności wskazywał również TK w wyrokach z: 29 czerwca 2001 r., K 23/00; 30 października 2001 r., K 33/00; 18 stycznia 2006 r., K 21/05. Pewne wątpliwości co do uznawania przez TK absolutnego modelu zakazu naruszania istoty wolności i praw mogą powstać na gruncie wyroku TK z 12 stycznia 1999 r., P 2/98, na co zwraca uwagę A. Niżnik-Mucha, op.cit., s. 203.

ności naruszenia tej wolności lub prawa decydowałby więc sam fakt ingerencji przez władze publiczne w pewien stały rdzeń, niezależnie od tego, że *in casu* taka ingerencja byłaby uzasadniona potrzebą ochrony innych konstytucyjnych wartości (a zatem niezależnie od tego, że zasada proporcjonalności pozwalałaby na taką ingerencję)²⁸.

Ostatnie założenie, na którym zostanie oparty dalszy wywód sprowadza się do twierdzenia, że przy ocenie, czy doszło do wkroczenia w nienaruszalny obszar wolności i praw należy odnosić się do konkretnej wolności bądź prawa, a nie dążyć wyłącznie do wyodrębnienia pewnego nienaruszalnego zakresu wolności i praw rozumianych *in abstracto* (jako ogół wolności i praw)²⁹.

III. Kryteria oceny, czy doszło do naruszenia istoty wolności działalności gospodarczej

Dokonanie przeglądu stanowisk wyrażonych w doktrynie oraz poglądów zaprezentowanych w orzecznictwie pozwala na sformułowanie kilku kryteriów, w oparciu o które można podjąć próbę udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy istota danej wolności lub prawa, w szczególności wolności działalności gospodarczej, została naruszona. Wskazuje się zatem, że naruszenie istoty wolności lub prawa zachodzi w sytuacji, w której wolność lub prawo nie mogą być realizowane w praktyce, co ma miejsce wtedy, gdy dane ograniczenia uniemożliwiają realizację funkcji określonej wolności lub prawa³⁰, przy czym przy ocenie, czy dochodzi do naruszenia istoty wolności lub prawa nie należy skupiać się na poszczególnych ograniczeniach, ale mieć na uwadze ich sumę³¹. W myśl zbliżonego zapatrywania, ingerencja w wolność lub prawo wtedy narusza ich istotę, gdy dotyczy ona podstawowego uprawnienia składającego się na daną wolność lub prawo i jednocześnie ingerencja ta prowadzi do zniekształcenia konstytucyjnie wyznaczonej funkcji wolności lub

²⁸ Należy nadmienić, że absolutne, a nie relatywne ujęcie istoty wolności i praw, zdaje się dominować w orzecznictwie niemieckiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego (*Bundesverfassungsgericht*). Zob. wyroki przywoływane przez T. Tridimas, G. Gentile, op.cit., s. 804–805, przyp. 87, 88.

²⁹ Tak K. Wojtyczek, op.cit., s. 206–207.

³⁰ Ibidem, s. 212.

³¹ Ibidem, s. 213.

prawa. Naruszenie istoty wiąże się więc nieodłącznie z deformacją indywidualnej bądź ogólnospołecznej funkcji danej wolności lub prawa³². Uchybienie istocie wolności lub prawa następuje wtedy, gdy dana ingerencja skutkuje zniweczeniem lub zakłada potencjalną możliwość zniweczenia wartości realizowanej przez daną wolność lub praw³³.

Zauważa się jednocześnie, że naruszenia istoty wolności lub praw mogą przybrać postać formalnego pozbawienia jednostki przysługującej jej konstytucyjnej wolności lub prawa³⁴, następnie ich zawieszenia (czasowego pozbawienia)³⁵ bądź też mogą sprowadzać się do wydrążenia konstytucyjnej wolności lub prawa z ich rzeczywistej treści³⁶. W tym ostatnim przypadku nie dochodzi do zniesienia danej wolności lub prawa (choćby czasowego), niemniej jednak w takiej sytuacji wadliwe regulacje prawne w praktyce uniemożliwiają korzystanie (choćby czasowe) z tych wolności lub praw. Naruszenie istoty wolności lub prawa ma więc wtedy charakter zakamuflowany i prowadzi do przekształcenia danej wolności lub prawa w ich pozór.

