

Dr Janusz Roszkiewicz

Uniwersytet Warszawski

ORCID: 0000-0001-5055-2215

e-mail: j.roszkiewicz@wpia.uw.edu.pl

Znaczenie wolności gospodarczej przy stanowieniu prawa w Polsce — wybrane problemy

Role of economic freedom in law-making in Poland — selected problems

Streszczenie

Artykuł poświęcony jest dwóm zagadnieniom. Po pierwsze, omówione jest pojęcie wolności gospodarczej oraz konstytucyjne zasady ograniczania jej przez ustawodawcę. Po drugie, teoria zostaje skonfrontowana z praktyką ustawodawczą w Polsce — zostają poddane analizie trzy przypadki głębokiej ingerencji państwa w wolność gospodarczą: zakaz sprzedaży żywności słodko-słonej w sklepikach szkolnych, przywilej farmaceutyczny (tylko farmaceuci mogą zakładać nowe apteki), nałożenie na kierowców Ubera i tym podobnych platform obowiązku posiadania licencji taksówkarskiej.

Słowa kluczowe: wolność gospodarcza, interes publiczny, zakaz słodczy w szkołach, „apteka dla aptekarza”, lex Uber

JEL: A10

Abstract

The article is devoted to two issues. First, the concept of economic freedom and the constitutional rules for restricting it by the lawmaker are discussed. Secondly, the theory is confronted with legislative practice in Poland — three cases of profound state interference in economic freedom are analyzed: a ban on selling sweet and salty food in school tuck shops, a pharmaceutical privilege (only pharmacists can set up new pharmacies), imposing on Uber drivers and similar platforms a taxi license requirement.

Keywords: economic freedom, public interest, sweets ban in schools, "pharmacy for pharmacist", lex Uber

Wprowadzenie

W czasach współczesnych wolność gospodarcza podlega daleko posuniętej reglamentacji. Głębokość ingerencji państwa wynika z przekonania o konieczności korygowania procesów wolnorynkowych, które niekiedy mogą prowadzić do niepożądanych z punktu widzenia interesu publicznego skutków. Nie wdając się w rozważania na temat zasadności takiego podejścia, które wymagałyby raczej analizy ekonomicznej niż prawnej, chciałbym zastanowić się nad tym, w jakim stopniu wolność gospodarcza jest uwzględniana przez ustawodawcę przy stanowieniu prawa w Polsce.

Pierwsza część artykułu poświęcona jest temu, czym wolność gospodarcza jest i jakie wynikają z niej dyrektywy dla ustawodawcy. Druga część artykułu odnosi ustalenia teoretyczne do praktyki ustawodawczej, bazując na trzech wybranych przykładach ograniczeń wolności gospodarczej: zakazu sprzedaży słodko-słonej żywności w szkołach, regulacji „apteka dla aptekarza” oraz ustawy znanej jako „lex Uber”.

Uwagi ogólne na temat wolności gospodarczej i zasad jej ograniczania

Wolność działalności gospodarczej została zagwarantowana w dwóch przepisach Konstytucji RP: art. 20, wymieniającym tę wolność jako jeden z trzech filarów ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej, oraz art. 22, określającym granice limitacji tej wolności. Jak słusznie zauważa L. Garlicki, choć art. 22 dotyczy tylko kwestii ograniczeń wolności gospodarczej, a nie formułuje pozytywnej gwarancji jej istnienia, to nic nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że wolność gospodarcza wynika z tego przepisu w sposób dorozumiany. Niemniej jednak słusznie autor ów zaznacza, że najlepiej wywodzić jest wolność gospodarczą z art. 20 i art. 22 odczytywanych łącznie (Garlicki, 2005, s. 5.). Stosownie do art. 22, „ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”.

Istota wolności działalności gospodarczej polega na braku przymusowych wytycznych państwa co do momentu i sposo-

bu rozpoczęcia, sposobu prowadzenia oraz momentu i sposobu zakończenia tej działalności. W moim przekonaniu decydującym kryterium o uznaniu danego przepisu za „ograniczenie” w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP powinna być uciążliwość dla prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę, a także łatwość jej rozpoczęcia bądź zakończenia. Ograniczeniem tak rozumianej wolności gospodarczej są zatem wszelkie bariery w rozpoczynaniu, prowadzeniu i zakończeniu działalności gospodarczej, w tym zwłaszcza:

- 1) koncesje, zezwolenia, licencje;
- 2) wymogi techniczno-sanitarne (policja gospodarcza);
- 3) obciążenia publicznoprawne (podatki, składki, opłaty i inne daniny publiczne);
- 4) ewidencja i rejestry przedsiębiorców;
- 5) normy dotyczące ochrony konkurencji i konsumentów;
- 6) normy dotyczące regulowania stosunków między pracownikiem a pracodawcą itd.

Opowiadam się tym samym za szerokim ujęciem konstytucyjnego pojęcia „ograniczenia wolności działalności gospodarczej” (por. Zdyb, s. 8–9). Za zawężeniem tego pojęcia wyłącznie do wyraźnych zakazów prowadzenia określonego rodzaju działalności gospodarczej opowiedział się TK w wyroku z 19.01.2010 r., SK 35/08, powołując się na stanowisko C. Kosikowskiego (Kosikowski, 2005, s. 39). To podejście krytykuje — moim zdaniem słusznie — M. Szydło (2011, s. 85–92).

Wolność działalności gospodarczej może podlegać ograniczeniom tylko wtedy, gdy jest to konieczne ze względu na ważny interes publiczny, w szczególności bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochronę środowiska, ochronę zdrowia, moralność publiczną albo wolności i prawa innych osób (podstawą ograniczenia wolności gospodarczej mogą być zatem wartości określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz inne „ważne interesy publiczne” — wyrok TK z 29.04.2003 r., SK 24/02; Klecha, 2009, s. 184–207). Nie należy przy tym zapominać, że Konstytucja dopuszcza ingerencję w wolność gospodarczą nie ze względu na każdy interes publiczny, lecz tylko ważny interes publiczny. Przez ważny interes publiczny rozumie się „wartość wyrażającą się w realizowaniu szczególnie istotnych interesów oraz w zaspokajaniu ważnych potrzeb możliwie dużej liczby jednostek (przy równoczesnym wyrządzaniu zła możliwie jak najmniejszej liczbie ludzi)” (Szydło, 2011, s. 186–187).

W polskiej nauce prawa zwraca się uwagę, że ingerencja państwa w nieskrępowaną działalność gospodarczą powinna być poprzedzona analizą, czy rzeczywiście jest ona absolutnie nieodzowna dla ochrony ważnego interesu publicznego — mówi się nawet o ciężarze dowodu spoczywającym w tym zakresie na ustawodawcy (Ciapała, 2009, s. 294–295). Praktycznym urzeczywistnieniem takiego „ciężaru dowodu” jest należyte uzasadnienie projektu aktu prawnego ograniczającego wolność gospodarczą, obejmującą w szczególności analizę konstytucyjności ingerencji w tę wolność — czy realizuje ona rzeczywiście ważny interes publiczny oraz czy jest ona konieczna, przydatna i proporcjonalna *sensu stricto* do osiągnięcia zamierzonego celu. Jako że ocena legalności materialnej oraz proporcjonalności regulacji wymaga często wiedzy specjalnej na temat specyfiki danej branży oraz rynku, powinna ona być przeprowadzana przez podmioty z inicjatywą ustawo-

dawczą przy udziale środowisk przedsiębiorców, pracodawców i pracowników. Z prawnego punktu widzenia wyniki takich konsultacji nie mogą być oczywiście uznane za formalnie wiążące dla ustawodawcy, ale z pewnością ich wykorzystanie zmniejsza ryzyko pogwałcenia wolności gospodarczej.

