

Preprint nr 7/2018 | Data publikacji: 4 VI 2018 r. | Materiał autorski przed opracowaniem redakcyjnym i korektą (preprint) może różnić się od wersji docelowej (drukarskiej) | Copyright © 2018 by Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja | Sposób cytowania preprintu: [Autor, *Tytuł opracowania*, CPKiNP preprint nr 7/2018, www.czpk.pl/preprinty]

dr Mikołaj Iwański

Katedra Prawa Karnego

Uniwersytet Jagielloński

Odpowiedzialność za odmowę świadczenia usługi
(art. 138 Kodeksu wykroczeń) na tle kolizji zasad konstytucyjnych.

Rozważania na kanwie kazusu łódzkiego drukarza
o styku prawa karnego *sensu largo* oraz prawa konstytucyjnego

I. Uwagi wstępne.

Niniejszy artykuł dotyczy będzie kontrowersyjnej w ostatnim czasie kwestii odpowiedzialności za odmowę świadczenia usługi, przewidzianej w art. 138 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. - Kodeks wykroczeń¹. Przedmiotem opracowania będzie druga część unormowania zawartego w tym przepisie, stanowiąca o odpowiedzialności osoby zajmującej się zawodowo świadczeń usług, która umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązana². Podstawą do rozważań będzie tzw. kasus łódzkiego drukarza³, który spotkał się z wyjątkowym zainteresowaniem opinii publicznej,

¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 618, w dalszej części tekstu przywoływana jako „k.w.”.

² Poza zakresem rozważań pozostanie natomiast początkowa część unormowania zawarta w typie z art. 138 k.w., stanowiąca o odpowiedzialności takiej osoby za żądanie i pobieranie za świadczenie zapłaty wyższej od obowiązującej.

³ Sprawa zakończona prawomocnym wyrokiem skazującym Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26 maja 2017 r., sygn. akt V Ka 557/17, Lex nr 2301814.

polityków, a także publicystki prawniczej⁴. Sytuacja, w której sprawa sądowa, która dotyczy odpowiedzialności za wykroczenie, staje się przedmiotem takiej ciekowości, jest niezwykle rzadka. Wykroczenia ze swej istoty są bowiem czynami drobnymi, o niewielkim stopniu społecznej szkodliwości. Wydaje się, że przyczyną tego zainteresowania jest ewidentny konflikt wartości, który ujawnił się na gruncie tego kazusu. Po jednej stronie tego sporu stanął bowiem zakaz dyskryminacji, po drugiej zaś wolność, w różnych jej aspektach (wolności osobistej, gospodarczej, sumienia i wyznania). Prosta, jak mogłoby się wydawać, sprawa wykroczeniowa, stała się nagle trudnym przypadkiem⁵, do prawidłowego rozstrzygnięcia której należy sięgnąć po rozważania z zakresu prawa konstytucyjnego. Co ciekawe, podobne w charakterze sprawy, toczyły się w przeszłości bądź toczą się aktualnie w innych państwach, nierzadko budząc również ogromne zainteresowanie i stając się przedmiotem rozstrzygnięć wydawanych przez najwyższe instancje wymiaru sprawiedliwości⁶. Również sprawa łódzkiego drukarza rozstrzygnięta została przez Sąd Najwyższy⁷. Stała się także przyczyną wniosku Prokuratora Generalnego do Trybunału Konstytucyjnego⁸ o stwierdzenie częściowej niezgodności art. 138 k.w. z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.⁹

⁴ Zob. m. in.: *Drukacz odmówił usług fundacji LGBT. Przegrał w sądzie*, <http://lodz.wyborcza.pl/lodz/7,35136,21869181,drukacz-odmowil-uslug-fundacji-lgbt-sad-uznal-go-winnym.html> (dostęp w dniu 20.04.2018 r.); K. Szczucki, *Drukacz, prawo, geje i wolny rynek*, <http://www.rp.pl/Publicystyka/307319945-Szczucki-Drukacz-prawo-geje-i-wolny-rynek.html> (dostęp w dniu 31.08.2017 r.); Instytut Kultury Prawnej Ordo Iuris, *Analiza argumentacji Rzecznika Praw Obywatelskich zawartej w pismach z 29 lipca 2016 r. do Ministra Sprawiedliwości i portalu w Polityce*, <http://www.ordoiuris.pl/wolnosc-gospodarcza/analiza-argumentacji-rzecznika-praw-obywatelskich-zawartej-w-pismach-z-29-lipca> (dostęp w dniu 31.08.2017 r.).

⁵ *Hard case* w ujęciu Rolanda Dworkina. Por. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, przeł. T. Kowalski, Warszawa 1998, passim.

⁶ Por. m. in. sprawę toczącą się aktualnie przed Sądem Najwyższym Stanów Zjednoczonych *Masterpiece Cakeshop Ltd. et. al. v. Colorado Civil Rights Commission et. al.* oraz sprawy toczne przed Sądem Najwyższym Ontario (Kanada) *Brockie v. Dillinger*, zakończoną wyrokiem z dnia 19 lipca 2002 r. oraz Sądem Apelacyjnym w Londynie (Wielka Brytania) *Bull & Bull v. Hall & Preddy*, zakończoną wyrokiem z dnia 2 października 2012 r. Sprawa *Masterpiece* dotyczyła cukiernika ukaranego na podstawie przepisów stanu Kolorado za odmowę wykonania tortu weselnego dla pary homoseksualnej. Sprawa *Brockie* dotyczyła właściciela firmy drukarskiej ukaranego na podstawie Kodeksu Praw Człowieka Ontario za odmowę wydrukowania wizytówek i papieru listowego dla organizacji charytatywnej zajmującej się promocją praw osób homoseksualnych. Sprawa *Bull & Bull* dotyczyła małżeństwa prowadzącego niewielki pensjonat, ukaranego na podstawie brytyjskich regulacji antydyskryminacyjnych za odmowę wynajęcia pokoju z podwójnym łóżkiem dla pary homoseksualnej. Zarówno sprawa *Brockie*, jak i *Bull & Bull* poruszały kwestię kolizji zakazu dyskryminacji z wolnością sumienia i wyznania, a także wolnością słowa i zakończyły się wyrokami konkludującymi, że ukaranie w opisanych przypadkach za dyskryminację w dostępie do oferowanych usług nie naruszało wolności sumienia i wyznania oraz wolności słowa. Podobne argumenty rozważane są na gruncie sprawy *Masterpiece Cakeshop*. Zob. szerzej W. Ciszewski, *Czy wolność uprawnia do dyskryminowania? Rozważania teoretycznoprawne na kanwie sprawy drukarza z Łodzi*, artykuł przyjęty do druku w Forum Prawniczym.

⁷ Dokąd skierowana została na skutek kasacji nadzwyczajnej wniesionej na korzyść skazanego przez Prokuratora Generalnego. Sprawa toczy się w SN pod sygnaturą akt II KK 333/17.

⁸ Sprawa toczy się w Trybunale Konstytucyjnym pod sygnaturą akt K 16/17. Materiały jej dotyczące, w tym wniosek Prokuratora Generalnego oraz pisemne stanowiska Sejmu i Rzecznika Praw Obywatelskich znaleźć można na stronie internetowej:

W pierwszej kolejności przytoczony zostanie rys historyczny typu wykroczenia zawartego w art. 138 k.w. ze wskazaniem, w jaki sposób zawarte w nim unormowanie wykładane było dotychczas w doktrynie prawa wykroczeń, w szczególności co do problemu źródła obowiązku świadczenia usług oraz uzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia¹⁰. Następnie zarysowana zostanie kwestia zmiany spojrzenia nauki na art. 138 k.w., wskazująca na antydyskryminacyjny charakter tego unormowania. W dalszej części przedstawiony zostanie kazus łódzkiego drukarza ze szczególnym uwzględnieniem uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26 maja 2017 r. W tym miejscu zaprezentowane zostaną także bezpośrednie następstwa tego orzeczenia, w szczególności poglądy stron postępowania toczących się aktualnie przed Trybunałem Konstytucyjnym. W kolejnych częściach artykułu przedstawione zostaną własne stanowisko dotyczące najważniejszych problemów interpretacyjnych związane z art. 138 k.w., w szczególności: dobra prawnie chronionego przez to unormowanie, źródła obowiązku świadczenia usługi oraz uzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia¹¹. Rozważania w tych częściach prowadzone będą ze szczególnym uwzględnieniem tzw. prokonstytucyjnej wykładni prawa¹².

<http://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%2016/17> (dostęp w dniu 01.05.2018 r.).

⁹ Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm., w dalszej części przywoływana jako „Konstytucja”.

¹⁰ Rozważania te pominąć muszą co zasady kwestię wykładni dokonywanej w orzecznictwie sądowym, ponieważ w dostępnych źródłach brak jest uzasadnień wyroków sądowych dotyczących art. 138 k.w. Jedynym wyjątkiem jest wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 26 maja 2017 r., dotyczący kazusu łódzkiego drukarza, który zostanie omówiony w artykule.

¹¹ Poza przedmiotem rozważań w niniejszym opracowaniu pozostaną zaś kwestię podmiotu czynu zabronionego z art. 138 k.w. (określonego jako „osoba zajmująca się zawodowo świadczeniem usług”), czynności sprawczej („odmowa świadczenia”) oraz jego strony podmiotowej (umyślność), które, jak się zdaje, nie budzą większych trudności interpretacyjnych, a na pewno nie są interesujące z punktu widzenia kolizji zasad konstytucyjnych i stojącego za nim konfliktu wartości. W tym zakresie wypada więc odwołać się do opracowań o charakterze komentarzowym. Por. m. in.: J. Wojciechowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz. Orzecznictwo*, wyd. 2, Warszawa 2005, s. 190; B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 462; W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2009, s. 681; M. Mozgawa [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2009, s. 482-485; M. Zbrojewska [w:] T. Grzegorzczak, W. Jankowski, M. Zbrojewska, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Grzegorzczak, wyd. 2, Warszawa 2013, s. 621-623; A. Michalska-Warias [w:] T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2015, s. 532-535; M. Bojarski [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 7, Warszawa 2016; s. 954-959; M. Kulik [w:] M. Budyn-Kulik, P. Daniluk, P. Gensikowski, M. Iwański, J. Jakubowska-Hara, J. Kulesza, M. Kulik, M. Leciak, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2016, s. 875-879.

¹² Z najnowszych opracowań dotyczących wykładni prokonstytucyjnej wykładni prawa karnego zob. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, passim; K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015, passim; P. Cychosz, *Konstytucyjny standard prawa karnego materialnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2017, passim. Co do wykładni prounijnej prawa karnego por. przykładowo M. Rams, *Specyfika wykładni prawa karnego w kontekście brzmienia i celu prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2016, passim. W moim przekonaniu, prokonstytucyjna, prokonwencyjna oraz prounijna wykładnia prawa, stanowiąc winny podstawowe instrumenty interpretacyjne współczesnego prawnika. Rozważania na temat założeń co do ich stosowania znajdują się w dalszej części artykułu.

II. Rys historyczny – dotychczasowe poglądy doktryny prawa wykroczeń na art. 138 k.w.

1. Uwagi wstępne.

Rozważania dotyczące dotychczasowych poglądów doktryny prawa wykroczeń na typ czynu zabronionego określony w art. 138 k.w. wypada rozpocząć od krótkiej prezentacji historii tego unormowania. Przepis ten znajduje się w k.w. w niezmienionym kształcie od początku jego obowiązywania, tj. od dnia 1 stycznia 1972 r. Co więcej, regulacje o niemal identycznym brzmieniu funkcjonowały w polskim porządku prawnym także przed wejściem w życie k.w. Bezpośrednim poprzednikiem art. 138 k.w. był art. 15 ustawy z dnia 13 lipca 1957 r. o zwalczaniu spekulacji i ochronie nabywców oraz producentów rolnych w obrocie handlowym¹³. Z kolei przed tym przepisem obowiązywał art. 3 dekretu z dnia 4 marca 1953 r. o ochronie nabywców w obrocie handlowym¹⁴. Porównanie treści art. 138 k.w. do jego historycznych poprzedników wskazuje na ich znaczne podobieństwo. Występują również pewne różnice, które nie dotyczą jednak kwestii będących przedmiotem niniejszego artykułu¹⁵. Trzeba przy tym zauważyć, że celem wprowadzenia unormowania art. 138 k.w. oraz jego wcześniejszych odpowiedników było przede wszystkim wymuszenie na osobach zajmujących się zawodowo świadczeniem usług świadczenia ich po cenach urzędowych¹⁶. Regulacje te wprowadzone były w całkowicie odmiennych realiach społeczno-ekonomicznych, związanych z gospodarką nakazowo-rozdziałową, która z ekonomicznego punktu widzenia była gospodarką niedoboru. Realia te powodowały, że ustawodawca zmuszony był walczyć z zjawiskiem tzw. spekulacji. Jednym z jej przejawów było zaś zjawisko odmowy świadczenia usług przez świadczeniodawców w celu wymuszenia na klientach zapłaty ceny wyższej niż urzędowa¹⁷. Oczywistym jest zatem, że unormowania te całkowicie nie przystają do dzisiejszych realiów gospodarczych¹⁸. Dziś nie istnieją już bowiem zasadniczo utrudnienia w dostępie do usług. Konkurencyjna gospodarka

¹³ Dz. U. Nr 39, poz. 171. Zgodnie z tym przepisem, „*кто занимающ się zawodowo świadczeniem usług żąda i pobiera za świadczenie zapłatę wyższą od obowiązującej albo bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany, podlega karze aresztu do roku lub grzywny*”.

¹⁴ Dz. U. Nr 16, poz. 64. Zgodnie z tym przepisem, „*кто занимающ się zawodowo świadczeniem usług pobiera za świadczenie zapłatę wyższą od obowiązującej albo bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany, podlega karze aresztu albo karze grzywny do 5.000 zł*”.

¹⁵ Pierwsza różnica istnieje w stronie podmiotowej wykroczenia, która w aktualnym stanie prawnym wymaga umyślności po stronie sprawcy. Druga dotyczy sankcji grożącej za popełnienie wykroczenia, która w aktualnym stanie prawnym obejmuje wyłącznie karę grzywny, gdy unormowania poprzednio obowiązujące przewidywały odpowiedzialność surowszą, obejmującą również wymiarzenie kary aresztu.

¹⁶ Tak słusznie A. Michalska-Warias [w:] *Kodeks...*, red. T. Bojarski, s. 532.

¹⁷ Por. J. Bafia [w:] J. Bafia, D. Egierska, J. Śmietanka, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. J. Bafia, wyd. 2, Warszawa 1980, s. 326.

¹⁸ Por. M. Mozgawa [w:] *Kodeks...*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2009, s. 468-469.

wolnorynkowa w praktyce wyeliminowała potrzebę ochrony konsumentów przed odmową świadczenia usług, skoro mogą oni uzyskać je gdzie indziej. Obecnie w systemie prawnym, poza nielicznymi wyjątkami, nie występują już także ceny urzędowe. W tym sensie dezaktualizacji uległ cel, dla którego ustanowiono unormowanie art. 138 k.w. Okoliczności tej nie dostrzegła jednak znakomita większość doktryny prawa wykroczeń, która dokonując jego wykładni odnosi się do argumentów, które nie przystają do dzisiejszych realiów społeczno-ekonomicznych. Tymczasem, aby regulacja ta mogła dalej znaleźć jakiegokolwiek zastosowanie w praktyce wymiaru sprawiedliwości, należy nadać jej nowy sens. W braku możliwości jego znalezienia, należałoby stwierdzić, że art. 138 k.w. nie powinien być stosowany w praktyce.

2. Poglądy doktryny prawa wykroczeń na temat dobra prawnie chronionego przez art. 138 k.w.

Dostępne opracowania komentarzowe w sposób niezwykle skąpy odnoszą się do problematyki dobra prawnie chronionego przez art. 138 k.w. Poglądy w nich zawarte są w zasadzie jednolite, poza nielicznymi wyjątkami, wskazującymi na antydyskryminacyjny charakter tego unormowania¹⁹. Za reprezentatywne w tym zakresie należy uznać stanowisko A. Michalskiej-Warias zgodnie z którym „przedmiot ochrony stanowią interesy konsumentów zarówno w ich aspekcie finansowym (przepis chroni przed płaconie za usługę ceny wyższej od obowiązującej), jak i pod względem dostępności do usług świadczonych zawodowo przez inne podmioty. Podobnie jak w przypadku kilku innych wykroczeń z tego rozdziału, funkcje tego przepisu są dziś nieco inne, choćby z tego powodu, że ograniczone są przypadki urzędowego regulowania cen usług, a tym samym ograniczone są znacznie możliwości występowania takich przypadków w praktyce. W warunkach poprzedniego systemu gospodarczego zakaz odmowy świadczeń przez usługodawców miał na celu wymuszenie świadczenia przez nich usług po cenach urzędowych – obecnie artykuł ten będzie raczej służył zwalczaniu zapewne dość rzadkich przypadków złośliwego, mającego na celu np. poniżenie czy szykanowanie klienta, odmawiania świadczenia usług”²⁰. Autorka zauważa zatem zmianę systemu społeczno-ekonomicznego, wskazując na przede wszystkim niemajątkowe interesy konsumentów (ochrona przed poniżeniem, szykanowaniem) jako przedmiot ochrony art. 138 k.w.

¹⁹ Zob. W. Kotowski, *Kodeks...*, s. 462; W. Burek, *Zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług świadczonych publicznie w prawie polskim – uwagi wokół implementacji dyrektywy rasowej (2000/43/WE)*, *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 2007, nr 12, s. 12. Poglądy te zostaną przedstawione poniżej.

²⁰ A. Michalska-Warias [w:] *Kodeks...*, red. T. Bojarski, s. 532.

Jeśli idzie o aspekt podmiotowy ochrony typu z art. 138 k.w.²¹, to kwestia ta nie była przedmiotem szerszej refleksji doktryny prawa wykroczeń. Zdecydowana większość autorów ogranicza się w tym aspekcie do lakonicznego stwierdzenia, że podmiotami chronionymi są **konsumenci**, bez jakiegokolwiek próby zdefiniowania tego pojęcia, w szczególności odpowiedzi na pytanie, czy należy je rozumieć tak jak na gruncie prawa cywilnego²². Nieco szerzej rzecz ujmują J. Bafia oraz M. Mozgawa, wskazując na ochronę przysługującą **osobami korzystającymi z usług**²³. Połączenie przedstawionych powyżej pojęć prezentuje M. Kulik, pisząc o ochronie dla **osób korzystających z usług, a więc przede wszystkim ich konsumentów**, wskazując jednak jednocześnie, że „(...) należy zastrzec, że chronione są też interesy osób, które nabywają usługi w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, w tym nie dla siebie, a więc nabywców, którzy nie są konsumentami”²⁴. Warto przy tym podkreślić, że zaprezentowanym powyżej poglądom wykładniczym nie towarzyszy żadne uzasadnienie.