Również ci autorzy, którzy wypowiadają się *in concreto* na temat istoty wolności działalności gospodarczej, wskazują na potrzebę wyznaczenia nienaruszalnego zakresu tej wolności (istoty) na podstawie kryterium funkcjonalnego³⁷. Oznacza to, że ingerencja władz publicznych w wolność działalności gospodarczej wtedy naruszy jej istotę, gdy z uwagi na fakt istnienia danych ingerencji (ograniczeń) wolność ta nie będzie już mogła w zasadny sposób spełniać tych funkcji i zadań w porządku prawnym, jakie zostały jej wyznaczone przepisami Konstytucji oraz stanowiącą uzasadnienie tych przepisów konstytucyjną aksjologią. Podstawową zaś funkcją czy też podstawowym zadaniem wolności działalności gospodarczej jest umożliwienie podmiotom z niej uprawnionym podejmowania takich działań lub zaniechań, które, będąc opłacalne dla samych tych podmiotów uprawnionych, będą jednocześnie w stanie zaspokajać potrzeby innych ludzi, ujawniające się i występujące na rynku pod postacią popytu. Funkcja wolności działalności gospodarczej

³² A. Niżnik-Mucha, *op.cit.*, s. 207.

³³ *Ibidem*, s. 209.

³⁴ *Ibidem*, s. 210 i n.

³⁵ *Ibidem*, s. 222.

³⁶ *Ibidem*, s. 218 i n.

³⁷ M. Szydło, *Wolność...*, s. 268.

srowadza się zatem do stworzenia podmiotom tej wolności możliwości realizowania opłacalnych dla nich działań w zakresie produkcji dóbr i usług oraz ich wymiany w celu zaspokajania tych braków (deficytów), które odczuwają w tym względzie inni ludzie³⁸.

Na potrzebę identyfikacji uprawnienia podstawowego składającego się na daną wolność lub prawo (uprawnienia pozwalającego określić model tej wolności lub prawa) oraz na konieczność uwzględnienia kryterium funkcjonalnego przy ocenie, czy doszło do naruszenia istoty wolności lub praw, wskazywano również w orzecznictwie. Podnoszono więc, że „konstytucyjnie niedopuszczalne jest tworzenie przez ustawodawcę takiej regulacji, która na użytek określonej materii podważa konstytucyjny model danej wolności lub prawa”³⁹. Argumentowano też, że przy ustalaniu, czy doszło do naruszenia istoty danej wolności lub prawa należy odwoływać się do indywidualnej oraz ogólnospołecznej funkcji, jaką dana wolność lub prawa spełniają⁴⁰, a także wskazywano, że do naruszenia istoty danej wolności lub prawa dochodzi wtedy, gdy ma miejsce taka ingerencja w elementy składowe wolności lub prawa, bez których wolność lub prawo utraciłyby swoje podstawowe funkcje⁴¹.

IV. Ocena ingerencji w sferę wolności działalności gospodarczej z punktu widzenia zakazu naruszania istoty wolności i praw

Podjmując próbę oceny, czy opisana we wstępie ingerencja władz publicznych w sferę konstytucyjnej wolności działalności gospodarczej narusza istotę tej wolności, przy uwzględnieniu omówionych powyżej kryteriów, że całkowity zakaz prowadzenia działalności gospodarczej danego rodzaju narusza jej istotę. Zakaz taki, mimo że ma charakter czasowy, pozbawia podmiot wolności działalności gospodarczej prawnej możliwości realizacji uprawnienia podstawowego składającego się na tę wolność (uprawnienia decydujące-

³⁸ Ibidem, s. 267–268. Szerzej o wolności działalności gospodarczej zob. M. Sługocka, *Wolność działalności gospodarczej jako norma–zasada*, [w:] *Acta Erasmiana III. Prace prawnicze*, red. P. Szymaniec, M. Sadowski, Wrocław 212, s. 135 i n.; M. Magdziarczyk, *Wolność działalności gospodarczej – od idei do zasady ustrojowej*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2018, nr 349, s. 135 i n.