Ustawodawca powinien regulować tylko te obszary i rodzaje działalności gospodarczej, które wymagają wysokich kwalifikacji, opierają się na szczególnym stosunku zaufania między klientem a usługodawcą oraz wiążą się z poważnym ryzykiem dla dobra jednostek w przypadku nierzetelnego wykonania usługi (Kasubski, Radzikowski, 2000, s. 1–2). Krytycznie ocenia się nadmierną skłonność ustawodawcy do regulowania wielu sfer działalności gospodarczej, nie tyle w interesie publicznym, co ze względu na partykularne interesy poszczególnych grup zawodowych (Ciapała, 2009, s. 284–285 i 288). Z podobnym krytycyzmem należy podejść do regulacji wolności gospodarczej motywowanej paternalizmem, czyli protekcyjnym traktowaniem obywateli przez państwo, które *a priori* przyjmuje założenie, że osoby dorosłe nie są w stanie podejmować świadomych i odpowiedzialnych decyzji w pewnych sprawach (Preisner, 2014, s. 60).

W orzecznictwie TK została postawiona kontrowersyjna teza (przez sam Trybunał uznana wręcz za „oczywistą”), że „działalność gospodarcza, ze względu na jej charakter, a zwłaszcza na bliski związek zarówno z interesami innych osób, jak i interesem publicznym może podlegać różnego rodzaju ograniczeniom w stopniu większym niż prawa i wolności o charakterze osobistym bądź politycznym”¹. Stanowczo nie zgadzam się z tym stanowiskiem.

Po pierwsze, teza TK pozostaje odległa od oświeceniowych ideałów wolności, które istoty upatrywano w prawach majątkowych, a nie w prawach osobistych i politycznych — o czym świadczy choćby Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela (która jedynie prawo własności określała jako „święte i nietykalne”, co samo w sobie świadczy o szczególnym jego miejscu w hierarchii praw obywatelskich)² i Konstytucja 3 Maja (określająca właśnie własność prywatną, a nie żadne inne prawo podmiotowe, jako „źrenicę wolności obywatelskiej” i pozbawiająca praw politycznych zubożałą szlachtę, tzw. gołotę)³.

Po drugie, skoro sama konstytucja nie dzieli praw i wolności człowieka na „lepsze” i „gorsze”, to wysoce dyskusyjne jest tworzenie takiej hierarchii w drodze wykładni.

Po trzecie, jeśli już jednak przystać na tworzenie hierarchii praw podstawowych, to warto zauważyć, że wolność gospodarcza — w przeciwieństwie do wyniesionych przez Trybunał na piedestał praw politycznych i osobistych — została umiejscowiona w rozdziale I Konstytucji RP, zawierającym najważniejsze zasady ustrojowe (wykładnia systemowa). Czy to jednak nie świadczy o jej szczególnej, a nie — jak twierdzi TK — drugorzędnej randze?

Po czwarte, w myśli ekonomistów liberalnych sformułowano interesujący pogląd, że z trzech rodzajów wolności: osobistej, politycznej i ekonomicznej, największe znaczenie ma ta trzecia, traktowana jako warunek i gwarancja dla dwu pozostałych — przy czym wolność ekonomiczna jest w tym przypadku rozumiana szeroko, jako wolność prowadzenia działalności gospodarczej, wolność wyboru i wykonywania zawodu

i wolność korzystania z własności. „Wolność ekonomiczna jest najważniejszą z ziemskich wolności. Bez wolności ekonomicznej wolność polityczna i inne zostaną nam z pewnością odebrane”⁴. Niezależnie od stosunku do liberalizmu ekonomicznego jako metody urządzenia gospodarki, nie sposób temu spostrzeżeniu odmówić pewnej racji: wolność gospodarcza służy zarabianiu pieniędzy, a im więcej ktoś zarabia, w tym większym stopniu może korzystać z innych przysługujących mu praw i wolności. Niezależność majątkowa pozwala na bardziej świadome korzystanie z praw wyborczych (zamożny wyborca jest bowiem odporny na populistyczne obietnice socjalne, co notabene dostrzegali też twórcy Konstytucji 3 Maja⁵), ułatwia manifestowanie własnych poglądów (zamożni dziennikarze i wydawcy są bardziej odporni na pokusę autocenzury, jeśli nie są zdani na łaskę reklamodawców), a nawet wyznawanie religii (świątynie kosztują, podobnie jak kształcenie duchownych i oprawa liturgii), pozwala także w większym stopniu korzystać z wolności zrzeszania się i wolności zgromadzeń (więcej może osiągnąć w przestrzeni publicznej, co oczywiste, stowarzyszenie z dużym budżetem niż z małym) czy prawa do ochrony zdrowia (dając możliwość korzystania z prywatnej opieki zdrowotnej).

Po piąte, trudno powiedzieć, w czym konkretnie miałyby się przejawiać taka zwiększona tolerancja na limitowanie wolności gospodarczej — wszak do jej ograniczania stosuje się taką samą klauzulę limitacyjną (zawartą w art. 31 ust. 3 Konstytucji) jak co do innych praw i wolności.

Krótko mówiąc, w moim przekonaniu wolność gospodarcza zasługuje na co najmniej taką samą ochronę jak inne prawa i wolności. Z wolnością gospodarczą związane są dwie dyrektywy pod adresem ustawodawcy:

1) materialna, wymagająca wykazania absolutnej konieczności ingerencji państwa dla ochrony ważnego interesu publicznego, którego nie należy utożsamiać z interesem partykularnym danej grupy zawodowej (co powinno być oczywiste *ex definitione*), ani z paternalizmem państwa odnoszącym się do stylu życia obywateli;

2) formalna, wymagająca, aby uzasadnienie aktu ograniczającego wolność gospodarczą zawierało szczegółową analizę proporcjonalności (konieczności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto*) takiej ingerencji, która powinna zostać przeprowadzona z uwzględnieniem wyników konsultacji społecznych.

Ograniczenie wolności gospodarczej branży sklepików szkolnych — zakaz sprzedaży słodko-słonej żywności w szkołach

W 2014 r. Sejm niemal jednomyślnie⁶ uchwalił ustawę zakazującą sprzedaży żywności słodko-słonej w sklepikach i stołówkach szkolnych⁷, w szczególności chipsów, batoników, drożdżówek czy słodzonych napojów (określanej w mediach jako jedzenie „śmieciovie”). Rzadko spotykany konsensus wszystkich klubów parlamentarnych wynikał ze wspólnej troski o zmianę niezdrowych nawyków żywieniowych dzieci i młodzieży szkolnej⁸.

Projekt ustawy został zgłoszony przez grupę posłów⁹ w drodze tzw. szybkiej ścieżki legislacyjnej, czyli bez dokonania oceny skutków regulacji (OSR), bez uzgodnień międzyresortowych oraz bez konsultacji społecznych.

W uzasadnieniu projektu stwierdzono lakonicznie, że „projekt ustawy nie wpływa na rynek pracy” oraz „nie wpływa na konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość”¹⁰. Konsekwentnie w uzasadnieniu nie przedstawiono też jakiegokolwiek argumentacji konstytucyjnej na rzecz ograniczenia wolności gospodarczej przedsiębiorców prowadzących sklepiki szkolne. Takie przemilczenie jest o tyle zaskakujące, że bezwzględny zakaz sprzedaży określonej kategorii produktów stanowi najdalej idącą formę ograniczenia wolności gospodarczej, a zatem przełożenie na swobodę prowadzenia dalszej działalności, przedsiębiorczość i rynek pracy wydawało się oczywiste. Mimo to problem ten nie został w ogóle dostrzeżony przez ustawodawcę.