3. Poglądy doktryny prawa wykroczeń na temat źródła obowiązku świadczenia usług.

Zgodnie z unormowaniem art. 138 k.w., odpowiedzialności podlega osoba zajmująca się zawodowo świadczeniem usług, która umyślnie bez uzasadnionej odmawia świadczenia, „do którego jest obowiązana”. Jak wynika więc wprost z tej regulacji, warunkiem odpowiedzialności za wykroczenie z art. 138 k.w. jest istnienie obowiązku świadczenia, obciążającego osobę zajmującą się świadczeniem usług. Rzecz jest tym bardziej oczywista, że omawiany typ jest typem z zaniechania. Odpowiedzialności za czyn karalny polegający na zaniechaniu można zaś podlegać wyłącznie wtedy, gdy istnieje prawny obowiązek działania²⁵. Wynika to wprost z samej przyjmowanej powszechnie definicji zaniechania, zgodnie z którą „zaniechaniem jest brak działania w spodziewanym kierunku”²⁶. Kolejny argument za takim stanowiskiem wynika z analizy normatywnej regulacji prawa karnego *sensu largo*. Powszechnie w nauce prawa karnego przyjmuje się pogląd o złożonej strukturze normatywnej wynikającej z regulacji prawnokarnych, składającej się co najmniej z dwóch

²¹ A zatem dotyczący tego, **jakie podmioty prawa są chronione** przez to unormowanie.

²² Zob. M. Bojarski [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks...*, s. 954-955; A. Michalska-Warias [w:] *Kodeks...*, red. T. Bojarski, s. 532; B. Kurzępa, *Kodeks...*, s. 462; M. Zbrojewska [w:] *Kodeks...*, red. T. Grzegorzczak, s. 621.

²³ Zob. J. Bafia [w:] *Kodeks...*, red. J. Bafia, s. 324; M. Mozgawa [w:] *Kodeks...*, red. M. Mozgawa, s. 483.

²⁴ M. Kulik [w:] *Kodeks...*, red. P. Daniluk, s. 875.

²⁵ Zob. m. in. A. Zoll [w:] A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, W. Górski, M. Iwański, M. Jakubowski, J. Jodłowski, P. Kardas, J. Majewski, M. Małecki, A. Pilch, M. Pyrcak-Górowska, J. Raglewski, M. Szewczyk, S. Tarapata, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-52*, t. I, cz. I, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 89.

²⁶ Zob. A. Zoll, tamże, s. 89.

zasadniczych norm: normy sankcjonowanej oraz normy sankcjonującej²⁷. Z przepisów należących do systemu prawa karnego *sensu largo* co do zasady wyinterpretować można wyłącznie normę sankcjonującą²⁸, nie zaś normę sankcjonowaną²⁹. Oczywistym jest zatem, że z samego przepisu art. 138 k.w. nie wynika żadna norma sankcjonowana, która nakazywałaby osobom zajmującym się zawodowo świadczeniem usług, takiego świadczenia. Przepis ten wyraża jedynie normę sankcjonującą, sprowadzającą się do penalizacji określonego w nim zachowania, **pod warunkiem, że w systemie prawa znajdzie się regulacja, z której wynikać będzie obowiązek świadczenia usług przez osoby zajmujące się tym zawodowo.** Tym samym podstawowym pytaniem o zakres zastosowania normy z art. 138 k.w. jest pytanie o **źródło obowiązku świadczenia usług**. W tym kontekście stwierdzić należy, zgodnie z jednolitym w doktrynie prawa wykroczeń poglądem, „obowiązek świadczenia usług należy rozumieć ogólnie jako pozostawania do dyspozycji każdego, kto żąda świadczenia za przewidzianą zapłatą”³⁰, co oznacza, że „w przypadku świadczenia usług zasadą jest, że prowadzący działalność danego typu (szczególnie w lokalu dostępnym dla każdego) powinien świadczyć usługi każdemu, kto gotów będzie zapłacić za nie umówioną cenę”³¹. Wskazuje się bowiem, że osoba zajmująca się zawodowo świadczeniem usług nie ma prawa odmówić ich wykonania bez uzasadnionej przyczyny³², ani też selekcyjonowania klientów³³. Według takiego poglądu zatem, samo zawodowe zajmowanie się świadczeniem usług rodzi prawny obowiązek ich świadczenia każdej osobie, bez uprawnienia do wyboru swojego kontrahenta. Stanowisko to przyjmowane jest w zasadzie bezrefleksyjnie w doktrynie, z wyjątkiem ostrożnego zastrzeżenia M. Kulika, według którego „współcześnie takie stawianie sprawy może budzić wątpliwości”³⁴. Wątpliwości tych autor jednak w żaden sposób nie rozwija.

4. Poglądy doktryny prawa wykroczeń na temat uzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia usług.

Wedle art. 138 k.w., odpowiedzialności podlega się wówczas, gdy sprawca odmawia świadczenia usługi „bez uzasadnionej przyczyny”. Oczywisty jest zatem wniosek, że

²⁷ Zob. m. in. A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, Krakowskie Studia Prawnicze 1990, t. XXIII s. 72; tenże [w:] *Kodeks...*, red. W. Wróbel, A. Zoll, s. 39-40.

²⁸ A zatem normę nakładającą w określonych okolicznościach na organ państwa (w szczególności sąd) obowiązek przypisania sprawcy czynu karalnego odpowiedzialności represyjnej i wymierzenia mu za ten czyn kary.

²⁹ Czyli normę nakazującą lub zakazującą określonego zachowania.

³⁰ Tak: J. Bafia [w:] *Kodeks...*, red. J. Bafia, s. 325.

³¹ Zob. A. Michalska-Warias [w:] *Kodeks...*, red. T. Bojarski, s. 534.

³² Tak: J. Wojciechowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2005, s. 190.

³³ Tak: M. Zbrojewska [w:] *Kodeks...*, red. T. Grzegorzczak, s. 623.

³⁴ Zob. M. Kulik [w:] *Kodeks...*, red. P. Daniluk, s. 877.

uzasadniona przyczyny odmowy prowadzi do braku odpowiedzialności sprawcy. W tym sensie uzasadniona przyczyna odmowy stanowi tzw. negatywne znamię typu czynu zabronionego. Dla ustalenia zakresu zastosowania normy z art. 138 k.w. konieczne jest zatem udzielenie odpowiedzi na pytanie, jakie przyczyny odmowy świadczenia usług mogą zostać uznane za „uzasadnione”. W doktrynie prawa wykroczeń znaleźć można dwa ujęcia tego problemu: kazuistyczny i abstrakcyjny. Zdecydowanie dominujące jest stanowisko kazuistyczne³⁵ polegające na przykładowym wyliczeniu przyczyn, uznawanych przez danego autora za uzasadnione. Ilustratywnym przykładem może tu być pogląd M. Zbrojewskiej, wedle którego „uzasadniona odmowa świadczenia może mieć różne przyczyny, np. choroba, zaplanowany urlop, brak narzędzi, materiałów, surowców, żądana usługa przekracza umiejętności osoby, stan, w jakim znajduje się klient (odmowa przez taksówkarza przewiezienia osoby nietrzeźwej”³⁶. Jego cechą charakterystyczną jest to, że wymieniane przykłady stanowią **względy natury faktycznej**. Co istotne, względy takie uznawane są za przykłady uzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia usługi także przez przedstawicieli ujęcia abstrakcyjnego³⁷. Te z kolei sprowadza się do próby stworzenia syntetycznej definicji pojęcia „uzasadniona przyczyna odmowy świadczenia usługi”, a następnie wskazania przykładów ją ilustrujących. I tak, zdaniem A. Michalskiej-Warias, „za uzasadnioną przyczynę należy uznać te wszystkie sytuacje, w których spełnienie świadczenia nie jest możliwe lub z jakiegoś powodu wiązałoby się dla usługodawcy z uciążliwościami przekraczającymi przyjęte w danym typie działalności rozmiary”³⁸. Twierdzi ona również, że „jak się wydaje, przy interpretacji <<nieuzasadnionej>> przyczyny odmowy świadczenia usługi pomocne mogą być także regulacje ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania”³⁹. Z kolei według M. Kulika, „odmowa świadczenia jest uzasadniona wówczas, kiedy istnieje rozsądny powód, dla którego sprawca nie wykonuje świadczenia”⁴⁰. Autor doprecyzowuje następnie, że „sprawca musi jednak podać powód, a powód ten musi być obiektywnie racjonalny. Wątpliwe jest, czy stanowi racjonalny powód odmowy wykonania świadczenia stwierdzenie, że praca, która ma być wykonana, stanowi zlecenie zbyt mało wartościowe dla wykonawcy (...). Wydaje się, że można obronić pogląd, że tak właśnie jest. Wykonawca usług ma bowiem

³⁵ Zob. M. Zbrojewska [w:] *Kodeks...*, red. T. Grzegorzczak, s. 623; B. Kurzępa, *Kodeks...*, s. 462; M. Mozgawa [w:] *Kodeks...*, red. M. Mozgawa, s. 484; J. Wojciechowski, *Kodeks...*, s. 190.

³⁶ M. Zbrojewska [w:] *Kodeks...*, red. T. Grzegorzczak, s. 623.

³⁷ Zob. A. Michalska-Warias [w:] *Kodeks...*, red. T. Bojarski, s. 534; M. Kulik [w:] *Kodeks...*, red. P. Daniluk, s. 878.

³⁸ A. Michalska-Warias [w:] *Kodeks...*, red. T. Bojarski, s. 534.

³⁹ Tamże. Jest to jedyny w doktrynie prawa wykroczeń przykład odniesienia się do tego aktu normatywnego.

⁴⁰ M. Kulik [w:] *Kodeks...*, red. P. Daniluk, s. 878.

chyba prawo zastrzec, że będzie wykonywał tylko takie prace, które uzna za atrakcyjne ekonomicznie. Takie oświadczenie mogłoby zostać potraktowane przez potencjalnego nabywcę usługi jako zaproszenie do negocjacji⁴¹. Warto przy tym odnotować, że jest to jedyne w doktrynie prawa wykroczeń ujęcie (choć zaprezentowane niezwykle ostrożnie) wskazujące na **względy ekonomiczne** jako uzasadnioną przyczynę odmowy świadczenia usługi.

5. Zmiana spojrzenia doktryny i orzecznictwa na art. 138 k.w. – antydyskryminacyjny charakter unormowania.

W doktrynie znaleźć można dwoje autorów, którzy zaprezentowali odmienne ujęcie art. 138 k.w. od przedstawionego powyżej. Wskazywali oni, na inny, antydyskryminacyjny charakter tego unormowania⁴². Za prekursora takiego poglądu uznać należy W. Burka, który jako jedyny stanowisko takie uzasadnił. W swoim artykule opublikowanym w roku 2007⁴³, zwracał on uwagę na brak kompleksowej regulacji, implementującej do prawa polskiego unormowania dyrektyw unijnych, w szczególności dyrektywy Rady 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne⁴⁴. Wskazywał on następnie na przepis art. 138 k.w. jako regulację, mogącą być uznaną za implementację tej dyrektywy w zakresie nakazującym wprowadzenie państwom członkowskim sankcji za akty dyskryminacji ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne. Autor twierdził przy tym, że choć przepis ten ma swoją genezę w specyficznych uwarunkowaniach społeczno-ekonomicznych okresu PRL, to przecież jest nadal stosowany. Następnie zauważył, że dyrektywa „rasowa” wymaga od ustawodawców krajowych wprowadzenia sankcji za naruszenie zakazu dyskryminacji, bez sprecyzowania, jakiego charakteru mają być to sankcje⁴⁵. Zdaniem W. Burka, ustawodawca krajowy ma więc swobodę w wyborze rodzaju sankcji, można zaś przyjąć, że sankcje karne mogą realizować cel wyznaczony przez dyrektywę⁴⁶. Autor wskazał przy tym na dwie okoliczności, mogące zmniejszać skuteczność „antydyskryminacyjnego” charakteru art. 138 k.w. Pierwszą z nich był brak na gruncie tego unormowania zasady odwróconego ciężaru

⁴¹ Tamże.

⁴² Zob. W. Kotowski, *Kodeks...*, 681; W. Burek, *Zakaz...*, s. 12.

⁴³ A zatem przed wejściem w życie ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1219, w dalszej części przywoływana jako „ustawa antydyskryminacyjna”). Akt ten stanowił implementację szeregu aktów prawnych Unii Europejskich wprowadzających zakaz dyskryminacji w odniesieniu do poszczególnych sfer życia gospodarczego oraz poszczególnych kategorii dyskryminacyjnych.

⁴⁴ Dz. Urz. WE L 180 z 19.07.2000 r., s. 22. Zob. W. Burek, *Zakaz...*, s. 12.

⁴⁵ W. Burek, *Zakaz...*, s. 12.

⁴⁶ Tamże.

dowodu, występującej w europejskich regulacjach antydyskryminacyjnych⁴⁷. Drugą był szeroki charakter art. 138 k.w., nieograniczającego się w swoim zakresie do penalizacji aktów dyskryminacji, co wpływać miało zdaniem W. Burka na niemożliwość w realizacji funkcji edukacyjnych w zakresie promowania i urzeczywistniania zasady równego traktowania⁴⁸.

Pogląd o antydyskryminacyjnym charakterze art. 138 k.w. znalazł swoje odzwierciedlenie w kilku wyrokach sądów powszechnych, z których najbardziej znany jest wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26 maja 2017 r., dotyczący przypadku łódzkiego drukarza. Zostaną one przedstawione poniżej⁴⁹.

III. „Antydyskryminacyjne” orzecznictwo sądów powszechnych na gruncie art. 138 k.w. Kazus łódzkiego drukarza i jego następstwa.

1. Uwagi wstępne.

W ostatnich latach zapadło kilka orzeczeń sądowych w stanach faktycznych, świadczących o zastosowaniu „antydyskryminacyjnego” podejścia do art. 138 k.w. Jak wspomniano powyżej, poza przypadkiem wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26 maja 2017 r., wyroki te nie zawierają uzasadnienia, nie wszystkie z nich są zresztą prawomocne. Stany faktyczne, na kanwie których zapadły te rozstrzygnięcia, mogą jednak stanowić ilustrację zmiany podejścia do omawianego unormowania. We wszystkich wyrokach doszło bowiem do skazań obwinionych za wykroczenie z art. 138 k.w. I tak, wyrokiem Sądu Rejonowego w Tarnobrzegu z dnia 8 marca 2013 r.⁵⁰ uznano za winnego właściciela sklepu obuwniczego, który odmówił obsłużenia klientki poruszającej się na wózku inwalidzkim. Wyrokiem Sądu Rejonowego dla Warszawy-Woli w Warszawie z dnia 5 grudnia 2016 r.⁵¹ uznano za winnego właściciela sklepu z używaną odzieżą, który zakazał wejścia do sklepu osobom z wózkami dziecięcymi. Nieprawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego Warszawa-Śródmieście w Warszawie z dnia 26 lutego 2018 r.⁵² uznano za winnego właściciela klubu, który odmówił wstępu na koncert osobie poruszającej się na wózku inwalidzkim. Z kolei nieprawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego Poznań – Nowe Miasto i Wilda z dnia 20 marca 2018 r.⁵³ uznano za winnego instruktora sztuk walki, który odmówił przeprowadzenia

⁴⁷ Wprowadzenie takiej zasady na gruncie prawa represyjnego jest z oczywistych względów niedopuszczalne na gruncie art. 42 ust. 1 Konstytucji RP.

⁴⁸ W. Burek, *Zakaz...*, s. 12.

⁴⁹ Wiedzę na temat tego orzecznictwa zaczerpnąłem ze stanowiska Rzecznika Praw Obywatelskich zajętego w postępowaniu toczącego się przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie pod sygn. akt K 16/17.

⁵⁰ Sygn. akt II W 13/13.

⁵¹ Sygn. akt V W 4937/16.

⁵² Sygn. akt XI W 5001/17.

⁵³ Sygn. akt VI W 1441/17.

kursu sztuk walki dla grupy osób homoseksualnych⁵⁴. W opisanych sprawach doszło do wymierzenia niewielkich kar grzywny lub odstąpienia od wymierzenia kary.

2. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26 maja 2017 r.

Najbardziej znaną sprawą, w której zastosowano antydyskryminacyjne podejście do art. 138 k.w., była sprawa łódzkiego drukarza, zakończona wyrokiem Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26 maja 2017 r. W tym miejscu przedstawiony zostanie krótko jej stan faktyczny oraz najważniejsze argumenty podniesione w uzasadnieniu orzeczenia.

Agata H., wolontariuszka Fundacji LGBT Forum z siedzibą w Warszawie, złożyła drogą mailową firmie Media Lab s.c. z siedzibą w Łodzi zamówienie na wykonanie stojaka reklamowego na konferencję zorganizowaną przez Fundację (co poprzedzało ustalenie ceny produktu). W odpowiedzi na maila obwiniony Adam J. przesłał wycenę usługi. Agata Hajduk wysłała pliki do wydruku. W odpowiedzi na informację mailową Adam J. maila o treści: „*Odmawiam wykonania roll-upu z otrzymanej grafiki. Nie przyczyniamy się do promocji ruchów LGBT naszą pracą*”. Wyrokiem Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi z dnia 31 marca 2017 r., sygn. akt VII W 1640/16, uznano Adama J. za winnego popełnienia wykroczenia z art. 138 k.w. i odstąpiono od wymierzenia kary. Sąd Okręgowy w Łodzi wyrokiem z dnia 26 maja 2017 r. utrzymał w mocy wyrok zaskarżony na korzyść obwinionego.

