

Eryk Kosiński

Aspekt prawny wolności gospodarczej

Kwartalnik Prawa Publicznego 3/4, 7-35

2003

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

*Eryk Kosiński**

ASPEKT PRAWNY WOLNOŚCI GOSPODARCZEJ

What is less often realised is that liberty is a consequence not of laws and institutions but of an attitude of mind. Laws can be broken and institutions subverted. A people can be forcibly enslaved but it cannot be 'forced to be free'. It becomes free because it desires to be free, and it remains free because it so intends.

W. I. Jennings, *The British Constitution*,
Fifths Edition, Cambridge 1966

1. ROZWÓJ IDEI WOLNOŚCI GOSPODARCZEJ

Wolność gospodarcza wbrew niektórym poglądom nie stanowi stanu naturalnego¹. Analiza historyczna przemian społecznych, politycznych i gospodarczych zachodzących na świecie od czasów antycznych i dawniejszych prowadzi do wniosku, że stanem pierwotnym był tak zarówno brak wolności gospodarczej, jak i brak wolnej konkurencji.

* Dr Eryk Kosiński – adwokat, adiunkt w Katedrze Publicznego Prawa Gospodarczego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

¹ Wolność za stan naturalny uznaje C. Kosikowski, *Zakres wolności gospodarczej*, PUG 1995, nr 9, s. 2, oraz *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Warszawa 1995, s. 19. Pogląd taki jest w pełni zrozumiały, stanowi bowiem przejaw chęci odwołania się do pewnego ideału, do stanu naturalnego, który to stan ma być zgodny z naszymi wyobrażeniami o idealnym porządku świata.

Odnosnie wolnej konkurencji, która z wolnością gospodarczą ma wiele wspólnego, w nauce ekonomii znaleźć można pogląd, zgodnie z którym zjawiskiem pierwotnym jest monopolizacja gospodarki, tak więc przeciwieństwo wolnej konkurencji, zaś sama konkurencja jest „dzieckiem monopolu”². Obrońcy tej tezy powołują się na obserwacje w społeczeństwach prymitywnych, życiu biologicznym, politycznym czy militarnym. Idea wolności gospodarczej, tak jak wolnej konkurencji, jawi się więc jako rezultat rozwoju cywilizacyjnego, produkt myśli społecznej, politycznej i ekonomicznej, mający stanowić *remedium* względem stanu pierwotnego – braku wolności (zakazów i ograniczeń), którego to stanu szkodliwość została zapoznana.

Rzeczywistość koncepcji wolności gospodarczej rozpoczął się wraz z narodzinami kapitalizmu. Dzięki tej idei rodząca się warstwa kapitalistów mogła w sposób nieskrępowany obracać swym kapitałem, inwestować, prowadzić działalność gospodarczą, i w rezultacie bogacić się. Wolność gospodarcza, oraz towarzysząca jej wolna konkurencja, stanowiły elementy filozofii mieszczańskiej, które to wartości zapewnić miały mieszczaanom równość wobec uprzywilejowanej szlachty, pozwolić poprzez bogacenie się na osiągnięcie wyższego statusu społecznego i wpływu na życie polityczne kraju.

Rodzące się społeczeństwo wczesnokapitalistyczne prezentowało radykalnie odmienną w stosunku do średniowiecznego społeczeństwa mentalność. O ile w Średniowieczu za źródło osiągnięcia bogactwa uważano przede wszystkim służbę dworską, spadek, alchemię, zdobycze wojenne, posag małżonki, ewentualnie zakazaną lichwę, tak dla mieszczaнина w XVIII w. bogactwo przynieść mogła tylko ciężka, codzienna praca. Ażeby to móc zrealizować, należało być oszczędnym, skromnym, pracowitym, szanującym czas („czas to pieniądz”), solidnym. Wymienione wartości składały się na *ethos* mieszczański – kapitalistyczny³. Wszystko to nakierowane było na osiągnięcie celu ostatecznego, którym było bogactwo. Jego zdobycie w warunkach przywilejów i ograniczeń stanowych (feudalnych) oraz cechowych nie było możliwe. Ograniczenia te pętały rodzący się przemysł kapitalistyczny. Dlatego należało „uwolnić” (zliberalizować) gospodarkę od wszelkich ograniczeń, stanowiących pozostałości feudalizmu. Gwarancje wolności gospodarczej i wolnej konkurencji, wyrażane w przepisach prawa stanowionego od dru-

² Tak twierdzi A. Herman. Według niego konkurencja w gospodarce nie jest stanem naturalnym, gdyż ten stanowią stosunki monopolistyczne. A. Herman, *Charakter i ewolucja współczesnych rynków konkurencyjnych* [w:] *Przedsiębiorstwo. Rynek. Konkurencja*, pod red. naukową W. Szymańskiego, Warszawa 1996, s. 70.

³ Patrz M. Ossowska, *Moralność mieszczańska*, Łódź 1956, s. 68 i n.

giej połowy XVIII w., te cele spełniły. Były to przede wszystkim przepisy znoszące przywileje cechowe w Europie, w tym francuskie edykty A. R. J. Turgota z 1774 i 1775 r., dekrety austriackiego cesarza Józefa II z lat 1776–1790, dekret Allarde'a czy ustawa Le Chapeliera z 1791 r.⁴

Jako pierwsi w historii do katalogu podstawowych wolności wolność gospodarczą zaliczyli francuscy fizjokraci – m.in. François Quesnay, Guillaume François Le Trosne, Mercier de la Rivière, Anne Robert Jacques Turgot. System idei i poglądów fizjokratyzmu opierał się na trzech hasłach: wolności, własności i bezpieczeństwa. Wolność rozumiana była jako wolność konkurencji i wolność od interwencji państwowej i przywilejów, a bezpieczeństwo – jako ochrona prawa własności i pełnej możliwości z niego korzystania⁵. François Quesnay, założyciel szkoły, uznawał trzy zasady, stanowiące według niego filary porządku społecznego. Były to: wolność osobista, własność prywatna i wolność gospodarcza. Stanowiły one według Quesnay'a elementy porządku naturalnego (*ordre naturel*), które jak najwierniej winny być odzwierciedlone w prawie stanowionym, tj. porządku pozytywnym (*ordre positif*)⁶.

Wcześniej gorącymi zwolennikami wolności handlu byli angielscy prekursorzy liberalizmu i ekonomii klasycznej, m.in. Richard Cantillon, Sir William Petty, John Locke, czy Sir Dudley North. Zwłaszcza ten ostatni w pracy *Discourses upon Trade* z 1691 r. jawi się jako gorący zwolennik wolnego handlu, krytykując zażarcie brytyjski protekcyjizm, w tym ograniczenia w handlu z Francją⁷. To on, prawdopodobnie po raz pierwszy w historii, twierdził że cały świat stanowi gospodarczą jedność, a ludzkość jeden naród – „może wydawać się dziwnem co powiem: cały świat w stosunku do handlu jest tak, jak jeden naród lub lud, a narody w tym świecie są osobami. Strata handlowa jednego narodu nie jest tylko jego stratą, lecz o tyleż handel świata jest zmniejszony i zniszczony, bo wszystko razem jest związane”⁸. D. North nadto uważał, że na handlu zagranicznym zyskują wszystkie zaangażowane strony. Była to myśl wysoce nowoczesna i kontrowersyjna jak na ówczesne czasy, bowiem współcześni mu uważali, że

⁴ J. Buzek, *Administracja Gospodarstwa Społecznego. Wykłady z zakresu nauki administracji i austriackiego prawa administracyjnego*, Lwów–Warszawa 1913, s. 272. Patrz także G. Ulicka, *Demokracje zachodnie*, Warszawa 1992, s. 44.

⁵ E. Lipiński, *Historia powszechnej myśli ekonomicznej do roku 1870*, Warszawa 1981, s. 258.

⁶ W. Stankiewicz, *Historia myśli ekonomicznej*, Warszawa 1987, s. 133.

⁷ E. Roll, *A History of Economic Thought*, London–Boston 1992, s. 96.

⁸ Cyt. za R. Rybarski, *System ekonomii politycznej*, t. I: *Rozwój życia gospodarczego i idei gospodarczych*, Warszawa 1924, s. 95.

w handlu gdy jeden zyskuje, drugi musi tracić (tzw. zasada alienacji)⁹. Przeciwstawiał się on jakiegokolwiek interwencji i reglamentacji państwa w gospodarce. Uważał, że rynek sam jest w stanie ustalić poziom cen i stóp procentowych na właściwym poziomie poprzez siły popytu i podaży. Krytykował monopole i przywileje handlowe. Wierzył, tak jak później Adam Smith, w samoregulację gospodarki i mechanizmy rynku, stając się prekursorem teorii równowagi gospodarczej¹⁰. Krytykując monopole i przywileje handlowe, opowiadał się za wolnością gospodarczą. Głosił pogląd, że jeżeli działalność gospodarcza przynosi zysk i jest ona korzystna dla kupca, to tym samym jest dobra dla kraju, a interes przedsiębiorców jest zawsze tożsamy z interesem ogółu społeczeństwa i kraju¹¹.

Z kolei William Petty przeciwstawiając się wszechobecnej ówczesnie reglamentacji działalności gospodarczej i wierze w dobroczynny protekcyjnizm i interwencjonizm państwowy stwierdził: „gdyby bogactwo narodów mogło być dziesięciokrotnie pomnożone w drodze rozporządzenia, byłoby dziwne, czemu takiego rozporządzenia dotąd nie napisano”¹².

Krytykę monopoli oraz przywilejów handlowych znaleźć można także w „Discourse on Trade” z 1690 r. Nicolasa Barbona¹³. Podobne poglądy prezentował także nauczyciel Adama Smitha Josiah Tucker w swym dziele *The Elements of Commerce and Theory of Taxes* (1755 r.), powtórzone później w pracy *Instructions for Travellers*.

Okres triumfu idei nieograniczonej wolności gospodarczej przypadł na wiek XIX. Powszechnie wtedy uważano, iż nieskrępowana wolność gospodarcza i wolna konkurencja stanowią elementy konieczne dla rozwoju państwa, gospodarki oraz jednostki w społeczeństwie. Uważano, iż wartości te tworzą idealny stan społeczny¹⁴. Zadaniem stawianym prawu pod koniec XVIII w. i w wieku XIX była realizacja mieszczańskiego ideału demokracji, stworzenie państwa zabezpieczającego wolność jednostki, w tym gwarantującego w życiu gospodarczym wolność przemysłową i wolną konkurencję. Zgodnie z traktatem Johna Stuarta Milla „*O wolności*” (*On Liberty*) z 1859 r.¹⁵ zadaniem państwa było zapewnienie maksimum wolności każdemu obywatelo-

⁹ E. Lipiński, op. cit., s. 167.

¹⁰ W. Stankiewicz, op. cit., s. 119.

¹¹ E. Lipiński, op. cit., s. 168–169.

¹² Cyt. za ibidem, s. 158.

¹³ Por. ibidem, s. 174.

¹⁴ Zob. E. Taylor, *Wolność gospodarcza*, Poznań 1934, s. 7.

¹⁵ Zob. szerzej: E. Roll, op. cit., s. 326 i n.

wi. Społeczeństwo obywatelskie winno być wolne od interwencji państwa (niepolityczne)¹⁶. Oddawały to doktryny *laissez-faire*, *laissez passer* oraz angielska *let-alone*¹⁷. Uznawano powszechnie, iż najlepsze, co rząd może zrobić, to nic nie robić (ang. *the government can do no better than to do nothing*, franc. *ne pas trop gouverner*)¹⁸. Rola państwa polegać miała jedynie na realizacji funkcji ochronnych i gwarancyjnych (funkcje zewnętrzne i wewnętrzne), co John Locke, jeden z prekursorów ekonomii kapitalizmu, określał obroną „życia, wolności i majątku obywateli”¹⁹.