Przechodząc do omówienia szczegółów ustawy, należy stwierdzić, że kluczowe znaczenie mają dwa nowe przepisy dodane do ustawy z 25.08.2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia¹¹: art. 52c (norma sankcjonowana) oraz powiązany z nim art. 103 ust. 1 pkt 8 (norma sankcjonująca). Stosownie do art. 52c ust. 1 pkt 1, „w jednostkach systemu oświaty sprzedawane mogą być wyłącznie środki spożywcze objęte grupami środków spożywczych przeznaczonych do sprzedaży dzieciom i młodzieży w tych jednostkach określonymi w przepisach wydanych na podstawie ust. 6 pkt 1”. Ust. 6 pkt 1 tego samego artykułu upoważnia ministra zdrowia do określenia w drodze rozporządzenia „grupy środków spożywczych przeznaczonych do sprzedaży dzieciom i młodzieży w jednostkach systemu oświaty, uwzględniając normy żywienia dzieci i młodzieży oraz mając na względzie wartości odżywcze i zdrowotne środków spożywczych”. Wymienione przepisy zamiast upoważnić ministra zdrowia do określenia enumeratywnego katalogu produktów niedozwolonych, upoważniły go do określenia enumeratywnego katalogu produktów dopuszczonych do obrotu w szkołach. Tym samym nastąpiło odwrócenie konstytucyjnej reguły „co nie jest zakazane, jest dozwolone” — przedsiębiorcom prowadzącym sklepiki szkolne wolno sprzedawać jedynie te produkty, które zostały wyraźnie wymienione w rozporządzeniu ministra zdrowia¹². Za sprzedaż niedozwolonych środków spożywczych w art. 108 ust. 1 pkt 8 ustawy przewidziano administracyjną karę pieniężną w wysokości do 30-krotności przeciętnego wynagrodzenia, nakładaną przez właściwego wojewódzkiego inspektora sanitarnego.

Rozwiązanie przyjęte w art. 52c ust. 1 pkt 1 omawianej ustawy budzi też wątpliwości z punktu widzenia art. 92 ust. 1 Konstytucji RP, bo delegacja do wydania rozporządzenia wykracza poza *stricte* wykonawczy charakter tego aktu. Upoważnienie ustawowe nie określa precyzyjnych cech, jakie muszą posiadać grupy żywności dopuszczane do obrotu, a wytyczne są w istocie blankietowe, bo konieczność uwzględnienia bliżej nieokreślonych „norm żywienia” oraz „wartości odżywczych i zdrowotnych” jest oczywista. Tymczasem w orzecznictwie TK od dawna wymaga się, aby wytyczne co do treści rozporządzenia stanowiły realne wskazówki ustawodawcy, wyznaczające ramy regulacji¹³. Problematiczne jest też przeniesienie istotnej części regulacji ograniczającej wolność gospodar-

czą z ustawy na rozporządzenie, co samo w sobie nie jest zupełnie wykluczone, z zastrzeżeniem jednak, że zasadnicze elementy ograniczenia zostaną określone na poziomie ustawowym (notabene w wyroku pełnego składu TK z 13.10.2010 r., Kp 1/09 doszło do podwyższenia standardu ochrony wolności gospodarczej, zawężając możliwość ograniczania jej w drodze rozporządzenia, na co zwraca uwagę M. Wiącek — 2020, s. 699). W tym przypadku natomiast ustawa nie wskazuje, jakiego rodzaju grupy żywności mają zostać dopuszczone do obrotu w szkołach (poza tym, że ma być żywność „zdrowa”), co powoduje, że zakres przedmiotowy omawianego ograniczenia wolności gospodarczej wynika bezpośrednio z rozporządzenia. Przez to nabiera ono charakteru uzupełniającego wobec ustawy, co też jest potępiane w orzecznictwie TK¹⁴.

Analizę dopuszczalności wprowadzenia takiego ograniczenia wolności gospodarczej należy zacząć od postawienia pytania, jaki „ważny interes publiczny” realizował ustawodawca. W uzasadnieniu projektu ustawy w ogóle takiej analizy nie przeprowadzono, ale wskazano cele regulacji. Nowe przepisy mają na celu „ochronę zdrowia dzieci”¹⁵ oraz „zwiększenie świadomości społeczeństwa w zakresie zasad zdrowego i odpowiedzialnego odżywiania się i stylu życia”¹⁶. O ile ochrona zdrowia dzieci da się jeszcze podciągnąć pod przesłankę zdrowia publicznego, o której mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP¹⁷, o tyle troska państwa o „zdrowy styl życia” za ważny interes publiczny nie może zostać uznana.

Czy jednak zakaz sprzedaży żywności słodko-słonej jest niezbędny, przydatny i proporcjonalny *sensu stricto* do osiągnięcia celu, jakim jest zdrowie dzieci? W moim przekonaniu, nie. Po pierwsze, celem ustawy było przeciwdziałanie niezdrowym nawykom żywieniowym wśród dzieci, które mają nadmierną skłonność do jedzenia słodczy i tym podobnych produktów — mają nadwagę lub są otyłe. Tymczasem omawiany zakaz pozbawia możliwości nabycia w szkole słodczy nie tylko dzieci, które ich nadużywają, ale również dzieci, które spożywają je z umiarem, bez zagrożenia dla zdrowia (które notabene stanowiły i nadal stanowią większość¹⁸), a także samych nauczycieli. Tym samym ograniczenie wolności gospodarczej właścicieli sklepików szkolnych wykracza poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia celu, jakim jest ochrona osób małoletnich mających słabość do słodczy i tym podobnych produktów przed nadwagą, otyłością i chorobami. Po drugie, omawiany zakaz nie jest przydatny do osiągnięcia zamierzonych celów, bo ogranicza się do sklepików szkolnych — tymczasem uczniowie mogą z łatwością nabyć słodko-słone jedzenie w cukierniach i sklepach spożywczych poza szkołą, nie wspominając o dorosłych, którzy przecież też mieli być adresatami ustawy w ramach podnoszenia ich świadomości w zakresie zdrowego odżywiania się. Istotną zmianę nawyków żywieniowych młodzieży mogłyby przynieść jedynie rozwiązania radykalne: całkowita delegalizacja słodczy albo wydawanie słodczy wyłącznie osobom pełnoletnim, za okazaniem dowodu osobistego (co raczej byłoby już pewną przesadą¹⁹). Po trzecie, nie ma też w tym przypadku proporcji pomiędzy wartością chronioną, a wartością poświęcaną — regulacja chroni bowiem nie tyle „zdrowie dzieci”, jak deklaruje ustawodawca, co „zdrowe nawyki żywieniowe na terenie szkoły”,

dla których poświęca się mikroprzedsiębiorstwa w postaci sklepików szkolnych i dostawców słodko-słonej żywności, utrzymujących się dotychczas z klienteli uczniowskiej²⁰. Teoretycznie istnieją alternatywy dla mikroprzedsiębiorców w postaci zmiany oferty na zdrową żywność, otwarcia sklepu poza szkołą albo w ogóle zmiany branży, ale i tak każda z nich wiąże się dla nich z istotnym obciążeniem. Pierwsza opcja nie daje gwarancji utrzymania rentowności sklepu w sytuacji, gdy młodzież, zamiast zmienić nawyki żywieniowe, po prostu zmieni sklep, w którym się będzie zaopatrywać w żywność słodko-słoną. Druga opcja byłaby w praktyce trudna do realizacji, bo wymagałaby poczynienia znacznie większych niż wcześniej nakładów finansowych związanych z najmem odpowiedniego lokalu, o ile udało się w ogóle taki znaleźć w okolicy szkoły. Trzecia opcja byłaby najtrudniejsza do realizacji, bo wymagałaby rozwinięcia zupełnie nowej działalności gospodarczej, co wiązałoby się z kolei z koniecznością przekwalifikowania się, poniesienia kolejnych nakładów finansowych i znalezienia nowej klienteli.