Poza zakresem mojego zainteresowania są obszerne rozważania zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi dotyczące charakteru czynności prawnych podejmowanych przez Agatę H. i Adama J., w szczególności analizujących te czynności z punktu widzenia przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny⁵⁵ dotyczących instytucji oferty. Poprzestać w tym zakresie wypada na konstatacji, że zdaniem SO w Łodzi pomiędzy Fundacją LGBT Forum a MediaLab s.c. doszło do zawarcia umowy drogą elektroniczną. Adam J., jako pracownik MediaLab był zatem zobowiązany do świadczenia usługi, zaś **podstawą jego obowiązku była zawarta umowa**. Wypada w tym

⁵⁴ Stan faktyczny tej sprawy opisywany był bardziej szczegółowo w prasie. Zob. *Trener odmówił zajęć gejom i lesbijkom. Prawnik Kampanii Przeciw Homofobii chce skazania. Prokuratura domaga się uniewinnienia*, <http://poznan.wyborcza.pl/poznan/7,36001,23122713,trener-odmowil-zajec-gejom-i-lesbijkom-prawnik-kampanii-przeciwko.html> (dostęp w dniu 20.04.2018 r.). Z przedmiotowej relacji prasowej wynika, że w marcu 2017 r. roku członkini poznańskiej Grupy Stonewall reprezentującej osoby LGBT po serii fizycznych ataków na osoby homoseksualne w Poznaniu zaproponowała znajomym, żeby wzięli udział w zajęciach sztuki walki krav maga. Zajęcia miał poprowadzić trener Robert K. Grupa się z nim, zaznaczając, że chodzi o warsztaty dla osób nieheteroseksualnych Robert K. zgodził się je poprowadzić. Gdy jednak Grupa Stonewall poinformowała o tym na Facebooku, Robert K. zażądał usunięcia posta ze swoim nazwiskiem, a potem w ogóle zrezygnował z warsztatów. Jak wynika z zeznań świadków, Robert K. najpierw poinformował, że nie poprowadzi zajęć z powodów od niego niezależnych, a potem stwierdził, że nie popiera związków męsko-męskich, zwłaszcza wychowujących dzieci.

⁵⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 459 ze zm., w dalszej części przywoływana jako „k.c.”.

miejscu podkreślić, że żadna z wypowiedzi doktryny prawa wykroczeń nie wskazuje na umowę jako na źródło obowiązku świadczenia usługi, o którym mowa w art. 138 k.w.

W dalszej części uzasadnienia Sąd Okręgowy w Łodzi wskazał jednak, że „wyrażony przez sąd odwoławczy pogląd, że w analizowanej sprawie doszło już do zawarcia umowy, nie zwalnia od dalszej konstatacji, że nawet gdyby wyrazić pogląd przeciwny, to sytuacja na gruncie art. 138 kw. nie uległaby zmianie. Dotychczasowe wyroki innych sądów dotyczące tego przepisu wskazują, że sankcja w postaci grzywny za to wykroczenie orzeczona została wobec osoby, która odmówiła sprzedaży butów osobie na wózku inwalidzkim i wobec osób, które zakazały wejścia na teren sklepu osobie z wózkiem dziecięcym, a następnie osobę tę wyproszone (...). Przecież w tamtych sprawach nie doszło jeszcze z pewnością do zawarcia żadnej umowy. Sądy przyjęły jednak, że obowiązek świadczenia istniał, a oskarżyciel publiczny wyroków tych nie kwestionował. **Świadczy to o trafności poglądu sądu rejonowego, że w wypadku publicznego oferowania usług czy towarów, obowiązek świadczenia rodzi się, gdy tę publiczną ofertę zaakceptuje potencjalny nabywca i wyrazi wolę zapłacenia ceny** [pogrüb. M. I.]. Oczywiście w niektórych przypadkach odmowa świadczenia będzie uzasadniona – np. jeśli klient żądający wykonania usługi jest nietrzeźwy, niepełnoletni lub zachowuje się w sposób niewłaściwy albo z okoliczności wynika, że może on nie zapłacić ceny. W obrocie publicznym, w którym powszechne jest zawieranie transakcji w sposób szybki, uproszczony i odformalizowany, stosowanie sztywnych reguł, że obowiązkiem świadczenia może być wyłącznie ustawa, decyzja uprawnionego organu lub umowa (w sensie ścisłym), nie daje się bronić”. Sąd Okręgowy zaakceptował zatem występujący w nauce prawa wykroczeń pogląd, zgodnie z którym sam fakt zawodowego świadczenia usług rodzi obowiązek ich świadczenia.

Następnie Sąd Okręgowy w Łodzi, analizując kwestię aspektu podmiotowego dobra prawnie chronionego przez typ z art. 138 k.w., zauważył, że „pogląd ten [że ponieważ przepis art. 138 k.w., umieszczony jest w rozdziale XV Kodeksu wykroczeń, zatytułowanym: wykroczenia przeciwko interesom konsumentów, to pokrzywdzonym może być wyłącznie osoba fizyczna, spełniająca definicję ustawową konsumenta – dop. M. I.] nie jest trafny. Po pierwsze, w obrocie gospodarczym występują na równych prawach zarówno osoby fizyczne jak i osoby prawne. W drobnych, bieżących sprawach życia codziennego, nie wymaga się nawet posiadania pełnej zdolności do czynności prawnych. Zawężanie ochrony prawnej w świetle k.w. wyłącznie do jednej z tych grup nie daje się pogodzić z zasadą równości wobec prawa. Po drugie, dokonywanie wykładni przepisu tylko w aspekcie systemowym i wywodzenie dobra chronionego tylko z rodzajowego przedmiotu ochrony, wskazanego w

tytule rozdziału w kodeksie jest zabiegiem nieuprawnionym. Ustawy karne znają przecież przepisy o złożonym przedmiocie ochrony, przepisy umieszczone w rozdziałach, których przedmiot ochrony jest zgoła inny, a niżeli reszty przepisów z tego rozdziału. Przywołane już dotychczasowe orzeczenia sądów powszechnych wskazują, że przepis art. 138 k.w., zyskał w orzecznictwie walor przepisu antydyskryminacyjnego i jak dotąd nie było to kwestionowane. Trafnie sąd rejonowy wskazuje na inne przepisy z tego samego rozdziału, które również nie chronią wprost interesów konsumenta. W analizowanej sprawie nie doszło zatem do twórczej wykładni rozszerzającej, a jedynie do interpretacji przepisu zgodnej z konstytucyjną zasadą równości wobec prawa i odrzucającej skrajny formalizm, jakim byłoby zastosowanie wyłącznie wykładni systemowej”.

W ostatniej części uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi znaleźć można rozważania na temat zakresu pojęcia „uzasadniona przyczyna odmowa świadczenia”. I tak, według SO w Łodzi, „z poglądem tym [że przekonania religijne danej osoby, mogą być uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia – dop. M. I.] zgodzić się nie można. Na świecie funkcjonują tysiące wyznań, ideologii i światopoglądów. Pomijając te oczywiście zbrodnicze czy nieakceptowalne i tak wachlarz możliwych systemów wartości jest niezwykle szeroki. W prawach stanowionych przez świecką władzę ustawodawczą nie jest dopuszczane wartościowanie tych wyznań i światopoglądów i przyznawanie prymatu jednych, kosztem drugich. Mało tego, nawet w ramach jednego wyznania zdarzają się krańcowo różne interpretacje. Wystarczy tu wspomnieć islam, pod sztandarami którego, w imię boga dokonuje się okrutnych zamachów. Historia wskazuje, że i w chrześcijaństwie zdarzały się takie interpretacje doktryny wiary, które prowadziły do wojen religijnych, wypraw krzyżowych, świętej inkwizycji i palenia ludzi na stosie, a w niedawnej historii żołnierze hitlerowscy mieli na klamrach pasów zawołanie <<bóg jest z nami>>. **Oddanie prawa poszczególnym ludziom do kierowania się w przestrzeni publicznej czy też w obrocie gospodarczym swoim subiektywnym rozumieniem wyznawanej religii nie może być przez państwo akceptowane i usprawiedliwiane. Mogłoby to doprowadzić do niezwykle groźnych precedensów, a w skrajnych przypadkach do kompletnego chaosu. Trafnie zatem w literaturze wskazuje się, że <<uzasadnione przyczyny>>, w rozumieniu art. 138 k.w., to przyczyny dotyczące z reguły przyczyn technicznych czy obiektywnych [pogrub. M. I.].** Ortodoksyjne rozumienie fragmentów Pisma Świętego winno prowadzić do przekonania, że drukowanie wizerunków bardzo skąpo odzianych kobiet może być zachętą do grzechu nieczystości. Jest niewątpliwe, że drukarnia (...) s.c. wizerunki takie wcześniej drukowała, nie powołując się na żadne ograniczenia wynikające z przekonań religijnych

właścicieli, czy pracowników. Warto dodać, że roll – up, który miał być wydrukowany w analizowanej sprawie nie zawiera w swej treści żadnych elementów obscenicznych czy drastycznych”. Sąd Okręgowy w Łodzi zauważył także, że „nie chcąc z przyczyn światopoglądowych realizować zamówienia, Adam J, winien powiadomić o tym pracodawcę, poprosić go o zwolnienie z tego obowiązku, a gdyby dalej był do tego zmuszany, mógł zwolnić się z pracy. Nie ma bowiem w naszym systemie prawnym pracy przymusowej – z wyjątkiem pracy w ramach prawomocnych wyroków sądowych – i każda osoba, która subiektywnie uważa, że wykonywanie określonej pracy nie daje się pogodzić z wyznawanym przez nią systemem wartości, może z takiej pracy zrezygnować. **Na tym właśnie polega wolność sumienia i wyznania, na którą powołują się skarżący i obwiniony miał ją w pełni zagwarantowaną** [pogrub. M. I.]”.

3. Następstwa kazusu łódzkiego drukarza.

Jak wspomniano we wstępnej części artykułu, kasus łódzkiego drukarza spotkał się z dużym oddźwiękiem w opinii publicznej, publicystyki prawniczej, a także wśród polityków.

a) Kasacja nadzwyczajna Prokuratora Generalnego.

Bezpośrednim skutkiem sprawy łódzkiego drukarza było wniesienie przez Prokuratora Generalnego kasacji nadzwyczajnej na korzyść skazanego od omówionego powyżej wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26 maja 2017 r. Postępowanie toczy się aktualnie przed Sądem Najwyższym. Rozstrzygnięcie tej precedensowej sprawy bez wątpienia będzie miało istotny wpływ na kształtowanie się praktyki wymiaru sprawiedliwości jeśli idzie o wykładnię art. 138 k.w.

b) Odbiór wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26 maja 2017 r. w doktrynie.

Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26 maja 2017 r. spotkał się z także z zainteresowaniem doktryny prawa karnego, przejawiającej się m. in. w aprobującej glosie J. Kuleszy⁵⁶. Jego zdaniem, „dla realizacji znamion wykroczenia z art. 138 k.w. nie jest konieczne uprzednie zawarcie umowy, po którym następnie miałyby nastąpić odmowa jej wykonania. Artykuł ten nie stanowi normy sankcjonującej mającej zagwarantować realizację zasady *pacta sunt servanda*. Jego celem nie jest wymuszenie spełnienia świadczeń wynikających z ważnie zawartych umów cywilnoprawnych, służą bowiem temu przede wszystkim środki cywilnoprawne”⁵⁷. Jednocześnie autor podziela pogląd Sądu Okręgowego

⁵⁶ J. Kulesza, *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z 26.05.2017 r., V Ka 557/17*, Państwo i Prawo 2018, Nr 1, s. 132-137.

⁵⁷ J. Kulesza, *Glosa...*, s. 132.

w Łodzi, że źródłem obowiązku świadczenia usług, o którym mowa w art. 138 k.w. jest sam fakt zawodowego świadczenia takich usług⁵⁸. Powołuje się on w tym zakresie na jednolitość poglądów doktryny prawa wykroczeń w tym zakresie.

Analizując z kolei pojęcie „uzasadniona przyczyna odmowy świadczenia”, J. Kulesza zauważa, że „współcześnie wykładnia owych przyczyn nie może być dokonywana w oderwaniu od art. 32 ust. 2 Konstytucji”⁵⁹. Argumentuje on, iż wymaga tego reguła prokonstytucyjnej wykładni prawa karnego. Autor wskazuje, że „odmowa świadczenia z powołaniem na <<uzasadnione przyczyny>> nie może prowadzić do dyskryminacji podmiotu z jakiegokolwiek przyczyny. *Ratio legis* art. 138 k.w. stanowi zagwarantowanie równego dostępu do usług każdego zainteresowanego, bez aktów dyskryminacji ze strony podmiotu świadczącego usługi”⁶⁰. Zdaniem J. Kuleszy brak jest podstaw do ograniczania źródeł obowiązku świadczenia usług wyłącznie do ustawy albo zawartej umowy, bowiem art. 138 k.w. miałby przy takim rozumieniu zbyt wąskie zastosowanie⁶¹. Według autora przy takiej interpretacji niezrozumiałym byłoby umieszczenie omawianego typu w k.w., a nie w poszczególnych ustawach regulujących dostępność do poszczególnych kategorii usług⁶². Jego zdaniem nie ma także znaczenia zmiana realiów społeczno-ekonomicznych, bowiem także w poprzednim ustroju powszechne usługi nie były świadczone w oparciu na ustawowym obowiązku udzielania ich ludności⁶³.

J. Kulesza wskazuje również, że takie wartości konstytucyjne jak swoboda kontraktowania, wolność działalności gospodarczej oraz wolność sumienia i wyznania nie są wartościami absolutnymi i podlegają ograniczeniom wynikającym z Konstytucji⁶⁴. Przykładem takiego ograniczenia jest według autora w stosunkach horyzontalnych art. 32 ust. 2 Konstytucji – korzystanie ze swobody kontraktowania, wolności gospodarczej oraz wolności sumienia i wyznania nie może więc prowadzić do dyskryminacji potencjalnych kontrahentów⁶⁵. Wskazuje on także, że w realiach przypadku łódzkiego drukarza wolność gospodarcza oraz swoboda kontraktowania w ogóle nie mają zastosowania, ponieważ skazany nie był właścicielem, lecz jedynie pracownikiem spółki, do której zwrócono się o wykonanie usługi drukarskiej⁶⁶. W kontekście unormowania art. 32 ust. 2 Konstytucji, J. Kulesza

⁵⁸ Tamże, s. 133.

⁵⁹ Tamże, s. 134.

⁶⁰ Tamże.

⁶¹ J. Kulesza, *Glosa...* s. 134.

⁶² Tamże.

⁶³ Tamże, s. 135.

⁶⁴ Tamże.

⁶⁵ Tamże.

⁶⁶ Tamże.

wskazuje, iż wynikający z niego zakaz dyskryminacji może stanowić podstawę wykładni art. 138 k.w.⁶⁷ Zakaz niedyskryminacji stanowi bowiem szczególną postać zasady równości, uznawanej za jedną z wiodących zasad całego porządku prawnego RP, istnienie równości stanowi gwarancję istnienia demokratycznego państwa prawnego⁶⁸. Ponadto autor zauważa, że akty dyskryminacji godzą w zasadę poszanowania godności człowieka, wyrażonej w art. 30 Konstytucji⁶⁹. Co istotne, ze względu na powiązanie zasady równości z zasadą poszanowania godności ludzkiej oraz jej pozycją, nie podlega ona ograniczeniom wynikającym z klauzuli limitacyjnej z art. 31 ust. 3 Konstytucji, wyznaczając w sposób samodzielny granice wolności jednostki⁷⁰. Jak zauważa autor, jednostka „nie może – powołując się na swoją sferę wolności (np. sumienia i wyznania) - dopuszczać się aktów dyskryminacji. Wolność jednostki kończy się w tym miejscu, w którym zaczyna się dyskryminacja przez nią innej jednostki”⁷¹. Powołując się na autorów z zakresu prawa konstytucyjnego J. Kulesza stawia tezę, że zasada niedyskryminacja nie obowiązuje wyłącznie w układach wertykalnych (państwo-jednostka), lecz także horyzontalnych (jednostka-jednostka)⁷².

W innej części swego wywodu autor wskazuje, że ochrona przewidziana przez typ z art. 138 k.w. nie jest ograniczona wyłącznie do osób fizycznych⁷³. W obrocie prawnym występują bowiem także inne podmioty, w szczególności osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną⁷⁴. Pojęciu „konsument” użytemu w tytule Rozdziału XV k.w.⁷⁵ nie należy nadawać znaczenia wynikającego z definicji zawartej w art. 22¹ k.c.⁷⁶, lecz szersze, oparte na wykładni prokonstytucyjnej, odwołującej się do art. 76 Konstytucji⁷⁷. Jak zauważa bowiem J. Kulesza, „w przypadku norm sankcjonujących zawartych w kodeksie wykroczeń brak jest podstaw dla twierdzenia, że istnieją przesłanki, które by wskazywały na wolę ustawodawcy węższego ujęcia pojęcia <<konsumenta>> niż wynika z norm konstytucyjnych. Oponent musiałby wykazać, że na gruncie Rozdziału XV k.w. ustawodawca ograniczył ochronę do osób

⁶⁷ J. Kulesza, *Glosa...*, s. 136.

⁶⁸ Tamże, s. 136-137.

⁶⁹ Tamże, s. 137.

⁷⁰ Tamże.

⁷¹ Tamże.

⁷² J. Kulesza, *Glosa...*, s. 137.

⁷³ Tamże, s. 136.

⁷⁴ Tamże.

⁷⁵ W którym znajduje się art. 138 k.w.

⁷⁶ Zgodnie z tym przepisem, „za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą z przedsiębiorcą czynności prawnej, niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową”.

⁷⁷ J. Kulesza, *Glosa...*, s. 136.

fizycznych i nie naruszył przez to wspomnianej normy konstytucyjnej. Jednocześnie hierarchiczna wyższość Konstytucji nad ustawami wyklucza sięgnięcie po wykładnię pojęcia konsumenta na gruncie innych ustaw⁷⁸.

c) Wniosek Prokuratora Generalnego do Trybunału Konstytucyjnego.

Kolejnym bezpośrednim rezultatem wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26 maja 2017 r. było złożenie przez Prokuratora Generalnego wniosku do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności art. 138 k.w. w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej usługi: 1) z art. 2 Konstytucji, 2) rozumianego w ten sposób, że zasady wiary i sumienia nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi – z art. 53 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, 3) w zakresie dotyczącym osób osobiście prowadzących działalność gospodarczą lub działających w imieniu podmiotu prowadzącego taką działalność – z art. 20 w zw. z art. 33 w zw. z art. 31 ust. 3 i w zw. z art. 31 ust. 2 Konstytucji. Stanowisko Prokuratora Generalnego w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym⁷⁹ poparł Sejm, zaś sprzeciwił mu się Rzecznik Praw Obywatelskich.