Dla większości ekonomistów i prawników wolność gospodarcza, zwana też wolnością przemysłową, wolną przedsiębiorczością, wolnością gospodarowania, wolnością ekonomiczną, wolnością handlu²⁰ czy swobodą gospodarczą²¹, stanowi podstawową zasadę organizacji gospodarczej państwa, warunek funkcjonowania gospodarki rynkowej²². Dla wielkiego polskiego ekonomisty Edwarda Taylora wolność gospodarcza to z jednej strony „zagadnienie pewnego światopoglądu filozoficzno-społecznego”, poprzez który wyraża się stosunek jednostki do społeczeństwa, z drugiej zaś strony „jedna z podstaw ustroju społecznego, która decyduje o jego charakterze nie tylko z punktu widzenia gospodarczego”²³. W tym kontekście przymus państwowy, jako prze-

¹⁶ Por. G. Ulicka, *Demokracje zachodnie*, Warszawa 1992, s. 20–21.

¹⁷ J. S. Mill niemniej doktrynę *let alone* krytykował, określając ją jako przejaw „oczywistego egoizmu i niekompetencji współczesnych rządów europejskich” (*manifest selfishness and incompetence of modern European governments*). E. Roll, op. cit., s. 325.

¹⁸ Zob. A. Jaroszyński, *Reglamentacja i zarządzanie gospodarką socjalistyczną*, PiP 1968, nr 10, s. 587. Znacznie późniejszej, gdyż w latach siedemdziesiątych XX wieku, niemieccy ordoliberalowie głosili hasło *je weinger Staat desto Besser* – „im mniej państwa, tym lepiej”. Zob. S. Morawska, *Polityka konkurencji a dostosowanie strukturalne w gospodarce*, PUG 1997, nr 12, s. 23.

¹⁹ Patrz G. Ulicka, op. cit., s. 55, oraz E. Roll, op. cit., s. 76–77.

²⁰ Tak we Francji, gdzie wolność gospodarcza po raz pierwszy znalazła swe miejsce w aktach prawnych (*liberté d'entreprendre, liberté du commerce et de l'industrie*). Zob. szerzej S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza w Europie*, Zakamycze 2000, s. 56 i n.

²¹ Por. C. Kosikowski, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 33.

²² Zob. m.in.: A. Marshall, *Zasady ekonomii*, t. I, Warszawa 1925, s. 5 i n.; D. R. Kamerschen, R. B. McKenzie, C. Nardinelli, *Ekonomia*, Gdańsk 1991, s. 940; C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza...*, s. 29, oraz *Zadania państwa w zakresie zmiany typu gospodarki, Państwo i prawo w gospodarce rynkowej*, pod red. C. Kosikowskiego, Łódź 1993, s. 19. Podobnie m.in. W. Kubala, *Wolność gospodarcza i jej ograniczenia*, „Przeгляд Sądowy” 2001, nr 7–8, s. 3, czy R. W. Kaszubski i J. Kołkowski, *Wolność gospodarcza w świetle Konstytucji RP*, „Glosa” 2000, nr 6, s. 7.

²³ Zob. E. Taylor, op. cit., s. 5.

ciwstawienie wolności, należy uznać za szczególnie negatywne zjawisko, pociągające za sobą szereg niekorzystnych społecznie następstw. „Przymus nie jest nigdy czynnikiem podnoszącym, uszlachetniającym, rozwijającym altruizm w duszy ludzkiej. Może on wywoływać przejściowo pewne dobre przyzwyczajenia, nawyki zewnętrzne, lecz nie może wpłynąć zasadniczo na uczucia, na strukturę moralną człowieka. Przy niedającej się zaprzeczyć przewadze wrodzonych instynktów egoistycznych w psychice ludzkiej, której postęp kultury nie zdołał dotychczas usunąć i zapewne nigdy nie wytępi, przymusowe ograniczenia wolnego działania interesu osobistego musi wywołać ograniczenie wysiłku ludzkiego”²⁴.

2. ZAKRES PRZEDMIOTOWY WOLNOŚCI GOSPODARCZEJ

W ujęciu prawnym zakresem przedmiotowym pojęcia wolności gospodarczej objąć należy wolność w podejmowaniu działalności gospodarczej, jej wykonywaniu oraz zakończeniu²⁵. Oznacza to pełną swobodę w wyborze sposobu działania zmierzającego do osiągnięcia określonych celów gospodarczych, w tym przede wszystkim zysku. Swoboda w wyborze sposobu działania dotyczy tak zarówno formy prawno-organizacyjnej, czasu podjęcia, wykonywania i zakończenia działalności, miejsca, jak i rodzaju działalności²⁶. Zakresem wolności gospodarczej objęta jest także samodzielność w wykonywaniu działalności, w tym w tworzeniu organizacji wewnętrznej i struktury przedsiębiorstwa, dokonywania przekształceń podmiotowych i strukturalnych, zrzeszania się²⁷. Wolność ta obejmuje więc wszelkie czynności związane z *forum externum* jak i z *forum internum* podmiotu, jak też i inne działania. Treścią wolności gospodarczej objęte jest szeroko rozumiane prawo wyboru w ramach podejmowania decyzji rynkowych, w tym prawo do

²⁴ Ibidem, s. 17. Inaczej zdaje się twierdzić M. Zdyb, *Wolność gospodarcza w Konstytucji RP*, „Rejent” 1997, nr 5, s. 145 i n.

²⁵ A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994, s. 37, swobodę wyboru czasu zakończenia działalności uznaje za element treści swobody podejmowania działalności. Nie kwestionując poglądu tego co do zasady, wydaje się, że podkreślenie swobody zakończenia działalności jako etapu końcowego prowadzenia działalności gospodarczej zasługuje na odrębne potraktowanie, tym bardziej, iż sam ustawodawca oddziela podejmowanie od wykonywania, które to elementy tak naprawdę stanowią przecież jedną całość.

²⁶ Por. ibidem, s. 37.

²⁷ Patrz C. Kosikowski, *Prawo działalności gospodarczej...*, s. 32–33.

bycia nieracjonalnym w sferze ekonomicznej – prawo do dokonywania wyborów błędnych z gospodarczego punktu widzenia²⁸.

Zwrócić uwagę należy na pogląd, według którego w prawie Unii Europejskiej wolnością gospodarczą objęte są także inne swobody, w tym: przepływu towarów, usług, osób i kapitału²⁹. We francuskiej nauce prawa gospodarczego wolność gospodarczą określa się wolnością handlu i przemysłu (*liberté du commerce et de l'industrie*), do której zakresu zalicza się zarówno wolność przedsiębiorczości (*liberté d'entreprendre*), jak i wolną konkurencję³⁰. W nauce niemieckiej wolność gospodarcza wyrażona jest przez zasadę wolności zawodu (*Berufsfreiheit*) jako wolności zawierającej w swej treści także wolność przemysłową³¹. Wolność zawodu, wyrażona najpierw w art. 111 Konstytucji Weimarskiej z 1919 r., a obecnie w art. 12 ust. 1 Ustawy Zasadniczej (*Grundgesetz*, GG) obejmuje swobodę wyboru zawodu, miejsca pracy i miejsca kształcenia. Z kolei angielskie prawo już w Średniowieczu uznawało powszechną wolność jednostki w prowadzeniu działalności gospodarczej (wolność handlu, *freedom of trade*). Zgodnie z angielskim orzecznictwem sądowym „każda kolizja z wolnością indywidualną w działalności handlowej, oraz wszelkie ograniczenia w niej, jeśli nie są odrębnie uzasadnione, są sprzeczne z interesem publicznym, a tym samym są nieważne”³².

W nauce polskiej znaleźć można pogląd, według którego treść wolności gospodarczej ma o wiele szerszy zakres, aniżeli obejmujący tylko swobodę podejmowania, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej. W szerokim ujęciu na wolność gospodarczą składa się grupa wiązek wolności, w tym wolność osobista, prawo do własności, prawo do przedsiębiorczości, wolność wyboru zajęcia i miejsca zamieszkania, równość, wolna konkurencja oraz swoboda kontraktowania³³. Zgodnie z tym poglądem wolność gospodarcza składa się z dwóch za-

²⁸ Tak F. A. von Hayek, *Indywidualizm prawdziwy i fałszywy* [w:] *Indywidualizm i porządek ekonomiczny*, Kraków 1998, s. 23. Por. A. Bator, *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych*, Wrocław 2000, s. 279–280.

²⁹ Tak C. Kosikowski, *Gospodarka i finanse publiczne w nowej Konstytucji*, PiP 1997, nr 11–12, s. 154. Nie zgadzają się z tak szerokim rozumieniem wolności gospodarczej w prawie Unii Europejskiej R. W. Kaszubski i J. Kołkowski, op.cit., s. 7.

³⁰ C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim...*, s. 23–24.

³¹ Zob. ibidem, s. 25, oraz S. Biernat, A. Wasilewski, op.cit., s. 75–76.

³² Tak Lord McNagthen w *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co. Ltd.* z 1894 r., A.C. 535, 565. Cyt. za T. Skoczny, *Brytyjskie prawo konkurencji*, Warszawa 1994, s. 13.

³³ Tak K. Pawłowicz, *Prawo człowieka do swobodnej działalności gospodarczej* [w:] *Prawa człowieka w społeczeństwie obywatelskim*, pod red. A. Rzeplińskiego, Warszawa 1993, s. 69.

sadniczych elementów: wolności od ingerencji państwa w obszarze działalności gospodarczej oraz prawa do wolnej i równej konkurencji³⁴.

Na uwagę zasługuje pogląd, iż wolność gospodarcza, historycznie wywodzona z prawa własności i wolności osobistej, należy do katalogu wolności przynależnych człowiekowi od urodzenia, do katalogu jego praw naturalnych³⁵. W konsekwencji rola prawa pozytywnego (prawa przedmiotowego) polega jedynie na uznaniu tejże wolności i ustanowieniu jej prawnych gwarancji, a w rzeczywistości także na określeniu jej granic (ograniczenia wolności) czy nawet częściowemu bądź całościowemu wyłączeniu (w określonych sferach działalności gospodarczej bądź względem określonych podmiotów)³⁶. Wolność gospodarcza jako prawo naturalne jest prawem niezbywalnym, przysługującym każdej osobie. W konsekwencji w znaczeniu prawnym wolność gospodarczą można rozumieć jako prawo podmiotowe o charakterze obronnym w stosunku do państwa i jego aparatu (niem. *Abwehrrechte*), czyli negatywnym (wolność od administracji)³⁷. Wolnościowe pochodzenie tego prawa oznacza, iż jego źródłem nie jest norma prawa pozytywnego, a prawo tylko ją uznaje, gwarantuje jej uszanowanie przez władzę państwową³⁸, „stąd też w przypadku sporu z organem państwowym to nie jednostka powinna wskazać podstawę swojej wolności, czy też normę dopuszczającą określony jej zakres, ale to organ państwowy winien wskazać podstawę prawną dla ograniczenia tej wolności”³⁹.

Podzielałam w pełni pogląd, iż brak jest bezpośredniej (tym bardziej wprost proporcjonalnej) zależności pomiędzy wolnością gospodarczą a wolnością polityczną jednostki⁴⁰. Analiza stosunków gospodar-

³⁴ Ibidem, s. 70.

³⁵ Por. C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim...*, s. 22. Zob. koncepcja praw naturalnych (*moral rights*), R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts 1978.