³⁹ Wyrok TK z 18 stycznia 2006 r., K 21/05.

⁴⁰ Wyrok TK z 12 stycznia 1999 r., P 2/98.

⁴¹ Wyrok TK z 10 października 2010 r., P 8/99, dotyczący ograniczeń prawa własności. Podobnie wyrok TK z 25 maja 1999 r., SK 9/98, dotyczący ograniczeń innych niż własność praw majątkowych.

go o kształcie czy modelu tej wolności), tj. pozbawia te podmioty możliwości oferowania społeczeństwu określonych dóbr czy usług, zaś potencjalnym odbiorcom uniemożliwia skorzystanie z tych dóbr i usług (wymiar społeczny istoty wolności działalności gospodarczej).

Jak się wydaje, o uchybieniu zakazowi naruszania istoty wolności działalności gospodarczej można mówić także wtedy, gdy działalność gospodarcza danego rodzaju została znacznie ograniczona (zakaz prowadzenia basenów, siłowni itp.). Mowa tu o takich przypadkach, w których nie doszło wprawdzie do całkowitego zakazania prowadzenia działalności gospodarczej danego rodzaju, niemniej jednak zakres tej działalności został istotnie zawężony w stosunku do zakresu dopuszczalnego w okresie przed wprowadzeniem ograniczeń. Twierdzenie o uchybieniu zakazowi naruszania istoty wolności działalności gospodarczej wydaje się szczególnie uzasadnione w tych przypadkach, w których ustanawiając zakaz prowadzenia danej działalności gospodarczej dopuszczono jednocześnie mało istotne, z punktu widzenia danego przedsiębiorcy oraz potencjalnych odbiorców oferowanych towarów bądź usług (ogółu społeczeństwa), wyjątki od tego zakazu. I tak np. zakaz prowadzenia basenów czy siłowni pozostaje dla danego przedsiębiorcy równie uciążliwym zakazem, mimo dopuszczenia wyjątku od tego zakazu w postaci dopuszczalności prowadzenia basenów, siłowni itp. dla członków kadry narodowej polskich związków sportowych. Nie można w takim przypadku powiedzieć, aby wskutek dopuszczenia takiego wyjątku od ogólnego zakazu, przedsiębiorca prowadzący omawiany tu rodzaj działalności mógł zrealizować swoje podstawowe uprawnienie składające się na wolność działalności gospodarczej i aby w ten sposób funkcja wolności działalności gospodarczej (rozpatrywana z punktu widzenia tego przedsiębiorcy) została spełniona. Można wręcz powiedzieć, że przewidziany wyjątek od ogólnego zakazu prowadzenia basenów, siłowni itp. ma charakter iluzoryczny. Tym samym sytuację, w której obowiązuje zakaz prowadzenia omawianej tu działalności (z dopuszczonym wyjątkiem), należałoby zrównać z sytuacją, w której zakaz ten byłby zakazem całkowitym.

Identyczny wniosek nasuwa się wtedy, gdy zakaz prowadzenia basenów, siłowni itp. rozpatrzmy z punktu widzenia ogólnospołecznej funkcji, jaką ta działalność ma realizować. Okazuje się bowiem, że mimo dopuszczenia wyjątku od analizowanego tu zakazu, zdecydowana większość potencjalnych

odbiorców usług świadczonych przez przedsiębiorców prowadzących baseny, siłownie itp. nie ma realnej możliwości skorzystania z tych usług (nie zostaje objęta wyjątkiem od zakazu).

Iluzoryczność wyjątku od zakazu prowadzenia basenów, siłowni itp. oznacza, że przedsiębiorca prowadzący tę działalność nie ma prawnej możliwości uczestniczenia w ekonomicznie opłacalnym procesie wymiany oferowanej przez siebie usługi na zapłatę należną od jej odbiorców. Tym samym interes gospodarczy tego przedsiębiorcy nie może zostać zaspokojony. Także gdyby rozpatrzeć ten zakaz na płaszczyźnie ogólnospołecznej, a więc nie tylko przy uwzględnieniu partykularnego interesu danego przedsiębiorcy, ale przy uwzględnieniu interesów ogółu społeczności, której członkowie mogą być potencjalnymi odbiorcami oferowanych usług, to okaże się, że interesy tych podmiotów również nie mogą być zrealizowane, bowiem nie mogą oni korzystać z dobrodziejstw danej usługi (nie mogą zaspokoić popytu na daną usługę). W tym sensie nie tylko indywidualna, ale i ogólnospołeczna funkcja danej działalności gospodarczej nie może być zrealizowana.