Z uzasadnienia wniosku Prokuratora Generalnego wynika, że niezgodności art. 138 k.w. z art. 2 Konstytucji upatruje on w naruszeniu zasady proporcjonalności, rozumianej jako ograniczenie swobody ustawodawcy ze względu na ograniczenie przedmiotowych zasad konstytucyjnych⁸⁰. Jak ujmuje to sam wnioskodawca, „istotą pierwszego zarzutu jest stwierdzenie, że art. 138 k.w., w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi, jest niezgodny z wynikającą z art. 2 Konstytucji zasadą proporcjonalności, z uwagi na nadmierną ingerencję i represyjność, która nie jest w tym przypadku niezbędna, gdyż wystarczające dla zapewnienia pierwotnego celu wprowadzenia tej regulacji, jak i funkcji, które zaczęła faktycznie pełnić w późniejszym okresie, są środki cywilnoprawne⁸¹. W ocenie wnioskodawcy, pierwotny cel regulacji z art. 138 k.w., tj. wymuszenie uzyskania przez konsumentów usług „po ustalonej przez władze cele, niezależnie od jego dezaktualizacji, może być osiągnięty innymi skutecznymi środkami, przede wszystkim w drodze powództwa cywilnego o naprawienie szkody, gdyby do niej doszło na skutek odmowy wykonania usługi. Ponadto w sytuacji, gdy spekulacja usługami nie tylko od dawna nie stanowi problemu społecznego, lecz praktycznie nie występuje jako zjawisko, brak jest uzasadnienia do dalszego utrzymywania, w celu przeciwdziałania jej negatywnym następstwom dla

⁷⁸ Tamże.

⁷⁹ Toczącym się pod sygn. akt K 16/17.

⁸⁰ Wniosek Prokuratora Generalnego w sprawie o sygn. akt 16/17, s. 8-17, 30-38.

⁸¹ Tamże, s. 30.

konsumentów, najsurowszego środka w postaci odpowiedzialności o charakterze represyjnym⁸². Jeśli idzie zaś o „pozostałe funkcje, które współcześnie zaczęła pełnić, przewidziana w art. 138 k.w., penalizacja odmowy świadczenia usługi, polegające na przeciwdziałaniu przypadkom odmowy świadczenia usługi z powodu uprzedzeń wobec określonych cech osoby zainteresowanej uzyskaniem usługi lub złośliwością i szykanowaniem w ten sposób określonej grupy klientów, mogą zostać zrealizowane przy pomocy środków cywilnoprawnych, w szczególności na podstawie przepisów k.c. chroniących dobra osobiste. Ponadto sankcje prywatnoprawne za naruszenie zasady równego traktowania przewiduje też (...) ustawa antydyskryminacyjna. Tak więc także te funkcje, pełnione obecnie w praktyce przez zagrożenie odmowy świadczenia usługi karą grzywny, mogą być realizowane innymi, skutecznymi środkami i brak jest uzasadnienia do dodatkowego utrzymywania, służącego temu samemu celowi, surowszego środka w postaci odpowiedzialności wykroczeniowej⁸³.

Jak wskazuje w uzasadnieniu wniosku do TK Prokurator Generalny, „istotą drugiego zarzutu wniosku jest stwierdzenie, że art. 138 k.w. w części penalizującej odmowę świadczenia usługi – rozumiany w ten sposób, że zasady wiary i sumienia nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi – nieproporcjonalnie ogranicza – określoną w art. 53 ust. 1 Konstytucji – wolność sumienia religii, gdyż tylko w niektórych stanach faktycznych objętych zakresem stosowania kwestionowanego przepisu możliwe jest jednoznaczne zidentyfikowanie konstytucyjnie chronionych wartości, co uniemożliwia przeprowadzenie testu proporcjonalności – stosownie do art. 31 ust. 3 Konstytucji – i nie pozwala wykluczyć, że zaskarżony przepis nakłada na osobę zajmującą się zawodowo świadczeniem usług obowiązek działania wbrew sumieniu lub wyznaniu także wtedy, gdy żadne prawa konstytucyjne nie uzasadniają poświęcenia przysługującej usługodawcy wolności⁸⁴. Wnioskodawca zauważa, że omawiany typ „nie przewiduje możliwości odmowy świadczenia usługi nie tylko z tego powodu, że usługodawca nie akceptuje celu, któremu usługa ma służyć, ale również wtedy, gdy według usługodawcy świadczeniu usługi sprzeciwiają się względy religijne lub sumienia, gdyż w jego ocenie wykonanie usługi stanowiłoby złamanie bezwzględnego zakazu, wynikającego z zasad wyznawanej wiary lub innego światopoglądu. O tym, czy przyczyna odmowy jest uzasadniona, decyduje bowiem w każdym przypadku

⁸² Tamże, s. 35-36.

⁸³ Tamże, s. 36.

⁸⁴ Tamże, s. 38.

ocena społeczna, która może znacząco odbiegać od przekonań i oceny usługodawcy”⁸⁵. Tymczasem jak wskazuje Prokurator Generalny, „Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie przyjmuje, że na wolność sumienia i religii składa się nie tylko swoboda przyjmowania określonego światopoglądu i wynikających z niego zasad, ale również postępowania zgodnie z tymi zasadami”⁸⁶. Wskazując na fakt, że choć konstytucyjna wolność sumienia i wyznania nie jest prawem absolutnym i może podlegać ograniczeniom, wnioskodawca zauważa, że tylko w niektórych stanach faktycznych objętych zakresem zastosowania art. 138 k.w., w części penalizującej odmowę świadczenia usługi, możliwe jest jednoznaczne zidentyfikowanie konstytucyjnie chronionych wartości⁸⁷. W ocenie skarżącego, „nie sposób skutecznie przeprowadzić testu proporcjonalności w odniesieniu do tej regulacji w ogólności. Niemożność stwierdzenia, czy wynikające z art. 138 k.w. ograniczenie swobody sumienia i wyznania służy ochronie jednej z wartości wymienionych enumeratywnie w art. 31 ust. 3 Konstytucji, nie pozwala wykluczyć, że kwestionowany przepis nakłada na osobę zajmującą się zawodowo świadczeniem usług obowiązek działania wbrew sumieniu lub wyznaniu także wtedy, gdy żadne prawa konstytucyjne konsumenta nie uzasadniają poświęcenia przysługującej usługodawcy wolności”⁸⁸. Argumentacja wnioskodawcy w dużej mierze opiera się na uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r.⁸⁹

Jeśli idzie o trzeci zarzut postawiony przez Prokuratora Generalnego, jego istotą „jest stwierdzenie, że art. 138 k.w., w części penalizującej odmowę świadczenia usług, nieproporcjonalnie ogranicza – określoną w art. 20 i art. 22 Konstytucji – wolność gospodarczą, gdyż tylko w niektórych stanach faktycznych objętych zakresem stosowania kwestionowanego przepisu możliwe jest jednoznaczne zidentyfikowanie chronionych wartości, co uniemożliwia skuteczne przeprowadzenie testu proporcjonalności w ogólności – stosownie do art. 31 ust. 3 Konstytucji – i nie pozwala wykluczyć, że zaskarżony przepis nakłada na osobę zajmującą się zawodowo świadczeniem usług – wbrew treści art. 31 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji – przymus kontraktowy także wtedy, gdy ani ważny interes publiczny, ani żadne prawa konstytucyjne nie uzasadniają poświęcenia przysługującej usługodawcy wolności”⁹⁰.

⁸⁵ Tamże, s. 38-39.

⁸⁶ Tamże, s. 39.

⁸⁷ Tamże, s. 39-43.

⁸⁸ Tamże, s. 43.

⁸⁹ Sygn. akt K 12/14, opubl. OTK-A 2015/9/143. W wyroku tym Trybunał zajmował się kwestią tzw. klauzuli sumienia w odniesieniu do osób wykonujących zawód lekarza.

⁹⁰ Tamże, s. 44.

W istocie zatem postawione przez Prokuratora Generalnego zarzuty niekonstytucyjności normy wynikającej z końcowej części art. 138 k.w. sprowadzają się do argumentacji co do jej zbyt szerokiego zakresu zastosowania, nie znajdującego należytego uzasadnienia w ochronie innych wartości konstytucyjnych. Uważna lektura wniosku Prokuratora Generalnego prowadzi jednak do konkluzji, że również sam wnioskodawca, że w pewnych przypadkach penalizacja odmowy świadczenia usług – a co za tym idzie wynikająca z takiej penalizacja ograniczenia konstytucyjnych wolności sumienia i wyznania, a także wolności gospodarczej – jest konstytucyjnie uzasadniona. Kwestia ta zostanie rozwinięta w dalszej części artykułu.

Przeciwnie stanowisko w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym zajął w swoim pisemnym stanowisku Rzecznik Praw Obywatelskich. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 2 Konstytucji, RPO wskazał, że podstawową funkcją art. 138 k.w. jest ochrona przed dyskryminacją w obszarze dostępu do usług, a unormowanie to stanowi w istocie implementację antydyskryminacyjnych dyrektyw Unii Europejskiej⁹¹. Następnie zauważył on, że analiza orzecznictwa sądowego, wbrew twierdzeniom Prokuratora Generalnego, jednoznacznie wskazuje, iż środki o charakterze cywilnoprawnym, przewidziane w k.c. oraz ustawie antydyskryminacyjnej, nie zapewniają skutecznej ochrony przed dyskryminacją⁹². Mechanizm przewidziany w ustawie antydyskryminacyjnej jest zdaniem RPO nieskuteczny z dwóch powodów. Po pierwsze, w orzecznictwie sądowym utrwalił się pogląd wymagający udowodnienia na gruncie art. 13 ust. 1 ustawy antydyskryminacyjnej powstania szkody majątkowej, co jest nieadekwatne z punktu widzenia ochrony przed dyskryminacją⁹³. Akty dyskryminacji naruszają bowiem co do zasady niemajątkowe interesy pokrzywdzonych, poprzez naruszenie ich godności, czci czy też dobrego imienia⁹⁴. W takich sytuacjach rzadko zaś powstaje szkoda majątkowa. Po siedmiu latach obowiązywania ustawy, odszkodowanie w sprawach dyskryminacji na jej podstawie przyznano jedynie w dwóch prawomocnie zakończonych sprawach – w żadnej z nich dyskryminacja nie polegała jednak na odmowie świadczenia usługi⁹⁵. Po drugie, w ustawie antydyskryminacyjnej ustawodawca przewidział

⁹¹ Zob. pismo Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 29 marca 2018 r., s. 9. Dyrektywy, na które powołuje się RPO to: dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz. Urz. WE L 180 z 19.07.2000 r., s. 22), dyrektywa Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz. Urz. WE L 373 z 21.12.2004 r., s. 37).

⁹² Pismo RPO, s. 10.

⁹³ Tamże, s. 10-11.

⁹⁴ Tamże, s. 11.

⁹⁵ Tamże.

enumeratywnie wyliczony katalog tzw. przyczyn dyskryminacyjnych, ograniczając możliwość dochodzenia odszkodowania jedynie w przypadku odmowy świadczenia usługi ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość – nie ma zatem możliwości skorzystania z przewidzianych ustawą środków ochrony osoba, której odmówiono świadczenia usługi ze względu na religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną, czy inne cechy, co do których ustawa w ogóle nie znajduje zastosowania, takie jak status społeczno-ekonomiczny, język, miejsce zamieszkania czy stan zdrowia⁹⁶. Jeśli idzie zaś o ochronę przed odmową świadczenia usługi ze względu na przesłankę dyskryminacyjną na podstawie przepisów k.c. o ochronie dóbr osobistych, RPO wskazał, że znane mu są tylko dwie sprawy zakończone prawomocnym wyrokiem, uwzględniające roszczenie pokrzywdzonego⁹⁷. Trudność w dochodzeniu roszczenia na podstawie k.c. sprowadza się do konieczności udowodnienia wszystkich przesłanek roszczenia odszkodowawczego (naruszenie zasady równego traktowania, krzywda lub szkoda, wina sprawcy naruszenia, wysokość szkody lub krzywdy), bez możliwości skorzystania przy tym reguły odwróconego ciężaru dowodu, typowej dla unijnego prawa antydyskryminacyjnego i występującej na gruncie art. 14 ust. 1 ustawy antydyskryminacyjnej⁹⁸. W dalszej kolejności Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał, że środek ochrony w postaci zawiadomienia o możliwości popełnienia wykroczenia z art. 138 k.w. jest dużo bardziej efektywny i uwzględniający interesy pokrzywdzonego niż pozew cywilny, gdyż wiąże się z brakiem kosztów sądowych po jego stronie, jak również brakiem konieczności udowodnienia przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej – ciężar dowodzenia zostaje bowiem przerzucony na państwowy organ ścigania, który otrzyma zawiadomienie o wykroczeniu⁹⁹. RPO powołał się dodatkowo na argumentację zawartą w uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 października 2006 r.¹⁰⁰, wskazującą na konstytucyjną dopuszczalność istnienia równoległe dwóch reżimów sankcji: o charakterze cywilnoprawnym i karnoprawnym¹⁰¹. Rzecznik argumentował również, że ustanowienie sankcji karnej za naruszenie zakazu dyskryminacji w obszarze dostępu do usług wyraża potępienie tego rodzaju zachowań i wzmacnia w społeczeństwie poczucie, że dyskryminacja jest społecznie szkodliwa i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych

⁹⁶ Tamże, s. 11-12.

⁹⁷ Tamże, s. 12.

⁹⁸ Tamże.

⁹⁹ Tamże, s. 12-13.

¹⁰⁰ Sygn. akt P 10/06, opubl. OTK-A 2006/9/128. Wyrok ten dotyczył stwierdzenia przez TK zgodności art. 212 § 1 i 2 k.k. z Konstytucją.

¹⁰¹ Pismo RPO, s. 3-4 i 14.

jednostek i całych społeczności, zaś władze potrafią przed nią skutecznie ochronić¹⁰². Wskazał także na stosunkowo drobny charakter sankcji grożącej sprawcy, która ma przede wszystkim spełniać w tym przypadku cele z zakresu prewencji generalnej¹⁰³.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia wolności sumienia i wyznania w powiązaniu z zasadą proporcjonalności, Rzecznik Praw Obywatelskich zauważył, że możliwe jest zidentyfikowanie, jakim wartościom konstytucyjnym służy omawiany przepis – przedmiotem ochrony jest przede wszystkim wyrażone w art. 32 ust. 2 Konstytucji prawo do niedyskryminacji, a także wyrażona w art. 30 Konstytucji godność człowieka¹⁰⁴. Następnie zwrócił uwagę na szereg wiążących Rzeczpospolitą Polską umów międzynarodowych, wyrażających zakaz dyskryminacji. Zakaz ten powinien być w ocenie Rzecznika interpretowany szeroko, jako obejmujący wszystkie publiczne sfery aktywności człowieka i nieprzewidujący żadnych odstępstw, mający charakter tzw. klauzuli-bariery¹⁰⁵. RPO wskazał też na silne powiązanie konstytucyjnego zakazu dyskryminacji z zasadą poszanowania godności ludzkiej¹⁰⁶. Jak zauważył, wolność sumienia i wyznania może niekiedy uzasadnić odmowę świadczenia usługi jedynie w sytuacji spełnienia pewnych kryteriów¹⁰⁷: 1) gdy odmowa polegałaby na bezpośrednim wyrażeniu danego światopoglądu lub wyznania; 2) dane wyznanie czy światopogląd ustanawiałoby moralną powinność odmowy świadczenia tego rodzaju usługi; 3) odmowa świadczenia usługi stanowiłaby powszechnie przyjętą, w ramach danego wyznania lub światopoglądu, formę jego praktykowania. W ocenie RPO dotychczasowe „antydiskryminacyjne” sprawy dotyczące art. 138 k.w., w tym sprawa łódzkiego drukarza, nie pozwalały na przyjęcie, że odmowa świadczenia usług przez obwinionych faktycznie urzeczywistniły wolność sumienia i wyznania, zaś sam charakter usług nie stanowił naruszenia zasad jakiegokolwiek religii lub światopoglądu¹⁰⁸.

Odwołując się zaś do zarzutu naruszenia zasady wolności gospodarczej w powiązaniu z zasadą proporcjonalności, Rzecznik wskazał, z powołaniem na poglądy J. Podkowika, iż zakaz dyskryminacji stanowi w pewnym zakresie – dostępu do usług powszechnie

¹⁰² Tamże, s. 14.

¹⁰³ Tamże, s. 4-6.

¹⁰⁴ Tamże, s. 15.

¹⁰⁵ Tamże, s. 15-16. Rzecznik powołuje się w tym zakresie na poglądy J. Podkowika, *Wolność umów i jej ograniczanie w świetle Konstytucji RP*, Warszawa 2015, s. 171.

¹⁰⁶ Tamże, s. 16. W tym zakresie RPO powołuje się na poglądy M. Safjana, *Efekt horyzontalny praw podstawowych w prawie prywatnym: autonomia woli a zasada równego traktowania*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, rok XVIII: 2009, Nr 2, s. 344.

¹⁰⁷ Zaczepniętych z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Zob. pismo RPO, s. 6-7, 17-18.

¹⁰⁸ Tamże, s. 18.

oferowanych, cechujących się anonimizacją klientów – nieprzekraczalną granicę wolności umów i wolności gospodarczej¹⁰⁹.

IV. Potrzeba prokonstytucyjnej wykładni art. 138 k.w. Dobro prawnie chronione.

1. Uwagi wstępne.

Przedstawione powyżej okoliczności, związane z kolizją wartości konstytucyjnych, jaka bez wątpienia zachodzi na gruncie wykładni art. 138 k.w. w jego końcowej części, prowadzą do oczywistego w moim przekonaniu wniosku, że dla prawidłowego przeprowadzenia interpretacji tego unormowania, dalece niewystarczające jest oparcie się na argumentach podnoszonych tradycyjnie przez doktrynę prawa wykroczeń, jak również zawartych w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26 maja 2017 r. Dotyczy to takich elementów, jak problem dobra prawnie chronionego, źródła obowiązku świadczenia usługi oraz pojęcia „uzasadniona odmowa” świadczenia.