³⁶ Por. A. Walaszek-Pyziół, op. cit., s. 9. Szerzej na temat koncepcji praw i wolności zob.: B. Banaszak, *Ogólne wiadomości o prawach człowieka* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, pod red. B. Banaszaka, A. Preisnera, Warszawa 2002, s. 4 i n.

³⁷ Tak A. Walaszek-Pyziół, op. cit., s. 10–11, 91–92, oraz zwraca uwagę na takie rozumienie wolności gospodarczej C. Kosikowski, *Zakres wolności...*, s. 2. Określenia „wolność od administracji” używa K. Sobczak, *Wolność gospodarcza a władza publiczna*, PUG 2000, nr 12, s. 18. Zob. koncepcja „wolności od” (*freedom from*) w przeciwstawieniu do „wolności (prawa) do” (*freedom to*) E. Fromma, *Escape from freedom* [w:] W. R. Bishin, Ch. D. Stone, *Law, Language, and Ethics. An introduction to law and legal method*, Mineola–New York 1972, s. 1263.

³⁸ Por. B. Banaszak, op. cit., s. 7 i n.

³⁹ Ibidem, s. 18.

⁴⁰ W polskiej literaturze taki pogląd wyraża jedynie C. Kosikowski w: *Wolność gospodarcza...*, s. 29–30. Odmienne m.in. R. W. Kaszubski i J. Kołkowski, op. cit., s. 7.

czych w państwach totalitarnych oraz w antycznych i współczesnych demokracjach prowadzi do wniosku, że w państwach o wyraźnie ograniczonych wolnościach politycznych może mieć miejsce nieproporcjonalnie duża wolność gospodarcza, zaś w państwach demokracji parlamentarnej – szeroka wolność polityczna w zbiegu z nieproporcjonalnie ograniczoną wolnością gospodarczą i nadmiernym fiskalizmem państwa. Zauważają to także przedstawiciele nauki historii gospodarczej⁴¹.

W literaturze zwraca się uwagę, iż dla prawnej analizy wolności gospodarczej najistotniejszy jest jej aspekt jurydyczny. Wolność gospodarcza winna być rozumiana jako konstrukcja danego porządku prawnego, w której treść immanentnie wkomponowane są ograniczenia. W konsekwencji przez wolność gospodarczą rozumieć należy „domniemanie swobody podejmowania i prowadzenia działalności przez podmioty gospodarcze, o ile (i dopóki) co innego nie wynika z przepisów ustawy” (zasada *in dubio pro libertate*, czy *in favorem libertatis*)⁴². W tym miejscu należy zauważyć, iż prawno-naturalne ujęcie wolności gospodarczej nie traktuje tejże wolności jako absolutnej, zaś elementy domniemania wolności oraz jej ograniczenia są przez nie uznane⁴³. Stąd też nieporozumieniem jest przeciwstawianie koncepcji wolności gospodarczej jako konstrukcji prawnej prawa wolnościowemu, gdyż wolność gospodarcza jako wolność człowieka nie oznacza „pełnej i nieskrępowanej swobody podmiotów gospodarczych”⁴⁴. Powyższa definicja wolności gospodarczej w pełni zasługuje na aprobatę, jednakże podkreślić należy, iż jest to jedynie jej aspekt jurydyczny, abstrahujący od aspektów społecznych, politycznych i gospodarczych, nie uwzględniający w dużym zakresie jej rozwoju historycznego. Ograniczenie wolności gospodarczej jako wolności podstawowej li tylko do znaczenia normatywnego i jurydycznego, w tym analiza pod kątem co z daną wolnością w praktyce możemy zrobić przed sądem i organami władzy państwowej, stanowi podejście ze wszech miar praktyczne, niemniej nie oddające pełni znaczenia wolności⁴⁵. Z drugiej zaś strony podnieść można, iż sama

⁴¹ Tak J. Kulisz: „pewne ograniczenie wolności (osobistej – E. K.) dawało się doskonale pogodzić z niezależnością pod względem gospodarczym”, co dotyczyło gospodarki dworskiej we wczesnym Średniowieczu w Europie. J. Kulisz, *Powszechna historia gospodarcza średniowiecza i czasów nowożytnych*, t. I, Warszawa 1961, s. 53–54.

⁴² S. Biernat, *Podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda*, PPH 1994, nr 9, s. 10, co wyraźnie akceptuje C. Kosikowski [w:] *Wolność gospodarcza...*, s. 30 i n. Takie rozumienie wolności gospodarczej prezentuje też Sąd Najwyższy m. in. w uchwale z 10.1.1990 r., sygn. III.CZP.97/89 (OSN z 1990 r., z. 6, poz. 74).

⁴³ Zob. B. Banaszak, op. cit., s. 7 oraz 18–19.

⁴⁴ Tak S. Biernat, op. cit., s. 10.

⁴⁵ Zob. A. Walaszek-Pyziół, op. cit., s. 7 i n.

konstrukcja praw naturalnych stanowi konstrukcję teoretyczną, która pojawiła się już w starożytnej Grecji, niemniej największego znaczenia nabrała dopiero w XVII i XVIII w., w okresie burzliwych i radykalnych przemian politycznych i gospodarczych w Europie i Ameryce Północnej. Jej celem była ochrona praw jednostki przed ingerencją państwa w sferze religijnej, własnościowej i gospodarczej⁴⁶, obrona przed *ancien regime*'em w warunkach niepewności i niestabilności nowego, rodzącego się ustroju politycznego i gospodarczego. Tym bardziej, co zasługuje na podkreślenie, iż sam stan wolności nie jest stanem naturalnym dla człowieka i jego form organizacji. W świetle tych okoliczności przedstawianie wolności, w tym gospodarczej, zasadniczo jako konstrukcji prawnej, znajduje głębokie uzasadnienie.

3. PIERWSZE REGULACJE NORMATYWNE WOLNOŚCI GOSPODARCZEJ

Ograniczenia działalności gospodarczej poprzez różne przywileje, zamknięte korporacje, cechy czy monopole prawne, stały na porządku dziennym w Europie do końca XVII w., a nawet dłużej. Idea wolności gospodarczej (wolności przemysłowej) na dobre ugruntowała się w umysłach ludzkich dopiero w wieku XVIII, ale jej wprowadzanie w życie zajęło jeszcze blisko 100 lat⁴⁷.

Jako pierwsi ideały wolnej konkurencji i wolności gospodarczej w Europie realizowali Żydzi⁴⁸. Wynikało to z faktu, że stanowili oni w społeczeństwach europejskich element obcy, i tak też byli traktowani. Zmuszeni więc zostali, siłą rzeczy, do szczególnego zabiegania o swoją pozycję w zmonopolizowanej gospodarce cechowej⁴⁹. Wypędzanie Żydów z określonych krajów czy miast niejednokrotnie wiązało się z ich upadkiem gospodarczym, zaś przybycie – z gospodarczym rozwojem⁵⁰.

⁴⁶ Zob. B. Banaszak, op. cit., s. 5 i n.

⁴⁷ Dla przykładu, cechy w Zjednoczonym Królestwie odgrywały istotną rolę jeszcze w drugiej połowie XVIII w. Kiedy cech blacharzy w Glasgow dowiedział się, że James Watt pracuje nad stworzeniem maszyny parowej, nakazał mu wstrzymanie prac. Watta i jego wynalazek uratował uniwersytet, gdzie pracował, a który był wolny od władzy cechu. Patrz J. Kuliszer, op. cit., t. II, s. 446.

⁴⁸ Por. W. Sombart, *Żydzi i życie gospodarcze*, Warszawa 1913, s. 148–149, i tegoż autora: *Żydzi a społeczna gospodarka światowa*, Warszawa 1911, s. 25–26. Tak samo: J. Kuliszer, op. cit., t. II, s. 418.

⁴⁹ Por. W. Sombart, *Żydzi i życie gospodarcze...*, s. 358–359.

⁵⁰ Zob. szerzej: W. Sombart, *Żydzi a społeczna gospodarka...*, s. 18 i n.

Podobną sytuację jak Żydzi mieli później protestanccy emigranci w Niderlandach, Anglii czy Ameryce Północnej (kwakrzy). Stanowili oni prześladowane mniejszości, zmuszone do wyrobienia sobie stosownej pozycji w hierarchii społeczności przyjmującej. Stąd takie silne poczucie solidarności, oszczędności i idące z nimi w parze idee wolności gospodarczej i wolnej konkurencji jako dające równe szanse wszystkim.

We Francji wolność przemysłową jako pierwszy wprowadził za panowania Ludwika XVI minister finansów A. R. J. Turgot, uchylając dekretem z 1774 r. regulacje cechowe, a w rok później likwidując wszystkie cechy. Po ustąpieniu Turgota jego edykty zostały odwołane, jednakże zmiany, które nastąpiły, były nieodwracalne⁵¹. Ostatecznie w czasie Rewolucji Konstytuanta znosząc ustrój senioralny zniósł też system cechowy (tzw. ustawa Le Chapeliera z 14–17.6.1791 r.). Dekret z 2–17.3.1791 r. (tzw. dekret Allarde'a, *décret d'Allarde*) wprowadził wolność przemysłową i wolność konkurencji (*liberté du commerce et de l'industrie*), jednocześnie zabraniając nieuczciwych praktyk w obrocie gospodarczym⁵². Przedsiębiorcy zobowiązani zostali jedynie do wykupienia patentu przemysłowego (*patente*), opłacając *taxe de patente*. Wolność rzemiosła potwierdzona została w Konstytucji z 1793 r.⁵³ Za panowania Napoleona I przez krótki czas na powrót wprowadzono ograniczenia cechowe. Dotyczyły one jednak tylko niektórych zawodów (piekarstwa, rzeźnictwa, przemysłu zbrojeniowego, drukarstwa, browarnictwa i budownictwa), a wynikały z okoliczności wojennych, w tym spekulacyjnego windowania cen na żywność. Ponownie wolność gospodarcza znalazła swe miejsce w Konstytucji z 1848 r.

W państwach niemieckich przodującą rolę odegrały Prusy. Tam ideały wolności gospodarczej znalazły najbardziej podatny grunt⁵⁴. W latach 1806 do 1810, w trakcie reformy kraju, zniesiono przymus cechowy co do większości zawodów⁵⁵. W latach 1810–1811 wprowadzono cał-

⁵¹ Patrz J. Buzek, op.cit., s. 272.

⁵² Art. 7 dekretu z 2–17.3.1791 r., który brzmi *Il est libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession ou industrie qui lui convient*. Zob. *Competition Laws of Europe*, red. J. Maitland-Walker, London–Charlottesville–Dublin–Durban–Edinburgh–Kuala Lumpur–San Juan–Singapore–Sydney–Toronto–Wellington 1995, s. 67, oraz T. Bigo, *Ewolucja prawa przemysłowego*, PiP 1949, z. 6–7, s. 46.

⁵³ Por. M. Zdyb, op.cit., s. 145.

⁵⁴ Według K. Rista „liberalizm ekonomiczny w Niemczech zaszedł tak daleko w swem doktrynerskim nieprzejednaniu, jak w żadnym innym kraju w Europie”. K. Gide, K. Rist, *Historia doktryn ekonomicznych. Od fizjokratów do czasów najnowszych*, t. II, Gebethner i Wolff, Warszawa–Lublin–Łódź–Poznań–Kraków (b.r.), s. 155.