Odrębnej analizy wymaga zakaz, o którym mowa w § 9 ust. 25 rozporządzenia (zakaz prowadzenia działalności w tzw. galeriach handlowych). Nie miał i nie ma on charakteru absolutnego, bowiem jego istnienie uzależniono od przedmiotu sprzedaży lub usługi. W galeriach handlowych, w okresie do 9 kwietnia 2021 r., zakazano mianowicie działalności handlowej lub usługowej jedynie w zakresie nie objętym wyłączeniami przedmiotowymi⁴². Wydaje się, że w tych przypadkach, w których ingerencja w sferę wolności działalności gospodarczej sprowadza się do zakazu sprzedaży określonych towarów lub usług na terenie galerii handlowych, można mówić o naruszeniu istoty tej wolności. Bez znaczenia pozostaje tu fakt, że oferowanie tych samych towarów lub usług poza galeriami handlowymi nie zostało objęte zakazem. Nie ma zatem mowy o globalnym zakazie handlu np. odzieżą, ale zakaz ten jest warunkowany miejscowo (tj. został ograniczony tylko do galerii handlowych). Z całą pewnością z punktu widzenia indywidualnie pojętej funkcji działalności gospodarczej i realizacji ekonomicznego interesu danego przedsiębiorcy istotne jest to, aby działalność handlowa lub usługowa mająca za przedmiot towary lub usługi objęte omawianym tu zakazem miejscowym była realizowana

⁴² Dopuszczono np. sprzedaż żywności i produktów leczniczych.

właśnie na terenie galerii handlowych, a nie poza nimi. Nie można bowiem porównywać przychodu generowanego przez przedsiębiorcę na terenie galerii handlowej z przychodem generowanym w oparciu o sprzedaż tych samych towarów lub usług poza terenem galerii. W pierwszym przypadku ten przychód jest o wiele wyższy. Tym samym brak objęcia globalnym zakazem sprzedaży danych towarów lub usług i jego ograniczenie do galerii handlowych nie może prowadzić do wniosku, że interes ekonomiczny przedsiębiorcy pozostaje bez szwanku. Wręcz przeciwnie, możliwość realizacji tego interesu zostaje znacznie uszczuplona. Co więcej, niejednokrotnie interes ten nie może być w ogóle realizowany, zwłaszcza wtedy, gdy dana działalność jest prowadzona wyłącznie na terenie galerii handlowej. W takim przypadku, mimo braku ustanowienia globalnego zakazu sprzedaży określonych towarów lub usług, samo zakazanie określonej działalności tylko i wyłącznie na terenie galerii handlowej, jest w swej naturze równoznaczne z pełnym zakazem działalności obejmującej te towary lub usługi. W takim przypadku trudno byłoby przecież oczekiwać, aby przedsiębiorca, którego działalność jest związana wyłącznie z galerią handlową, zmieniał miejsce prowadzenia tej działalności po to, aby nie być objętym omawianym tu zakazem miejscowym. Zmiana taka byłaby nieuzasadniona ekonomicznie nie tylko dlatego, że wiązałyby się z koniecznością poczynienia nowych nakładów i inwestycji, ale również z tego względu, że przedsiębiorca świadomie decydowałby się na wybór takiego miejsca prowadzenia działalności (poza galerią), które pociągałoby za sobą niemalże automatyczne umniejszenie przychodu w stosunku do tego, który był osiąganym przy prowadzeniu działalności na terenie galerii. Dodatkowo, oczekiwanie, że przedsiębiorca dokona takiej „migracji” byłoby nieuzasadnione wobec faktu, że tzw. zakaz galeriowy ma charakter czasowy.

