

Mikołaj Iwański

**Odpowiedzialność za odmowę  
świadczenia usługi (art. 138 Kodeksu wykroczeń)  
na tle kolizji zasad konstytucyjnych.  
Rozważania na kanwie przypadku łódzkiego drukarza  
o styku prawa karnego *sensu largo*  
oraz prawa konstytucyjnego**

**1. Wprowadzenie**

Niniejszy artykuł będzie dotyczył kontrowersyjnej w ostatnim czasie kwestii odpowiedzialności za odmowę świadczenia usługi przewidzianej w art. 138 ustawy z dnia 20 V 1971 r. – Kodeks wykroczeń<sup>1</sup>. Przedmiotem opracowania uczyniono drugą część unormowania zawartego w tym przepisie, stanowiącą o odpowiedzialności osoby zajmującej się zawodowo świadczeniem usług, która umyślnie, bez uzasadnionej przyczyny, odmawia świadczenia, do którego jest obowiązana<sup>2</sup>. Podstawą do rozważań będzie tzw. *casus łódzkiego drukarza*<sup>3</sup>, który spotkał się z wyjątkowym zainteresowaniem opinii publicznej, polityków, a także publicystyki prawniczej<sup>4</sup>. Niezwykle rzadka jest sytuacja, w której sprawa sądowa dotycząca odpowiedzialności za

<sup>1</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 618 (dalej: k.w.).

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Sprawa zakończona prawomocnym wyrokiem skazującym SO w Łodzi z 26 V 2017 r., V Ka 557/17. Niniejszy artykuł powstał zaś przed wydaniem w tej sprawie postanowienia Sądu Najwyższego z 14 VI 2018 r., III KK 333/17 oraz wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 VI 2019 r., K 16/17.

<sup>4</sup> Zob. m.in.: *Drukarz...*; K. Szczucki, *Drukarz...*; Instytut Kultury Prawnej Ordo Iuris, *Analiza...*

wykroczenie staje się przedmiotem takiej ciekawości, bowiem wykroczenia ze swej istoty są czynami drobnymi, o niewielkim stopniu społecznej szkodliwości. Wydaje się, że przyczyną tego zainteresowania jest ewidentny konflikt wartości, który ujawnił się na gruncie tego przypadku. Po jednej stronie sporu stanął 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 przypadkiem<sup>5</sup>, 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 sprawiedliwości<sup>6</sup>. Również sprawa łódzkiego drukarza rozstrzygnięta zostanie przez Sąd Najwyższy<sup>7</sup>. Także Prokurator Generalny wniosł do Trybunału Konstytucyjnego<sup>8</sup> wniosek o stwierdzenie częściowej niezgodności art. 138 k.w. z Konstytucją RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> *Hard case* w ujęciu Rolanda Dworkina. Por. R. Dworkin, *Biorąc...*, passim.

<sup>6</sup> 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 toczone przed SN Ontario (Kanada) *Brockie v. Dillinger*, zakończoną wyrokiem z 19 VII 2002 r. oraz SA w Londynie (Wielka Brytania) *Bull & Bull v. Hall & Preddy*, zakończoną wyrokiem z 2 X 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 antidyskryminacyjnych 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...*

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Sprawa toczy się w TK 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 < <http://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%2016/17> > (dostęp: 1.05.2018).

<sup>9</sup> Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm. (dalej: Konstytucja).

W pierwszej kolejności przytoczymy 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, zwłaszcza w kwestii problemu źródła obowiązku świadczenia usług oraz uzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia<sup>10</sup>. Następnie zarysujemy proces zmiany spojrzenia nauki na art. 138 k.w., wskazujący na antydyskryminacyjny charakter tego unormowania. W dalszej części przedstawimy kasus łódzkiego drukarza ze szczególnym uwzględnieniem uzasadnienia wyroku SO w Łodzi z 26 V 2017 r. W tym miejscu zaprezentowane zostaną także bezpośrednie następstwa tego orzeczenia, w szczególności poglądy stron postępowania toczącego się aktualnie przed Trybunałem Konstytucyjnym. W kolejnych częściach artykułu przedstawiono własne stanowisko dotyczące najważniejszych problemów interpretacyjnych związanych z art. 138 k.w., a w szczególności: dobra prawnie chronionego przez to unormowanie, źródła obowiązku świadczenia usługi oraz uzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia<sup>11</sup>. Rozważania w tych częściach prowadzone będą ze szczególnym uwzględnieniem tzw. prokonstytucyjnej wykładni prawa<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Rozważania te pominąć muszą co do zasady kwestię wykładni dokonywanej w orzecznictwie sądowym, ponieważ w dostępnych źródłach nie ma uzasadnień wyroków sądowych dotyczących art. 138 k.w. Jedynym wyjątkiem jest wyrok SO w Łodzi z 26 V 2017 r., dotyczący kasusu łódzkiego drukarza, który zostanie omówiony w artykule.

<sup>11</sup> Poza przedmiotem rozważań podjętych w niniejszym opracowaniu pozostaną zaś kwestie 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...*, s. 190; B. Kurzępa, *Kodeks...*, s. 462; W. Kotowski, *Kodeks...*, s. 681; M. Mozgawa, w: *Kodeks...*, s. 482–485; M. Zbrojewska, w: *Kodeks...*, s. 621–623; A. Michalska-Warias, w: *Kodeks...*, s. 532–535; M. Bojarski, w: *Kodeks...*, s. 954–959; M. Kulik, w: *Kodeks...*, s. 875–879.

<sup>12</sup> Z najnowszych opracowań dotyczących prokonstytucyjnej wykładni prawa karnego zob. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, passim; K. Szczucki, *Wykładnia...*, passim; P. Cychosz, *Konstytucyjny...*, passim. Co do wykładni prounijnej prawa karnego por. M. Rams, *Specyfika...*, passim. W moim przekonaniu wykładnie prawa: prokonstytucyjna, prokonwencyjna oraz prounijna, winny stanowić podstawowe instrumenty interpretacyjne współczesnego prawnika. Rozważania na temat założeń ich stosowania znajdują się w dalszej części artykułu.

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

### 2.1. Uwagi wstępne

Rozważania dotyczące dotychczasowych poglądów doktryny prawa wykroczeń na temat typu czynu zabronionego określonego w art. 138 k.w. rozpoczniemy od krótkiej prezentacji historii tego unormowania. Przepis ten znajduje się w k.w. w niezmiennym kształcie od początku jego obowiązywania, tj. od dnia 1 I 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 13 VII 1957 r. o zwalczaniu spekulacji i ochronie nabywców oraz producentów rolnych w obrocie handlowym<sup>13</sup>. Z kolei przed tym przepisem obowiązywał art. 3 dekretu z 4 III 1953 r. o ochronie nabywców w obrocie handlowym<sup>14</sup>. 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 artykułu<sup>15</sup>. 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 urzędowych<sup>16</sup>. Regulacje te wprowadzono w całkowicie odmiennych realiach społeczno-ekonomicznych, związanych z gospodarką nakazowo-rozdzielczą, która z ekonomicznego punktu widzenia była gospodarką niedoboru. Realia te powodowały, że ustawodawca zmuszony był walczyć ze zjawiskiem tzw. spekulacji. Jednym z jej przejawów było zjawisko odmowy świadczenia usług przez świadczeniodawców w celu

---

<sup>13</sup> Dz.U. Nr 39, poz. 171. Zgodnie z tym przepisem, „kto zajmując 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”.

<sup>14</sup> Dz.U. Nr 16, poz. 64. Zgodnie z tym przepisem, „kto zajmując 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”.

<sup>15</sup> 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 wymierzenie kary aresztu.

<sup>16</sup> Tak słusznie A. Michalska-Warias, w: *Kodeks...*, s. 532.

wymuszenia na klientach zapłaty ceny wyższej niż urzędowa<sup>17</sup>. Oczywiście jest zatem, że unormowania te całkowicie nie przystają do dzisiejszych realiów gospodarczych<sup>18</sup>. Współcześnie nie istnieją już bowiem zasadniczo utrudnienia w dostępie do usług. Konkurencyjna gospodarka wolnorynkowa w praktyce wyeliminowała potrzebę ochrony konsumentów przed odmową świadczenia usług; mogą oni uzyskać je gdzie indziej. 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 dostrzeżono jednak w znakomitej większości 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. Z racji tego, że nie ma możliwości jego znalezienia, należałoby stwierdzić, że art. 138 k.w. nie powinien być stosowany w praktyce.

## **2.2. 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 unormowania<sup>19</sup>. 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 płaceniem 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

<sup>17</sup> Por. J. Bafia, w: *Kodeks...*, s. 326.