⁵⁵ O przemianach społecznych spowodowanych zanikiem dawnego systemu cechowego zob. W. Sombart, *Kwestja robotnicza w przemyśle*, Warszawa 1907, s. 29 i n.

kowitą wolność przemysłową, jedynie z obowiązkiem wykupienia świadectwa przemysłowego, tak jak we Francji. Przynależność do cechów stała się zupełnie dobrowolna, a cechy pozbawione zostały jakichkolwiek przywilejów. Niestety już w roku 1848 pruskie cechy rzemieślnicze podjęły kontrofensywę, i zjazd cechów we Frankfurcie zażądał przywrócenia dawnego systemu cechowego. W rezultacie, skutkiem nacisków na rząd, w 1849 roku ograniczono wolność przemysłową poprzez uzależnienie możliwości wykonywania działalności gospodarczej od przynależności do cechu, do którego przyjęcie mogło nastąpić po ukończonym 3-letnim okresie terminowania, złożeniu egzaminu i uzyskaniu „dowodu uzdolnienia”⁵⁶. Ograniczano także dopuszczalność wykonywania kilku rzemiosł. Postępująca jednak industrializacja Prus, wzrastająca produkcja i eksport, wprowadzanie coraz to nowych maszyn do przemysłu, doprowadziły do tego, że ustawy w zasadzie nie wykonywano, w tym nie powołano nawet izb przemysłowych mających nadzorować ograniczenia⁵⁷. Konstytucyjne gwarancje wolności gospodarcza uzyskała po raz pierwszy w konstytucji Królestwa Wirtembergii w 1819 r., a następnie w tzw. konstytucji frankfurckiej z 1849 r., która nie weszła w życie⁵⁸.

W innych państwach niemieckich cechy utrzymały się znacznie dłużej. Wprowadzenie wolności gospodarczej na dobre nastąpiło dopiero w latach 1861–1862, co zostało potwierdzone statutem Związku Północnoniemieckiego w roku 1869, a ostatecznie znalazło swe miejsce w konstytucji Rzeszy z 1871 r. Po upadku Rzeszy Konstytucja Republiki Weimarskiej z 1919 r. uznała wolność wyboru zawodu (*Berufsfreiheit*, art. 111) oraz wolność przemysłową (art. 151 ust. 3), tę pierwszą traktując jako prawo podstawowe (*Grundrechte*)⁵⁹.

W Austrii pierwsze reformy przeprowadzone były już za cesarza Józefa II w latach 1776–1790. W roku 1776 zniesione zostały specjalne państwowe władze przemysłowe, co połączone było z prywatyzacją państwowych fabryk. W tym samym roku 30.3. wydany został dekret cesarski wprowadzający wolność wyboru siedziby prowadzenia działalności przez przedsiębiorców (na terenie miast jak i wsi). Dotyczyło to zasadniczo fabryk i manufaktur, zaś później rozciągnięte zostało na niektóre rzemiosła. Wprowadzone zostały przemysły „wolne”, tj. takie, na wykonywanie których nie potrzebne było zezwolenie władz państwowych (tylko

⁵⁶ J. Buzek, op. cit., s. 272.

⁵⁷ Por. J. Kulischer, op. cit., t. II, s. 450.

⁵⁸ Por. C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim...*, s. 35.

⁵⁹ Zob. S. Biernat, A. Wasilewski, op. cit., s. 75, oraz C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza...*, s. 35.

zgłoszenie), oraz można było zatrudniać nieograniczoną liczbę pracowników, w tym kobiet⁶⁰. W sferze działalności nie objętych katalogiem przemysłów wolnych dekret nakazywał odpowiednim władzom nadawać uprawnienia bez „dotychczasowych przesądów”, nie ograniczając napływu do danych rzemiosł⁶¹. Za panowania następców Józefa II (cesarzy Leopolda II, Franciszka I i Ferdynada I) nastąpił zastój w dziedzinie liberalizacji życia gospodarczego. Pełną wolność gospodarczą zagwarantował dopiero patent cesarski z 20.12.1859 r. w sprawie prawa przemysłowego (*Gewerbeordnung*). System cechowy został zniesiony. Podjęcie działalności gospodarczej wymagało rejestracji i wykupienia świadectwa przemysłowego (*Anmeldesystem*), zaś w przypadku 14 dziedzin uzyskania koncesji (*Konzessionspflicht*). Oprócz tego dla użycia narzędzi szczególnie niebezpiecznych dla życia i zdrowia ludzkiego oraz dla środowiska naturalnego wprowadzone zostało zezwolenie (*Betriebsanlagen-genehmigung*). Wcześniej konstytucja z 3.3.1849 r. przyznała obywatelom Cesarstwa wolność osoby i majątku (*Freiheit der Person und des Vermögens*), równość wobec prawa oraz prawną ochronę własności i wolność zarobkowania (*Eigentum und Erwerbsfreiheit*)⁶². Wolność własności i jej ochrona, wolność obrotu gospodarczego i zarobkowania oraz zasadę wyłączności ustawy w stanowieniu ograniczeń tych wolności (*Gesetzesvorbehalt*) znalazły swe miejsce w nowej konstytucji monarchii austro-węgierskiej z 21.12.1867 r. (Państwowa Ustawa Zasadnicza, StGG)⁶³.

Pierwsza polska konstytucja – Konstytucja 3 Maja 1791 r. – w art. 2 zagwarantowała całej polskiej szlachcie bezpieczeństwo osobiste i nienaruszalność wszelkiej własności, którą to własność określiła jako „źrenicę wolności obywatelskiej”. Wolność osobistą uzyskali także mieszczańscy na mocy prawa o miastach z 18.4.1791 r., stanowiącego część Konstytucji 3 Maja (na podstawie art. 3 Konstytucji). Ustawa ta zrównała prawa mieszczańskie i szlacheckie w handlu oraz w nabywaniu ziemi. Szlachta nabywająca nieruchomości w miastach i trudniąca się handlem podlegała władzom miejskim, w tym jej regulacjom gospodarczym. Oznaczało to z jednej strony pełną, formalną, wolność szlachty w prowadzeniu działalności gospodarczej (kupiectwa), co dotychczas uważane było za niegodne i teoretycznie groziło nawet utratą szlachectwa⁶⁴, z drugiej zaś strony pełną swobodę mieszczańską w naby-

⁶⁰ W roku 1790 ich liczba rozszerzona została do 64. Por. J. Buzek, op. cit., s. 274.

⁶¹ J. Buzek, op. cit., s. 274–275.

⁶² S. Biernat, A. Wasilewski, op. cit., s. 9–10.

⁶³ S. Biernat, A. Wasilewski, op. cit., s. 11.

⁶⁴ Por. A. Śliwiński, *Konstytucja Trzeciego Maja*, Poznań–Lwów–Lublin–Łódź–Wilno 1921, s. 70.

waniu ziemi rolnej i uprawianiu jej, co dotychczas zarezerwowane było wyłącznie dla szlachty. Konstytucja nadto gwarantowała wolność obywatelom państw obcych. Pośród wolności przynależnych obcokrajowcom wymieniona była wolność „czynienia umów” oraz osiedlania się⁶⁵.

W Polsce po rozbiorach przetrwały tak zarówno cechy rzemieślnicze, jak i organizacje kupieckie (konfraternie)⁶⁶. W Królestwie Polskim w 1816 roku wprowadzono liberalne przepisy cechowe, zgodnie z którymi jednakże przynależność do cechów była obligatoryjna. Zwolnieni z tego obowiązku byli rzemieślnicy wiejscy, zaś przemysł mógł być zwolniony, o ile tak zdecydowało państwo. W zaborze austriackim obowiązywał galicyjska ordynacja cechowa z roku 1778 (obowiązywała do 1853 r.). Zniosła ona szczególne przywileje niektórych cechów, w tym ograniczenia w przyjmowaniu nowych członków, zmniejszone zostały opłaty wpisowe, zniesiono ograniczenia w zatrudnianiu pracowników przez jednego mistrza i obowiązujące cenniki. Manufaktury i fabryki przemysłowe zostały wyjęte spod organizacji cechowej. Inaczej było w Rzeczpospolitej Krakowskiej, gdzie rzemieślnicy zajmowali szczególną, silną pozycję. Tam pielęgnowano przywileje cechowe sięgające nawet Średniowiecza⁶⁷. Dopiero ustawodawstwo 1859 roku wprowadziło wolność przemysłową. Cechy sprowadzone zostały do korporacji niosących pomoc wzajemną i reprezentujących interesy skupionych w nich rzemieślników na zewnątrz. W zaborze pruskim weszły w życie przepisy z 1731 r., a potem stopniowo przepisy z 1810 roku, znoszące dawne przywileje cechowe i liberalizujące przemysł.

4. WSPÓŁCZESNE REGULACJE NORMATYWNE WOLNOŚCI GOSPODARCZEJ

Konstytucja uchwalona po odzyskaniu przez Polskę niepodległości w 1918 r. – Konstytucja RP z 17.3.1921 r.⁶⁸, artykuł 99, uznawała prawo własności jako „jedną z najważniejszych podstaw ustroju społecznego i porządku prawnego”. Z kolei art. 101 gwarantował wolność wyboru miejsca zamieszkania i pobytu, wolność wyboru zajęcia i zarobkowania oraz przenoszenia własności. Pojęcie wolności gospodar-

⁶⁵ Ibidem, s. 72.

⁶⁶ Patrz J. Rutkowski, *Historia gospodarcza Polski*, t. II, Poznań 1950, s. 84 i n., 145–146.

⁶⁷ Ibidem, s. 85.

⁶⁸ Dz.U. Nr 44, poz. 267 ze zm.

czej *expressis verbis* nie pojawiło się w Konstytucji, niemniej można było ją wywieść z przywołanych praw⁶⁹. Zauważyć należy, iż prawo własności oraz wyboru zajęcia i zarobkowania określone były jako prawa obywatelskie, nie wolności⁷⁰.

Z kolei Konstytucja RP z 23.4.1935 r.⁷¹ zasadniczo nie gwarantowała żadnych wolności ani praw. Wolność gospodarczą można było wywodzić jedynie z ogólnych przepisów, w tym art. 4 ust. 2, zgodnie z którym Państwo zapewniało społeczeństwu swobodny rozwój, oraz art. 5 ust. 2 Konstytucji, według którego „Państwo zapewnia obywatelom możliwość rozwoju ich wartości osobistych oraz wolność sumienia, słowa i zrzeczeń, a granicą tych wolności jest dobro powszechne” (ust. 3).

Wolność gospodarczą, określoną jako wolność przemysłową, w polskim systemie prawnym faktycznie wprowadzona została rozporządzeniem Prezydenta RP z 7.6.1927 r. o prawie przemysłowym⁷². Rozporządzenie to w art. 3 zagwarantowało wolność prowadzenia przemysłu, gdzie przez przemysł rozumiano „wszelkie zatrudnienie zarobkowe lub przedsiębiorstwo, wykonywane samoistnie i zawodowo, bez względu na to, czy jest ono wytwarzające, przetwarzające, handlowe lub usługowe” (art. 1 rozporządzenia). Jednocześnie wprowadzony został obowiązek zgłoszenia podjęcia działalności (rozpoczęcia prowadzenia przemysłu) władzy przemysłowej I instancji i uzyskania potwierdzenia zgłoszenia⁷³, obowiązek uzyskania koncesji w określonych sferach przemysłu⁷⁴ oraz obowiązek uzyskania licencji w przypadku tzw. przemysłu okrężnego (czyli domokrążnego, definiowanego jako skup i sprzedaż towarów oraz drobne usługi, „jak drutowanie naczyń, naprawianie parasoli, ostrzenie noży, uprawianie szyb”)⁷⁵. Rzemiosło początkowo należało do tzw. przemysłów wolnych, objętych tylko obowiązkiem

⁶⁹ Tak m.in. C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza...*, s. 35, oraz S. Biernat, A. Wasilewski, op. cit., s. 126 i n.

⁷⁰ Co do różnic pomiędzy prawami obywatelskimi a tzw. prawami wolnościowymi zob. B. Banaszak, op. cit., s. 17 i n.