Ograniczenie wolności gospodarczej przedsiębiorców aptecznych — „apteka dla aptekarza” (przywilej farmaceutyczny)

W 2017 r. Sejm, tym razem niejednomyślnie²¹, przyjął nowelizację prawa farmaceutycznego określaną potocznie jako regulacja „apteka dla aptekarza”²², którą można też określić jako przywilej farmaceutyczny. Jak sama nazwa wskazuje, istotą regulacji było wprowadzenie wymogu posiadania prawa wykonywania zawodu farmaceuty przez osobę ubiegającą się o zezwolenie na prowadzenie apteki — co oznaczało, że właścicielem apteki może być wyłącznie zawodowy aptekarz (inaczej niż dotychczas, gdy uprawnienia farmaceutyczne wymagane były wyłącznie od pracowników apteki). Oprócz tego wprowadzono limity aptek przypadające na określony obszar oraz liczbę ludności. Podobnie jak poprzednio omówiony akt, ustawa została zgłoszona jako projekt poselski i przyjęta w drodze tzw. szybkiej ścieżki legislacyjnej, bez OSR, uzgodnień międzyresortowych oraz bez konsultacji społecznych.

Nowelizacja została entuzjastycznie przyjęta przez korporację aptekarzy, niezadowoloną z rosnącej liczby aptek²³, natomiast spotkała się z krytyką ze strony przedsiębiorców i klientów aptek²⁴. Jeszcze przed przyjęciem ustawy grupa organizacji zrzeszających przedsiębiorców, pracodawców i pacjentów wystosowała do premier B. Szydło list otwarty z apelem, aby „nie pozwoliła na wprowadzenie zmian, które będą niekorzystne zarówno dla polskich pacjentów, jak i polskich przedsiębiorców”. Zwrócono w nim w uwagę, że „polskie apteki w 96 procentach są własnością polskich przedsiębiorców — zarówno farmaceutów, jak i osób niebędących farmaceutami. Około 2/3 aptek w naszym kraju należy do indywidualnych właścicieli, a 1/3 działa jako sieci apteczne. Najczęściej są to małe, lokalne, polskie przedsiębiorstwa, liczące od kilku do kilkunastu aptek”²⁵.

Zgodnie z nowelizacją zezwolenie na prowadzenie apteki może zostać wydane tylko:

1) farmaceutyce prowadzącemu jednoosobową działalność gospodarczą lub spółce jawnej bądź partnerskiej, której współnikami są wyłącznie farmaceuci (art. 99 ust. 4 p.f.²⁶);

2) na nie więcej niż cztery apteki ogólnodostępne (art. 99 ust. 3a p.f.);

3) jeżeli na dzień złożenia wniosku o wydanie zezwolenia liczba mieszkańców w danej gminie w przeliczeniu na jedną aptekę ogólnodostępną wynosi co najmniej 3000 osób i odległość od miejsca planowanej lokalizacji apteki do najbliższej funkcjonującej apteki ogólnodostępnej, liczona pomiędzy wejściami do izb ekspedycyjnych aptek w linii prostej, wynosi co najmniej 500 metrów (art. 99 ust. 3b p.f.).

Tym razem w uzasadnieniu projektu przedstawiono obszerną, choć mało konkretną analizę konstytucyjności odstępstwa od ochrony wolności gospodarczej²⁷. Wskazano, że przywilej zastrzegający prawo zakładania nowych aptek farmaceutom służy trzem wartościom:

1) „zapewnieniu ochrony zdrowia i życia pacjentów, a więc podstawowej wartości, która znajduje się na szczycie wartości chronionych Konstytucją RP”;

2) „wolności wykonywania zawodu, w niniejszym przypadku zawodu farmaceuty”;

3) ochronie konsumentów „przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi”²⁸.

Jeśli chodzi o przesłankę konieczności ingerencji w wolność gospodarczą, ustawodawca ograniczył się do zdawkowego stwierdzenia, że wprowadzona regulacja „stanowi warunek konieczny należytego wykonywania przez farmaceutów zawodu zaufania publicznego”²⁹. Jeśli chodzi o przesłankę przydatności ingerencji w wolność gospodarczą, ustawodawca wskazał, że „zapropozowane w projekcie środki prowadzą do zamierzonych celów, tj. wstrzymują otwieranie nowych aptek i punktów aptecznych w obecnym kształcie. Dotychczasowe doświadczenia wskazują, że żadne częściowe zmiany w funkcjonowaniu aptek i punktów aptecznych nie osiągnęły zamierzonych celów w zakresie poprawy ochrony zdrowia pacjentów, wręcz przeciwnie — prowadziły do pogłębiania oraz rozszerzania się negatywnych zjawisk”³⁰. Jeśli chodzi o przesłankę proporcjonalności *sensu stricto*, ustawodawca stwierdził jedynie, że „skutki ograniczeń są proporcjonalne do ciężarów nakładanych na obywatela”³¹. Nie opisano jednak skutków gospodarczych przyjętych rozwiązań.

Najwięcej uwagi ustawodawca poświęcił patologiom, jakie jego zdaniem wiąże się z wolnością zakładania nowych aptek, wskazując m.in. na zjawisko tzw. odwróconego łańcucha dystrybucji, polegającego na skupowaniu leków z polskich hurtowni i wyprowadzaniu ich za granicę; niebezpieczeństwo całkowitej monopolizacji rynku usług farmaceutycznych i przejścia go przez duże, międzynarodowe podmioty, spowodowane m.in. nieprzestrzeganiem ustawowych zakazów koncentracji; likwidację małych, polskich przedsiębiorców prowadzących apteki; braki na rynku leków istotnych z punktu widzenia zdrowia i życia polskich pacjentów; świadome łamanie prawa przez liczne grupy, które wyspecjalizowały się w wykorzystywaniu instytucji apteki ogólnodostępnej do pozyskiwania nielegalnych dochodów, brak odpo-

wiedniej liczby farmaceutów, która zapewniałaby właściwy poziom usług farmaceutycznych; programy lojalnościowe, których istota polega na oferowaniu pacjentom możliwości dokonywania zakupu produktów w określonych aptekach po obniżonej cenie, a celem jest zachęcenie pacjentów do korzystania z usług konkretnych aptek itd.³²

W moim przekonaniu przedstawione uzasadnienie ograniczenia wolności gospodarczej jest nieprzekonujące. Dlatego aktualne pozostaje stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wyrażone w orzeczeniu z 20.08.1992 r., K 4/92, w którym uznano, że zastrzeżenie tylko dla farmaceutów możliwości uzyskania zezwolenia (wówczas koncesji) na prowadzenie apteki stanowi naruszenie wolności gospodarczej. W szczególności ustawodawca nie wykazał spełnienia przesłanki konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*. Po pierwsze, nie przedstawiono żadnych argumentów wskazujących na to, że zamierzonych celów nie da się osiągnąć za pomocą mniej restrykcyjnych środków³³. Po drugie, nie wykazano korelacji pomiędzy tym, kto jest właścicielem apteki, a zagrożeniem dla życia i zdrowia pacjenta. Zarówno bowiem w aptece należącej do farmaceuty, jak i w aptece należącej do przedsiębiorcy spoza korporacji aptekarskiej, leki są wydawane przez profesjonalnych farmaceutów. Po trzecie, przy ocenie proporcji nakładanych ciężarów do chronionych interesów zabrakło zestawienia skali patologii (ile aptek w nich uczestniczy, jakich leków brakuje, jakie grupy pacjentów są zagrożone) z negatywnymi skutkami gospodarczymi, jakie ustawa może spowodować (takich jak ryzyko wzrostu cen leków). Tylko wtedy można byłoby sprawdzić, jak wymagają tego cytowani powyżej przedstawiciele doktryny, czy rzeczywiście wprowadzane ograniczenie służy zaspokajaniu ważnych potrzeb możliwe dużej liczby jednostek, przy równoczesnym wyrządzaniu szkody możliwie jak najmniejszej liczbie ludzi. Wobec braku takiego zestawienia korzyści i strat regulacji aktualizuje się obawa wyrażona przez środowiska przedsiębiorców i pacjentów, że omawiana nowelizacja została przyjęta dla realizacji partykularnego interesu korporacji aptekarskiej, z natury rzeczy zainteresowanej ograniczaniem konkurencji.