2. Wykładnia prokonstytucyjna.

Przedstawiona wyżej analiza problemów konstytucyjnych pojawiających się na gruncie art. 138 k.w. wskazuje jednoznacznie, że przy interpretacji tego unormowania¹¹⁰, należy bez wątpienia odwołać się do wykładni funkcjonalnej, przede wszystkim odnoszącej się do tzw. funkcji ochronnej prawa karnego ze szczególnym uwzględnieniem dobra prawnego, chronionego przez ten typ czynu zabronionego.

Nie ulega również wątpliwości, że obowiązkiem interpretatora (zwłaszcza organu stosującego prawo) jest sięgnięcie do dyrektyw wykładni systemowej, w dzisiejszym kontekście społeczno-prawnym ze szczególnym uwzględnieniem tzw. dyrektyw wykładni systemowej pionowej (czyli odwołującej się do aktów hierarchicznie wyższych). Podstawowe znaczenie dla prawa karnego ma więc tzw. wykładnia prokonstytucyjna (inaczej określana jako wykładnia przyjazna Konstytucji), wykładnia prokonwencyjna (przyjazna ratyfikowanym umowom międzynarodowym, co do ratyfikacji których została wyrażona zgoda wyrażona w ustawie), ze szczególnym uwzględnieniem aktów prawa międzynarodowego odnoszących się do praw człowieka oraz wykładnia prounijna (przyjazna prawu wtórnemu Unii Europejskiej)¹¹¹. Trzeba również odwołać się do dyrektyw wykładni systemowej poziomej, a zatem odnoszącej się do występujących w systemie prawa norm-zasad (np. zasady swobody umów). Niezastosowanie takiego mechanizmu wykładniczego

¹⁰⁹ Tamże, s. 19-21.

¹¹⁰ A w moim najgłębszym przekonaniu także każdego unormowania w obrębie szeroko rozumianego prawa karnego.

¹¹¹ Co do sposobów stosowania tych mechanizmów por. prace przywołane we wcześniejszej części artykułu: M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, passim; K. Szczucki, *Wykładnia...*, passim; P. Cychosz, *Konstytucyjny...*, passim; M. Rams, *Specyfika...*, passim.

prowadzić może w moim przekonaniu do rozwiązań głęboko niesprawiedliwych i nieadekwatnych z punktu widzenia racjonalnej polityki karnej państwa. Prawo represyjne stanowi najsurowszy środek reakcji państwa na czyny niepożądane ze społecznego punktu widzenia, w sposób najgłębszy ingerujący w sferę konstytucyjnych praw i wolności. Okoliczność ta wymaga zastosowania od interpretatora prawa karnego zasady „szczególnej ostrożności” wykładniczej, w pierwszej kolejności sprowadzającej się do założenia, że przy wykładni prawa karnego nawet przy uzyskaniu za pomocą reguł wykładni językowej jednoznacznego rezultatu¹¹², **w żadnym wypadku rezultatu tego nie można uznać za ostateczny wynik wykładni, bez odwołania się do reguł pozajęzykowych (systemowych, funkcjonalnych, prokonstytucyjnych, itd.)**. Przykład omawianego typu z art. 138 k.w. wskazuje również, jak bardzo istotna jest weryfikacja uzyskanych rezultatów wykładni z punktu widzenia zasad wykładni systemowej poziomej. Nie sposób bowiem przyjąć takiego rezultatu wykładni, który prowadziłby na gruncie prawa represyjnego do penalizacji zachowania **wyraźnie dozwolonego przez inną gałąź prawa**, w szczególności jeśli to dozwoleństwo wynika z zasady tej gałęzi o fundamentalnym znaczeniu¹¹³.

Opisanie modelu wykładniczego prawa, który w sposób zintegrowany, łączący założenia dominujących we współczesnej polskiej teorii prawa koncepcji derywacyjnej i klaryfikacyjnej, a zarazem uwzględniający niezwykle skomplikowany, multicytryczny charakter systemu prawnego, znacznie wykracza poza ramy niniejszego opracowania¹¹⁴. Prezentując w skrótowy sposób stanowiący jedno z założeń niniejszego artykułu, obszerny model pożądanego postępowania interpretatora (odwołujący się głównie do koncepcji M. Zielińskiego¹¹⁵), stwierdzić należy, że jego obowiązkiem jest przeprowadzenie wszelkich metod wykładni. Następnie, na podstawie rezultatów uzyskanych w wyniku przeprowadzonych metod, **należy przyjąć to znaczenie, które realizuje najwyższe preferencje zarówno systemowe, jak i funkcjonalne**. Jak słusznie wskazuje M. Zieliński, „w sytuacji rozbieżności między uzyskanymi rezultatami należy ustalić hierarchię tych

¹¹² Co ze względu na wieloznaczność języka, jakim posługuje się ustawodawca, będzie miało miejsce niezwykle rzadko.

¹¹³ Jak choćby zasady swobody umów na gruncie prawa prywatnego.

¹¹⁴ Szeroko na ten temat por. m. in. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, s. 230-295 i przywołaną tam literaturę.

¹¹⁵ Por. przykładowo: M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972; tenże, *Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny z 2006 r., Nr 3; tenże, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2002, s. 79-81. Omówienie znaczenia derywacyjnej koncepcji wykładni dla prawa karnego por. m. in.: P. Kardas, *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* z 2012 r., z. 4; S. Żółtek, *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Warszawa 2017, s. 332-336; M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, s. 230-295.

rezultatów, szczegółowo ją uzasadnić i wybrać to znaczenie, które jest zgodne z najwyżej preferowanymi wartościami, kierując się tym, by priorytetowo traktować wartości chronione przez Konstytucję (w tym również te, do których Konstytucja się odwołuje)”¹¹⁶. Należy przy tym zauważyć, że wykładnia prokonstytucyjna stanowi przejaw tzw. bezpośredniego stosowania Konstytucji, w formie jej współstosowania z ustawą zwykłą¹¹⁷. Takie współstosowanie może odgrywać największą rolę w procesie wykładni tzw. klauzul generalnych, co prowadzi do procesu określanego w teorii prawa i doktrynie prawa konstytucyjnego jako promieniowanie wartości konstytucyjnych do systemu prawa. Trzeba też przy tym wskazać na szczególnie trudną rolę interpretatora, stojącego w sytuacji konfliktu poszczególnych zasad i wartości konstytucyjnych, który powinien zostać rozstrzygnięty w celu odnalezienia właściwego rezultatu wykładni¹¹⁸. Normy te, nie wyrażają bowiem jednoznacznych dyrektyw – nakazów lub zakazów, lecz wskazują jedynie określone cele, jakie zamierza osiągnąć ustawodawca, przy założeniu, że mogą one zostać wypełnione jedynie w pewnym stopniu oraz że mogą pozostawać ze sobą w konflikcie¹¹⁹. Oznacza to konieczność przeprowadzenia specyficznej operacji ważenia zasad, prowadzącej „do wyboru opartego na preferencjach aksjologicznych i pragmatycznych wywodzonych z rekonstrukcji systemu wartości wyrażanego przez konstytucje”¹²⁰.

Przenosząc powyższe rozważania na zagadnienia będące przedmiotem tego artykułu, należy zauważyć, że dla prawidłowego rezultatu interpretacji elementów unormowania z art. 138 k.w. budzących największe wątpliwości (w szczególności dobra prawnie chronionego, źródła obowiązku, uzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia usługi), konieczne staje się uwzględnienie w procesie wykładni szeregu zasad, głównie o charakterze konstytucyjnym, w szczególności: zasady wolności, wynikającej z art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji, zasady wolności gospodarczej, wynikającej z art. 22 Konstytucji, zasady wolności sumienia i wyznania, wynikającej z art. 53 Konstytucji, zasady proporcjonalności, wynikającej z art. 31 ust. 3 oraz z art. 2 Konstytucji, zasady równości, wynikającej z art. 32 ust. 1 Konstytucji, zasady zakazu dyskryminacji, wynikającej z art. 32 ust. 2 Konstytucji, zasady ochrony konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i

¹¹⁶ M. Zieliński, *Wykładnia...*, s. 323.

¹¹⁷ Por. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, s. 480-556 i przywołaną tam literaturę.

¹¹⁸ Na miejscu jest w tym miejscu przywołanie Dworkinowskiej figury sędziego-Herkulesa, rozwiązującego wykładniczy *hard case*. Por. R. Dworkin, *Biorąc...*, passim.

¹¹⁹ Por. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, s. 509 z powołaniem na przywołane tam poglądy R. Dworkina i R. Alexy’ego.

¹²⁰ Tamże.

bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowym, wynikającej z art. 76 Konstytucji, a także zasady swobody umów, wynikającej z art. 353¹ k.c.

3. Aspekt przedmiotowy ochrony typu z art. 138 *in fine* k.w.

Analizując, jakie wartości chronione są przez unormowanie, zawarte w art. 138 *in fine* k.w., przypomnieć należy wcześniejsze rozważania, wskazujące w sposób jednoznaczny, że całkowitej dezaktualizacji uległ pierwotny cel penalizacji zachowań, polegających na nieuzasadnionej odmowie świadczenia usług przez osoby zajmujące się tym w sposób zawodowy, jakim była walka ze zjawiskiem tzw. spekulacji usługami. Dezaktualizacja taka mogła prowadzić do dwóch strategii stosowania prawa przez organy wymiaru sprawiedliwości. Pierwszą z nich jest próba znalezienia w całkowicie odmiennym kontekście normatywnym nowej racji penalizacji i dokonania reinterpretacji unormowania z uwzględnieniem tej nowej racji. Tą ścieżką na gruncie art. 138 k.w. poszła najpierw doktryna, a następnie orzecznictwo sądów powszechnych, wskazując na nowy cel tej regulacji, jakim miała być przede wszystkim walka ze zjawiskiem dyskryminacji w dostępie do powszechnie oferowanych usług. Jest to zatem strategia **wykładni adaptacyjnej art. 138 k.w.** Droga alternatywną, którą mogłoby pójść orzecznictwo, jest zaprzestanie stosowania w nowej rzeczywistości społecznej i normatywnej starych, nieaktualnych unormowań, co stopniowo doprowadzić mogłoby do derogacji unormowania w drodze tzw. *desuetudo*¹²¹. Ponieważ jednak orzecznictwo sądowe, mniej lub bardziej świadomie, zdecydowało się na strategię wykładni adaptacyjnej art. 138 k.w., pozostaje w tym kontekście odpowiedzieć na dwa pytania. Po pierwsze, czy istnieje konstytucyjnie legitymizowany cel takiej penalizacji i czy cel ów nie może być osiągnięty innymi środkami systemu prawnego? Po drugie zaś, czy taka twórcza reinterpretacja art. 138 k.w. pozostaje w zgodności z podstawowymi regułami wykładni prawa karnego *sensu largo*?¹²²

W moim przekonaniu, odpowiedzi na pierwsze postawione wyżej pytanie, w sposób niezwykle przekonujący udzielił Rzecznik Praw Obywatelskich w pisemnym stanowisku w postępowaniu toczącym się przed Trybunałem Konstytucyjnym¹²³. Ponieważ zostało ono obszernie omówione w poprzedniej części artykułu, wypada w tym zakresie odesłać do tych rozważań, z przypomnieniem, że głównym legitymizującym celem penalizacji zachowań określonych w końcowej części art. 138 k.w. jest ochrona przed aktami dyskryminacji, naruszającymi także godność ludzką.

¹²¹ Co do koncepcji *desuetudo* w prawie karnym materialnym por. przede wszystkim W. Wróbel, *Zmiana normatywna i reguły intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 270-279.

¹²² Zagadnienie to jest przedmiotem rozważań w dalszej części artykułu.

¹²³ Zob. pismo RPO, s. 9-14.

W moim przekonaniu jednak, cel antydyskryminacyjny nie jest jedynym, jaki można przypisać aktualnie omawianej regulacji. Należy w tym kontekście wskazać na tradycyjnie ujmowane poglądy doktryny prawa wykroczeń, dotyczące głównie ekonomicznego interesu konsumentów jako przedmiotu ochrony art. 138 k.w. Trzeba jednak przy tym poczynić wyraźne zastrzeżenie, że ochrona tych interesów przysługiwać może jedynie w bardzo ograniczonym zakresie. Co do zasady bowiem, w warunkach gospodarki wolnorynkowej nie ma takiej potrzeby, skoro podmioty, którym odmówiono zawarcia umowy o świadczenie jakiejś usługi, bez większych komplikacji mogą uzyskać owo świadczenie u innego podmiotu. Rzecz ta ulega jednak zasadniczej zmianie w przypadku niektórych kategorii usług, co do których istnieje prawny lub faktyczny monopol lub oligopol wśród podmiotów udzielających świadczeń. W braku silnej regulacji ze strony państwa, na takich rynkach mogłoby dojść prędko do wynaturzeń, wynikających z ogromnej przewagi rynkowej monopolisty wobec konsumentów. Zjawiskom takim mają przeciwdziałać unormowania publicznego prawa gospodarczego, wprowadzające po stronie niektórych podmiotów tzw. przymus kontraktowania¹²⁴. Ochrona konsumentów przed takimi praktykami stanowi w moim przekonaniu konstytucyjnie legitymizowany cel wprowadzenia penalizacji z art. 138 *in fine* k.w., co uzasadnić można brzmieniem art. 76 zd. 1 Konstytucji, przewidującego obowiązek władz państwowych ochrony praw konsumentów.

4. Aspekt podmiotowy ochrony typów z Rozdziału XV k.w. Pojęcie „konsument” na gruncie k.w.

Kolejnym zagadnieniem szczegółowym, które wymaga rozstrzygnięcia, jest kwestia zakresu podmiotowego ochrony typów czynów zabronionych w Rozdziale XV k.w. Jego tytuł brzmi „wykroczenia przeciwko interesom konsumentów”, co nakazuje zadać pytanie o zakres znaczeniowy pojęcia „konsument”.

Termin „konsument” pochodzi z prawa prywatnego. Zgodnie z definicją ustawową zawartą w art. 22¹ k.c., za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą z przedsiębiorcą czynności prawnej, niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową. W innych aktach prawnych rangi ustawowej znajdują się nieco odmienne definicje legalne. Definicja zawarta w k.c. ma jednak charakter podstawowy dla systemu prawa prywatnego, co podkreśla się w nauce prawa cywilnego¹²⁵. Najistotniejszą konsekwencją przyjęcia poglądu, że przy wykładni przepisów rozdziału XV należy uwzględnić tylko interesy konsumentów w

¹²⁴ Por. P. Machnikowski [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5, red. E. Łętowska, wyd. 1, Warszawa 2006, s. 798-801. Przykłady takich sytuacji zostaną omówione w dalszej części artykułu.

¹²⁵ K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 17, Warszawa 2017, teza 1 do art. 22¹.

rozumieniu art. 22¹ k.c. byłoby ograniczenie zakresu ochrony wyłącznie do osób fizycznych. Tylko takie osoby są bowiem konsumentami na gruncie tego przepisu. Taka teza byłaby jednak nieuprawniona na gruncie unormowań konstytucyjnych, w szczególności art. 76 zd. 1 Konstytucji¹²⁶. Na gruncie tego uregulowania pojęcie „konsument” rozumiane jest w nauce prawa konstytucyjnego i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego szerzej niż na gruncie art. 22¹ k.c.¹²⁷ Przyjmuje się bowiem, że pojęcia konstytucyjne mają charakter autonomiczny¹²⁸. W kontekście aksjologii konstytucyjnej przyjmuje się, że przepis art. 76 zd. 1 Konstytucji ma chronić podmioty, które w szczególności w stosunkach prywatnoprawnych, w relacji z innymi podmiotami, są stroną strukturalnie słabszą¹²⁹. Oznacza to, że w niektórych sytuacjach zakres ochrony może zostać rozciągnięty poza osobami fizycznymi, także na osoby prawne oraz jednostki organizacyjne, nieposiadające osobowości prawnej, lecz dysponujące zdolnością prawną przyznaną przez ustawę¹³⁰. Powstaje jednak w tym kontekście zasadnicze pytanie, czy uwagi te zachowują swą aktualność na gruncie unormowania art. 138 k.w., skoro – jak wspomniano wyżej – jego podstawowym celem nie jest aktualnie ochrona interesów ekonomicznych słabszych uczestników podmiotu, lecz ochrona przed aktami dyskryminacji – a zatem czynami, naruszającymi przede wszystkim interesy niemajątkowe pokrzywdzonych tymi czynami. Do istoty dyskryminacji należy zaś to, że pokrzywdzonymi jej aktami są przede wszystkim osoby fizyczne.

Starając się odpowiedzieć na postawioną wyżej kwestię wypada w pierwszej kolejności zauważyć, iż za nieuprawnione należałoby uznać ograniczenie podmiotowego zakresu ochrony wyłącznie osób fizycznych jako pokrzywdzonych przez czyn z art. 138 k.w. w opisanym wcześniej aspekcie ekonomicznym, przejawiającym się w penalizacji naruszenia przymusu kontraktowania. W tym kontekście nie ma żadnego uzasadnienia dla różnicowania sytuacji prawnej poszczególnych podmiotów pokrzywdzonych.

Inaczej rzecz ma się z czynami z art. 138 k.w., naruszającymi zasady równego traktowania w dostępie do usług. W tym zakresie zbyt daleko idąca wydaje się penalizacja przejawów tzw. dyskryminacji pośredniej, która mogłaby przykładowo polegać na odmowie dostępu do świadczonych usług podmiotu zbiorowego, w skład którego wchodziłyby jednostki, charakteryzujące się określoną cechą dyskryminacyjną. Czyny takie nie prowadzą

¹²⁶ Tak słusznie J. Kulesza, *Glosa...*, s. 136. Por. także wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 lutego 2008 r., sygn. akt K 37/07, opubl. OTK-A 2008/10/272; P. Miklasiewicz [w:] *Konstytucja RP. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Nb. 19-23 do art. 76.

¹²⁷ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 lutego 2008 r.

¹²⁸ Co do autonomicznej wykładni pojęć konstytucyjnych zob. m. in. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, s. 528-530 i przywołaną tam literaturę i orzecznictwo.

¹²⁹ P. Miklasiewicz [w:] *Konstytucja...*, red. M. Safjan, L. Bosek, Nb. 20 do art. 76.