⁷¹ Dz.U. Nr 30, poz. 227.

⁷² Dz.U. Nr 53, poz. 468 ze zm. Szersze omówienie ustawy, zob. T. Bigo, op. cit., s. 48 i n.

⁷³ Władzę przemysłową I instancji stanowili właściwi starostowie, zaś w miastach Warszawie, Łodzi, Wilnie, Poznaniu, Toruniu, Bydgoszczy, Grudziądzu, Katowicach i Królewskiej Hucie zarządy miejskie (art. 131 Rozporządzenia). Władzami przemysłowymi II instancji, powołanymi m.in. do rozpatrywania odwołań od zarządzeń i orzeczeń władz I instancji oraz do wydawania koncesji na określone działalności, byli właściwi wojewodowie, a w przypadku Warszawy – Komisarz Rządu m. st. Warszawy (art. 131).

⁷⁴ Pierwotnie 13 sfer, w 1938 r. już 16.

⁷⁵ Art. 45 i n. Rozporządzenia.

zgłoszenia (art. 141 i n. rozporządzenia). Nowelizacja ustawy z 1934 r.⁷⁶ wprowadziła obowiązek uzyskaniu od władzy przemysłowej I instancji karty rzemieślniczej, która wcześniej wydawana była automatycznie po dokonaniu zgłoszenia i wykazaniu określonych kwalifikacji zawodowych (art. 147). Rozporządzenie to, wielokrotnie nowelizowane, obowiązywało formalnie do 1.1.1973 r.⁷⁷

Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22.7.1952 r.⁷⁸ powołując państwo demokracji ludowej (od 1976 r. państwo socjalistyczne⁷⁹), wprowadziła zasadę gospodarki planowej, opierającej się na przedsiębiorstwach stanowiących własność społeczną (art. 3 pkt 3 Konstytucji PRL). Klasy społeczne, żyjące z wyzysku robotników i chłopów (kapitaliści) miały zostać „ograniczone, wyparte i zlikwidowane” przez Polskę Ludową, co podkreślone było już na wstępie w preambule (likwidacja ustroju określanego jako „kapitalistyczno-obszarniczy”). Państwo nie uzyskało wyłączności własności, jednakże uspołecznione środki produkcji, wymiany, komunikacji i kredytu stanowiły podstawy życia gospodarczego i rozbudowy państwowego przemysłu socjalistycznego, określanego jako „rozstrzygający czynnik w przekształcaniu stosunków społeczno-gospodarczych” (art. 7 ust. 1). Konstytucja jawnie przyznała państwu jedynie monopol handlu zagranicznego, niemniej faktyczny monopol w innych sferach działalności wynikał z realizacji przepisów szczególnych, jak np. ustawy nacjonalizacyjnej z 1946 r.⁸⁰, oraz z praktyki stosowanej przez administrację państwową względem niepaństwowych przedsiębiorców (tzw. sektora nieuspołecznionego)⁸¹. Formą prowadzenia działalności popieraną przez państwo socjalistyczne była spółdzielczość (art. 11).

Prawo własności, dzielonej na własność indywidualną (własność prywatna środków produkcji, dzielona na własność drobnotowarową i własność kapitalistyczną, art. 12)⁸² oraz osobistą⁸³, formalnie znajdo-

⁷⁶ Ustawa z 10.3.1934 r. o zmianie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 7.6.1927 r. o prawie przemysłowym, Dz.U. Nr 40, poz. 360.

⁷⁷ Rozporządzenie Prezydenta RP Prawo Przemysłowe uchylone zostało ustawą z 8.6.1972 r. o wykonywaniu i organizacji rzemiosła (Dz.U. Nr 23, poz. 164). Patrz co do regulacji prawnej działalności gospodarczej po 1945 r. zob. C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza...*, s. 37 i n., oraz T. Bigo, op. cit., s. 45 i n.

⁷⁸ Dz.U. Nr 33, poz. 232 ze zm.

⁷⁹ Nowelizacja Konstytucji PRL ustawą z 10.2.1976 r. o zmianie Konstytucji PRL (Dz.U. Nr 5, poz. 29).

⁸⁰ Ustawa z 3.1.1946 r. o przejęciu na własność Państwa podstawowych gałęzi gospodarki narodowej (Dz.U. Nr 3, poz. 17).

⁸¹ Por. S. Biernat, A. Wasilewski, op. cit., s. 131.

⁸² Patrz Z. Jarosz, S. Zawadzki, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 1987, s. 188–189.

⁸³ Pojęcie pochodzące z konstytucji ZSRR. Por. Z. Jarosz, S. Zawadzki, ibidem, s. 190.

wało swą ochronę w Konstytucji (art. 12 i 13). Niemniej ochrona ta w praktyce nie była realizowana, szczególnie dotyczyło to własności środków produkcji (określanej jako własność kapitalistyczna)⁸⁴. Jedynie własność osobista (własność środków konsumpcji) obdarzona była całkowitą ochroną, obejmującą prawo dziedziczenia, bez odesłania do ustaw zwykłych.

Ochroną także objęta była własność indywidualnych gospodarstw rolnych (art. 10 ust. 1). Z drugiej zaś strony jednocześnie Konstytucja nakazywała państwu udzielać szczególnego poparcia i pomocy powstającym „na zasadzie dobrowolności” rolniczym spółdzielniom produkcyjnym. Zgodnie z Konstytucją prowadzić to miało do umożliwienia „pracującym chłopom osiągnięcia przełomu w produkcji” i miało być „środkiem do całkowitego usunięcia wyzysku na wsi oraz do szybkiego i znacznego podniesienia jej dobrobytu i kultury”.

Pośród podstawowych praw obywateli ujętych w Konstytucji PRL brak było tak zarówno prawa do własności, jak i wolności gospodarczej. Jedynie art. 72 ust. 1 przyznawał prawo zrzeszania się, w tym w celu rozwoju aktywności gospodarczej „ludu pracującego miast i wsi”. Jednocześnie tworzenie zrzeszeń i udział w zrzeszeniach, których cel lub działalność godziła w ustrój polityczny, społeczny bądź porządek prawny PRL, było zakazane (art. 72 ust. 3).

Po roku 1945 wolność gospodarcza po raz pierwszy wyrażona została w art. 1 ustawy z 23.12.1988 r. o działalności gospodarczej⁸⁵. Zgodnie z tym przepisem podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej stało się wolne i dozwolone każdemu na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. Jednakże jej realizacja stała się możliwa dopiero wraz z nowelizacją Konstytucji Lipcowej, tak więc wraz ze zmianą ustroju w Polsce wprowadzonej ustawą z 29.12.1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej⁸⁶. Ustawa ta z 31.12.1989 r. przyniosła fundamentalne zmiany ustrojowe, w tym uznała w art. 6 Konstytucji zasadę swobody działalności gospodarczej, stanowiąc, iż Rzeczpospolita Polska gwarantuje tę swobodę bez względu na formę własności.

Ustawa z 1988 r. o działalności gospodarczej zastąpiona została ustawą z 19.11.1999 r. Prawo działalności gospodarczej, w której wol-

⁸⁴ Z. Jarosz [w:] Z. Jarosz, S. Zawadzki, *ibidem*, s. 189, zwraca uwagę, że art. 12 Konstytucji PRL „nie wyklucza [...] również możliwości ograniczania i wypierania tej własności, a w perspektywie – nawet całkowitej jej likwidacji”.

⁸⁵ Dz.U. Nr 41, poz. 324 ze zm. Por. C. Kosikowski, *Koncesje i zezwolenia na działalność gospodarczą*, Warszawa 2002, s. 12.

⁸⁶ Dz.U. Nr 75, poz. 444.

ność gospodarcza znalazła swe miejsce w art. 5, zasadniczo stanowiącym powtórzenie wcześniejszego art. 1 ustawy z 1988 r.⁸⁷

Nowa Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej⁸⁸ z 2.4.1997 r.⁸⁹ w art. 20 uznała wolność działalności gospodarczej za jedną z wartości składowych społecznej gospodarki rynkowej, która to gospodarka z kolei określona została jako podstawa ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej⁹⁰. Zgodnie z art. 22 Konstytucji ograniczenia tejszej wolności są dopuszczalne tylko w drodze ustawy (zasada wyłączności ustawy), i tylko ze względu na ważny interes publiczny⁹¹. Tym samym w obowiązującym prawie wolność gospodarcza ujęta jest jako zasada konstytucyjna⁹², wyrażająca szczególne prawo podmiotowe (należące do kategorii tzw. publicznych praw podmiotowych)⁹³ – wolność prawem chronioną o charakterze dwustronnym (indyferentnym)⁹⁴. Realizację tej zasady umożliwiają określone zasady praktyki i reguły interpretacyjne, adresowane do prawodawcy oraz do organów stosujących prawo, w tym za

⁸⁷ Dz.U. Nr 101, poz. 1178 ze zm. Z tym że sformułowanie „podejmowanie i prowadzenie” z art. 1 ustawy z 1988 r. zastąpiono sformulowaniem „podejmowanie i wykonywanie” w art. 5 ustawy z 1999 r.

⁸⁸ O pracach nad Konstytucją RP oraz o różnych jej projektach zob. H. Suchocka, *Konstytucyjne podstawy ustroju gospodarczego*, RPEiS 1995, z. 2, s. 99 i n., Z. Czerwiński, *Problematyka gospodarcza w projektach Konstytucji RP*, RPEiS 1995, z. 2, s. 29 i n., oraz R. Chruściak, W. Osiatyński, *Tworzenie konstytucji w Polsce w latach 1989–1997*, Warszawa 2001 (szczególnie s. 190 i n.).

⁸⁹ Dz.U. Nr 78, poz. 483.

⁹⁰ Por. W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Zakamycze 2000, s. 31. Nadto zob. S. Majkowski, *Wolność gospodarcza w konstytucji*, GP 1997, nr 48, s. 38–39, K. Sobczak, *Gospodarka w ujęciu konstytucyjnym*, PUG 1997, nr 12, s. 2 i n., W. Kubala, *Zasady ogólne podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej*, „Radca Prawny” 2000, nr 3, s. 6 i n., M. Krzyszcak, *Ograniczenia w wolności działalności gospodarczej*, GP 2001, nr 8, s. 12, J. Kędzior, *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego a dopuszczalne konstytucyjne ograniczenia wolności działalności gospodarczej*, „Głosa”, 2001, nr 10, s. 28 i n.

⁹¹ J. Oniszczyk (*Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Zakamycze 2000, s. 221), pisze, że wolność działalności gospodarczej znajduje swoje uregulowanie w art. 22 Konstytucji. Niemniej podstawowym przepisem Konstytucji uznającym wolność gospodarczą jest art. 20. Tak też W. Skrzydło, op. cit., s. 31 i 33.

⁹² Na temat zasad i reguł prawnych, zob. S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawne. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974; T. Gizbert-Sudnicki, *Zasady i reguły prawne*, PiP 1988, nr 3, s. 16 i n., oraz R. Dworkin, op. cit.

⁹³ Szerzej na temat koncepcji praw podmiotowych zob. A. Gintowt, *Problematyka prawa podmiotowego na tle Konstytucji RP [w:] Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Konstytucja*, pod red. A. Bator, Wrocław 1999, s. 181 i n.