Lepiej uzasadniona została przesłanka przydatności, ale i jej spełnienie budzi wątpliwości — wprowadzone ograniczenie nie likwidują opisanych przez ustawodawcę patologii, takich jak odwrócony łańcuch dystrybucji i niedobór pewnych kategorii leków na rynku polskim, ponieważ apteki uczestniczące obecnie w tym procederze będą kontynuowały swoją działalność.

Nie można się tu zgodzić ze stanowiskiem M. Szydły, który w opinii dla Biura Analiz Sejmowych wyraził przekonanie, że wspomniane orzeczenie TK straciło aktualność, ponieważ obecne doświadczenia pokazują, iż wolność prowadzenia działalności gospodarczej w postaci aptek „prowadzi do licznych patologii i niepożądanych następstw, naruszających takie chronione przez Konstytucję RP wartości jak: życie ludzkie (art. 38 Konstytucji RP), zdrowie ludzi (art. 31 ust. 3, art. 68, art. 76 Konstytucji RP), bezpieczeństwo konsumentów oraz uczciwą konkurencję (art. 76 Konstytucji RP)”³⁴. Autor ten powtarza zarzuty pod adresem przedsiębiorców aptecznych wskazane w uzasadnieniu projektu ustawy. Nie wdając się

w szczegółową polemikę, która wykracza poza ramy niniejszego artykułu, należy zwrócić uwagę na dwa najistotniejsze mankamenty tego rodzaju argumentacji. Po pierwsze, opisane zarzuty pod adresem przedsiębiorców aptecznych nie zostały poparte żadnymi źródłami — a przy tak radykalnym ograniczeniu ich wolności wypadłoby jednak ponad wszelką wątpliwość wykazać, że rzeczywiście stanowią oni zagrożenie dla życia i zdrowia ludzi. Po drugie, idea „apteki dla aptekarza” opiera się na założeniu, że osoby z prawem wykonywania zawodu farmaceuty są niejako z definicji bardziej uczciwe i odporne na pokusę „maksymalizacji zysku” niż osoby nieposiadające takiego prawa. Tymczasem trudno jest wskazać empiryczne podstawy takiego założenia. Gdyby nawet uznać to założenie za prawdziwe, to należałoby konsekwentnie zakazać działalności aptekarskiej wszystkim przedsiębiorcom spoza korporacji aptekarskiej — a nie tylko zakazywać zakładania im nowych aptek w przyszłości. Skoro bowiem apteki należące do przedsiębiorców spoza korporacji aptekarskiej stanowią — jak sugeruje ustawodawca, a w ślad za nim M. Szydło — zagrożenie dla życia i zdrowia pacjentów, to trudno je tolerować w imię prawa własności i wolności gospodarczej. Wydaje się jednak, że sami zwolennicy „apteki dla aptekarza” zdają sobie sprawę z wyolbrzymionej skali zagrożenia wynikającego z posiadania aptek przez osoby niebędące farmaceutami, ograniczając zakres regulacji tylko do aptek zakładanych w przyszłości.

Ograniczenie wolności gospodarczej kierowców — *lex Uber*

W 2019 r. niemal bez sprzeciwu³⁵ Sejm przyjął ustawę określaną potocznie jako „*lex Uber*” od nazwy popularnej platformy internetowej oferującej pośrednictwo przy tanich usługach transportowych³⁶. Inaczej niż w przypadku ustaw dotyczącej sklepików szkolnych i aptek, projekt ustawy został zgłoszony przez Radę Ministrów i przeszedł pełną ścieżkę legislacyjną, wraz z uzgodnieniami międzyresortowymi i konsultacjami społecznymi³⁷.

Komentowana nowelizacja stanowiła odpowiedź na nowe zjawisko na rynku usług transportowych, jakim są platformy internetowe umożliwiające zamówienie oraz opłacenie przewozu autem za pomocą aplikacji mobilnej zainstalowanej na smartfonie (Uber, Bolt, Free Now itd.). Platformy te stały się poważną konkurencją dla korporacji taksówkarskich, ponieważ oferowały realizację tej samej usługi w krótszym czasie i za niższą cenę, co wynika z okoliczności, że ich kierowcy z reguły nie ponoszą ciężarów związanych z uzyskaniem licencji taksówkarza (szkolenie, egzamin, taksometr, kasa fiskalna, praca na etacie, ucharakteryzowanie auta na taksówkę itd.).

Nowelizacja stanowiła kompromis pomiędzy postulatami branży taksówkarskiej a oczekiwaniami internetowych platform transportowych, ale z większymi korzyściami dla tej pierwszej. Z jednej strony bowiem zliberalizowano warunki dostępu do zawodu taksówkarza, z drugiej zobowiązano internetowe platformy transportowe do zlecania kursów wy-

łącznie licencjonowanym partnerom (współpracującym firmom i kierowcom) pod rygorem surowych kar pieniężnych.

Najważniejszą zmianą przewidzianą przez komentowaną ustawę jest wprowadzenie nowej kategorii działalności regulowanej, na której prowadzenie będzie wymagana licencja — pośrednictwo przy przewozie osób. Przez pośrednictwo przy przewozie osób należy rozumieć „działalność gospodarczą polegającą na przekazywaniu zleceń przewozu osób samochodem osobowym, pojazdem samochodowym przeznaczonym konstrukcyjnie do przewozu powyżej 7 i nie więcej niż 9 osób łącznie z kierowcą lub taksówką oraz: a) zawieraniu umowy przewozu w imieniu klienta lub przedsiębiorcy wykonującego przewóz osób lub b) pobieraniu opłaty za przewóz osób, lub c) umożliwianiu zawarcia umowy przewozu lub umożliwianiu uregulowania opłaty za przewóz osób — samochodem osobowym, pojazdem samochodowym przeznaczonym konstrukcyjnie do przewozu powyżej 7 i nie więcej niż 9 osób łącznie z kierowcą lub taksówką za pośrednictwem dostarczonych lub udostępnionych do tych celów środków komunikacji elektronicznej, domen internetowych, aplikacji mobilnych, programów komputerowych, systemów teleinformatycznych lub innych środków przekazu informacji” (art. 4 pkt 24 ustawy o transporcie drogowym). „Pośrednikiem” w tym rozumieniu są przede wszystkim internetowe platformy transportowe (tj. Uber, Bolt, Free Now i in.), choć omawiane przepisy mają również zastosowanie do centrali telefonicznych korporacji taksówkarskich³⁸. Z tym statusem będzie wiązał się szereg obowiązków, za których przestrzeganie pośrednik będzie ponosił finansową odpowiedzialność administracyjną — kary pieniężne w wysokości od 5000 do 40 000 zł za każde naruszenie (art. 92a ust. 1 ustawy o transporcie drogowym).