¹³⁰ Tamże, Nb. 22 do art. 76.

bowiem w sposób bezpośredni do naruszenia godności osób fizycznych wchodzących w skład danego podmiotu. Dotyczy to zwłaszcza struktur o złożonym charakterze, cechujących się tym, że cechy osobowe ludzi wchodzących danej jednostki nie mają większego znaczenia dla jej działalności¹³¹. Rozszerzenie zakresu ochrony z art. 138 k.w. na tego rodzaju podmioty prowadziłoby zresztą do nieuniknionych trudności dowodowych.

V. Źródło obowiązku świadczenia usługi.

W tej części artykułu omówione zostaną możliwe źródła obowiązku świadczenia usług, którego niedochowanie spenalizowane zostało w art. 138 *in fine* k.w. Również te rozważania muszą uwzględniać przedstawione wcześniej założenia dotyczące prokonstytucyjnej wykładni prawa.

1. Zawodowe świadczenie usług.

Jak wskazano wcześniej, w doktrynie prawa wykroczeń, jak również w orzecznictwie sądów powszechnych jednomyślnie prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym sam fakt zawodowego świadczenia usług przez jakąś osobę rodzi po jej stronie obowiązek świadczenia przez tą osobę usług, bez możliwości odmowy bez uzasadnionej przyczyny lub selekcjonowania swoich klientów. Należy zauważyć, że przedstawione powyżej stanowisko nauki prawa wykroczeń przejmowane jest ze starszych opracowań, powstałych przed rokiem 1989. Związane jest ono również z dominującymi w doktrynie poglądami na temat dobra prawnie chronionego przez typ z art. 138 k.w., które pomijają całkowicie radykalną zmianę kontekstu społeczno-ekonomicznego oraz normatywnego, która nastąpiła po zmianie ustroju politycznego oraz społeczno-ekonomicznego po roku 1989. W realiach gospodarki nakazowo-rozdzielczej istniały całkowicie odmienne zasady prawne odnoszące się do zasad prowadzenia działalności gospodarczej, w tym oczywiście odnoszącej się do zawodowego świadczenia usług. Zasadą w gospodarce tej było urzędowe regulowanie cen, po których świadczone były usługi, co rodziło zjawisko wstrzymywania się z wykonywaniem usługi w celu wymuszenia na kliencie zapłaty ceny wyższej niż urzędowa. Unormowanie z art. 138 k.w. stanowiło wówczas instrument walki z tym zjawiskiem. Ponadto, co istotne, system prawny przed zmianą ustroju, nie zawierał unormowań odnoszących się do wolności gospodarczej, w szczególności do swobody umów.

Jak już wskazałem, nie sposób jest aktualnie dokonywać rzetelnej wykładni unormowania wynikającego z art. 138 k.w. bez rozpatrzenia kontekstu normatywnego, w

¹³¹ Jako przykład takich podmiotów należy podać spółki kapitałowe lub – choć z pewnym zastrzeżeniem – fundacje, do istoty których nie należy wszak substrat osobowy, a majątkowy.

jakim ono funkcjonuje. Regulacje, które należy uwzględnić przy jego interpretacji, wynikają przede wszystkim z Konstytucji, jak również k.c.

W pierwszej kolejności należy więc zwrócić uwagę na art. 353¹ k.c., zgodnie z którym „strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”. Przepis ten został wprowadzony do k.c. ustawą nowelizującą z dnia 28 lipca 1990 r.¹³². Jak podkreśla się w nauce prawa cywilnego, wyraża on jedną z podstawowych zasad prawa zobowiązań¹³³ - zasadę swobody (wolności) umów¹³⁴. Zasada ta oparta jest na tzw. normie kompetencji generalnej¹³⁵, „na mocy której podmioty prawa cywilnego mają możliwość ustanawiania, zmieniania i uchylania indywidualnych norm postępowania, a co za tym idzie – tworzenia, zmiany i znoszenia konkretnych stosunków zobowiązaniowych według własnej woli za pomocą narzędzia, jakim jest dokonywana wspólnie czynność prawna – umowa”¹³⁶. Źródłem zasady swobody umów jest koncepcja autonomii woli, pozwalająca podmiotom prawa prywatnego kształtować stosunki cywilnoprawne mocą własnych decyzji¹³⁷. Co istotne, w doktrynie prawa prywatnego podkreśla się jednoznacznie, że zasada swobody umów przyznaje podmiotom prawa ogólną kompetencję do swobodnego kształtowania umów obligacyjnych w zakresie ich zawarcia, treści i celu umów, czasu trwania czy doboru kontrahenta¹³⁸. Z zasady swobody umów wynika więc m. in. że istnieje swoboda zawarcia lub niezawarcia umowy, a także możliwość swobodnego wyboru kontrahenta¹³⁹. Zasada swobody umów nie ma charakteru nieograniczonego, co wynika wprost z brzmienia art. 353¹ k.c., a jej granice wyznaczone są przez **ustawę, zasady współżycia społecznego i właściwość (naturę) stosunku prawnego**. Powyższe oznacza, że w odniesieniu do zawarcia umowy, **w prawie prywatnym nie istnieje określony w sposób generalny nakaz ich zawierania** (także przez osoby prowadzące w

¹³² Ustawa z dnia 29 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 55, poz. 321). Ustawa weszła w życie w dniu 1 października 1990 r.

¹³³ Dodajmy – prawa zobowiązań właściwego dla realiów gospodarki wolnorynkowej.

¹³⁴ Zob. m. in. T. Wiśniewski [w:] T. Bielska-Sobkiewicz, G. Bieniek, H. Ciepla, J. Gudowski, M. Sychowicz, R. Trzaskowski, T. Wiśniewski, C. Żuławska, *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania, Część ogólna*, t. 3, red. J. Gudowski, Warszawa 2018, teza 1 do art. 353¹. Co do pojęcia „swoboda umów” por. także m. in.: P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawa*, Warszawa 2005, s. 20 i 143; R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ k.c.*, Kraków 2005, s. 33-34; J. Podkowik, *Wolność umów i jej ograniczanie w świetle Konstytucji RP*, Warszawa 2015, s. 30-34.

¹³⁵ Koncepcja ta została stworzona i rozwinięta przede wszystkim przez Z. Radwańskiego. Zob. J. Podkowik, *Wolność...*, s. 30.

¹³⁶ J. Podkowik, *Wolność...*, s. 30-31.

¹³⁷ Zob. A. Olejniczak [w:] Z. Gawlik, A. Janiak, A. Kozieł, A. Olejniczak, A. Pyrzyńska, T. Sokołowski, *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*, t. 3, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, teza 1 do art. 353¹.

¹³⁸ A. Olejniczak [w:] *Kodeks...*, red. A. Kidyba, teza 1 do art. 353¹.

¹³⁹ Zob. T. Wiśniewski [w:] *Kodeks...*, red. J. Gudowski, teza 1 do art. 353¹.

sposób profesjonalny działalność gospodarczą, w tym polegającą na zawodowym świadczeniu usług), **lecz przeciwnie – ogólna kompetencja do podjęcia swobodnej decyzji czy, w jakich okolicznościach i z kim umowę zawrzeć**. Kompetencja ta może zostać przez system prawny ograniczona, poprzez wprowadzenie w drodze ustawy tzw. przymusu kontraktowania, tj. nakazu zawarcia umowy zobowiązaniowej w określonych sytuacjach o określonej treści¹⁴⁰.

Podstawowe znaczenie dla wolności umów mają także zasady konstytucyjne¹⁴¹. Jest to związane ze zjawiskiem tzw. konstytucjonalizacji praw podstawowych, czyli przenikania unormowań konstytucyjnych do innych gałęzi systemu prawnego, w tym do prawa prywatnego¹⁴². Jako podstawowe zasady konstytucyjne w tym zakresie wskazuje się w nauce prawa oraz w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zasadę wolności, wynikającą z art. 31 ust. 1 i 2 zd. 2 Konstytucji oraz zasadę wolności działalności gospodarczej, wynikającą z art. 22 Konstytucji¹⁴³. Zgodnie z art. 31 Konstytucji, „wolność człowieka podlega ochronie prawnej” (ust. 1), zaś „nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje” (ust. 2 zd. 2). Art. 31 Konstytucji w ust. 3 wyraża także tzw. zasadę proporcjonalności, wskazując, że „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. Z kolei po myśli art. 22 Konstytucji, „ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”.

Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 29 kwietnia 2003 r.¹⁴⁴, „zgodnie z jej genezą zasadę swobody umów należy widzieć w pierwszej kolejności przez pryzmat wolności jednostki [...]. Przepisu rozdziału II Konstytucji formułują ogólne założenie, w myśl którego <<wolność człowieka podlega ochronie prawnej>>, a <<nikogo nie można zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje>> (art. 31 ust. 1 i ust. 2 zd. 2 Konstytucji). Postanowienia te najbardziej odpowiadają cywilistycznej koncepcji autonomii woli. Bardzo istotne jest przy tym uregulowanie konstytucyjne, zgodnie z którym obowiązek poszanowania wolności człowieka ma zgodnie z art. 31 ust. 2 zd. 1 Konstytucji

¹⁴⁰ Zob. m. in. P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 5, red. E. Łętowska, s. 445.

¹⁴¹ Zob. J. Podkowiak, *Wolność umów i jej ograniczanie w świetle Konstytucji RP*, Warszawa 2015, passim.

¹⁴² Zob. m. in. J. Podkowiak, *Wolność...*, s. 35-52.

¹⁴³ J. Podkowiak, *Wolność...*, s. 79-135.

¹⁴⁴ Sygn. akt SK 24/02, opubl. OTK-A 2003/4/33.

zastosowanie nie tylko do relacji człowieka i obywatela z państwem i władzami publicznymi, ale także do stosunków między samymi jednostkami. Z art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji w sposób najpełniejszy wynika, że nie wolno nikogo zmuszać do zawarcia umowy lub zakazywać mu zawarcia umowy, ani zmuszać do wyboru określonego kontrahenta, ani narzucać mu jej konkretnych postanowień, o ile przepisy prawa nie stanowią inaczej. Ograniczenie to dotyka wszystkich w jednakowym stopniu. Tak pojmowana wolność człowieka, stanowiąca oczywiście tylko pewną <<częstkę>> sfery wolności człowieka, podlega ochronie konstytucyjnej”.

Analizując relację pomiędzy zasadą wolności a zasadą wolności gospodarczej w wyroku z dnia 13 września 2005 r.¹⁴⁵, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „nakaz szanowania autonomii woli w stosunkach prywatnoprawnych wraz z zasadą swobody umów znajdują swoje oparcie konstytucyjne. Poszukiwać go można z jednej strony w zasadzie wolności każdego człowieka (art. 31 ust. 1), a z drugiej w zasadzie wolności gospodarczej (art. 22). Oba podejścia są w stosunku do siebie komplementarne i każde z osobna nie wystarcza samodzielnie dla oddania znaczenia i istoty tej sfery aktywności uczestników obrotu prawnego. O ile bowiem fundament aksjologiczny zasady swobody umów wspiera się silnie na zasadzie wolności, o tyle zasada swobody gospodarczej wyznacza bardzo wyraźnie konieczną konstytucyjnie sferę zastosowania wolności umów, obejmując nią stosunki gospodarcze. Ograniczenia wolności gospodarczej mogą nastąpić tylko ze względu na ważny interes publiczny. Komplementarność obu zasad wynika z innych jeszcze racji. Wolność jednostki, przejawiająca się w wolności umów, na gruncie stosunków gospodarczych będzie zawsze silnie determinowana przez przyjęty w danym systemie model gospodarczy. Gwarancje konstytucyjne udzielane modelowi społecznej gospodarki rynkowej (art. 20) oraz wolności gospodarczej (art. 22) stanowią tym samym naturalne zabezpieczenie wolności umów realizowanej w ramach stosunków prywatnoprawnych. Nie istnieje bowiem możliwość urzeczywistnienia wolności gospodarczej bez wolności umów. [...]. Trzeba zarazem jednak pamiętać, że wolność umów wykracza poza sferę stosunków gospodarczych i dlatego poszukiwanie ogólnego oparcia dla tej zasady w art. 31 ust. 1 (wolność człowieka) jest także mocno uzasadnione”.

Podobne spojrzenie na kwestię konstytucyjnego umocowania wolności umów prezentuje doktryna prawa konstytucyjnego. Jak podkreśla J. Podkowiak, „wolność umów jest wartością chronioną konstytucyjnie w ramach wolności i praw wymienionych wprost w

¹⁴⁵ Sygn. akt K 38/04, opubl. OTK-A 2005/8/92.

Konstytucji, w tym przede wszystkim ogólnej wolności człowieka (art. 31 ust. 1 i 2), wolności działalności gospodarczej (art. 20 i art. 22), a także własności (art. 64). Ponadto znajduje ona swe uzasadnienie w innych prawach podstawowych, w tym prawie do ochrony życia prywatnego i rodzinnego i prawie do decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47 konstytucji). Wydaje się równocześnie przeważać pogląd o pierwszeństwie ogólnej zasady wolności człowieka jako źródle wolności umów – w stosunku do pozostałych wolności i praw, które w tym kontekście traktowane są jako wzorce subsydiarne¹⁴⁶. Autor zauważa przy tym, że „Konstytucja nie daje podstaw do stwierdzenia o nieograniczonym zakresie konstytucyjnej wolności umów”, wskazując na nieobjęciu tym zakresem umów o świadczenia obiektywnie niemożliwe do spełnienia, kształtujących sytuację osób trzecich, determinujących zakres zadań i kompetencji organów władzy publicznej lub uchylających nakazy lub zakazy wynikające z powszechnie obowiązującego prawa¹⁴⁷. J. Podkowiak wskazuje także, iż „ramy, w jakich człowiek korzysta z wolności i może domagać się udzielenia mu ochrony prawnej wytyczają poza tym tzw. klauzule-bariery. Są to jednoznaczne i nie pozostawiające odstępstw w zastosowaniu normy konstytucyjne, które wyznaczają zakres dozwolonych prawnie zachowań podmiotów konstytucyjnych wolności i praw, a zarazem zakres ich ochrony prawnej. Mają one bezwzględny charakter w tym sensie że są niepołączalne z zasadą proporcjonalności, a tym samym ustawodawca nie może od nich odstąpić. Obowiązkiem organów stosujących prawo jest natomiast uwzględnianie skutków płynących z tych zakazów dla oceny rozpoznawanych spraw indywidualnych ze stosunków umownych, głównie przez prokonstytucyjną wykładnię prawa¹⁴⁸. Stwierdza on także, że „wolność umów jest zasadą o charakterze optymalizacyjnym. Może w związku z tym podlegać koniecznym ograniczeniom w celu zapewnienia realizacji innych zasad (wartości konstytucyjnych. Materialne i formalne przesłanki ograniczania tej wolności określają art. 31 ust. 3 i art. 2 konstytucji. (...). Ograniczenia te muszą być konieczne w demokratycznym państwie z uwagi na ochronę wymienionych w tym przepisie (i innych szczególnych przepisach konstytucyjnych) wartości, a ponadto nie mogą naruszać istoty wolności umów¹⁴⁹”.

Powyższe rozważania prowadzą do jednoznacznego wniosku, że w świetle zasad konstytucyjnych oraz zasad prawa prywatnego, **całkowicie nieadekwatne są przedstawione wyżej poglądy doktryny prawa wykroczeń, zgodnie z którymi z samej racji zawodowego**

¹⁴⁶ Zob. J. Podkowiak, *Wolność...*, s. 90.

¹⁴⁷ Tamże, s. 326.

¹⁴⁸ Tamże, s. 326-327.

¹⁴⁹ Tamże, s. 328-330.

świadczenia usług przez jakąś osobę, spoczywa na niej generalny obowiązek zawarcia umowy, a następnie świadczenia usługi na jej podstawie, a także, iż osoba taka nie ma prawa bez uzasadnionej przyczyny odmówić zawarcia umowy lub selekcjonować swoich klientów.

Taka wykładnia prowadzi bowiem do całkowitego zanegowania zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.) w jej aspekcie związanym ze swobodą wyboru kontrahenta. Prawo prywatne przewiduje w tym zakresie daleko idącą autonomię woli podmiotów stosunków cywilnoprawnych, która może być wprawdzie ograniczana, lecz te ograniczenia powinny odbywać się w drodze ustawy, przy dochowaniu wymogów wynikających z konstytucyjnej zasady proporcjonalności. Twierdzenie to jest tym bardziej uzasadnione, jeśli spojrzy się na omawianą kwestię z perspektywy konstrukcji norm sprzężonych. Artykuł 138 k.w. nie może stanowić źródła normy sankcjonowanej, nakazującej wszystkim podmiotom zajmującym się zawodowym świadczeniem usług do ich świadczenia, bowiem z samego jego brzmienia wynika, że odwołuje się on do jakiegoś obowiązku „leżącego” poza nim. Jest to także w pełni zgodne z powszechnie akceptowanymi poglądami na temat subsydiarnej roli prawa karnego w systemie prawa i faktu, iż może ono stanowić źródło normy sankcjonowanej jedynie w wyjątkowych wypadkach. Co do zasady bowiem przepisy prawa karnego dają podstawę jedynie do rekonstrukcji normy sankcjonującej, a nie normy sankcjonowanej. Skoro zatem żadne unormowanie prawa prywatnego nie przewiduje generalnego obowiązku świadczenia usług nałożonego na podmioty, zajmujące się tym zawodowo, a wręcz przeciwnie – zasada swobody umów wskazuje na autonomię woli tych podmiotów co do wyboru kontrahenta – to nie można twierdzić, że obowiązek taki wypływa z art. 138 k.w. Ponadto twierdzenie takie całkowicie ignoruje aktualne realia ustroju społeczno-gospodarczego, opartego na zasadzie wolności gospodarczej (art. 22 Konstytucji RP) oraz zasadzie wolności (art. 31 ust. 1 i ust. 2 zd. 2 Konstytucji RP). **Nie można nikogo zmuszać do czynienia tego, czego ustawa mu nie nakazuje.** Tym samym wykładnia prokonstytucyjna art. 138 k.w. prowadzi do jednoznacznego odrzucenia tez prezentowanych dotychczas w doktrynie i judykaturze. **Samo zawodowe świadczenie usług nie może więc rodzić obowiązku świadczenia takich usług wobec każdego zgłaszającego się klienta, bez możliwości wyboru czy, na jakich warunkach i z kim zawrzeć umowę, której przedmiotem jest świadczenie usługi.** Tym samym należy poszukiwać innego źródła obowiązku, którego naruszenie spenalizowano w art. 138 k.w.