⁹⁴ Zob. J. Ciapała, *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*, RPEiS 2001, z. 4, s. 17.

najważniejsze należy uznać zasady *quod lex non prohibet licitum est*⁹⁵ oraz *in dubio pro libertate*⁹⁶. Konsekwencją wolności prawnie chronionej jest możliwość podejmowania przez podmiot, któremu wolność przysługuje, wszelkich działań prawnie indyferentnych, zaś wszystkie pozostałe podmioty powinny powstrzymać się od ingerencji (zachowanie bierne)⁹⁷. Wolność gospodarcza przysługująca jednostkom ze szczególną siłą wiąże państwo i jego administrację. Sprzeczne z wolnością jest stanowienie tak zarówno przepisów (rangi ustawowej i niższego rzędu) arbitralnie ograniczających czy wręcz likwidujących wolność, jak i też utrudniających jej realizację poprzez nadmiernie rozbudowany system reglamentacji (tzw. sprzeczność prakseologiczna)⁹⁸. Sprzeczna z wolnością jest nadto jakakolwiek ingerencja Państwa w sferę gospodarczą bez szczególnego uzasadnienia. Niezwykle cenna w tym zakresie jest wypracowana przez polski Trybunał Konstytucyjny i doktrynę zasada proporcjonalności, wywodząca się rodem z orzecznictwa i doktryny Unii Europejskiej (*principle of proportionality*)⁹⁹.

W powyższym znaczeniu wolność gospodarczą można uznać za konstrukcję porządku prawnego, z której bezpośrednio wynika zasada domniemania swobody podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej¹⁰⁰.

Wolność gospodarcza nie jest jednakże wolnością absolutną, nienaruszalną¹⁰¹. Tak też traktuje wolność gospodarczą Konstytucja RP,

⁹⁵ Zob. W. Kubala, *Wolność gospodarcza i jej ograniczenia...*, s. 4.

⁹⁶ Tak Sąd Najwyższy w uchwale z 10.1.1990 r., sygn. III.CZP.97/89 (OSN z 1990 r., z. 6, poz. 74).

⁹⁷ J. Ciapała, *op.cit.*, s. 25 i 29.

⁹⁸ *Ibidem*, s. 17.

⁹⁹ Zob. szerzej na temat zasady proporcjonalności: K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie...*, s. 4 i n., L. Garlicki, *Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, PiP 2001, nr 10, s. 18–20, oraz orzeczenia TK: z 26.4.1995 r., sygn. K.11/94 (OTK z 1995 r., nr 1, poz. 12), oraz z 9.1.1996 r., sygn. K.18/95 (OTK z 1996 r., nr 1, poz. 1). W Unii Europejskiej zob. przede wszystkim sprawę 120/78 *Rewe-Zentrale v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)* [1979] ECR 649, oraz sprawę 114/76 *Bela Mühle v. Grows-Farm (Skimmed-Milk Powder)* [1977] ECR 1211. Por. S. Weatherill, P. Beaumont, *EC Law. The essential guide to the legal workings of the European Community*, London–New York–Ringwood–Toronto–Auckland 1993, s. 225–226, oraz 430 i n. Zasada proporcjonalności ostatnio znalazła swe miejsce w nowej Konstytucji Federalnej Konfederacji Szwajcarskiej z 1999 r., art. 5 ust. 2, gdzie stanowi element zasady praworządności. Zob. *Konstytucja Federalna Konfederacji Szwajcarskiej*, tłum. i wstęp Z. Czeszejko-Sochacki, Warszawa 2000, s. 43.

¹⁰⁰ Tak S. Biernat, *op. cit.*, s. 10, oraz C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza...*, s. 30, i *Prawo działalności gospodarczej...*, s. 34.

¹⁰¹ Jedyną wolnością nienaruszalną w polskiej Konstytucji jest godność człowieka (art. 30 Konstytucji RP). Nienaruszalność określonych praw i wolności może wynikać

gdzie stanowi ona podstawę społecznej gospodarki rynkowej (nie gospodarki wolnorynkowej), obok solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych¹⁰². Tak więc już na szczeblu konstytucyjnym w konstrukcję wolności gospodarczej niejako wmontowane zostało założenie, iż państwo może władczo i bezpośrednio ingerować w gospodarkę, z uwzględnieniem natomiast wszelkich ograniczeń, w tym zawartych w art. 22 i 31 ust. 3 Konstytucji¹⁰³.

Tak jak w Polsce wolność gospodarcza uznana jest wraz z gwarancjami ochrony w konstytucjach: Norwegii z 1814 r. (§ 101)¹⁰⁴, Szwecji z 1974 r. (prawo do prowadzenia działalności gospodarczej i do wykonywania zawodu, Rozdział II Podstawowe Prawa i Wolności, § 20)¹⁰⁵, Grecji z 1975 r. (art. 5 ust. 1), Hiszpanii z 1978 r. (art. 38)¹⁰⁶, Włoch z 1947 r. (art. 41 zd. pierwsze)¹⁰⁷, Szwajcarii z 1999 r. (art. 27 oraz art. 94 ust. 1)¹⁰⁸ oraz w izraelskiej Ustawie Zasadniczej o Wolności Zawodowej z 1994 r. (prawo do wykonywania dowolnego zajęcia, zawodu i działalności gospodarczej, art. 3)¹⁰⁹.

także z przepisów prawa międzynarodowego (tak w przypadku zakazu tortur i okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania i karania z art. 40 Konstytucji RP). Zob. L. Garlicki, op. cit., s. 8.

¹⁰² Zob. szerzej na temat dopuszczalnych ograniczeń wolności gospodarczej w świetle orzecznictwa polskiego Trybunału Konstytucyjnego J. Oniszczyk, op. cit., s. 221 i n.

¹⁰³ Zob. L. Garlicki, op. cit., s. 6 i n., oraz J. Ciapała, op. cit., s. 23.

¹⁰⁴ Zob. *Konstytucja Królestwa Norwegii*, wstęp i tłum. J. Osiński, Warszawa 1996, s. 50.

¹⁰⁵ *Konstytucja Królestwa Szwecji*, tłum. K. Dembiński, M. Grzybowski, wstęp M. Grzybowski, Warszawa 2000, s. 32.

¹⁰⁶ Por. C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim...*, s. 41–42, oraz S. Biernat, A. Wasilewski, op. cit.

¹⁰⁷ Zob. *Konstytucje Finlandii, Włoch, Niemieckiej Republiki Federalnej i Francji. Zbiór tekstów pod redakcją A. Burdy i M. Rybickiego*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk, 1971, s. 166.

¹⁰⁸ Poprzednia Konstytucja Konfederacji Szwajcarskiej z 1848 r. w art. 31 ust. 1 także gwarantowała wolność gospodarczą. Obecnie wolność gospodarcza traktowana jest jako prawo podstawowe, i obejmuje tak zarówno wolność wyboru zawodu, jak i wolność prowadzenia działalności gospodarczej (art. 27 ust. 2). Co więcej, zasada wolności gospodarczej uznana jest także w art. 94 Konstytucji jako zasada ustroju gospodarczego. Zob. *Konstytucja Federalna Konfederacji Szwajcarskiej*, oraz *Konstytucje Wielkiej Brytanii, Stanów Zjednoczonych, Belgii, Szwajcarii. Zbiór tekstów pod redakcją Andrzeja Burdy i Mariana Rybickiego*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk, 1970, s. 238.

¹⁰⁹ Na izraelską konstytucję składa się aktualnie 12 ustaw zasadniczych, w tym m.in. Deklaracja Niepodległości Państwa Izrael z 1948 r., Ustawa Zasadnicza o Knesecie z 1958 r., Ustawa Zasadnicza o Prezydencie Państwa z 1964 r., Ustawa Zasadnicza o Rządzie z 1992 r. (poprzedna z 1968 r.), Ustawa Zasadnicza o Gospodarce Finansowej Państwa z 1975 r., Ustawa Zasadnicza o Wolności Zawodowej z 1994 r. itd. Zob. *Konstytucja Państwa Izrael*, tłum. i wstęp K. Wojtyczek, Warszawa 2001.

Konstytucje innych państw gwarantują tylko wolność zawodu, w tym m.in. konstytucja Belgii z 1831 r. (prawo do pracy i do swobodnego wyboru aktywności zawodowej)¹¹⁰, Austrii z 1920 r. (wolność zarobkowania, art. 6), Niemiec z 1947 r. (wolność wyboru zajęcia, art. 12 ust. 1), Danii z 1953 r. (wolny i równy dostęp do zawodu, § 74)¹¹¹ czy kanadyjski Akt Konstytucyjny z 1982 r. (prawo do uzyskiwania środków na utrzymanie, art. 6 ust. 2 lit. b)¹¹².

Brak uznania wolności gospodarczej czy wolności zawodu m.in. w konstytucji Holandii (Królestwa Niderlandów; konstytucja gwarantuje tylko i wyłącznie prawo do swobodnego wyboru miejsca pracy – art. 19 ust. 3)¹¹³, Finlandii z 1919 r.¹¹⁴ i Francji z 1958 r.¹¹⁵

W krajach anglosaskich wolność gospodarcza nie jest zaliczana do wolności podstawowych (*fundamental and basic liberties*), spośród których wymienia się m.in. wolność osobistą (*freedom of person*), własność (*freedom of property*), wolność słowa (*liberty of expression, freedom of speech*), równość (*equality*), wolność religijną (*freedom of religion*), prawo do głosowania (*right to vote*), prawo do prywatności (*right to privacy*), prawo do sądu z ławą przysięgłych (*right of trial by jury*), wolność prasy (*freedom of the press*), itd.¹¹⁶ Co należy podkreślić, zamiennie używa się terminów: *right* (prawo), *liberty* czy *freedom* (wolność). W Stanach Zjednoczonych pierwotnie prawami podstawowymi określano prawa zawarte w Karcie Praw (*Bill of Rights*), tj. w pierwszych dziesięciu Poprawkach do Konstytucji z 1789 r. (ratyfikowanych przez wszystkie Stany ostatecznie w dniu 15 grudnia 1791 r.)¹¹⁷. Takie

¹¹⁰ Zob. *Konstytucja Królestwa Belgii*, wstęp i tłum. W. Skrzydło, Warszawa 1996, s. 25.

¹¹¹ *Konstytucja Królestwa Danii*, tłum. i wstęp M. Grzybowski, Warszawa 2002, s. 59.

¹¹² Na Konstytucję Kanady składają się dwa akty: Akt Konstytucyjny z 1867 r., regulujący urząd państwa, oraz Akt Konstytucyjny z 1982 r., zawierający między innymi rozdział zatytułowany Kanadyjska Karta Praw i Wolności. Prawo do uzyskiwania środków na utrzymanie, art. 6 ust. 2 lit. b, ujęte jest jako element prawa do przemieszczania się (art. 6). *Konstytucja Kanady*, wstęp i tłum. J. Osiński, I. Zawisłańska, Warszawa 1998, s. 95.

¹¹³ *Konstytucja Królestwa Holandii*, tłum. i wstęp A. Głowacki, Warszawa 2003, s. 36–37.

¹¹⁴ *Konstytucje Finlandii, Włoch...*, 38 i n.

¹¹⁵ Ibidem, s. 363 i n.

¹¹⁶ S. S. Ulmer, *Supreme Court Policymaking and Constitutional Law*, New York 1986, s. 405 i n. oraz 426–427.

¹¹⁷ J. A. Sigler, A. P. Blaustein, B. Fein, *Constitutions of the countries of the world. USA*, New York 1990, s. 12. Na temat katalogu głównych fundamentalnych praw (*principal fundamental rights*) w Amerykańskiej Konstytucji zob. *The Rule of Law in the*

rozumienie praw podstawowych prezentował m.in. James Madison, Prezydent Stanów Zjednoczonych (w latach 1809–1817) i jeden z tzw. Ojców Założycieli (*Founding Fathers*)¹¹⁸. Od samego też początku prawa podstawowe miały charakter obronny (negatywny) w stosunku do państwa i jego organów¹¹⁹. Na uwagę zasługuje zawarcie wolności przemysłowej w amerykańskiej Deklaracji Praw Człowieka z 4 .7.1776 r. Deklaracja ta jednakże nigdy nie uzyskała mocy obowiązującego prawa¹²⁰. Współcześnie w amerykańskiej doktrynie prawa fundamentalne rozumiane są zasadniczo jako prawa polityczne, czyli te, które „naruszane są przez przepisy ograniczające procesy polityczne, które w normalnych warunkach doprowadzić mogą do uchylenia niepożądanego prawa”¹²¹.