Nie wchodząc w zbędne szczegóły, należy zwrócić uwagę przede wszystkim na obowiązek weryfikacji przez pośrednika, „czy przedsiębiorca, któremu przekazuje zlecenia przewozu osób, posiada odpowiednią licencję, o której mowa w art. 5b ust. 1, nie później niż: a) przed rozpoczęciem współpracy, b) w terminie 7 dni od dnia upływu terminu ważności licencji posiadanej przez przedsiębiorcę, któremu przedsiębiorca prowadzący pośrednictwo przy przewozie osób przekazuje zlecenia przewozu osób” (art. 27b ust. 1 pkt 1 ustawy o transporcie drogowym). Przepis ten dotyczy głównie relacji między pośrednikiem (np. Uberem) a tzw. partnerem flotowym, czyli firmą, która dysponuje własnymi samochodami przeznaczonymi do przewozu osób oraz użycza je kierowcom, którzy zarejestrowali się w aplikacji mobilnej. Pośrednik taki jak Uber musi sprawdzić jedynie, czy współpracująca z nim firma partnerska posiada licencję korporacyjną na przewóz osób, natomiast nie musi już sprawdzać, czy każdy z kierowców pracujących dla firmy partnerskiej posiada licencję indywidualną. To jednak nie oznacza — wbrew temu, co twierdzą niektórzy przedstawiciele branży taksówkarskiej krytykujący ustawę (Drob, 2019) — że pośrednicy mogą omijać przepisy ustawy, zlecając kursy nielicencjonowanym kierowcom, którzy zostaną podpięci pod licencjonowane firmy partnerskie. Zgodnie bowiem z art. 5e wprowadzanym przez nowelizację, „zabrania się prowadzenia pośrednictwa przy przewozie osób w przewozach okazjonalnych wykonywanych

pojazdem samochodowym przeznaczonym konstrukcyjnie do przewozu nie więcej niż 7 osób łącznie z kierowcą”. Pojęcie przewozu okazjonalnego nie zostało jasno zdefiniowane w ustawie³⁹, ale w praktyce utożsamia się go z przewozami wykonywanymi przez kierowców na podstawie licencji na przewóz osób samochodem osobowym (art. 5b ust. 1 pkt 1)⁴⁰. Nawet więc osoby posiadające licencję na przewóz osób samochodem osobowym, którą uzyskać jest znacznie łatwiej niż licencję taksówkarską, nie mogą współpracować z internetowymi platformami transportowymi.

Choć pośrednik rzeczywiście nie ma obowiązku zweryfikowania, czy kierowcy partnera mają licencję, to nie wolno mu zlecać kursów kierowcom nielicencjonowanym pod rygorem kary pieniężnej w wysokości do 40 000 zł (art. 92a ust. 1 w zw. z pkt 2.20 załącznika nr 3 do ustawy).

Uregulowanie działalności taksówek, jak również internetowych platform transportowych oraz współpracujących z nimi kierowców stanowi — co oczywiste — ingerencję w konstytucyjną wolność działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji RP), a także w ściśle z nią powiązaną wolność wyboru i wykonywania zawodu (art. 65 ust. 1 Konstytucji RP).

W uzasadnieniu nowelizacji zaniechano przedstawienia argumentów za koniecznością odstępstwa od ochrony wolności gospodarczej. Stwierdzono jedynie, że przyjęta regulacja przyczyni się do „wprowadzenia równej i uczciwej konkurencji”, „zapewnienia bezpieczeństwa pasażerów” i „zwiększenia jakości świadczonych usług”⁴¹. Bezpieczeństwo pasażerów jest bez wątpienia wartością konstytucyjną, stanowiącą ważny interes publiczny w powyższym rozumieniu⁴². Jakość świadczonych usług nie jest ważnym interesem publicznym w uniwersalnym znaczeniu (w innym przypadku należałoby uznać, że dopuszczalne jest uregulowanie dosłownie wszystkich zawodów, bo zawsze można dążyć do poprawy jakości usług świadczonych przez wykonujące je osoby), lecz może ona stanowić samoistną przesłankę ingerencji w wolność gospodarczą wyłącznie w przypadku przedstawicieli zawodów zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji RP) (Szydło, 2016, uwaga z nb. 31 i 53 do art. 17). Tymczasem zawód taksówkarza nie jest zawodem zaufania publicznego. Klient nie powierza taksówkarzowi wrażliwych informacji na swój temat jak adwokatowi, ani nie powierza w jego ręce życia i zdrowia jak lekarzowi, nie wymaga też szczególnie wysokich na tle całego społeczeństwa kwalifikacji (67% Polaków posiada prawo jazdy⁴³). Sama jakość usług nie może więc stanowić podstawy ograniczania wolności wykonywania zawodu kierowcy.

O ile w zasadzie można zgodzić się z ustawodawcą, że komentowana nowelizacja prowadzi do wyrównania szans taksówkarzy i kierowców internetowych platform transportowych (po wejściu w życie wymagania wobec tych grup zawodowych będą niemal identyczne), to nie można się zgodzić, że przyczyni się ona w istotny sposób do poprawy jakości usług i zapewnienia bezpieczeństwa pasażerów. Co prawda taksówkarz jest w pewnym sensie odpowiedzialny za bezpieczne dowiezienie pasażera do miejsca docelowego, a zatem powinien być osobą wykwalifikowaną do prowadzenia samochodu, ale to samo można powiedzieć o każdym kierowcy. Skoro ustawodawca zezwala wszystkim kierowcom na nieodpłatny przewóz osób na podstawie samego prawa jazdy (bez wszystkich

wymogów związanych z uzyskaniem licencji), to w sposób do rozumiany musi zakładać, że takie podróże są bezpieczne. Jedyna różnica między prowadzeniem samochodu przez kierowcę z samym prawem jazdy a prowadzeniem samochodu przez kierowcę z licencją taksówkarską polega na tym, że to pierwsze jest nieodpłatne, a to drugie odpłatne. Z punktu widzenia bezpieczeństwa pasażera różnicy nie ma — w innym przypadku należałoby powiedzieć, że zdecydowana większość podróży samochodem w Polsce jest niebezpieczna, bo za kierowcą nie siedzi taksówkarz. W tym kontekście trudno jest bronić tezy, że spełnienie przez taksówkarzy formalności związanych z uzyskaniem licencji jest niezbędne dla zapewnienia bezpieczeństwa pasażerów. Jedynym racjonalnym, choć pozaprawnym, wytłumaczeniem utrzymania licencjonowania usługi przewozu osób jest troska o utrzymanie cen kursów na poziomie gwarantującym taksówkarzom satysfakcjonujący zarobek — nie jest to jednak „ważny interes publiczny”, lecz interes partykularny. Innymi słowy, utrzymanie regulacji dostępu do zawodu taksówkarza (czy też szerzej: kierowcy pracującego przy przewozie osób) nie służy „zaspokajaniu ważnych potrzeb możliwe dużej liczby jednostek (przy równoczesnym wyrządzaniu zła możliwie jak najmniejszej liczbie ludzi)”, ponieważ w sposób oczywisty służy zabezpieczeniu interesów mniejszości (taksówkarzy), kosztem interesów większości (pasażerów korzystających z taksówek oraz internetowych platform transportowych, a także kierowców tych ostatnich) zmuszonej do ponoszenia wyższych kosztów przewozu osób.

Dlatego też jestem zdania, że komentowana nowelizacja nie powinna zrównywać ciężarów nakładanych na taksówkarzy i kierowców internetowych platform transportowych, lecz powinna znieść te ciężary w odniesieniu do taksówkarzy — wtedy cel ustawy, jakim jest zrównanie warunków działalności, zostałby osiągnięty bez niekoniecznej ingerencji w wolność gospodarczą i wolność wyboru zawodu kierowców.

Zakończenie

Na podstawie powyższych przemyśleń można sformułować kilka wniosków ogólnych co do znaczenia wolności gospodarczej przy stanowieniu prawa w Polsce.