<sup>18</sup> Por. M. Mozgawa, w: *Kodeks...*, s. 468–469.

<sup>19</sup> Zob. W. Kotowski, *Kodeks...*, s. 462; W. Burek, *Zakaz...*, s. 12. Poglądy te zostaną przedstawione poniżej.

zwalczaniu zapewne dość rzadkich przypadków złośliwego, mającego na celu np. poniżenie czy szykanowanie klienta, odmawiania świadczenia usług<sup>20</sup>.

Autorka zauważa zatem zmianę systemu społeczno-ekonomicznego, wskazując przede wszystkim na niemajątkowe interesy konsumentów (ochrona przed poniżeniem, szykanowaniem) jako przedmiot ochrony art. 138 k.w.

Jeśli idzie o aspekt podmiotowy ochrony typu z art. 138 k.w.<sup>21</sup>, 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 cywilnego<sup>22</sup>. Nieco szerzej rzecz ujmują J. Bafia oraz M. Mozgawa, wskazując na ochronę przysługującą osobom korzystającym z usług<sup>23</sup>. Połączenie przedstawionych powyżej pojęć prezentuje M. Kulik, pisząc o ochronie dla osób korzystających z usług, a więc przede wszystkim ich konsumentów, wskazując jednak jednocześnie, iż „(...) 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”<sup>24</sup>. Warto przy tym podkreślić, że zaprezentowanym powyżej poglądom wykładniczym nie towarzyszy żadne uzasadnienie.

### 2.3. 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 przyczyny 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

<sup>20</sup> A. Michalska-Warias, w: *Kodeks...*, s. 532.

<sup>21</sup> A zatem dotyczący tego, jakie podmioty prawa są chronione przez to unormowanie.

<sup>22</sup> Zob. M. Bojarski, w: *Kodeks...*, s. 954–955; A. Michalska-Warias, w: *Kodeks...*, s. 532; B. Kurzępa, *Kodeks...*, s. 462; M. Zbrojewska, w: *Kodeks...*, s. 621.

<sup>23</sup> Zob. J. Bafia, w: *Kodeks...*, s. 324; M. Mozgawa, w: *Kodeks...*, s. 483.

<sup>24</sup> M. Kulik, w: *Kodeks...*, s. 875.

wtedy, gdy istnieje prawny obowiązek działania<sup>25</sup>. Wynika to wprost z samej przyjmowanej powszechnie definicji zaniechania, zgodnie z którą „zaniechaniem jest brak działania w spodziewanym kierunku”<sup>26</sup>. 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 zasadniczych norm: sankcjonowanej oraz sankcjonującej<sup>27</sup>. Z przepisów należących do systemu prawa karnego *sensu largo* co do zasady wyinterpretować można wyłącznie normę sankcjonującą<sup>28</sup>, nie zaś sankcjonowaną<sup>29</sup>. Oczywiście jest zatem, że z samego przepisu art. 138 k.w. nie wynika żadna norma sankcjonowana, która nakazywałaby osobom zajmującym się zawodowo świadczeniem usług wykonanie takiego świadczenia. Przepis ten wyraża jedynie normę sankcjonującą, która sprowadza się do penalizacji określonego w nim zachowania, pod warunkiem że w systemie prawa znajdzie się regulacja, z której będzie wynikać 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, że „obowiązek świadczenia usług należy rozumieć ogólnie jako pozostawanie do dyspozycji każdego, kto żąda świadczenia za przewidzianą zapłatą”<sup>30</sup>, co oznacza, iż „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”<sup>31</sup>. Wskazuje się bowiem, że osoba zajmująca się zawodowo świadczeniem usług nie ma prawa odmówić ich wykonania bez uzasadnionej przyczyny<sup>32</sup> ani też selekcjonować klientów<sup>33</sup>. Według takiego poglądu zatem samo zawodowe zajmowanie się świadczeniem usług rodzi prawny obowiązek ich świadczenia każdej osobie, bez uprawnienia do

<sup>25</sup> Zob. m.in. A. Zoll, w: *Kodeks...*, s. 89.

<sup>26</sup> Zob. A. Zoll, *Kodeks...*, s. 89.

<sup>27</sup> Zob. m.in. A. Zoll, *O normie...*, s. 72; A. Zoll, w: *Kodeks...*, s. 39–40.

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

<sup>29</sup> Czyli normę nakazującą lub zakazującą określonego zachowania.

<sup>30</sup> Tak J. Bafia, w: *Kodeks...*, s. 325.

<sup>31</sup> Zob. A. Michalska-Warias, w: *Kodeks...*, s. 534.

<sup>32</sup> Tak: J. Wojciechowski, *Kodeks...*, s. 190.

<sup>33</sup> Tak: M. Zbrojewska, w: *Kodeks...*, s. 623.

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”<sup>34</sup>. Wątpliwości tych autor jednak w żaden sposób nie rozwija.

#### **2.4. Poglądy doktryny prawa wykroczeń na temat uzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia usług**

Według art. 138 k.w. odpowiedzialności podlega się wówczas, gdy sprawca odmawia świadczenia usługi „bez uzasadnionej przyczyny”. Oczywisty jest zatem wniosek, że uzasadniona przyczyna 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 pierwsze<sup>35</sup> polegające na przykładowym wyliczeniu przyczyn, uznawanych przez danego autora za uzasadnione. Ilustratywny przykład stanowi tu pogląd M. Zbrojewskiej, według 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)”<sup>36</sup>. 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 abstrakcyjnego<sup>37</sup>. 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

<sup>34</sup> Zob. M. Kulik, w: *Kodeks...*, s. 877.

<sup>35</sup> Zob. M. Zbrojewska, w: *Kodeks...*, s. 623; B. Kurzępa, *Kodeks...*, s. 462; M. Mozgawa, w: *Kodeks...*, s. 484; J. Wojciechowski, *Kodeks...*, s. 190.

<sup>36</sup> M. Zbrojewska, w: *Kodeks...*, s. 623.

<sup>37</sup> Zob. A. Michalska-Warias, w: *Kodeks...*, s. 534; M. Kulik, w: *Kodeks...*, s. 878.



przekraczającymi przyjęte w danym typie działalności rozmiary<sup>38</sup>. Twierdzi ona również, że „jak się wydaje, przy interpretacji «nieuzasadnionej» przyczyny odmowy świadczenia usługi pomocne mogą być także regulacje ustawy z 3 XII 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania<sup>39</sup>».

Z kolei według M. Kulika „odmowa świadczenia jest uzasadniona wówczas, kiedy istnieje rozsądny powód, dla którego sprawca nie wykonuje świadczenia<sup>40</sup>. Autor ten 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 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 negocjacji<sup>41</sup>.

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.

## **2.5. Zmiana spojrzenia doktryny i orzecznictwa na art. 138 k.w. – antydyskryminacyjny charakter unormowania**

W doktrynie można znaleźć dwóch autorów, którzy zaprezentowali odmienne ujęcie art. 138 k.w. od przedstawionego powyżej. Wskazywali oni na inny, antydyskryminacyjny charakter tego unormowania<sup>42</sup>. Za prekursora takiego poglądu uznać należy W. Burka, który jako jedyny stanowisko takie uzasadnił. W swoim artykule opublikowanym w 2007 r.<sup>43</sup> zwracał on uwagę

<sup>38</sup> A. Michalska-Warias, w: *Kodeks...*, s. 534.

<sup>39</sup> A. Michalska-Warias, w: *Kodeks...*, s. 534. Jest to jedyne w doktrynie prawa wykroczeń przykładowe odniesienie się do tego aktu normatywnego.

<sup>40</sup> M. Kulik, w: *Kodeks...*, s. 878.

<sup>41</sup> M. Kulik, w: *Kodeks...*, s. 878.

<sup>42</sup> Zob. W. Kotowski, *Kodeks...*, s. 681; W. Burek, *Zakaz...*, s. 12.