2. Umowa.

Zgodnie z przytoczonym powyżej stanowiskiem, zaprezentowanym w wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 5 czerwca 2017 r., źródłem obowiązku świadczenia usług, o którym mowa w art. 138 k.w., może być istniejąca uprzednio umowa stron. Co ciekawe, taki sposób wykładni tego unormowania nie jest kwestionowany przez strony postępowania o stwierdzenie częściowej niezgodności art. 138 k.w. z Konstytucją RP, toczącego się aktualnie przed Trybunałem Konstytucyjnym.

W moim przekonaniu, wbrew twierdzeniom zawartym w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi, z dnia 26 maja 2017 r. źródłem obowiązku świadczenia usługi w rozumieniu art. 138 k.w. nie może być również istniejąca wcześniej umowa stron¹⁵⁰.

Wykładnia taka prowadzi bowiem w istocie do tego, że przedmiotem ochrony art. 138 k.w. staje się wykonywanie umów. Wydaje się oczywiste, że stanowi to nadmierną ingerencję prawa karnego w stosunki prywatnoprawne, z naruszeniem zasady proporcjonalności określonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Co więcej, prowadzi też do naruszenia konstytucyjnej zasady równości (art. 32 ust. 1 Konstytucji). Omawiany przepis chroniłby bowiem w tym aspekcie tylko jedną ze stron umowy, czyli tę która odmawia świadczenia niepieniężnego – wykonania zobowiązania w postaci usługi. Bezkarny na gruncie tego przepisu pozostawałby zaś nieuczciwy kontrahent, który odmawiałby świadczenia wzajemnego w postaci zapłaty za wykonaną usługę. Stosunki prywatnoprawne cechować zaś winny się – co do zasady – poszanowaniem równości ich podmiotów. Występujące na gruncie prawa prywatnego uprzywilejowanie w pewnych kontekstach konsumentów, mające na celu wyrównanie ich rzeczywiście słabszej pozycji od kontrahenta, nie może zaś stać się podstawą do stworzenia analogicznego uprzywilejowania na gruncie omawianego typu wykroczenia. Byłoby to rozumowanie zbyt daleko idące.

3. Ustawa.

Wydaje się zaś oczywistym, że **źródłem obowiązku świadczenia usług, może być ustawa**, pod warunkiem, że ustawa ta spełniać będzie formalne i materialne wymogi takich ograniczeń, przewidziane w art. 31 ust. 3 Konstytucji¹⁵¹. Rozumienie takie jest zgodne zarówno z zasadą swobody umów, jak i konstytucyjnymi zasadami wolności oraz wolności gospodarczej. Wszystkie bowiem z powyższych zasad przewidują istnienie wyjątków, o ile wyjątki te mają podstawę ustawową (wymóg formalny). Wymogiem zaś materialnym wprowadzania ograniczeń wolności umów jest proporcjonalność wprowadzanych ograniczeń

¹⁵⁰ Podobnie J. Kulesza, *Glosa...*, s. 132.

¹⁵¹ Zob. J. Podkowiak, *Wolność...*, s. 181-271.

(art. 31 ust. 3 Konstytucji), rozumiana jako konieczność, przydatność oraz proporcjonalność *sensu stricto*. Ograniczanie wolności umów może mieć miejsce jedynie w celu konstytucyjnie legitymowanym (m. in. ochrona bezpieczeństwa publicznego, porządku publicznego, środowiska, zdrowia, moralności publicznej, wolności i praw innych osób – co dotyczy ograniczenia zasady wolności, zgodnie z art. 31 ust. 3 w zw. z art. 31 ust. 1 Konstytucji – lub ochrony ważnego interesu publicznego, co dotyczy ograniczenia wolności gospodarczej, zgodnie z art. 22 Konstytucji). Wprowadzane ograniczenia nie mogą również doprowadzić do zanegowania istoty wolności (art. 31 ust. 3 zd. 2 Konstytucji).

Jak wspomniano po wyżej, system prawny przewiduje w niektórych sytuacjach tzw. przymus kontraktowania. Stosowany jest on przede wszystkim jako instrument korygowania faktycznej nierównorzędności pozycji poszczególnych podmiotów¹⁵². Obowiązek zawarcia umowy ma przeważnie charakter potencjalny, aktualizuje się w razie zajścia określonych okoliczności, które mogą polegać np. na wystąpieniu kontrahenta z określonym żądaniem. Naruszenie takiego obowiązku, o ile jego celem jest ochrona interesów słabszej strony obrotu (konsumenta w rozumieniu art. 76 Konstytucji), może w moim przekonaniu rodzić odpowiedzialność z art. 138 *in fine* k.w. Obowiązek taki przewidują aktualnie przykładowo: art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych¹⁵³, art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. – Prawo przewozowe¹⁵⁴, art. 48 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe¹⁵⁵, art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne¹⁵⁶, art. 86 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne¹⁵⁷, art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze¹⁵⁸, art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych¹⁵⁹.

Jak wskazano powyżej, aktualnie głównym celem regulacji z art. 138 k.w. wydaje się ochrona przed aktami dyskryminacji w zakresie dostępu do usług. Powstaje jednak pytanie, czy realizacja takiego celu daje się „wtłoczyć” w językowe brzmienie typu. Dotyczy to w szczególności źródła obowiązku świadczenia usług. Jak bowiem wspomniano, za

¹⁵² Zob. P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 5, red. E. Łętowska, s. 445.

¹⁵³ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 2060 ze zm.

¹⁵⁴ Tekst jedn. Dz. U. 2017 r., poz. 1983.

¹⁵⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1481 ze zm.

¹⁵⁶ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 220.

¹⁵⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1907 ze zm.

¹⁵⁸ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2368 ze zm. Warto przy tym zauważyć, że w przypadku adwokatów i radców prawnych obowiązek świadczenia usług prawnych jest także w istotny sposób doprecyzowywany przez regulacje korporacyjne o charakterze etycznym.

¹⁵⁹ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1870 ze zm.

niedopuszczalną należy uznać wykładnię, w myśl której źródłem takim może być sam fakt zawodowego świadczenia usług. Wydaje się, że w pewnym, ograniczonym zakresie, można takiego źródła poszukiwać w **unormowaniach ustawy antydyskryminacyjnej**. Za szczególnie istotny w tym zakresie należy uznać art. 6 ustawy, zgodnie z którym „zakazuje się osób fizycznych ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość w zakresie dostępu i warunków korzystania z zabezpieczenia społecznego, usług, w tym usług mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw i energii, jeżeli są oferowane publicznie”. Z brzmienia, a także celu tego unormowania, wynika jasno, że poza oddziaływaniem o charakterze wertykalnym¹⁶⁰, ma ono także oddziaływanie horyzontalne¹⁶¹. W zakresie „dostępu do usług, w tym usług mieszkaniowych, rzecz oraz nabywania praw i energii, jeżeli są oferowane publicznie” zakaz, o którym mowa w art. 6 ustawy powinien być rozumiany jako ograniczenie swobody umów **w zakresie zawarcia umowy, w szczególności wyboru kontrahenta**. Powyższe oznacza, że podmiot oferujący publicznie usługi **nie ma możliwości dokonania wyboru lub braku wyboru kontrahenta w oparciu o posiadaną przez niego cechę dyskryminacyjną**, określoną w art. 6 ustawy antydyskryminacyjnej. W przepisie tym ustawodawca ustanowił **zamknięty katalog tzw. przyczyn dyskryminacyjnych**. Są nimi: **pleć, rasa, pochodzenie etniczne, narodowość**. Oznacza to, że nierówne traktowanie osób fizycznych w dostępie do usług z innych względów (np. ze względu na niepełnosprawność, wiek, orientację seksualną, wyznanie lub bezwyznaniowość) nie jest zakazane przez art. 6 ustawy antydyskryminacyjnej. Występująca na gruncie ustawy antydyskryminacyjnej zasada odwróconego ciężaru dowodu (art. 14) powoduje zaś w praktyce, że to na podmiocie oferującym usługę spoczywać będzie obowiązek wykazania, że dokonany przez niego wybór kontrahenta nie był oparty na posiadanej przez niego cesze dyskryminacyjnej. **Zakaz nierównego traktowania rozumieć więc należy m. in. jako zakaz odmowy zawarcia umowy**, o ile jej przyczyną będzie jedna z przyczyn dyskryminacyjnych.

W moim przekonaniu naruszenie zakazu z art. 6 ustawy dyskryminacyjnej jest penalizowane przez art. 138 k.w. Takiej interpretacji nie sprzeciwia się prokonstytucyjna wykładnia zasad konstytucyjnych. Pozwala na to w szczególności zasada proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Wprowadzenie penalizacji jest konieczne ze względu na ochronę godności osób narażonych na nierówne traktowanie. Nieskuteczność środków o charakterze cywilnoprawnym wykazał w sposób przekonujący Rzecznik Praw Obywatelskich w

¹⁶⁰ Tj. na styku państwo-jednostka.

¹⁶¹ Czyli jednostka-jednostka.

przedstawionym wyżej stanowisku w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym o sygn. akt K 16/17.

Wykładni takiej nie sprzeciwiają się także względy natury językowej. Wprawdzie art. 138 k.w. w swej warstwie leksykalnej mówi wprost o „obowiązku świadczenia usługi”, jednak w przedstawionym wyżej kontekście normatywnym jasnym jest, że naruszenie tego obowiązku stanowić będzie bezpośredni skutek naruszenia zasady równego traktowania w dostępie do usług oferowanych powszechnie, polegającego na odmowie zawarcia umowy, której przedmiotem będzie świadczenie usługi, ze względu na posiadaną przez kontrahenta cechę dyskryminacyjną.

Warto w tym kontekście wskazać na zakres zastosowania zakazu przewidzianego przez art. 6 ustawy antydyskryminacyjnej. Przede wszystkim zatem **ogranicza ona podmiotowy zakres ochrony do osób fizycznych**. Ponadto dotyczy **wyłącznie usług oferowanych publicznie**. Poza tym wykładnia zakazu z art. 6 ustawy musi uwzględniać szeroki katalog wyłączeń ustawowych, przewidzianych w art. 5 ustawy¹⁶². Stosując typ z art. 138 k.w. należy mieć na względzie powyższe ograniczenia, zatem nie należy go interpretować w sposób zakresowo szerszy, niż z ich uwzględnieniem.

Ponadto zakaz nierównego traktowania ze względu na określone w ustawie przyczyny dyskryminacyjne należy interpretować w ten sposób, że już na gruncie normy sankcjonowanej ustawodawca zakazał takiego zachowania **wyłącznie z określoną stroną podmiotową**, którą na gruncie prawa karnego określilibyśmy jako **zamiar bezpośredni kierunkowy** – zakazane jest tylko takie nierówne traktowanie, które wynika z negatywnego stosunku sprawcy do grupy, w ramach której funkcjonuje pokrzywdzony. Rzadka sytuacja, w której już na gruncie normy sankcjonowanej przesądzona została kwestia strony podmiotowej (zwykle jest ona elementem normy sankcjonującej). Oczywiście okoliczność tę musimy uwzględnić przy wykładni art. 138 k.w., który w tym zakresie można popełnić jedynie z **zamiarem bezpośrednim kierunkowym**.

Podsumowując tę część rozważań, uważam, że we wskazanym powyżej, ściśle ograniczonym zakresie, unormowania art. 6 ustawy antydyskryminacyjnej mogą stanowić

¹⁶² W odniesieniu do usług oferowanych publicznie znaczenie mają tylko niektóre z wyłączeń, określonych w art. 5 pkt 1, 3 i 4 i 5 ustawy antydyskryminacyjnej. Zakaz dyskryminacji nie dotyczy więc w tym zakresie: 1) sfery życia prywatnego i rodzinnego oraz czynności prawnych pozostających w związku z tymi sferami; 2) swobody wyboru strony umowy, o ile tylko nie jest oparty na płci, rasie, pochodzeniu etnicznym lub narodowości; 3) usług edukacyjnych w zakresie dotyczącym odmiennego traktowania ze względu na płeć; 4) odmiennego traktowania ze względu na płeć w dostępie i warunkach korzystania z usług, rzeczy oraz nabywania praw lub energii, jeżeli ich zapewnienie wyłącznie lub głównie dla przedstawicieli jednej płci jest obiektywnie i racjonalnie uzasadnione celem zgodnym z prawem, a środki służące realizacji tego celu są właściwe i konieczne.

podstawę źródła obowiązku świadczenia usług, którego naruszenie spenalizowano w art. 138 *in fine* k.w. Wypada jednak zauważyć, że zakres ten jest bardzo wąski, co rodzi zasadnicze pytanie: czy źródeł takiego obowiązku możemy poszukiwać także w Konstytucji, w szczególności w jej art. 32 ust. 2?

4. Art. 32 ust. 2 Konstytucji RP.

Zgodnie z art. 32 ust. 2 Konstytucji, „nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny”. Już pobieżna lektura tego unormowania rodzi dwa wnioski. Po pierwsze, posiada ono znacznie szerszy zakres zastosowania niż art. 6 ustawy antydyskryminacyjnej (nie wprowadza bowiem zamkniętego katalogu cech dyskryminacyjnych, lecz zakazuje aktów dyskryminacji „z jakiejkolwiek przyczyny”). Po drugie zaś, nie przewiduje on – przynajmniej na pierwszy rzut oka – jakichkolwiek wyjątków, znów inaczej niż art. 6 ustawy antydyskryminacyjnej. Przynajmniej potencjalnie wydaje się więc, że zakaz ten stanowić może atrakcyjną podstawę obowiązku, którego naruszenie spenalizowano w art. 138 k.w. Bez wątpienia jeśli idzie o jego cel, jakim jest ochrona przed dyskryminacją, jest konstytucyjnie legitymowany, może więc być uzasadnieniem penalizacji. Pozostaje zatem jedynie pytanie, czy tak ogólnie sformułowany zakaz, jak ten z art. 32 ust. 2 Konstytucji, może być źródłem normy sankcjonowanej, której naruszenie penalizowane jest w przepisie wyrażającym typ czynu zabronionego pod groźbą kary.

Pozytywna odpowiedź na to pytanie zależy od zaakceptowania tezy o horyzontalnym działaniu art. 32 ust. 2 Konstytucji.

Teza o horyzontalnym działaniu niektórych unormowań konstytucyjnych coraz śmielej przebija się w nauce prawa konstytucyjnego, a także w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego¹⁶³. Należy jednak przyznać, że Trybunał Konstytucyjny nie zajmuje w tym

¹⁶³ Szeroko nt. kwestii horyzontalnego oddziaływania praw konstytucyjnych por. w szczególności: M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Kraków 2014, *passim*; też, *Rola sądów i trybunałów w kształtowaniu koncepcji horyzontalnego działania praw jednostki* [w:] *Sądy i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw jednostki*, red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015, s. 13-30; też, *Horyzontalne oddziaływanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, red. A. Młynarska-Sobaczewska, P. Radziejewicz, *Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego*, t. LVI, Warszawa 2015, *passim*; P. Tuleja, W. Białogłowski, *Problem horyzontalnego działania praw jednostki w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* [w:] *Sądy...*, red. M. Florczak-Wątor, s. 79-90; J. Podkowiak, *Problem horyzontalnego działania praw jednostki w orzecznictwie sądów w sprawach cywilnych* [w:] *Sądy...*, red. M. Florczak-Wątor, s. 91-114; A. Sobczyk, *Problem horyzontalnego działania praw jednostki w orzecznictwie sądów pracy* [w:] *Sądy...*, red. M. Florczak-Wątor, s. 115-128; J. Ciapała, *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych na podstawie wybranego orzecznictwa w sprawach gospodarczych* [w:] *Sądy...*, red. M. Florczak-Wątor, s. 129-148; P. Czarny, *Konstytucyjne podstawy regulacji stosunków prywatnoprawnych w Polsce (na tle koncepcji horyzontalnego oddziaływania praw konstytucyjnych oraz obowiązku ochrony tych praw przez państwo* [w:] *Oddziaływanie współczesnych konstytucji na stosunki między podmiotami prywatnymi*, red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015, s. 165-182.

zakresie konsekwentnego stanowiska¹⁶⁴. Natomiast wydaje się dominować w doktrynie prawa konstytucyjnego.

Trybunał Konstytucyjny nie stanął jak do tej pory przed kwestią, czy zakaz dyskryminacji z art. 32 ust. 2 Konstytucji ma swój wymiar horyzontalny. Kwestia ta podnoszona jest natomiast w piśmiennictwie. Zdaniem J. Podowika zakaz dyskryminacji ma charakter horyzontalny, tj. obowiązuje także w relacjach między jednostkami¹⁶⁵. Według autora, zakaz ten jest regułą niepozostawiającą odstępstw w jej stosowaniu – ma on charakter tzw. klauzuli-bariery. Oznacza to, że nie podlega ona wartościowaniu przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji. Tym samym prawa i wolności innych podmiotów prawa (w tym wolność oraz wolność gospodarcza) zawsze „ulegają” regule wynikającej z art. 32 ust. 2. Autor wskazuje, że konstytucyjny zakaz dyskryminacji wyznacza granicę wolności umów w zakresie nabywania i świadczenia usług masowych, do których można zaliczyć m. in. dostawę wody i energii, nabywanie produktów spożywczych, biletów do kina i teatru czy korzystania z restauracji. Należy przy tym mieć na uwadze, że ta sfera obrotu „charakteryzuje się daleko posuniętą anonimizacją adherentów. Ich przymioty osobiste nie mają z reguły znaczenia z punktu widzenia interesów drugiej strony, a także należytego wykonania umowy. Tym bardziej trudno byłoby racjonalnie uzasadnić nierówne traktowanie jednostek oparte na ich cechach osobowych, jeżeli nie jest racjonalnie usprawiedliwione. Dobra te należą jednocześnie do elementarnych oraz niezbędnych dla godnej egzystencji człowieka w społeczeństwie. Stąd należałoby przyjmować, że ilekroć dany podmiot decyduje się występować w obrocie, świadcząc usługi masowe tego rodzaju, nie może, powołując się na wolność umów, podejmować subiektywnych wyborów odnośnie do wejścia w stosunek umowny, jego zakończenia i ukształtowania jego treści. Granicą tak rozumianej wolności umów jest właśnie zakaz dyskryminacji”¹⁶⁶.