Po pierwsze, w polskiej klasie politycznej wolność gospodarcza jest postrzegana jako wartość drugorzędna względem praw i wolności politycznych i osobistych. Na takie podejście przyzwala orzecznictwo TK, które jednak — trzeba przyznać — pod pewnymi względami wzmacnia ochronę wolności gospodarczej, czego przykładem jest cyt. wyżej wyrok z 2010 r. Efektem tego jest głęboka ingerencja ustawodawcy w przeróżne dziedziny działalności gospodarczej — od taksówek po sprzedaż słodczy — co każe zastanawiać się nad granicami rozciągłości klauzuli ważnego interesu publicznego.

Po drugie, charakterystyczne jest, że ustawodawca niekiedy w ogóle nie dostrzega wpływu swoich regulacji na sytuację przedsiębiorców (czego przykładem jest zakaz sprzedaży żywności słodko-słonej w sklepikach szkolnych, gdzie w pro-

jękcie ustawy wprost stwierdzono, że nie będzie miał on żadnego wpływu na gospodarkę i rynek pracy).

Po trzecie, przy dobieraniu środków regulacji ustawodawca często w ogóle pomija analizę konstytucyjności, a jeśli jej dokonuje, to nie tyle szuka rozwiązań najmniej dolegliwych dla wolności gospodarczej, co dopasowuje uzasadnienie pod z góry założoną tezę o konstytucyjności wprowadzanego ograniczenia⁴⁴.

Po czwarte, ograniczenia wolności gospodarczej często są wprowadzane w formie poselskich projektów ustaw, bez oceny skutków regulacji i konsultacji społecznych, co również zasługuje na stanowczą krytykę.

Krótko mówiąc, można odnieść wrażenie, że wolność gospodarcza coraz rzadziej jest traktowana przez ustawodawcę jako zasada, a raczej jako wyjątek.

Przypisy/Notes

¹ Tak np. wyroki TK z: 8.04.1998 r., K 10/97; 14.06.2004 r., SK 21/03; 25.07.2006 r., P 24/05; 25.05.2009 r., SK 54/08; 11.03.2015 r., P 4/14 — wszystkie dostępne w Legalis.

² Deklaracja na pierwszym miejscu stawia „wolność, własność, bezpieczeństwo i opór przeciw uciskowi” (art. II), przy czym tylko własność — notabene ściśle połączoną z analizowaną w tym artykule wolnością gospodarczą — uznaje za prawo „nietykalne i święte” (art. XVII).

³ Artykuł II stanowi, że „bezpieczeństwo osobiste i wszelką własność komukolwiek z prawa przynależną, jako prawdziwy społeczności węzeł, jako źródło wolności obywatelskiej szanujemy, zabezpieczamy, utwierdzamy i aby na potomne czasy szanowane, ubezpieczone i nienaruszone zostawały, mieć chcemy”.

⁴ Tak W. Buckley, podobnie M. Friedman — zob. omówienie poglądów w: Gwiazdowski, 2014. Tytuł artykułu („Wolność ekonomiczna jest wolnością absolutną”) jest oczywiście pewnym skrótem myślowym — chodzi o to, aby wolność gospodarcza nie była ograniczana pochopnie, a tylko wtedy, gdy jest to rzeczywiście konieczne dla obiektywnie ważnych interesów publicznych.

⁵ Takie było założenie jednej z najsłynniejszych reform trzciomajowych: pozbawienie praw wyborczych tzw. gołoty, czyli szlachty nieposiadającej żadnego majątku. Mówiąc ściśle, reforma wyborcza nie została uregulowana w samej konstytucji, lecz w „ustawie okołokonstytucyjnej”, tj. w Prawie o sejmikach z 24.03.1791 r. (Lityński, 1988, s. 66 i n.).

⁶ 426 posłów było za, 1 był przeciw, 2 się wstrzymało — głosowanie nr 17 na 78. posiedzeniu Sejmu VII kadencji, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/agent.xsp?symbol=glosowania&nrkadencji=7&nrposiedzenia=78&nrnglosowania=17> (11.05.2020).

⁷ Art. 1 pkt 2 ustawy z 28.11.2014 r. o zmianie ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia, dodający do tej ostatniej art. 52c oraz art. 103 ust. 1 pkt 8, które zostaną omówione w dalszej części rozważań.

⁸ Wszystkie partie za zakazem „śmieciowego jedzenia” w szkołach. „TVP Parlament”, 21.10.2014, <https://www.tvpparlament.pl/aktualnosci/wszystkie-partie-za-zakazem-smieciowego-jedzenia-w-szkolach/17332691> (7.05.2020).

⁹ Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia, druk sejmowy nr 1127/VII kadencja.

¹⁰ Projekt, s. 7–8.

¹¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 1252 ze zm.

¹² Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 26.08.2015 r. w sprawie grup środków spożywczych przeznaczonych do sprzedaży dzieciom i młodzieży w jednostkach systemu oświaty oraz wymagań, jakie muszą spełniać środki spożywcze stosowane w ramach żywienia zbiorowego dzieci i młodzieży w tych jednostkach (Dz.U. poz. 1256), zastąpione rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 26.07.2016 r. o takiej samej nazwie (Dz.U. poz. 1154).

¹³ Por. wyroki TK z: 16.01.2007 r., U 5/06; 4.11.2014 r., U 4/14; 19.12.2017 r., U 1/14, Legalis.

¹⁴ Zob. np. wyroki TK z 4.11.1997 r., U 3/97 i z 30.07.2013 r., U 5/12, Legalis.

¹⁵ Projekt, s. 3.

¹⁶ Projekt, s. 4.

¹⁷ Choć można się zastanawiać, czy niezdrowe nawyki żywieniowe dzieci stanowią na tyle poważny problem systemowy, że mogą zostać one uznane za kwestię zdrowia publicznego, a nie po prostu stanu zdrowia niektórych osób prywatnych.

¹⁸ Według danych podanych na konferencji Instytutu Żywności i Żywnienia 17.05.2018 r. odsetek chłopców oraz dziewcząt z nadwagą i otyłością wynosi odpowiednio 21,9% i 17,8%, a więc jest to wciąż mniejszość — <https://ncez.pl/dla-mediow/17-05-2018--konferencja-prasowa--otylosc---opowiemy-o-tym--czego-jeszcze-nie-wiecie> (11.5.2020).

¹⁹ Z drugiej strony, jeśli część badaczy przyjmuje za oczywiste założenie, że państwo ma prawo i interes w tym, aby regulować styl życia i nawyki żywieniowe obywateli w imię szeroko pojętej ochrony zdrowia, a część obywateli — małoletnich i dorosłych — słodczy nadużywa, to naturalną konsekwencją takiego rozumowania byłoby wprowadzenie ścisłej regulacji sprzedaży tego typu żywności.

²⁰ Z uwagi na brak OSR na etapie legislacyjnym, jak i na brak analizy wpływu na rynek przeprowadzonej *post factum*, trudno precyzyjnie opisać wpływ zakazu na branżę — same środowiska przedsiębiorców szacowały, że zakaz spowoduje zniknięcie 30 000 miejsc pracy oraz upadek branży wartę 200 000 000 zł — stanowisko Związku Przedsiębiorców i Pracodawców z 16.06.2016 r., <https://zpp.net.pl/files/manager/file-8b53f1f8e922f43d8e4164ad7c41a8ab.pdf>; Dobiegała, 2015.

²¹ 236 głosy za, 189 przeciw, 2 wstrzymujące się — głosowanie nr 32 na 39. posiedzeniu Sejmu VIII kadencji, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=glosowania&nrkadencji=8&nrposiedzenia=39&nrnglosowania=32> (11.05.2020).

²² Ustawa z 7.04.2017 r. o zmianie ustawy — Prawo farmaceutyczne (Dz.U. poz. 1015).

²³ List Prezesa Naczelnej Rady Aptekarskiej do farmaceutów z 18.11.2016 r., <https://mgr.farm/aktualnosci/prosba-o-poparcie-projektu-nowelizacji-ustawy-prawo-farmaceutyczne/> (11.05.2020).