<sup>43</sup> A zatem przed wejściem w życie ustawy z 3 XII 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 1219) (dalej: ustawa antydyskryminacyjna). Akt ten stanowił implementację szeregu aktów prawnych Unii Europejskich wprowadzających zakaz dyskryminacji

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 etniczne<sup>44</sup>. Wskazywał on następnie na przepis art. 138 k.w. jako regulację mogącą być uznaną za implementację tej dyrektywy w zakresie nakazującym wprowadzenie państwu członkowskiemu 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, jaki mają one mieć charakter<sup>45</sup>. Zdaniem W. Burka ustawodawca krajowy ma więc swobodę w wyborze rodzaju sankcji i można przyjąć, że mogą one realizować cel wyznaczony przez dyrektywę<sup>46</sup>. Autor wskazał przy tym na dwie okoliczności mogące zmniejszać skuteczność „antydiskryminacyjnego” charakteru art. 138 k.w. Pierwszą z nich był brak na gruncie tego unormowania zasady odwróconego ciężaru dowodu, która występuje w europejskich regulacjach antydyskryminacyjnych<sup>47</sup>. Drugą – szeroki charakter art. 138 k.w., który nie ogranicza się w swoim zakresie do penalizacji aktów dyskryminacji, co zdaniem W. Burka miało wpływać na niemożliwość w realizacji funkcji edukacyjnych w zakresie promowania i urzeczywistniania zasady równego traktowania<sup>48</sup>.

Pogląd o antydyskryminacyjnym charakterze art. 138 k.w. znalazł swoje odzwierciedlenie w kilku wyrokach sądów powszechnych, z których najbardziej znany jest wyrok SO w Łodzi z 26 V 2017 r., dotyczący kazusu łódzkiego drukarza. Zostaną one przedstawione poniżej<sup>49</sup>.

---

w odniesieniu do poszczególnych sfer życia gospodarczego oraz poszczególnych kategorii dyskryminacyjnych.

<sup>44</sup> Dz.Urz. WE L 180 z 19 VII 2000 r., s. 22. Zob. W. Burek, *Zakaz...*, s. 12.

<sup>45</sup> W. Burek, *Zakaz...*, s. 12.

<sup>46</sup> W. Burek, *Zakaz...*, s. 12.

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

<sup>48</sup> W. Burek, *Zakaz...*, s. 12.

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

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

#### 3.1. 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 SO w Łodzi z 26 V 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 SR w Tarnobrzegu z 8 III 2013 r.<sup>50</sup> uznano za winnego właściciela sklepu obuwniczego, który odmówił obsłużenia klientki poruszającej się na wózku inwalidzkim. Wyrokiem SR dla Warszawy-Woli z 5 XII 2016 r.<sup>51</sup> uznano za winnego właściciela sklepu z używaną odzieżą, który zakazał wejścia do sklepu osobom z wózkami dziecięcymi. Nieprawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego Warszawa-Śródmieście z dnia 26 lutego 2018 r.<sup>52</sup> uznano za winnego właściciela klubu, który odmówił wstępu na koncert osobie poruszającej się na wózku inwalidzkim. Z kolei nieprawomocnym wyrokiem SR Poznań – Nowe Miasto i Wilda z 20 III 2018 r.<sup>53</sup> uznano za winnego instruktora sztuk walki, który odmówił przeprowadzenia kursu dla grupy osób homoseksualnych<sup>54</sup>. W opisanych sprawach doszło do wymierzenia niewielkich kar grzywny lub odstąpienia od wymierzenia kary.

<sup>50</sup> Sygn. akt II W 13/13.

<sup>51</sup> Sygn. akt V W 4937/16.

<sup>52</sup> Sygn. akt XI W 5001/17.

<sup>53</sup> Sygn. akt VI W 1441/17.

<sup>54</sup> Stan faktyczny tej sprawy opisywany był bardziej szczegółowo w prasie. Zob. *Trener... Z przedmiotowej relacji prasowej wynika, że w marcu 2017 r. 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 skontaktowała, 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.*

### 3.2. Wyrok SO w Łodzi z 26 V 2017 r.

Najbardziej znaną sprawą, w której zastosowano antydyskryminacyjne podejście do art. 138 k.w., był proces łódzkiego drukarza, zakończony wyrokiem SO w Łodzi z 26 V 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. wysłał maila o treści: „Odmawiam wykonania roll-upu z otrzymanej grafiki. Nie przyczyniamy się do promocji ruchów LGBT naszą pracą”. Wyrokiem SR dla Łodzi-Śródmieścia z 31 III 2017 r., 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 26 V 2017 r. utrzymał w mocy wyrok zaskarżony na korzyść obwinionego.

Poza zakresem mojego zainteresowania są obszernie 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 23 IV 1964 r. – Kodeks cywilny<sup>55</sup> dotyczących instytucji oferty. Poprzedzę w tym zakresie na konstatacji, że zdaniem SO w Łodzi pomiędzy Fundacją LGBT Forum a MediaLab s.c. doszło do zawarcia umowy drogą elektroniczną. Adam J., pracownik MediaLab s.c., był zatem zobowiązany do świadczenia usługi, zaś podstawą jego obowiązku była zawarta umowa. Wypada w tym miejscu podkreślić, że żadna z wypowiedzi doktryny prawa wykroczeń nie wskazuje na umowę jako źródło obowiązku świadczenia usługi, o którym mowa w art. 138 k.w.

W dalszej części uzasadnienia Sąd Okręgowy w Łodzi wskazał jednak, iż „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

---

<sup>55</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 459 ze zm. (dalej: k.c.).

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 wyproszono (...). 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** [podkreśl. 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, iż:

pogląd ten [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 aniżeli 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 odmowy 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 usprawiedliwane. 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 [podkreśl. 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 (...) 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 [podkreśl. M.I.]”**.

### 3.3. Następstwa kazusu łódzkiego drukarza

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

#### 3.3.1. Kasacja nadzwyczajna Prokuratora Generalnego

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

#### 3.3.2. Odbiór wyroku SO w Łodzi z 26 V 2017 r. w doktrynie

Wyrok SO w Łodzi z 26 V 2017 r. spotkał się także z zainteresowaniem doktryny prawa karnego, przejawiającej się m.in. w aprobującej glosie J. Kuleszy<sup>56</sup>. 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<sup>57</sup>.

Jednocześnie autor podziela pogląd Sądu Okręgowego w Łodzi, że źródłem obowiązku świadczenia usług, o którym mowa w art. 138 k.w., jest sam fakt zawodowego świadczenia takich usług<sup>58</sup>. Powołuje się on w tym zakresie na jednolitość poglądów doktryny prawa wykroczeń.

<sup>56</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 132–137.

<sup>57</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 132.

<sup>58</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 133.

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”<sup>59</sup>. Argumentuje, iż wymaga tego reguła prokonstytucyjnej wykładni prawa karnego, i 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”<sup>60</sup>. Zdaniem J. Kuleszy nie ma podstaw do ograniczania źródeł obowiązku świadczenia usług wyłącznie do ustawy albo zawartej umowy, bowiem art. 138 k.w. miałyby przy takim rozumieniu zbyt wąskie zastosowanie<sup>61</sup>. Według niego przy takiej interpretacji niezrozumiałe byłoby umieszczenie omawianego typu w k.w., a nie w kolejnych ustawach regulujących dostępność do poszczególnych kategorii usług<sup>62</sup>. Jego zdaniem nie ma także znaczenia zmiana realiów społeczno-ekonomicznych, bowiem także w poprzednim ustroju powszechne usługi nie były świadczone w oparciu o ustawowy obowiązek udzielania ich ludności<sup>63</sup>.

Autor ten 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 Konstytucji<sup>64</sup>. 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 kontrahentów<sup>65</sup>. Wskazuje on także, że w realiach kazusu łódzkiego drukarza wolność gospodarcza oraz swoboda kontraktowania w ogóle nie mają zastosowania, ponieważ skazany nie był właścicielem, a jedynie pracownikiem spółki, do której zwrócono się o wykonanie usługi drukarskiej<sup>66</sup>. W kontekście unormowania art. 32 ust. 2 Konstytucji J. Kulesza wskazuje, iż wynikający z niego zakaz dyskryminacji może stanowić podstawę wykładni art. 138 k.w.<sup>67</sup> Zakaz dyskryminacji stanowi bowiem szczególną postać

<sup>59</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 134.

<sup>60</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 134.

<sup>61</sup> J. Kulesza, *Glosa...* s. 134.

<sup>62</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 134.

<sup>63</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 135.

<sup>64</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 135.

<sup>65</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 135.

<sup>66</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 135.

<sup>67</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 136.



zasady równości, uznawanej za jedną z wiodących zasad całego porządku prawnego RP; istnienie równości stanowi gwarancję istnienia demokratycznego państwa prawnego<sup>68</sup>. Ponadto autor zauważa, że akty dyskryminacji godzą w zasadę poszanowania godności człowieka, wyrażoną w art. 30 Konstytucji<sup>69</sup>. 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 samodzielnie granice wolności jednostki<sup>70</sup>. 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”<sup>71</sup>. Powołując się na autorów z zakresu prawa konstytucyjnego, J. Kulesza stawia tezę, że zasada niedyskryminacji nie obowiązuje wyłącznie w układach wertykalnych (państwo – jednostka), lecz także horyzontalnych (jednostka – jednostka)<sup>72</sup>.