W Wielkiej Brytanii z kolei brak jest konstytucji pisanej, a tym samym brak jest konstytucyjnej gwarancji jakichkolwiek wolności i praw¹²². W brytyjskiej literaturze zwraca się uwagę, iż „wolność jest konsekwencją nie jakiegokolwiek prawa stanowionego czy instytucji, ale świadomości (stanu umysłu – *attitude of mind* – E. K.). Prawo może być łamane, a instytucje obalone. Ludzie mogą być zniewoleni, ale nikt nie może ich zmusić do bycia wolnymi. Ludzie stają się wolni, ponieważ pragną wolności, i pozostają wolni, ponieważ tego chcą”¹²³. Stąd koncepcja wolności obywatelskich (*citizens' liberties*) jako instytucji uzupełniającej (*residual concept*)¹²⁴, z której bezpośrednio wynika zasada, iż wolno robić wszystko co nie jest zakazane przez prawo i nie godzi w prawa innych osób (*the citizen may go where he pleases, and do or say what he pleases, provided he does not commit a criminal offence or infringe the rights of others*). W tym tradycyjnym ujęciu cały ciężar realnej ochrony wolności spoczywa na środkach ochrony prawnej przysługujących obywatelom (*remedies*), niezawisłych sądach orzekających na podstawie *common law*¹²⁵ oraz na procedurach politycznych (*politi-*

United States. A Statement by the Committee to Cooperate with the International Commission of Jurists, The Hague–New York, 1958, s. 31 i n.

¹¹⁸ S. S. Ulmer, op. cit., s. 405.

¹¹⁹ Ibidem, s. 396.

¹²⁰ Zob. T. Bigo, op. cit., s. 46.

¹²¹ Tak Prezes amerykańskiego Sądu Najwyższego sędzia Harlan Stone w uzasadnieniu wyroku w sprawie *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152N (1938).

¹²² E. C. S. Wade, G. Godfrey Phillips, *Constitutional and administrative law*, Ninth Edition, London 1979, s. 441.

¹²³ W. Ivor Jennings, *The British Constitution*, Fifth Edition, Cambridge 1966, s. 203.

¹²⁴ Zob. E. C. S. Wade, G. Godfrey Phillips, op.cit., s. 441, na co zwracają też uwagę S. Biernat i A. Wasilewski, op. cit., s. 34.

¹²⁵ Do instytucji sądowych (*judicial institutions*) w Wielkiej Brytanii zalicza się także sądy administracyjne (*administrative tribunals*) oraz organy sądowe (dyscypli-

cal process), powstrzymujących Parlament przez nadaniem władzy wykonawczej uprawnień godzących w wolności obywatelskie¹²⁶. Zwrócić należy jednak uwagę, że to właśnie w Wielkiej Brytanii idea wolnego handlu rozwinęła się najwcześniej i zyskała ochronę na gruncie *common law*. W Wielkiej Brytanii wolności obywatelskie uznawane były już od XVII w. jako prawa przyrodzone (*birthrights*). Zbiór tych praw stanowi część niepisanej konstytucji Królestwa, zawierającej prawa fundamentalne (*fundamental rights*) przysługujące obywatelom przeciwko Królowi, a nawet Parlamentowi, w razie nadużywania przez nich władzy. W praktyce ochrona tych praw, jak już wielokrotnie podkreślono, należała do *common law*¹²⁷.

W Unii Europejskiej wolność gospodarcza traktowana jest, głównie za sprawą orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (*European Court of Justice*), jako prawo podstawowe (*fundamental right, Grundrechte*), tak więc element prawa Wspólnoty, a nie tylko jako prawo czy wolność uznawaną w systemach prawnych poszczególnych państw członkowskich¹²⁸. Zwrócić uwagę należy, iż wolność gospodarcza w Unii raz jest określana jako „prawo” (*right*), raz zaś jako wolność (*liberty, freedom*)¹²⁹. Nie wpływa to niemniej w żaden sposób na jej ochronę prawną.

W chwili obecnej wolność gospodarcza jako prawo podstawowe i wolność (*freedom*) znalazła swe miejsce w projekcie Traktatu Ustanawiającego Konstytucję dla Europy (*Draft Treaty establishing a Constitution for Europe*), przyjętej przez Konwent Europejski 10.6. i 10.7.2003 r.,

narne) stowarzyszeń oraz organizacji zawodowych (*domestic tribunals*). Zob. szerzej na ten temat W. A. Robson, *Justice and Administrative Law. A Study of the British Constitution*, London 1951, s. 89 i n.

¹²⁶ Por. E. C. S. Wade, G. Godfrey Phillips, op.cit., s. 441–442, oraz W. Ivor Jennings, op. cit., s. 206 i n., który sam przyznaje, iż pewne instytucje są konieczne dla zabezpieczenia wolności, w tym wymienia on przede wszystkim niezawisłe sądownictwo (*honest and impartial administration of justice*), równość wobec prawa (*impartiality of laws*) oraz środki procesowe ochrony prawnej (*remedies*).

¹²⁷ Zob. L. S. O'Melinn, *The American Revolution and Constitutionalism in the Seventeenth-Century West Indies*, „Columbia Law Review” 1995, nr 1, s. 105 i 115.

¹²⁸ Tak w wyroku ETS z 12.11.1969 r. w sprawie 29/69, *Stauder v. Stadt Ulm*, [1969] ECR 419, oraz w sprawie 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] ECR, s. 1161. Por. S. Biernat, A. Wasilewski, op. cit., s. 184 i n.

¹²⁹ Pojawiające się w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości terminy to: *economic liberty, freedom to pursue a trade of profession, freedom of trade, freedom to pursue any lawful activity, economic freedom, right to engage in economic activity, freedom to pursue the business activity*, itd. Zob. S. Biernat, A. Wasilewski, op. cit., s. 198–199.

przedłożonego Prezydentowi Rady Europejskiej w Rzymie 18.7.2003 r.¹³⁰ Część druga projektu Traktatu Konstytucyjnego Europy zatytułowana „Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej”, Tytuł II „Wolności”, w art. II-16 uznaje swobodę prowadzenia działalności gospodarczej (ang. *freedom to conduct a business*, franc. *liberté d'entreprise*, niem. *die unternehmerische Freiheit*) zgodnie z prawem Unii oraz prawem krajowym i krajową praktyką.

Według Cezarego Kosikowskiego treścią wolności gospodarczej w prawie Unii Europejskiej objęte są także podstawowe swobody: przepływu towarów, usług, osób i kapitału¹³¹. Prawdą jest, że niemożliwe byłoby zrealizowania wolności gospodarczej w Unii, na szczeblu unijnym (transgranicznym) bez tychże swobód. Mają więc one charakter niejako komplementarny. Wspólne też mają zadania, którymi są otwarcie granic państw członkowskich (art. 3 ust. 1 pkt a), pełne umożliwienie dostępu do rynków połączone z ochroną niezakłóconej (*not distorted*) konkurencji (art. 3 ust. 1 pkt c i g Traktatu Rzymskiego), oraz realizacja zasady narodowego traktowania¹³². Wszystkie oparte są na tych samych zasadach („*they are based on the same principles*”¹³³). Dlatego w literaturze podnosi się, iż wszystkie swobody „znajdują się w ścisłym, systematycznym związku”¹³⁴.

Traktat o Utworzeniu Wspólnoty Europejskiej (*Treaty Establishing the European Community*)¹³⁵ ustanawia w art. 43 (dawny art. 52) swobodę zakładania przedsiębiorstw (*right of establishment*) oraz w art. 49 (dawny art. 59) swobodę świadczenia usług (*freedom to provide services*). Zakresem przedmiotowym swobody zakładania przedsiębiorstw objęte jest prawo do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, określane jako prawo do prowadzenia działalności na zasadzie samozatrudnienia (*as selfemployed person*) oraz do zakładania i prowadzenia przedsiębiorstw (*to set up and manage undertakings*)¹³⁶. Prawo

¹³⁰ Projekt przedstawiony przez Przewodniczącego Konwentu w sprawie przyszłości Europy – Valéry Giscard d'Estaing. Konwent powołany został decyzją Rady Europejskiej w Laeken w grudniu 2001 r. Tekst projektu, w tym w języku polskim na stronie internetowej: <http://europa.eu.int/futurum/constitution>.

¹³¹ C. Kosikowski, *Gospodarka i finanse publiczne...*, s. 154.

¹³² Zob. S. Weatherill, P. Beaumont, op. cit., s. 507.

¹³³ Orzecznictwo ETS w sprawie 48/75 *Procureur du Roi v. Royer*, [1976] ECR 497. Patrz D. Wyatt, A. Dashwood, *European Community Law*, London 1993, s. 288.

¹³⁴ W.-H. Roth [w:] M. A. Daus (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 1999, s. 411.

¹³⁵ Dawny Traktat o ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą, podpisany 25.3.1957 r. w Rzymie.

¹³⁶ Stąd w literaturze tłumaczy się „swobodę zakładania przedsiębiorstw” (*right of establishment*) jako swobodę prowadzenia działalności gospodarczej. Tak M. A. Daus, op. cit., s. 411 i n.

do zakładania i prowadzenia przedsiębiorstwa rozdzielone jest na swobodę pierwotną (*primary establishment*), polegającą na możliwości założenia i prowadzenia przedsiębiorstwa (podjęcia wykonywania działalności gospodarczej) w dowolnie wybranym miejscu, oraz na swobodę wtórną (*secondary establishment*)¹³⁷, oznaczającą prawo do prowadzenia działalności poza głównym zakładem w formie agencji, filii czy oddziału (*agencies, branches, subsidiaries*)¹³⁸. Swoboda zakładania przedsiębiorstw wiąże się z działalnością gospodarczą, definiowaną jednakże jako działalność zarobkowa, której celem wcale nie musi być osiągnięcie zysku. Decydującym elementem zakwalifikowania danej działalności do działalności gospodarczej jest odpłatność. Stąd do działalności gospodarczej zaliczyć można działalność w dziedzinie sportu zawodowego¹³⁹, kultury (w tym praca twórcza kompozytorów, pisarzy i malarzy) czy kultu religijnego, o ile usługi świadczone są odpłatnie. Tym samym działalność charytatywna nie jest objęta swobodą zakładania przedsiębiorstw. Dalej, przedmiotowo swobodą objęte jest rolnictwo, rybołówstwo, działalność radiowa i telewizyjna, wolne zawody¹⁴⁰, rzemiosło, nabywanie zorganizowanej części przedsiębiorstwa czy nabywanie akcji czy udziałów prowadzące do przejścia kontroli nad daną spółką¹⁴¹.

Podmiotowo swoboda zakładania przedsiębiorstw w Unii obejmuje tak zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne (określane jako „spółki i firmy” – *companies or firms*)¹⁴². Także inne podmioty, bez względu na formę prawną, obdarzone są swobodą, w tym spółki bez osobowości prawnej (pomimo iż Traktat Rzymski o nich nie wspomina), gminy,

¹³⁷ Por. D. Wyatt, A. Dashwood, op. cit., s. 280.

¹³⁸ Art. 43 zd. 1 *in fine*. Pojęcie oddziału rozumiane jest bardzo szeroko, obejmując np. magazyny czy biura dystrybucyjne. Zob. W.-H. Roth [w:] M. A. Dausés, op. cit., s. 420–421, 424.