Nieco inaczej na kwestię limitacji zakazu dyskryminacji spoglądają W. Borysiak i L. Bosek, wskazując na konstytucyjną możliwość wprowadzenie wyjątków od zasady równego

¹⁶⁴ Zob. P. Tuleja, W. Białogłowski, *Problem...*, s. 79-70 i przywołane tam orzecznictwo TK.

¹⁶⁵ J. Podkowik, *Wolność...*, s. 170-174. Podobnie rzecz ujmują także: M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar...*, s. 352; M. Masternak-Kubiak, *Prawo do równego traktowania* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 136; K. Wojtyczek, *Horyzontalny wymiar praw człowieka zagwarantowanych w Konstytucji RP*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1999, Nr 2, s. 243; M. Safjan, *Efekt...*, s. 316; M. Zubik, *Równość i zakaz dyskryminacji w perspektywie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego* [w:] *XVII Konferencja sędziów Trybunału Konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej i Sądu Konstytucyjnego Republiki Litewskiej. Kamień Śląski, 16-19 września 2013 r.*, Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego, t. LII, Warszawa 2014; P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2008, s. 87. Przeciwnie stanowisko, ograniczające adresata zakazu dyskryminacji z art. 32 ust. 2 Konstytucji do władz publicznych, prezentują W. Borysiak i L. Bosek [w:] *Konstytucja...*, red. M. Safjan, L. Bosek, Nb. 100 i 116 do art. 32.

¹⁶⁶ J. Podkowik, *Wolność...*, s. 172.

traktowania, przy spełnieniu następujących warunków: 1) relewantność charakteru zróżnicowania, 2) proporcjonalność argumentów przemawiających za wprowadzeniem zróżnicowania, 3) istnienie konstytucyjnych argumentów za zróżnicowaniem¹⁶⁷.

Warto zwrócić uwagę na fakt, iż w orzecznictwie sądów cywilnych pojawił się w ostatnim czasie judykat¹⁶⁸, w którym przyjęto, że „odmowa umożliwienia pokrzywdzonemu wejścia do lokalu z uwagi na jego romskie pochodzenie etniczne stanowi naruszenie jego dobra osobistego, jakim jest jego prawo do godności osobistej (art. 23 k.c.)”. W uzasadnieniu Sąd Apelacyjny w Poznaniu wskazał, że zakaz dyskryminowania z uwagi na pochodzenie etniczne i narodowe wynika nie tylko z art. 32 Konstytucji i norm ustawowych, ale też należy wręcz do podstawowych zasad funkcjonowania współczesnego, nowoczesnego społeczeństwa i państwa. Osoba prowadząca lokal nie może skutecznie powoływać się na uprawnienie do wprowadzenia tego typu ograniczeń dostępności do lokalu, wynikające z jej prawa własności. Prawo to nie ma charakteru absolutnego. Osoba decydująca się na prowadzenie działalności gospodarczej w przestrzeni publicznej ma obowiązek stosowania się do funkcjonujących tu reguł i zasad postępowania, do których należy m. in. zakaz dyskryminacji.

Konsekwencją poglądu o horyzontalnym obowiązywaniu konstytucyjnego zakazu dyskryminacji w zakresie usług masowych mogłaby być penalizacja jego naruszenia przez art. 138 k.w.

Podobnie jak w przypadku zakazu z art. 6 ustawy antydyskryminacyjnej, art. 32 ust. 2 Konstytucji wysławia zakaz, który już na gruncie normy sankcjonowanej wprowadza ograniczenie strony podmiotowej wyłącznie do **zamiaru bezpośredniego kierunkowego**. Dyskryminacja polega bowiem zawsze na zachowaniu podejmowanym **ze względu na posiadanie przez pokrzywdzonego określonej cechy osobowej**. Różnicą z art. 6 ustawy antydyskryminacyjnej byłoby tu jednak to, że w przeciwieństwie do tego unormowania, brak jest w regulacji konstytucyjnej **zamkniętego katalogu przesłanek konstytucyjnych**.

Ze względu na ściśle powiązanie zakazu dyskryminacji z zasadą poszanowania godności ludzkiej, w moim przekonaniu także w przypadku naruszenia zasady konstytucyjnej, penalizacji winny podlegać jedynie akty dyskryminacji skierowane bezpośrednio przeciwko osobom fizycznym. Aktualność w tym zakresie zachowują wywody dotyczące art. 6 ustawy antydyskryminacyjnej.

Teza o konstytucyjnym źródle obowiązku świadczenia usług jest jednak wysoce kontrowersyjna. Kwestia ta nie jest przesądzona w judykaturze ani doktrynie prawa

¹⁶⁷ Zob. W. Borysiak i L. Bosek [w:] *Konstytucja...*, red. M. Safjan, L. Bosek, Nb. 120-121 do art. 32.

¹⁶⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 29 lutego 2012 r., sygn. akt I ACa 1162/11, Lex Nr 1133337

konstytucyjnego. Ponadto rodzi wątpliwości pogląd o absolutnym charakterze art. 32 ust. 2 Konstytucji, niepodlegającemu zdaniem J. Podkowika, żadnym wyjątkom.

Penalizacja dyskryminacji rodzić może także problemy w procesie stosowania prawa – w zasadzie prowadzi ona bowiem do odwrócenia ciężaru dowodu. W praktyce bowiem po wykazaniu aktu nierównego traktowania, to na dyskryminującym (obwinionym z art. 138 k.w.) spoczywałby ciężar dowodu, że przyczyną tego traktowania nie była cecha osobowa pokrzywdzonego (np. orientacja seksualna albo wyznanie). Paradoksalnie, prowadzić może do większej hipokryzji w społeczeństwie – osoba dyskryminująca nie będzie mogła „stanąć z otwartą przyłbicą”, lecz nierówne traktowanie uzasadniać będzie fałszywymi, rzekomo racjonalnymi powodami. **Być może jest to jednak cena, którą warto zapłacić – wszak akty dyskryminacji naruszają godność ludzką. Za penalizacją przemawiają zatem w moim przekonaniu mocniejsze argumenty natury konstytucyjnej, niż za tezą przeciwną.**

VI. Uzasadniona przyczyna odmowy świadczenia usługi.

W dalszej kolejności analizie należy poddać kwestię, w jaki sposób na gruncie art. 138 k.w. rozumieć należy pojęcia „uzasadniona przyczyna odmowy świadczenia usługi”. Również te rozważania muszą uwzględniać przedstawione wcześniej założenia dotyczące prokonstytucyjnej wykładni prawa.

W pierwszej kolejności należy przy tym zauważyć, że poza zakresem tego pojęcia, wbrew twierdzeniom w zasadzie całej doktryny prawa wykroczeń, pozostawać muszą względy natury technicznej, a także ekonomicznej. Jest tak z tego powodu, że odmowa zawarcia umowy, a następnie świadczenia na jej podstawie usługi, z takich racji, jest w pełni dozwolona przez zasadę swobody umów, a zatem nie jest także penalizowana. Nie istnieje bowiem, jak ustalono wyżej, powszechny obowiązek osób zajmujących się zawodowo świadczeniem usług, ich świadczenia. **Jeżeli więc osoba zajmująca się zawodowo świadczeniem usług, nie realizuje usługi i czyni to ze opisanych wyżej powodów, nie realizuje w ogóle znamion wykroczenia z art. 138 k.w.** Otwarte pozostaje jednak pytanie, czy istnieją jakiegokolwiek „uzasadnione przyczyny”, które mogłyby usprawiedliwiać naruszenie przez sprawcę zakazu dyskryminacji (obojętnie ustawowego czy konstytucyjnego)?

Należy przy tym zauważyć, że ustawodawca posłużył się w art. 138 k.w. kategorią otwartą i oceną, pojęcie „uzasadnionej przyczyny” stanowi przykład klauzuli generalnej. Okoliczność ta kierować zaś winna interpretatora na analizę wartości o charakterze konstytucyjnym, jak wskazuje się bowiem trafnie w doktrynie prawa konstytucyjnego,

klauzule generalne są instrumentem, za pośrednictwem których wartości konstytucyjne powinny przenikać do systemu prawa¹⁶⁹.

W przedmiotowej kwestii powstać może zatem konflikt wartości konstytucyjnych – wolności sumienia i religii z jednej strony oraz zakazu dyskryminacji z drugiej. Przypomnieć przy tym wypada, że w ocenie Sądu Okręgowego w Łodzi zawartej w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 maja 2017 r., konflikt ten w sposób jednoznaczny rozwiązać należy, przywiązując wyższą wagę do kwestii zakazu dyskryminacji.

Problem powyższy związany jest z kwestią tzw. klauzuli sumienia. Problematykę **klauzuli sumienia** badał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 7 października 2015 r.¹⁷⁰, wskazując, że o poszanowaniu wolności sumienia można mówić wtedy, gdy zapewniona jest wolność przyjmowania przez daną osobę zespołu poglądów i reguł moralnych, filozoficznych, religijnych i społecznych i **postępowania zgodnie z nimi; zmuszanie do działań sprzecznych z sumieniem stanowiłoby naruszenie niezbywalnej godności człowieka**. Według TK, prawo do sprzeciwu sumienia wypływa wprost z Konstytucji i jest pierwotne względem jego ograniczeń (np. ustawowych). Prawo lekarza, **jak każdej innej osoby**, do powstrzymania się od działań sprzecznych z własnym sumieniem wypływa wprost z wolności gwarantowanej przez Konstytucję.

Nieco bardziej ograniczony charakter klauzuli sumienia przyjmowany jest w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Należy też wspomnieć, że bardzo podobna problemy, związane z konfliktem zakazu dyskryminacji z wolnością sumienia i religii oraz wolnością słowa stanowiły bądź stanowią aktualnie przedmiot postępowania przed sądami Kanady, Wielkiej Brytanii i Stanów Zjednoczonych (sprawy *Brockie v. Dillinger, Bull & Bull v. Hall & Preddy* oraz *Masterpiece Cakeshop Ltd. et. al. v. Colorado Civil Rights Commission et. al.*). Warto przy tym zauważyć, że w sprawach zakończonych wyrokami (*Brockie* oraz *Bull & Bull*) analiza dokonywana przez sądy były analizą o charakterze konkretno-indywidualną, bardzo silnie zakorzenioną w realiach konkretnych stanów faktycznych. Jest to oczywiście wynik specyfiki anglosaskiego modelu tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa. W moim przekonaniu podejście takie jest prawidłowe i powinno w znacznie większym stopniu znajdować zastosowanie także w orzecznictwie polskich sądów powszechnych. Dobrym przykładem sytuacji, w którym taki model mógłby zafunkcjonować, jest właśnie kazus łódzkiego drukarza.

¹⁶⁹ Zob. M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar...*, s. 173-181.

¹⁷⁰ Sygn. akt K 12/14, opubl. OTK-A 2015/9/143.

W mojej ocenie wszelkie konflikty wartości konstytucyjnych powinny być dokonywane *ad casu*, z uwzględnieniem argumentacji silnie zakorzenionej w realiach stanu faktycznego konkretnej sprawy. W tym sensie daleko mi do absolutyzującego poglądu J. Podkowika, dającemu prymat zakazowi dyskryminacji nad innymi wartościami konstytucyjnymi we właściwie każdej sytuacji. Niewiele jest wartości konstytucyjnych, które mają charakter absolutny, bezwyjątkowy, i w moim przekonaniu zakaz dyskryminacji nie jest jedną z nich. Okoliczność tę, co warto odnotować, zauważa ustawodawca, zarówno na poziomie krajowym, jak i europejskim. Ustanawiane normatywne zakazy aktów dyskryminacji zawsze doznają bowiem pewnych wyjątków, często związanych z kwestią właśnie wolności sumienia i wyznania¹⁷¹. W konsekwencji jestem zdania, że zarówno zakaz dyskryminacji (art. 32 ust. 2 Konstytucji), jak i zasada wolności sumienia i religii (art. 53 ust. 1 Konstytucji) nie powinny być traktowane w sposób absolutny i należy podjąć próbę ich wyważenia. **Wyważenie to jest jednak niemożliwe do dokonania w sposób abstrakcyjny i trzeba go dokonywać *ad casu*.** Ponieważ konflikt tych wartości ma wymiar horyzontalny, a nie wertykalny, ważenie to w realiach konkretnej sprawy ze swej istoty polegać musi na całkowitej odmowie uwzględnienia interesu jednej strony, wynikającego z jednej z tych wartości rzecz interesu drugiej strony, wynikającego z wartości drugiej. **Jak zauważa się bowiem na gruncie doktryny prawa konstytucyjnego, mechanizm ważenia wartości konstytucyjnych oparty na zasadzie proporcjonalności, zdecydowanie bardziej nadaje się do zastosowania w relacjach wertykalnych niż horyzontalnych.** W mojej ocenie okoliczność ta jeszcze w większym stopniu uzasadnia tezę o niemożliwości abstrakcyjnego wyważenia wartości, pozostających w konflikcie. Za poszczególnymi wartościami stoją bowiem zazwyczaj, zwłaszcza w społeczeństwie pluralistycznym, konkretne grupy społeczne, różniące się światopoglądem, poglądami politycznymi, doświadczeniem życiowym, wyznaniem, klasą społeczną, płcią itd. Abstrakcyjne rozstrzygnięcie konfliktów wartości prowadziło bowiem do permanentnego niezadowolenia „przegranej” grupy, która stopniowo mogłaby czuć się coraz bardziej wyalienowana ze społeczeństwa. Dla zachowania spójności społecznej bardziej wartościowe wydaje się więc rozstrzygnięcie takich konfliktów na poziomie spraw konkretno-indywidualnych, lub też w sposób możliwie kompromisowy¹⁷².

Powyższe okoliczności powodują, że próba podania abstrakcyjnych reguł wyważenia tych wartości jest bardzo trudna. Pewną pomocą może tu stanowić ogólna teoria

¹⁷¹ Tytułem przykładu można wymienić wyjątki od zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu, także w prawie unijnym, odnoszące się do kościołów i związków wyznaniowych.

¹⁷² Czego przykładem może być w Polsce tzw. kompromis aborcyjny.

podejmowania decyzji przez społeczeństwo zaproponowana przez filozofa Johna Rawlsa¹⁷³ zgodnie z którą wyboru wartości społecznych należy dokonywać „za zasłoną niewiedzy”, tzn. w sytuacji, gdyby członkowie społeczeństwa nie wiedzieli, jaką pozycję zajmą w społeczeństwie, jaką będą mieć płeć, wiek, klasę społeczną, wyznanie, poglądy polityczne itd. Patrząc z tej perspektywy można zająć stanowisko, że wyważenie analizowanych, pozostających w konflikcie wartości zależeć winno od dwóch czynników: **charakteru żądanej usługi** (a zatem jak głęboko wkraczałaby ona w osobiste przekonania wykonującego usługę) oraz **rozmiaru negatywnych następstw dla osoby dyskryminowanej oraz grupy, w ramach której funkcjonuje**. W tym kontekście im dana usługa ma większe znaczenie dla osoby chcącej ją uzyskać i im trudniej jest ona dostępna, **przewagę winien uzyskać zakaz dyskryminacji**. W sytuacji, gdy wykonanie usługi w sposób głęboki naruszałoby sumienie osoby udzielającej usługi, **przewagę ma wolność sumienia i religii**, a powołanie na nią w takim przypadku może być uznane za uzasadnioną przyczynę. Istotne znaczenie ma w mojej ocenie fakt, czy pokrzywdzonym aktem dyskryminacji jest osoba fizyczna czy też podmiot zbiorowy – w tym drugim przypadku ciężko wszak mówić o bezpośrednim naruszeniu zasady godności ludzkiej przez akt dyskryminacji.

W moim przekonaniu, w stanie faktycznym analizowanym przez Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 26 maja 2017 r., **na obwinionym nie spoczywał obowiązek świadczenia usługi poligraficznej na rzecz fundacji promującej prawa osób homoseksualnych**. Przemawia za tym, moim zdaniem, kilka okoliczności. Po pierwsze, zleceniodawcą był podmiot zbiorowy, a nie osoba fizyczna, godność której ucierpiałaby w sposób bezpośredni przez akt dyskryminacji. Po drugie, żądana usługa wkraczała w sferę związaną ze światopoglądem świadczącego usługę. Była bowiem związana z ułatwieniem kierowania przez fundację do sfery publicznej wypowiedzi o charakterze polityczno-społecznym, z którymi potencjalny usługodawca **głęboko się nie zgadzał ze względów światopoglądowych**. Po trzecie, żądana usługa nie stanowiła usługi deficytowej, do której dostęp rynkowy był w jakikolwiek sposób utrudniony – pokrzywdzona fundacji bez większych trudności mogła uzyskać do niej dostęp u innego świadczeniodawcy. Oczywiście w mojej ocenie rozstrzygnięcie powinno być dokładnie takie same, gdyby osobą obwinioną był drukarz odmawiający druku plakatów na rzecz fundacji zajmującej się ochroną życia poczętego.

¹⁷³ Zob. J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, przeł. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, Warszawa 1994, s. 190-198

VII. Zakończenie.

W mojej ocenie przedstawiony problem stanowi ciekawy przykład „przenikania” aksjologii konstytucyjnej i konfliktów wartości z nią związanych na poziom prawa karnego *sensu largo*. Zasygnalizuję jedynie w tym miejscu, że nie sposób nie zauważyć, że przydawanie art. 138 k.w. antydyskryminacyjnego charakteru stanowi swoistą „protezę”, wynikającą z luki ustawowej w zakresie wprowadzenia „z otwartą przyłbicą” do polskiego systemu prawnego penalizacji aktów dyskryminacji. Do czasu wypełnienia tej luki omawiana regulacja pozostaje jednak jedynym środkiem przewidującym sankcję za tego typu zachowania, wydaje się więc, że powinna być stosowana, choć z ostrożnością i zachowaniem warunków, które zostały zaakcentowane w niniejszym opracowaniu.

CZASOPISMO PRAWA KARNEGO i NAUK PENALNYCH

Preprint nr 7/2018 | Data publikacji: 4 VI 2018 r. | Materiał autorski przed opracowaniem redakcyjnym i korektą (preprint) może różnić się od wersji docelowej (drukarskiej) | Copyright © 2018 by Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja | Sposób cytowania preprintu: [Autor, *Tytuł opracowania*, CPKiNP preprint nr 7/2018, www.czpk.pl/preprinty]