W innej części swego wywodu autor wskazuje, że ochrona przewidziana przez typ z art. 138 k.w. nie jest ograniczona wyłącznie do osób fizycznych<sup>73</sup>. W obrocie prawnym występują bowiem także inne podmioty, w szczególności osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną<sup>74</sup>. Pojęciu „konsument” użytemu w tytule rozdziału XV k.w.<sup>75</sup> nie należy nadawać znaczenia wynikającego z definicji zawartej w art. 22<sup>1</sup> k.c.<sup>76</sup>, lecz szersze, oparte na wykładni prokonstytucyjnej, odwołującej się do art. 76 Konstytucji<sup>77</sup>. 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.

<sup>68</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 136–137.

<sup>69</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 137.

<sup>70</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 137.

<sup>71</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 137.

<sup>72</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 137.

<sup>73</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 136.

<sup>74</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 136.

<sup>75</sup> W którym znajduje się art. 138 k.w.

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

<sup>77</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 136.

ustawodawca ograniczył ochronę do osób fizycznych i nie naruszył przez to wspomnianej normy konstytucyjnej. Jednocześnie hierarchiczna wyższość Konstytucji nad ustawami wyklucza sięgnięcie po wykładnię pojęcia konsumenta na gruncie innych ustaw<sup>78</sup>.

### 3.3.3. Wniosek Prokuratora Generalnego do Trybunału Konstytucyjnego

Kolejnym bezpośrednim rezultatem wyroku SO w Łodzi z 26 V 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 racji:

- 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 Konstytucyjnym<sup>79</sup> 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 konstytucyjnych<sup>80</sup>. 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 cywilnoprawne<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> J. Kulesza, *Glosa...*, s. 136.

<sup>79</sup> Toczącym się pod sygn. akt K 16/17.

<sup>80</sup> Wniosek Prokuratora Generalnego w sprawie o sygn. akt 16/17, s. 8–17, 30–38.

<sup>81</sup> Wniosek Prokuratora Generalnego w sprawie o sygn. akt 16/17, s. 30.

W ocenie wnioskodawcy pierwotny cel regulacji z art. 138 k.w., tj. wymuszenie uzyskania przez konsumentów usług

po ustalonej przez władze cenie, 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 konsumentów, najsurowszego środka w postaci odpowiedzialności o charakterze represyjnym<sup>82</sup>.

Jeśli idzie 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 wykroczeniowej<sup>83</sup>.

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

<sup>82</sup> Wniosek Prokuratora Generalnego w sprawie o sygn. akt 16/17, s. 35–36.

<sup>83</sup> Wniosek Prokuratora Generalnego w sprawie o sygn. akt 16/17, s. 36.

wyznaniu także wtedy, gdy żadne prawa konstytucyjne nie uzasadniają poświęcenia przysługującej usługodawcy wolności<sup>84</sup>.

#### 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 bezwzględniego zakazu, wynikającego z zasad wyznawanej wiary lub innego światopoglądu. O tym, czy przyczyna odmowy jest uzasadniona, decyduje bowiem w każdym przypadku ocena społeczna, która może znacząco odbiegać od przekonań i oceny usługodawcy<sup>85</sup>.

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”<sup>86</sup>. 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 wartości<sup>87</sup>. 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<sup>88</sup>.

Argumentacja wnioskodawcy w dużej mierze opiera się na uzasadnieniu wyroku TK z 7 X 2015 r.<sup>89</sup>

<sup>84</sup> Wniosek Prokuratora Generalnego w sprawie o sygn. akt 16/17, s. 38.

<sup>85</sup> Wniosek Prokuratora Generalnego w sprawie o sygn. akt 16/17, s. 38–39.

<sup>86</sup> Wniosek Prokuratora Generalnego w sprawie o sygn. akt 16/17, s. 39.

<sup>87</sup> Wniosek Prokuratora Generalnego w sprawie o sygn. akt 16/17, s. 39–43.

<sup>88</sup> Wniosek Prokuratora Generalnego w sprawie o sygn. akt 16/17, s. 43.

<sup>89</sup> Sygn. akt K 12/14. W wyroku tym Trybunał zajmował się kwestią tzw. klauzuli sumienia w odniesieniu do osób wykonujących zawód lekarza.

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<sup>90</sup>.

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, nieznajdującego należytego uzasadnienia w ochronie innych wartości konstytucyjnych. Uważna lektura wniosku Prokuratora Generalnego prowadzi jednak do konkluzji, że w pewnych przypadkach penalizacja odmowy świadczenia usług – a co za tym idzie, wynikająca z niej penalizacja ograniczenia konstytucyjnych wolności sumienia i wyznania, a także wolności gospodarczej – jest konstytucyjnie uzasadniona. Kwestia ta zostanie rozwinęta 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 Europejskiej<sup>91</sup>. Następnie zauważył on, że analiza orzecznictwa sądowego, wbrew twierdzeniom Prokuratora Generalnego, jednoznacznie wskazuje, iż środki o charakterze cywilnoprawnym,

<sup>90</sup> Wniosek Prokuratora Generalnego w sprawie o sygn. akt 16/17, s. 44.

<sup>91</sup> Zob. pismo Rzecznika Praw Obywatelskich z 29 III 2018 r., s. 9. Dyrektywy, na które powołuje się RPO, to: dyrektywa Rady 2000/43/WE z 29 VI 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz.Urz. WE L 180 z 19 lipca 2000 r., s. 22), dyrektywa Rady 2004/113/WE z 13 XII 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 XII 2004 r., s. 37).

przewidziane w k.c. oraz w ustawie antydyskryminacyjnej, nie zapewniają skutecznej ochrony przed dyskryminacją<sup>92</sup>. 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 dyskryminacją<sup>93</sup>. Akty dyskryminacji naruszają bowiem co do zasady niemajątkowe interesy pokrzywdzonych, poprzez naruszenie ich godności, czci czy też dobrego imienia<sup>94</sup>, 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 usługi<sup>95</sup>.

Po drugie, w ustawie antydyskryminacyjnej ustawodawca przewidział 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 zdrowia<sup>96</sup>. Jeśli idzie zaś o ochronę przed odmową świadczenia usługi ze względu na przesłankę dyskryminacyjną na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego o ochronie dóbr osobistych, RPO wskazał, że znane mu są tylko dwie sprawy zakończone prawomocnym wyrokiem, uwzględniające roszczenie pokrzywdzonego<sup>97</sup>. Trudność w dochodzeniu roszczenia na podstawie Kodeksu cywilnego 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 z reguły odwróconego ciężaru dowodu, typowej dla unijnego prawa

<sup>92</sup> Pismo RPO, s. 10.

<sup>93</sup> Pismo RPO, s. 10–11.

<sup>94</sup> Pismo RPO, s. 11.

<sup>95</sup> Pismo RPO.

<sup>96</sup> Pismo RPO, s. 11–12.

<sup>97</sup> Pismo RPO, s. 12.

antydiskryminacyjnego i występującej na gruncie art. 14 ust. 1 ustawy antydiskryminacyjnej<sup>98</sup>.

W dalszej kolejności Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał, że środek ochrony w postaci zawiadomienia o możliwości popełnienia wykroczenia z art. 138 k.w. uwzględnia interesy pokrzywdzonego i jest dużo bardziej efektywny 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 wykroczeniu<sup>99</sup>. RPO powołał się dodatkowo na argumentację zawartą w uzasadnieniu wyroku TK z 30 X 2006 r.<sup>100</sup>, wskazującą na konstytucyjną dopuszczalność istnienia równoległe dwóch reżimów sankcji: o charakterze cywilnoprawnym i karnoprawnym<sup>101</sup>. 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 jednostek i całych społeczności, władze zaś potrafią przed nią skutecznie ochronić<sup>102</sup>. Wskazał także na stosunkowo drobny charakter sankcji grożącej sprawcy, która ma przede wszystkim spełniać w tym przypadku cele z zakresu prewencji ogólnej<sup>103</sup>.

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 człowieka<sup>104</sup>. 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

<sup>98</sup> Pismo RPO.

<sup>99</sup> Pismo RPO, s. 12–13.

<sup>100</sup> Sygn. akt P 10/06. Wyrok ten dotyczył stwierdzenia przez TK zgodności art. 212 § 1 i 2 k.k. z Konstytucją.