¹³⁹ Nie sportu amatorskiego. Zob. m.in. orzeczenia ETS: w sprawie 36/74 *Walrave and Koch v. Association Union Cyclistes Internationales* [1974] ECR 1405, w sprawie 13/76 *Dona v. Montero* [1976] ECR 1333, oraz w sprawie 222/86 *Union National des Entraîneurs et Cadres Techniques Professionnels du Football v. Georges Heylens* [1987] ECR 4097. Zob. D. Lasok, *Law and Institutions of European Union*, London–Dublin–Edinburgh 1994, s. 454–455.

¹⁴⁰ Wiele orzeczeń ETS poświęconych jest swobodnemu wykonywaniu wolnych zawodów w krajach członkowskich. Zob. m.in. S. Weatherill, P. Beaumont, op. cit., s. 508 i n.

¹⁴¹ Zob. W.-H. Roth [w:] M. A. Dausés, op. cit., s. 415–416 oraz 426–427.

¹⁴² Art. 48 zd. 2 (dawny art. 58) definiuje spółki i firmy jako podmioty utworzone zgodnie z prawem cywilnym bądź handlowym (*under civil or commercial law*), w tym spółdzielnie (*cooperative societies*) oraz inne osoby prawne utworzone zgodnie z prawem publicznym bądź prywatnym, poza organizacjami społecznymi (*save for those which are non-profit making*).

państwo¹⁴³, korporacje i zakłady prawa publicznego, kraje związkowe w państwach federalnych¹⁴⁴. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzecznictwie definiuje pojęcie przedsiębiorstwa (*undertaking*) niezwykle szeroko jako „każdą jednostkę zaangażowaną w działalność gospodarczą, bez względu na jej formę prawną i sposób finansowania” (sprawa Höfner)¹⁴⁵.

Z kolei swoboda świadczenia usług (*freedom to provide services*), wyrażona w art. 49 (dawny art. 59) Traktatu Rzymskiego, ma charakter niejako wtórny w stosunku do swobody zakładania przedsiębiorstw¹⁴⁶. Same pojęcie usług rozumiane jest przez Traktat bardzo szeroko. Zgodnie z art. 50 (dawny art. 60) usługi to odpłatnie prowadzona działalność o charakterze przemysłowym, handlowym, w zakresie rękodzieła (rzemiosła – *activities of craftsmen*) oraz działalność w zakresie wolnych zawodów (*professions*). Wolnością objęte jest czasowe (*temporarily*) świadczenie usług na terenie danego państwa członkowskiego bez ustanawiania tam formalnej siedziby czy miejsca wykonywania działalności, o ile działalność ta nie wiąże się ze sferą swobody przepływu towarów, kapitału czy osób (zasada subsydiarności, art. 50 zd. 1 Traktatu Rzymskiego). Usługi winne być, jako cechy konieczne, wykonywane samodzielnie i odpłatnie.

Zarówno ze swobodą świadczenia usług, jak i zakładania przedsiębiorstw, wiążą się nierozłącznie tzw. prawa towarzyszące, w tym prawo usługodawcy do wjazdu i pobytu, rozciągnięte na członków rodziny usługodawcy, prawo do pozostania na terytorium państwa członkowskiego po zakończeniu działalności (*right to remain*), itd.¹⁴⁷

Podmiotowo swoboda świadczenia usług obejmuje tak zarówno osoby fizyczne, jak i spółki posiadające osobowość prawną czy bez osobowości. Przedmiotowo zakres swobody jest szeroki, obejmując usługi turystyczne, budownictwo, wynajem lokali, działalność leasingową, usługi finansowe, reklamowe, doradztwo, usługi wolnych zawodów (lekarzy, prawników, architektów, itd.). Ponadto swoboda dotyczy wszelkich czynności pobocznych związanych ze świadczeniem danych usług,

¹⁴³ O ile mogą one, tj. gminy czy państwo, prowadzić w danym systemie prawnym działalność gospodarczą.

¹⁴⁴ Zob. W.-H. Roth [w:] M. A. Dausies, op. cit., s. 429.

¹⁴⁵ *The concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed.* Orzeczenie w sprawie C-41/90 *Klaus Höfner, Fritz Elser v. Macroton GmbH (Höfner)*, [1979] ECR I-58, 59, 62.

¹⁴⁶ Patrz W.-H. Roth [w:] M. A. Dausies, op. cit., s. 412.

¹⁴⁷ *Ibidem*, s. 450–451. Naddo D. Lasok, op. cit., s. 456, oraz D. Wyatt, A. Dashwood, op. cit., s. 281 i n.

jak przygotowania do wykonania usługi, zaangażowanie personelu, maszyn, środków transportu, materiałów¹⁴⁸.

Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości przypadki świadczenia usług przez podmioty mające swą stałą siedzibę w jednym państwie w całości bądź w części na rzecz odbiorców na terytorium innego państwa członkowskiego objęte są swobodą zakładania przedsiębiorstw. Tak więc jeżeli działalność usługowa danego podmiotu koncentruje się zasadniczo w jednym tylko państwie członkowskim (ale innym od kraju siedziby), to w grę wchodzi swoboda zakładania przedsiębiorstw, nie świadczenia usług. Podobnie w przypadku, gdy dany podmiot świadczy usługi poprzez swoją filię czy oddział¹⁴⁹.

Co wymaga podkreślenia, powyższe swobody dotyczą także sfer bezpośrednio nie związanych z działalnością gospodarczą, w tym ze świadczeniem usług, jak regulacji prawnych nabywania nieruchomości, czynszów za lokale mieszkalne i użytkowe, zaciągania kredytów, pożyczek oraz innych instrumentów finansowych. Regulacje te badane są pod kątem zasady narodowego traktowania i niedyskryminacji¹⁵⁰.

5. PODSUMOWANIE

Idea wolności gospodarczej rodowodem swym sięga zasadniczo wieku XVII i XVIII. Wtedy to prekursorzy ekonomii klasycznej – Richard Cantillon, William Petty, John Locke, Dudley North, Nicolas Barbon, Josiah Tucker, oraz później francuscy fizjokraci, postulowali jej realizację przez współczesne im państwo. W sposób najpełniejszy i nieskrępowany wolność gospodarcza miała miejsce w wieku XIX w Europie i Ameryce Północnej. Do dnia dzisiejszego uznawana jest za podstawę ustrojową gospodarki narodowej nowoczesnego, liberalnego państwa.

Pierwsze regulacje prawne wprowadzające w życie wolność gospodarczą to francuskie edykty A. R. J. Turgota z 13.9. 1774 r. oraz Allarde'a z 2–17.3.1791 r., dekrety austriackiego cesarza Józefa II z lat 1776–1790, oraz austriacki patent cesarski z 20.12.1859 r. w sprawie prawa przemysłowego (*Gewerbeordnung*).

¹⁴⁸ Zob. W.-H. Roth [w:] M. A. Dausés, op. cit., s. 451.

¹⁴⁹ Ibidem, s. 421–422.

¹⁵⁰ Zob. ibidem, s. 451.

Na szczeblu konstytucyjnym wolność gospodarcza znajdowała swą ochronę po raz pierwszy we francuskich konstytucjach z 1793 r. oraz z 1848 r., w konstytucji Królestwa Wirtembergii z 1819 r., konstytucji frankfurckiej z 1849 r., austriackiej konstytucji z 3.3.1849 r. oraz w późniejszej konstytucji z 21.12.1867 r. (Państwowa Ustawa Zasadnicza)¹⁵¹.

W Polsce wolność gospodarcza wprowadzona została w okresie międzywojennym rozporządzeniem Prezydenta RP z 7.6.1927 r. o prawie przemysłowym, które tylko formalnie obowiązywało do 1.1.1973 r.

Po zmianie w Polsce ustroju w 1989 r. wolność gospodarcza zagwarantowana została przez art. 6 znowelizowanej Konstytucji Lipcowej z 1952 r. oraz ustawę z 23.12.1988 r. o działalności gospodarczej, a następnie znalazła swą ochronę w nowo uchwalonej Konstytucji RP z 1997 r. Także nowe Prawo działalności gospodarczej z 19.11.1999 r. uznaje wolność działalności gospodarczej.

Tak jak w Polsce, wolność gospodarcza znajduje swoją ochronę na szczeblu konstytucyjnym oraz ustawowym, bądź tylko ustawowym, w innych państwach demokratycznych, w tym w Unii Europejskiej na poziomie ponadnarodowym.

W rezultacie stwierdzić należy, iż wolność gospodarcza tak zarówno w Polsce, jak i w innych państwach demokratycznych, z reguły stanowi zasadę konstytucyjną, sankcjonującą szczególne prawo podmiotowe (publiczne prawo podmiotowe), wolność prawem chronioną o charakterze dwustronnym (indyferentnym). Podkreślenia wymaga wolnościowy rodowód wolności gospodarczej, albowiem z niego wynika, iż przynależy ona człowiekowi od urodzenia, stanowiąc jego niezbywalne prawo naturalne. Tak więc rola prawa pozytywnego polegać może tylko na jej uznaniu i ustanowieniu prawnych gwarancji ochrony.

Podkreślenia wymaga nadto, iż zakresem przedmiotowym pojęcia wolności gospodarczej objąć należy wolność w podejmowaniu działalności gospodarczej, jej wykonywaniu oraz także zakończeniu. Odrębne objęcie zakresem wolności gospodarczej także zakończenia działalności nabiera szczególnego znaczenia w przypadku niektórych, specyficznych sektorów, jak np. w Polsce sektora energetycznego¹⁵².

Wolności gospodarczej nie można traktować jako wolności absolutnej, nienaruszalnej. Tak też wolność gospodarczą traktuje Konstytucja RP, zgodnie z którą wolność gospodarcza stanowi jedną z wielu

¹⁵¹ S. Biernat, A. Wasilewski, op. cit., s. 11.

¹⁵² Zob. art. 40 ust. 1 ustawy z 10.4.1997 r., t.j. Dz.U. z 2003 r., Nr 153 poz. 1504 ze zm., zgodnie z którym Prezes Urzędu Regulacji Energetyki w imię interesu społecznego może nakazać przedsiębiorstwu energetycznemu, pomimo wygaśnięcia koncesji, dalsze prowadzenie działalności objętej koncesją przez okres do 2 lat.

podstaw społecznej gospodarki rynkowej. W konsekwencji mówić możemy o systemie ograniczonej wolności gospodarczej, w którym interwencjonizm państwowy oraz reglamentacja stanowią nieodłączne elementy¹⁵³. Problem więc polega na odpowiednich proporcjach pomiędzy wolnością a jej ograniczeniami. Bez wątplenia uznanie w Konstytucji RP wolności gospodarczej jako suwerennej zasady ustroju gospodarczego państwa (szczególnie w specjalnym rozdziale Konstytucji poświęconym gospodarce państwa) mogłoby w sposób wyraźniejszy ustalić właściwe proporcje pomiędzy wolnością gospodarczą a jej ograniczeniami, tak ażeby żadnej wątpliwości nie ulegało, że to wolność gospodarcza stanowi podstawową wartość, a wszelkie od niej odstępstwa winny być wprowadzane ze szczególną ostrożnością, tylko w przypadkach definitywnie koniecznych, gdy w inny, niereglamentacyjny sposób, danego celu ważnego z punktu widzenia interesu publicznego osiągnąć się nie zdoła.

¹⁵³ L. W. Biegeleisen, *Teoria i Polityka Przedsiębiorstw Publicznych Samorządu Terytorialnego i Państwa*, Warszawa (b.r.), s. 14, system taki określa jako system ograniczonej wolności ekonomicznej.