²⁴ *Mniej aptek i wyższe ceny leków. To efekt „apteki dla aptekarza”*. A najgorsze dopiero przed nami, Business Insider Polska, 5.10.2017, <https://businessinsider.com.pl/firmy/przepisy/apteka-dla-aptekarza-wzrost-cen-lekow/94fgkl2> (11.05.2020).

²⁵ List otwarty z 5.12.2016 r. w sprawie propozycji zmian w ustawie — Prawo farmaceutyczne, podpisany przez przedstawicieli: Konfederacji Lewiatan, Pracodawców RP, Związku Przedsiębiorców i Pracodawców, Business Center Club, Krajowej Izby Gospodarczej, Związku Pracodawców Aptecznych PharmaNET, Federacji Pacjentów Polskich oraz Polskiego Stowarzyszenia Diabetyków, <https://zpp.net.pl/files/manager/file-a3be391fd2e9239f23d485661aa698cb.pdf> (14.01.2022).

²⁶ Ustawa z 6.09.2001 r. — Prawo farmaceutyczne (Dz.U. z 2019 r., poz. 499 ze zm.).

²⁷ Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy — Prawo farmaceutyczne, druk sejmowy nr 1126/VIII kadencja, s. 11–21.

²⁸ Tamże., s. 17.

²⁹ Tamże., s. 19.

³⁰ Tamże., s. 20.

³¹ Tamże., s. 20.

³² Tamże., s. 2–3 i 12.

³³ Zob. też opinię Prokuratora Generalnego stanu Michigan z 12.03.1991 r. nr 6676, który już wtedy wyraził przekonanie, że zasada „apteka dla aptekarza” straciła swoją aktualność, bo cele w postaci ochrony zdrowia i dobrobytu obywateli można osiągnąć za pomocą mniej restrykcyjnych środków. W opinii tej Prokurator Generalny wyraził przekonanie, że przewidziany w prawie stanowym wymóg, aby farmaceuta posiadał co najmniej 25% udziału we własności apteki, jest niekonstytucyjny.

³⁴ Opinia prawna prof. M. Szydły o projekcie ustawy o zmianie ustawy — Prawo farmaceutyczne (druk sejmowy nr 1126), s. 15, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=1126> (11.05.2020). Odmienne stanowisko co do konstytucyjności proponowanego rozwiązania zajął inny ekspert BAS, P. Kościelny w opinii dostępnej pod tym samym linkiem.

³⁵ Formalnie rzecz biorąc tylko 231 posłów głosowało „za”, ale aż 171 posłów wstrzymało się od głosu, a tylko 9 głosowało „przeciw” — głosowanie nr 63 na 80. posiedzeniu Sejmu VIII kadencji, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=glosowania&nrkadencji=8&nrposiedzenia=80&nrglosowania=63> (14.1.2022).

³⁶ Ustawa z 16.05.2019 r. o zmianie ustawy o transporcie drogowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1180).

³⁷ Szczegółowy przebieg rządowego procesu legislacyjnego został opisany pod adresem: <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12303152> (14.01.2022).

³⁸ Zwróciła na to uwagę wiceminister rozwoju J. Emilewicz w piśmie z 18.10.2017 r. z uwagami do projektu ustawy o zmianie ustawy o transporcie drogowym, s. 2, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs/2/12303152/12459378/12459381/dokument317287.pdf> (11.05.2020).

³⁹ W myśl art. 4 pkt 11 ustawy o transporcie drogowym, jest to „przewóz osób, który nie stanowi przewozu regularnego, przewozu regularnego specjalnego albo przewozu wahałowego”.

⁴⁰ Tak np. w serwisie dla przedsiębiorców: <https://www.biznes.gov.pl/pl/firma/zakladanie-firmy/chce-zalozyc-firme-transportowa/proc1602-licencja-na-przewoz-os-ob-samochodem-osobowym> (11.05.2020).

⁴¹ Uzasadnienie projektu, jw., s. 2 i 12.

⁴² Por. wyrok TK z 26.04.1999 r., K 33/98.

⁴³ Komunikat CBOS nr 113/2018 z badań: *Zachowania kierowców oraz postawy wobec uczestników ruchu drogowego* s. 5, https://www.cbos.pl/SP1SKOM.POL/2018/K_113_18.PDF (1.08.2019).

⁴⁴ Tak jak było to w przypadku ustawy „apteka dla aptekarza”.

Bibliografia/References

- Ciapała, J. (2009). *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w Rzeczypospolitej Polskiej*. Szczecin: Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego.
- Dobiegała, A. (2015). Sklepiki szkolne bez śmieciowego jedzenia. 90 proc. dyrektorów z nich zrezygnuje, *Gazeta Wyborcza*, 16.07.2015, <https://trojmiasto.wyborcza.pl/trojmiasto/1,35612,18364624,sklepiki-szkolne-bez-smieciowego-jedzenia-90-proc-dyrektorow.html> (14.01.2022).
- Drob, D. (2019). Senat zajmie się „lex Uber”. Szef związku zawodowego taksówkarzy: Ustawa jest dziurawa jak sito. *Gazeta.pl*, 9.05.2019, <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114883,24762669,senat-zajmie-sie-lex-uber-szef-zwiazku-zawodowego-taksowkarzy.html> (14.01.2022).
- Garlicki, L. (2005). Uwaga nr 5 do art. 22. W: L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, tom IV*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Gwiazdowski, R. (2014). Wolność ekonomiczna jest wolnością absolutną. *Rzeczpospolita*, 6.06.2014, <https://archiwum.rp.pl/artikul/1244511-Wolnosc-ekonomiczna-jest-wolnoscia-absolutna.html> (14.01.2022).
- Kaszubski, R. W., Radzikowski, K. (2000). Wolność gospodarcza i warunki dopuszczalności jej ograniczeń. Część I. *Glosa* (3), 1–7.
- Klecha, K. (2009). *Wolność działalności gospodarczej w Konstytucji RP*. Warszawa: Wydawnictwo C.H.Beck.
- Kosikowski, C. (2005). Wolność działalności gospodarczej i jej ograniczenia w praktyce stosowania Konstytucji RP. W: C. Kosikowski (red.), *Zasady ustroju społecznego i gospodarczego w procesie stosowania Konstytucji*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Lityński, A. (1988). *Sejmiki ziemskie 1764–1793. Dzieje reformy*. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.
- Preisner, A. (2014). Paternalizm a wolność. W: M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska (red.), *Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki. Prace uczniów i współpracowników dedykowane Profesorowi Bogusławowi Banaszakowi*. Wrocław: E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Szydło, M. (2011). *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*. Bydgoszcz–Wrocław: Oficyna Wydawnicza Branta.
- Szydło, M. (2016). Uwaga z nb. 31 i 53 do art. 17. W: M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Warszawa: Legalis.
- Wiącek, M. (2020). Zasada wyłączności ustawy przy ograniczaniu konstytucyjnych wolności i praw. W: A. Gajda, K. Grajewski, A. Rytel-Warzocho, P. Uziębło, M. M. Wiszowaty (red.), *Konstytucjonalizm polski. Refleksje z okazji jubileuszu 70-lecia urodzin i 45-lecia pracy naukowej Profesora Andrzeja Szyma*. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Zdyb, M. (1997). *Publiczne prawo gospodarcze*. Kraków–Lublin: Kantor Wydawniczy Zakamycze.

Dr Janusz Roszkiewicz

Adiunkt w Zakładzie Praw Człowieka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, autor kilkudziesięciu publikacji z zakresu prawa konstytucyjnego, europejskiego i medycznego.

Dr Janusz Roszkiewicz

Assistant Professor at Human Rights Center of University of Warsaw, author of several dozen publications regarding constitutional, European and medical law.