<sup>101</sup> Pismo RPO, s. 3–4 i 14.

<sup>102</sup> Pismo RPO, s. 14.

<sup>103</sup> Pismo RPO, s. 4–6.

<sup>104</sup> Pismo RPO, s. 15.

tw. klauzuli-bariery<sup>105</sup>. RPO wskazał też na silne powiązanie konstytucyjnego zakazu dyskryminacji z zasadą poszanowania godności ludzkiej<sup>106</sup>. Jak zauważył, wolność sumienia i wyznania może niekiedy uzasadnić odmowę świadczenia usługi jedynie w sytuacji spełnienia pewnych kryteriów<sup>107</sup>:

- 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 światopoglądu<sup>108</sup>.

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 oferowanych, cechujących się anonimizacją klientów – nieprzekraczalną granicę wolności umów i wolności gospodarczej<sup>109</sup>.

#### **4. Potrzeba prokonstytucyjnej wykładni art. 138 k.w. Dobro prawnie chronione**

##### **4.1. 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

<sup>105</sup> Pismo RPO, s. 15–16. Rzecznik powołuje się w tym zakresie na poglądy J. Podkowika, *Wolność...*, s. 171.

<sup>106</sup> Pismo RPO, s. 16. W tym zakresie RPO powołuje się na poglądy M. Safjana, *Efekt...*, s. 344.

<sup>107</sup> Zaczepniętych z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Zob. Pismo RPO, s. 6–7, 17–18.

<sup>108</sup> Pismo RPO, s. 18.

<sup>109</sup> Pismo RPO, s. 19–21.



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 SO w Łodzi z 26 V 2017 r. Dotyczy to takich elementów, jak problem dobra prawnie chronionego, źródła obowiązku świadczenia usługi oraz pojęcia „uzasadniona odmowa” świadczenia.

#### 4.2. Wykładnia prokonstytucyjna

Przedstawiona wyżej analiza problemów konstytucyjnych pojawiających się na gruncie art. 138 k.w. wskazuje jednoznacznie, że przy interpretacji tego unormowania<sup>110</sup> 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 mają więc: tzw. wykładnia prokonstytucyjna (inaczej określana jako wykładnia przyjazna Konstytucji), wykładnia prokonwencyjna (przyjazna ratyfikowanym umowom międzynarodowym, co do ratyfikacji których została wyrażona zgoda w ustawie), ze szczególnym uwzględnieniem aktów prawa międzynarodowego odnoszących się do praw człowieka, oraz wykładnia prounijna (przyjazna prawu wtórnemu Unii Europejskiej)<sup>111</sup>. Trzeba też 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 może prowadzić 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

<sup>110</sup> A w moim najgłębszym przekonaniu także każdego unormowania w obrębie szeroko rozumianego prawa karnego.

<sup>111</sup> 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.

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 rezultatu<sup>112</sup>, 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 znaczeniu<sup>113</sup>.

Opisanie modelu wykładniczego prawa, który w sposób zintegrowany, łączący założenia dominującej we współczesnej polskiej teorii prawa koncepcji derywacyjnej i klaryfikacyjnej, a zarazem uwzględniający niezwykle skomplikowany, multcentryczny charakter systemu prawnego, znacznie wykracza poza ramy niniejszego opracowania<sup>114</sup>. Prezentując skrótowo, stanowiący jedno z założeń niniejszego artykułu, obszerny model pożądanego postępowania interpretatora (odwołujący się głównie do koncepcji M. Zielińskiego<sup>115</sup>), należy stwierdzić, 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 rezultatów, szczegółowo ją uzasadnić i wybrać to znaczenie, które jest zgodne z najwyższymi preferowanymi wartościami, kierując się tym, by priorytetowo traktować wartości chronione przez Konstytucję (w tym również te, do których Konstytucja się odwołuje)”<sup>116</sup>. Należy przy tym zauważyć, że wykładnia prokonstytucyjna

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

<sup>113</sup> Jak choćby zasady swobody umów na gruncie prawa prywatnego.

<sup>114</sup> Szeroko na ten temat por. m.in. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, s. 230–295 i przywołaną tam literaturę.

<sup>115</sup> Por. przykładowo: M. Zieliński, *Interpretacja...*; M. Zieliński, *Derywacyjna...*; M. Zieliński, *Wykładnia...*, s. 79–81. Omówienie znaczenia derywacyjnej koncepcji wykładni dla prawa karnego por. m.in.: P. Kardas, *O relacjach...*; S. Żółtek, *Znaczenie...*, s. 332–336; M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, s. 230–295.

<sup>116</sup> M. Zieliński, *Wykładnia...*, s. 323.

stanowi przejaw tzw. bezpośredniego stosowania Konstytucji, w formie jej współstosowania z ustawą zwykłą<sup>117</sup>. 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 wykładni<sup>118</sup>. 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 pozostawać ze sobą w konflikcie<sup>119</sup>. Oznacza to konieczność przeprowadzenia specyficznej operacji ważenia zasad, prowadzącej „do wyboru opartego na preferencjach aksjologicznych i pragmatycznych wywodzonych z rekonstrukcji systemu wartości wyrażanego przez konstytucję”<sup>120</sup>.

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 bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowym wynikającej z art. 76 Konstytucji, a także zasady swobody umów wynikającej z art. 353<sup>1</sup> k.c.

<sup>117</sup> Por. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, s. 480–556 i przywołaną tam literaturę.

<sup>118</sup> Na miejscu będzie przywołanie tu Dworkinowskiej figury sędziego-Herkulesa, rozwiązującego wykładniczy *hard case*. Por. R. Dworkin, *Biorąc...*, passim.

<sup>119</sup> Por. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, s. 509 z powołaniem na przywołane tam poglądy R. Dworkina i R. Alexy'ego.

<sup>120</sup> M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, s. 509.

### 4.3. 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., należy przypomnieć wcześniejsze rozważania, które jednoznacznie wskazują, 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 jej uwzględnieniem. 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. Drogą alternatywną, którą mogłoby pójść orzecznictwo, jest zaprzestanie stosowania w nowej rzeczywistości społecznej i normatywnej starych, nieaktualnych unormowań, co stopniowo mogłoby doprowadzić do derogacji unormowania w drodze tzw. *desuetudo*<sup>121</sup>. 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*?<sup>122</sup>

W moim przekonaniu niezwykle przekonującej odpowiedzi na pierwsze postawione wyżej pytanie udzielił Rzecznik Praw Obywatelskich w pisemnym stanowisku co do postępowania toczącego się przed Trybunałem Konstytucyjnym<sup>123</sup>. 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.

<sup>121</sup> Co do koncepcji *desuetudo* w prawie karnym materialnym por. przede wszystkim W. Wróbel, *Zmiana...*, s. 270–279.

<sup>122</sup> Zagadnienie to jest przedmiotem rozważań w dalszej części artykułu.

<sup>123</sup> 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 przy tym poczynić wyraźne zastrzeżenie, że ochrona tych interesów może przysługiwać 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 przypadku braku silnej regulacji ze strony państwa na takich rynkach mogłoby dojść prędko do wynaturzeń, wynikających z ogromnej przewagi rynkowej monopolisty nad konsumentami. Zjawiskom takim mają przeciwdziałać unormowania publicznego prawa gospodarczego, wprowadzające po stronie niektórych podmiotów tzw. przymus kontraktowania<sup>124</sup>. Ochrona konsumentów przed takimi praktykami stanowi w moim przekonaniu konstytucyjnie legitymizowany cel wprowadzenia penalizacji z art. 138 *in fine* k.w., co można uzasadnić brzmieniem art. 76 zd. 1 Konstytucji, przewidującego obowiązek władz państwowych ochrony praw konsumentów.

#### **4.4. Aspekt podmiotowy ochrony typów z rozdziału XV k.w.**

##### **Pojęcie „konsument” na gruncie tegoż kodeksu**

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. 22<sup>1</sup> 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,

<sup>124</sup> Por. P. Machnikowski, w: *System...*, s. 798–801. Przykłady takich sytuacji zostaną omówione w dalszej części artykułu.

co podkreśla się w nauce prawa cywilnego<sup>125</sup>. Najistotniejszą konsekwencją przyjęcia poglądu, że przy wykładni przepisów rozdziału XV należy uwzględniać tylko interesy konsumentów w rozumieniu art. 22<sup>1</sup> k.c., byłyby 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 Konstytucji<sup>126</sup>. Na mocy tego uregulowania pojęcie „konsument” rozumiane jest w nauce prawa konstytucyjnego i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego szerzej niż na gruncie art. 22<sup>1</sup> k.c.<sup>127</sup> Przyjmuje się bowiem, że pojęcia konstytucyjne mają charakter autonomiczny<sup>128</sup>. W kontekście aksjologii konstytucyjnej uznaje się, że przepis art. 76 zd. 1 Konstytucji ma chronić podmioty, które szczególnie w stosunkach prywatnoprawnych, w relacji z innymi podmiotami, są stroną strukturalnie słabszą<sup>129</sup>. Oznacza to, że w niektórych sytuacjach zakres ochrony może zostać rozciągnięty poza osoby fizyczne, także na osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, lecz dysponujące zdolnością prawną przyznaną przez ustawę<sup>130</sup>. 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.