IV. Podsumowanie

Powyższe uwagi pokazują, że ingerencja w sferę wolności działalności gospodarczej, jaka została dokonana na podstawie regulacji prawnych wprowadzonych w Polsce w związku z pandemią COVID-19, może być kwalifikowana jako sprzeczna z konstytucyjnym zakazem naruszania istoty wolności i praw (art. 31 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP). Jak się wydaje, bez znaczenia dla oceny

konstytucyjności analizowanych w tym artykule ograniczeń wolności działalności gospodarczej pozostaje fakt, że mają one charakter czasowy⁴³. Wnioskowi o niezgodności z Konstytucją omawianych tu przepisów nie przeczy zasada, zgodnie z którą dyskwalifikacja danej regulacji prawnej z powołaniem się na zakaz naruszania istoty wolności i praw może następować jedynie wyjątkowo. Dzieje się tak dlatego, że w przypadku tych konkretnych ograniczeń pojawiają się istotne wątpliwości także w odniesieniu do trybu ich ustanowienia. A zatem w omawianym przypadku zakaz naruszania istoty wolności i praw nie stanowiłby samodzielnej przesłanki niekonstytucyjności przyjętych rozwiązań, ale byłyby jedynie dodatkowym uzasadnieniem dla stwierdzenia wadliwości przyjętych rozwiązań.

Literatura

- Chmaj M., *Ekspertyza prawna w przedmiocie: konstytucyjności przepisów ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych*, Kancelaria Senatu, Opinie i ekspertyzy OE-286, Warszawa 2020.
- Florczak-Wątor M., *Niekonstytucyjność ograniczeń praw i wolności jednostki wprowadzonych w związku z epidemią COVID-19 jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej państwa*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 12.
- Izdębski H., *Opinia w przedmiocie ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych – z punktu widzenia wymagań wynikających z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP*, Kancelaria Senatu, Opinie i ekspertyzy OE-286, Warszawa 2020.
- Kazimierzczuk M., *Pojęcie, istota oraz źródło wolności i praw człowieka*, „Studia Prawno-ustrojowe” 2014, nr 26.
- Lenaerts K., *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, „German Law Journal” 2019, nr 20.

⁴³ Por. wyroki TK zapadłe jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji RP, w których wskazano, że choćby czasowe zawieszenie możliwości tworzenia związków spółdzielczych godzi w zasadę (tj. istotę) wolności zrzeszania (wyrok TK z 12 lutego 1991 r., K 6/90), a także, że całkowite zawieszenie waloryzacji emerytur i rent na okres kwartału narusza istotę prawa do ubezpieczenia społecznego (wyrok TK z 17 lipca 1996 r., K 8/96).

- Ławrynowicz-Mikłaszewicz M., *Koncepcja istoty wolności i praw jednostki oraz aspekt formalny ich ograniczenia*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014, nr 20.
- Magdziarczyk M., *Wolność działalności gospodarczej – od idei do zasady ustrojowej*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2018, nr 349.
- Niżnik-Mucha A., *Zakaz naruszania istoty konstytucyjnych wolności i praw w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2014.
- Noorlander P., *COVID and Free Speech. The impact of COVID-19 and ensuing measures on freedom of expression in Council of Europe member states*, Council of Europe, Conference of Ministers responsible for Media & Information Society, Nikosia 2020.
- Pecyna M., *Odpowiedzialność odszkodowawcza Skarbu Państwa za ograniczenia praw i wolności w czasie epidemii COVID-19*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 12.
- Sługocka M., *Wolność działalności gospodarczej jako norma–zasada*, w: *Acta Erasmiana III. Prace prawnicze*, red. P. Szymaniec, M. Sadowski, Wrocław 2012.
- Szydło M., [w:] *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Szydło M., *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz-Wrocław 2011.
- Thym D., Bornemann J., *Schengen and Free Movement Law During the First Phase of the Covid-19 Pandemic: Of Symbolism, Law and Politics*, „European Papers” 2020, vol. 5, No 3.
- Tridimas T., Gentile G., *The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?*, „German Law Journal” 2019, nr 20.
- Winczorek P., *Pandemia COVID-19 a dostęp do prawa. Polska na tle wyników badania międzynarodowego*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 12.
- Wojtyczek K., *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Zakamycze 1999.