<sup>125</sup> K. Osajda (red.), *Kodeks...*, komentarz do art. 22<sup>1</sup> k.c., teza 1.

<sup>126</sup> Tak słusznie argumentuje J. Kulesza, *Glosa...*, s. 136. Por. także wyrok TK z 2 II 2008 r., K 37/07; P. Miklasiewicz, w: *Konstytucja RP...*, Nb. 19–23 do art. 76.

<sup>127</sup> Zob. wyrok TK z 2 II 2008 r.

<sup>128</sup> Co do autonomicznej wykładni pojęć konstytucyjnych zob. m.in. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, s. 528–530 oraz przywołaną tam literaturę i orzecznictwo.

<sup>129</sup> P. Miklasiewicz, w: *Konstytucja...*, Nb. 20 do art. 76.

<sup>130</sup> P. Miklasiewicz, w: *Konstytucja...*, Nb. 22 do art. 76.

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 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 do danej jednostki nie mają większego znaczenia dla jej działalności<sup>131</sup>. Rozszerzenie zakresu ochrony z art. 138 k.w. na tego rodzaju podmioty prowadziłyby zresztą do nieuniknionych trudności dowodowych.

## 5. 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.

### 5.1. 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 ich świadczenia bez możliwości odmowy bez uzasadnionej przyczyny lub selekcyjonowania 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 całkowicie pomijają radykalną zmianę kontekstu społeczno-ekonomicznego oraz normatywnego, która nastąpiła po zmianie ustroju politycznego oraz społeczno-ekonomicznego po 1989 roku. W realiach gospodarki nakazowo-rozdzielczej istniały całkowicie odmienne normy prawne odnoszące się do

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

zasad prowadzenia działalności gospodarczej, w tym oczywiście do zawodowego świadczenia usług. Zasadą było tu urzędowe regulowanie cen, po których świadczone 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 dokonywać obecnie rzetelnej wykładni unormowania wynikającego z art. 138 k.w. bez rozpatrzenia kontekstu normatywnego, w jakim ono funkcjonuje. Regulacje, które należy uwzględnić przy jego interpretacji, wynikają przede wszystkim z Konstytucji, jak również z k.c.

W pierwszej kolejności należy więc zwrócić uwagę na art. 353<sup>1</sup> 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 28 VII 1990 r.<sup>132</sup> Jak podkreśla się w nauce prawa cywilnego, wyraża on jedną z podstawowych zasad prawa zobowiązań<sup>133</sup> – zasadę swobody (wolności) umów<sup>134</sup>. Oparta jest ona na tzw. normie kompetencji generalnej<sup>135</sup>, „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”<sup>136</sup>. Źródłem zasady swobody umów jest koncepcja autonomii woli, pozwalająca podmiotom prawa prywatnego kształtować stosunki cywilnoprawne mocą własnych decyzji<sup>137</sup>. 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

<sup>132</sup> Ustawa z dnia 29 VII 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz. U. nr 55, poz. 321). Ustawa weszła w życie 1 X 1990 r.

<sup>133</sup> Dodajmy – prawa zobowiązań właściwego dla realiów gospodarki wolnorynkowej.

<sup>134</sup> Zob. m.in. T. Wiśniewski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 353<sup>1</sup> k.c. teza 1. Co do pojęcia „swoboda umów” por. także m.in.: P. Machnikowski, *Swoboda...*, s. 20 i 143; R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 33–34; J. Podkowik, *Wolność...*, s. 30–34.

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

<sup>136</sup> J. Podkowik, *Wolność...*, s. 30–31.

<sup>137</sup> Zob. A. Olejniczak, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 353<sup>1</sup>, teza 1.



umów, czasu trwania czy doboru kontrahenta<sup>138</sup>. Z zasady swobody umów wynika więc m.in. to, że istnieje swoboda zawarcia lub niezawarcia umowy, a także możliwość swobodnego wyboru kontrahenta<sup>139</sup>. Nie ma ona charakteru nieograniczonego, co wynika wprost z brzmienia art. 353<sup>1</sup> k.c., a jej granice wyznaczane 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 generalnie nakaz ich zawierania (także przez osoby prowadzące w sposób profesjonalny działalność gospodarczą, w tym polegającą na zawodowym świadczeniu usług), lecz – przeciwnie – ogólna kompetencja do podjęcia swobodnej decyzji, czy i w jakich okolicznościach oraz 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 treści<sup>140</sup>.

Podstawowe znaczenie dla wolności umów mają także zasady konstytucyjne<sup>141</sup>. Jest to związane ze zjawiskiem tzw. konstytucjonalizacji praw podstawowych, czyli przenikania unormowań konstytucyjnych do innych gałęzi systemu prawnego, w tym do prawa prywatnego<sup>142</sup>. 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 Konstytucji<sup>143</sup>. 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). Artykuł 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 w myśl art. 22 Konstytucji „ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”.

<sup>138</sup> A. Olejniczak, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 353<sup>1</sup>, teza 1.

<sup>139</sup> Zob. T. Wiśniewski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 353<sup>1</sup>, teza 1.

<sup>140</sup> Zob. m.in. P. Machnikowski, w: *System...*, t. 5, s. 445.

<sup>141</sup> Zob. J. Podkowiak, *Wolność...*, passim.

<sup>142</sup> Zob. m.in. J. Podkowiak, *Wolność...*, s. 35–52.

<sup>143</sup> J. Podkowiak, *Wolność...*, s. 79–135.

Jak podkreślił TK w wyroku z 29 IV 2003 r.<sup>144</sup>:

zgodnie z jej genezą zasadę swobody umów należy widzieć w pierwszej kolejności przez pryzmat wolności jednostki [...]. Przepisy 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 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 dotyczy 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 13 IX 2005 r.<sup>145</sup> TK 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

<sup>144</sup> Sygn. akt SK 24/02.

<sup>145</sup> Sygn. akt K 38/04.

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 się w doktrynie prawa konstytucyjnego. Jak podkreśla J. Podkowiak,

wolność umów jest wartością chronioną konstytucyjnie w ramach wolności i praw wymienionych wprost w 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 subsydiarne<sup>146</sup>.

Autor zauważa przy tym, że Konstytucja nie daje podstaw do stwierdzenia nieograniczonego zakresu konstytucyjnej wolności umów, wskazując na nieobjęcie tym zakresem umów o świadczenia obiektywnie niemożliwe do spełnienia, kształtujących sytuację osób trzecich, determinujących zakres zadań i kompetencji organów władzy publicznej lub uchylających nakazy oraz zakazy wynikające z powszechnie obowiązującego prawa<sup>147</sup>. Wskazuje także, że:

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 niepozostawiające 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 prawa<sup>148</sup>.

<sup>146</sup> Zob. J. Podkowiak, *Wolność...*, s. 90.

<sup>147</sup> J. Podkowiak, *Wolność...*, s. 326.

<sup>148</sup> J. Podkowiak, *Wolność...*, s. 326–327.

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 umów<sup>149</sup>.

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 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. 353<sup>1</sup> 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, a także faktu, iż może ono stanowić źródło normy sankcjonowanej jedynie w wyjątkowych wypadkach. Co do zasady bowiem przepisy prawa karnego dają podstawę do jedynie 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

---

<sup>149</sup> J. Podkowik, *Wolność...*, s. 328–330.

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, 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.

## 5.2. Umowa

Zgodnie z przytoczonym powyżej stanowiskiem, zaprezentowanym w wyroku SO w Łodzi z 5 VI 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 SO w Łodzi z 26 V 2017 r., źródłem obowiązku świadczenia usług w rozumieniu art. 138 k.w. nie może być również istniejąca wcześniej umowa stron<sup>150</sup>. 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, wydaje się też naruszeniem 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. Bezkarne na gruncie tego przepisu pozostawałby zaś nieuczciwy kontrahent, który odmawiałby świadczenia wzajemnego w postaci zapłaty za wykonaną usługę. Stosunki prywatnoprawne winny się zaś cechować – co do zasady – poszanowaniem równości ich podmiotów. Występujące na

<sup>150</sup> Podobnie J. Kulesza, *Glosa...*, s. 132.

gruncie prawa prywatnego uprzywilejowanie w pewnych kontekstach konsumentów, mające na celu wyrównanie ich rzeczywiście słabszej pozycji wobec kontrahenta, nie może stać się podstawą stworzenia analogicznego uprzywilejowania na gruncie omawianego typu wykroczenia. Byłoby to rozumowanie zbyt daleko idące.

### 5.3. Ustawa

Wydaje się oczywiste, że źródłem obowiązku świadczenia usług może być ustawa, pod warunkiem że będzie spełniać formalne i materialne wymogi takich ograniczeń przewidziane w art. 31 ust. 3 Konstytucji<sup>151</sup>. Rozumienie takie jest zgodne zarówno z zasadą swobody umów, jak i konstytucyjnymi zasadami wolności oraz wolności gospodarczej. Wszystkie z powyższych zasad przewidują bowiem istnienie wyjątków, o ile mają one podstawę ustawową (wymóg formalny). Wymogiem materialnym wprowadzania ograniczeń wolności umów jest proporcjonalność wprowadzanych ograniczeń (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 wyżej, system prawny przewiduje w niektórych sytuacjach tzw. przymus kontraktowania. Stosowany jest on przede wszystkim jako instrument korygowania faktycznej nierównorzędności pozycji poszczególnych podmiotów<sup>152</sup>. 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 przykładowo: art. 5 ust. 2 ustawy z 22 V 2003 r. o ubez-

<sup>151</sup> Zob. J. Podkowik, *Wolność...*, s. 181–271.

<sup>152</sup> Zob. P. Machnikowski, w: *System...*, s. 445.

pieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych<sup>153</sup>, art. 3 ust. 1 ustawy z 15 XI 1984 r. – Prawo przewozowe<sup>154</sup>, art. 48 ustawy z 23 XI 2012 r. – Prawo pocztowe<sup>155</sup>, art. 7 ust. 1 ustawy z 10 IV 1997 r. – Prawo energetyczne<sup>156</sup>, art. 86 ustawy z 16 VII 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne<sup>157</sup>, art. 28 ust. 1 ustawy z 26 V 1982 r. – Prawo o adwokaturze<sup>158</sup>, art. 22 ust. 1 ustawy z 6 VII 1982 r. o radcach prawnych<sup>159</sup>.

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 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 dyskryminacji 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 wertykalnym<sup>160</sup>, ma ono także oddziaływanie horyzontalne<sup>161</sup>. W zakresie „dostępu do usług, w tym usług mieszkaniowych, rzeczy 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 kontrahenta w oparciu o posiadaną przez niego cechę dyskryminacyjną, określoną w art. 6 ustawy antydyskryminacyjnej.

<sup>153</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 2060 ze zm.

<sup>154</sup> Tekst jedn. Dz.U. 2017 r., poz. 1983.

<sup>155</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 1481 ze zm.

<sup>156</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 220.

<sup>157</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 1907 ze zm.

<sup>158</sup> 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 znacząco doprecyzowywany przez regulacje korporacyjne o charakterze etycznym.

<sup>159</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 1870 ze zm.

<sup>160</sup> Tj. na styku państwo – jednostka.

<sup>161</sup> Czyli jednostka – jednostka.

W przepisie tym ustawodawca ustanowił zamknięty katalog tzw. przyczyn dyskryminacyjnych. Są nimi: płeć, rasa, pochodzenie etniczne, narodowość. Oznacza to, że nierówne traktowanie osób fizycznych w dostępie do usług z innych względów (np. 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 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 jasne jest, że naruszenie tego obowiązku będzie stanowić bezpośredni skutek naruszenia zasady równego traktowania w dostępie do powszechnie oferowanych usług, 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. Przed 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 ustawy<sup>162</sup>. Stosując typ z art. 138 k.w.,

<sup>162</sup> W odniesieniu do usług oferowanych publicznie znaczenie mają tylko niektóre z wyłączeń, określone 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



trzeba mieć na względzie powyższe ograniczenia, zatem nie należy go interpretować w sposób zakresowo szerszy niż z ich uwzględnieniem.

Zakaz nierównego traktowania ze względu na określone w ustawie przyczyny dyskryminacyjne należy ponadto 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 okoliczności te musimy uwzględnić przy wykładni art. 138 k.w., który to czyn 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 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.

#### 5.4. Artykuł 32 ust. 2 Konstytucji RP

Zgodnie z art. 32 ust. 2 Konstytucji „nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek 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 jakiegokolwiek przyczyny”). Po drugie, nie przewiduje on – przynajmniej na pierwszy rzut

---

oraz czynności prawnych pozostających w związku z tymi sferami; 3) swobody wyboru strony umowy, o ile tylko nie jest oparty na płci, rasie, pochodzeniu etnicznym lub narodowości; 4) usług edukacyjnych w zakresie dotyczącym odmiennego traktowania ze względu na płeć; 5) 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.

oka – jakichkolwiek wyjątków, znów inaczej niż art. 6 ustawy antydyskryminacyjnej. Przynajmniej potencjalnie wydaje się więc, że zakaz ten może stanowić atrakcyjną podstawę obowiązku, którego naruszenie spenalizowano w art. 138 k.w. Bez wątplenia w kwestii jego celu, a więc ochrony przed dyskryminacją, jest on 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. Coraz śmieiej przebija się ona w nauce prawa konstytucyjnego, a także w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego<sup>163</sup>. Należy jednak przyznać, że Trybunał Konstytucyjny nie zajmuje w tym zakresie konsekwentnego stanowiska<sup>164</sup>, natomiast wydaje się ono 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 jednostkami<sup>165</sup>. Według niego zakaz ten jest regułą niepozostawiającą odstępstw w jej stosowaniu – ma on charakter tzw. klauzuli-bariery. Oznacza to, że nie podlega 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

<sup>163</sup> Szeroko na temat kwestii horyzontalnego oddziaływania praw konstytucyjnych pisze: M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, passim; M. Florczak-Wątor, *Rola...*, s. 13–30; M. Florczak-Wątor, *Horyzontalne...*, passim; P. Tuleja, W. Białogłowski, *Problem...*, s. 79–90; J. Podkowik, *Problem...*, s. 91–114; A. Sobczyk, *Problem...*, s. 115–128; J. Ciapała, *Horyzontalny...*, s. 129–148; P. Czarny, *Konstytucyjne...*, s. 165–182.

<sup>164</sup> Zob. P. Tuleja, W. Białogłowski, *Problem...*, s. 79–70, zwłaszcza przywołane tam orzecznictwo TK.

<sup>165</sup> J. Podkowik, *Wolność...*, s. 170–174. Podobnie rzecz ujmują także: M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 352; M. Masternak-Kubiak, *Prawo...*, s. 136; K. Wojtyczek, *Horyzontalny...*, s. 243; M. Safjan, *Efekt...*, s. 316; M. Zubik, *Równość...*; P. Winczorek, *Komentarz...*, 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...*, Nb. 100 i 116 do art. 32.

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<sup>166</sup>.

Nieco inaczej na kwestię limitacji zakazu dyskryminacji spoglądają W. Borysiak i L. Bosek, wskazując na konstytucyjną możliwość wprowadzenia wyjątków od zasady równego traktowania, przy spełnieniu następujących warunków:

- 1) relewantność charakteru różnicowania,
- 2) proporcjonalność argumentów przemawiających za wprowadzeniem różnicowania,
- 3) istnienie konstytucyjnych argumentów za różnicowaniem<sup>167</sup>.

Warto zwrócić uwagę na fakt, iż w orzecznictwie sądów cywilnych pojawił się w ostatnim czasie judykat<sup>168</sup>, 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

<sup>166</sup> J. Podkowiak, *Wolność...*, s. 172.

<sup>167</sup> Zob. W. Borysiak, L. Bosek, w: *Konstytucja...*, Nb. 120–121 do art. 32.

<sup>168</sup> Wyrok SA w Poznaniu z 29 II 2012 r., I ACa 1162/11.

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, nie ma w regulacji konstytucyjnej zamkniętego katalogu przesłanek konstytucyjnych.

Ze względu na ścisłe 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 konstytucyjnego, ponadto wątpliwości rodzi pogląd o absolutnym charakterze art. 32 ust. 2 Konstytucji, niepodlegający zdaniem J. Podkowiaka, żadnym wyjątkom.

Penalizacja dyskryminacji może rodzić także problemy w procesie stosowania prawa – w zasadzie prowadzi ona bowiem do odwrócenia ciężaru dowodu. W praktyce 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 to może do większej hipokryzji w społeczeństwie – osoba dyskryminująca nie będzie mogła „stać 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.

## 6. Uzasadniona przyczyna odmowy świadczenia usługi

W dalszej kolejności analizie należy poddać kwestię, w jaki sposób na gruncie art. 138 k.w. rozumieć należy pojęcie „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 z opisanych wyżej powodów, nie realizuje 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, czy ustawowego, czy konstytucyjnego)?

Należy tu zauważyć, że ustawodawca posłużył się w art. 138 k.w. kategorią otwartą i ocenną; pojęcie „uzasadnionej przyczyny” stanowi przykład klauzuli generalnej. Okoliczność ta winna kierować interpretatora na analizę wartości o charakterze konstytucyjnym, jak wskazuje się bowiem trafnie w doktrynie prawa konstytucyjnego, klauzule generalne są instrumentem, za pośrednictwem którego wartości konstytucyjne powinny przenikać do systemu prawa<sup>169</sup>.

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 SO w Łodzi, zawartej w uzasadnieniu wyroku z 26 V 2017 r., konflikt ten należy rozwiązać jednoznacznie, przywiązując wyższą wagę do kwestii zakazu dyskryminacji.

Problem powyższy jest związany z kwestią tzw. klauzuli sumienia. Problematykę klauzuli sumienia badał TK w wyroku z 7 X 2015 r.<sup>170</sup>, 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

<sup>169</sup> Zob. M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 173–181.

<sup>170</sup> Sygn. akt K 12/14.

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 w stosunku do 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 podobne 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 miała charakter konkretno-indywidualny, bardzo silnie zakorzeniony 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 kasus łódzkiego drukarza.

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, dającego prymat zakazowi dyskryminacji nad innymi wartościami konstytucyjnymi właściwie w 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 są bowiem opatrzone pewnymi wyjątkami, często związanymi z kwestią właśnie wolności sumienia i wyznania<sup>171</sup>. W konsekwencji jestem zdania, że zarówno zakaz dyskryminacji (art. 32 ust. 2 Konstytucji), jak i zasada wolności sumienia i religii

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

(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 musi polegać na całkowitej odmowie uwzględnienia interesu jednej strony, wynikającego z jednej z tych wartości, na rzecz interesu drugiej strony, wynikającego z wartości drugiej. Jak zauważa się 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 w jeszcze 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 kompromisowy<sup>172</sup>.

Powyższe okoliczności powodują, że próba podania abstrakcyjnych reguł wyważenia tych wartości jest bardzo trudna. Pewną pomoc może tu stanowić ogólna teoria podejmowania decyzji przez społeczeństwo zaproponowana przez filozofa Johna Rawlsa<sup>173</sup>, 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

<sup>172</sup> Czego przykładem może być w Polsce tzw. kompromis aborcyjny.

<sup>173</sup> Zob. J. Rawls, *Teoria...*, s. 190–198.

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 SO w Łodzi w wyroku z 26 V 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, zlecniodawcą 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 fundacja bez większych trudności mogła uzyskać do niej dostęp u innego świadczeniodawcy. Oczywiście w mojej ocenie rozstrzygnięcie powinno być dokładnie takie samo, gdyby osobą obwinioną był drukarz odmawiający druku plakatów na rzecz fundacji zajmującej się ochroną życia poczętego.

## 7. 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.



**Liability for refusal of service (Article 138 of the Polish Code of Contraventions)  
in the perspective of collision of constitutional principles. Considerations  
based on the printer's case from Łódź about the connections between criminal law  
and constitutional law**

Summary

The paper concerns the controversial issue of criminal liability for refusal of service that is stated in Article 138 of the Polish Code of Contraventions. Presented problem constitutes an interesting case of diffusion of constitutional axiology and conflicts of values to the ground of criminal law. The author answers the question how such conflicts should be resolved in a democratic state.

Keywords

discrimination, contravention, refusal of service, proconstitutional interpretation

Author

Mikołaj Iwański – Ph.D., Chair of Criminal Law, Faculty of Law and Administration, Jagiellonian University in Krakow

Bibliography

- 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>>.
- Bafia J., w: *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. J. Bafia, Warszawa 1980.
- Bojarski M., w: *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Burek W., *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.
- Ciapała J., *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych na podstawie wybranego orzecznictwa w sprawach gospodarczych*, w: *Sądy i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw jednostki*, red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015.
- Ciszewski W., *Czy wolność uprawnia do dyskryminowania? Rozważania teoretycznoprawne na kanwie sprawy drukarza z Łodzi*, „Forum Prawnicze” 5(43), 2017.
- Cychosz P., *Konstytucyjny standard prawa karnego materialnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2017.
- Czarny P., *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.
- Drukarz odmówił usług fundacji LGBT. Przegrał w sądzie*, <<http://lodz.wyborcza.pl/lodz/7,35136,21869181,drukarz-odmowil-uslug-fundacji-lgbt-sad-uznal-go-winnym.html>>.
- Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, przeł. T. Kowalski, Warszawa 1998.

- Florczak-Wątor M., *Horyzontalne oddziaływanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, red. A. Młynarska-Sobaczewska, P. Radziejwicz, *Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego*, t. LVI, Warszawa 2015.
- Florczak-Wątor M., *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Kraków 2014.
- Florczak-Wątor M., *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.
- Gutowski M., Kardas P., *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017.
- Kardas P., *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, z. 4.
- Kotowski W., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Kulesza J., *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z 26.05.2017 r., V Ka 557/17*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 1.
- Kulik M., w: *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2016.
- Kurzępa B., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Machnikowski P., *Swoboda umów według art. 353<sup>1</sup> KC. Konstrukcja prawa*, Warszawa 2005.
- Machnikowski P., w: *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań. Część ogólna*, t. 5, red. E. Łętowska, Warszawa 2006.
- Masternak-Kubiak M., *Prawo do równego traktowania*, w: *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002.
- Michalska-Warias A., w: *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2015.
- Miklasiewicz P., w: *Konstytucja RP. Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Mozgawa M., w: *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2009.
- Olejniczak A., w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*, t. 3, red. A. Kidyba, Warszawa 2014.
- Osajda K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich z 29 III 2018 r.
- Podkowik J., *Problem horyzontalnego działania praw jednostki w orzecznictwie sądów w sprawach cywilnych*, w: *Sądy i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw jednostki*, red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015.
- Podkowik J., *Wolność umów i jej ograniczanie w świetle Konstytucji RP*, Warszawa 2015.
- Rams M., *Specyfika wykładni prawa karnego w kontekście brzmienia i celu prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2016.
- Rawls J., *Teoria sprawiedliwości*, przeł. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, Warszawa 1994.
- Safjan M., *Efekt horyzontalny praw podstawowych w prawie prywatnym: autonomia woli a zasada równego traktowania*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”, R. XVIII, 2009, nr 2.
- Sobczyk A., *Problem horyzontalnego działania praw jednostki w orzecznictwie sądów pracy*, w: *Sądy i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw jednostki*, red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015.
- Szczucki K., *Drukarz, prawo, geje i wolny rynek*, <<http://www.rp.pl/Publicystyka/307319945-Szczucki-Drukarz-prawo-geje-i-wolny-rynek.html>>.
- Szczucki K., *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015.

- 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-przeciwno.html> >.
- Trzaskowski R., *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353<sup>1</sup> k.c.*, Kraków 2005.
- Tuleja P., Białogłowski W., *Problem horyzontalnego działania praw jednostki w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Sądy i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw jednostki*, red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015.
- Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2008.
- Wiśniewski T., w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna*, t. 3, red. J. Gudowski, Warszawa 2018.
- Wniosek Prokuratora Generalnego w sprawie o sygn. akt 16/17.
- Wojciechowski J., *Kodeks wykroczeń. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2005.
- Woźtyczek K., *Horyzontalny wymiar praw człowieka zagwarantowanych w Konstytucji RP*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1999, nr 2.
- Wróbel W., *Zmiana normatywna i reguły intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003.
- Zbrojewska M., w: *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa 2013.
- Zieliński M., *Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 2006, nr 3.
- Zieliński M., *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2002.
- Zoll A., *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, t. XXIII.
- Zoll A., w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–52*, t. I, cz. I, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016.
- Zubik M., *Równość i zakaz dyskryminacji w perspektywie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, 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.
- Żółtek S., *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Warszawa 2017.