



ORZECZNICTWO TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO ZBIÓR URZĘDOWY

Seria A

Warszawa, dnia 1 października 2019 r.

Pozycja 49

WYROK

z dnia 26 czerwca 2019 r.

Sygn. akt K 16/17*

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Andrzej Zielonacki – przewodniczący
Zbigniew Jędrzejewski
Leon Kieres
Mariusz Muszyński – sprawozdawca
Wojciech Sych,

po rozpoznaniu w trybie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072, ze zm.), na posiedzeniu niejawnym w dniu 26 czerwca 2019 r., wniosku Prokuratora Generalnego o zbadanie zgodności:

art. 138 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2015 r. poz. 1094, ze zm.):

- a) w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,
- b) rozumianego w ten sposób, że zasady wiary i sumienie nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi, z art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji,
- c) w zakresie dotyczącym osób osobiście prowadzących działalność gospodarczą lub działających w imieniu podmiotu prowadzącego taką działalność, z art. 20 w związku z art. 22, w związku z art. 31 ust. 3 i w związku z art. 31 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji,

o r z e k a:

Art. 138 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2019 r. poz. 821), w części zawierającej słowa „albo umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany”, jest niezgodny z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

* Sentencja została ogłoszona dnia 4 lipca 2019 r. w Dz. U. poz. 1238.

Ponadto p o s t a n a w i a:

na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072 oraz z 2019 r. poz. 125) umorzyć postępowanie w pozostałym zakresie.

Orzeczenie zapadło większością głosów.

UZASADNIENIE

I

1. Prokurator Generalny we wniosku z 21 grudnia 2017 r. wniósł o zbadanie zgodności art. 138 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2015 r. poz. 1094, ze zm.; dalej: k.w., kodeks wykroczeń) w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny – z art. 2 Konstytucji, oraz – rozumianego w ten sposób, że zasady wiary i sumienia nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi – z art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także – w zakresie dotyczącym osób osobiście prowadzących działalność gospodarczą lub działających w imieniu podmiotu prowadzącego taką działalność – z art. 20 w związku z art. 22, w związku z art. 31 ust. 3 i w związku z art. 31 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji.

1.1. Wyjaśniając pierwszy zarzut wnioskodawca stwierdził, że art. 138 k.w. w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, jest niezgodny z wynikającą z art. 2 Konstytucji zasadą proporcjonalności. Kwestionowana norma nie jest niezbędna do zapewnienia realizacji celów ustawy, gdyż wystarczające są do tego środki cywilnoprawne.

Wnioskodawca wskazał, że art. 138 k.w. obowiązuje w niezmienionym brzmieniu od 1 stycznia 1972 r. Istotą penalizacji odmowy świadczenia usługi w realiach centralnie planowanej gospodarki socjalistycznej było przeciwdziałanie spekulacji deficytowymi towarami i usługami oraz umożliwienie równego dostępu do nich po ustalonych odgórnie cenach. Obecnie, w warunkach gospodarki rynkowej i powszechnej dostępności usług, a także ograniczonego zakresu usług, na które obowiązują ceny urzędowe, przyczyny wprowadzenia tej regulacji zdezaktualizowały się. Nie występuje zjawisko spekulacji usługami, lecz istnieje konkurencja pomiędzy usługodawcami, obejmująca również ceny. W wypadku odmowy świadczenia usługi przez jeden podmiot osoba zainteresowana daną usługą uzyska ją od innego podmiotu. Nie ma więc niebezpieczeństwa, że pokrzywdzony nie będzie mógł zaspokoić określonej potrzeby, napotka istotne trudności lub będzie musiał zapłacić zawyżoną, spekulacyjną cenę za usługę.

Przeprowadzając analizę proporcjonalności kwestionowanej normy w kontekście art. 2 Konstytucji, Prokurator Generalny rozważył, czy cele regulacji wynikającej z art. 138 k.w. są konstytucyjnie legitymizowane. Uznał, że zarówno pierwotny cel wprowadzenia tego przepisu, jakim była ochrona interesu osoby ubiegającej się o świadczenie usługi, jak i cel antydyskryminacyjny, który przypisuje się obecnie art. 138 k.w. są uzasadnione.

Zdaniem Prokuratora Generalnego, przewidziana w art. 138 k.w. penalizacja odmowy świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny umożliwia realizację celów, które przypisuje się temu przepisowi. Zagrożenie karą ma w tym wypadku pełnić funkcję prewencyjną. Prokurator stwierdził jednak, że mimo istnienia konstytucyjnego uzasadnienia celu regulacji, nie można uznać, iż jej efekty pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów i ograniczeń na-

kładanych na tego, kto zawodowo zajmuje się świadczeniem usług. Pierwotny cel, któremu służyło wprowadzenie odpowiedzialności wykroczeniowej za odmowę świadczenia usługi, może być osiągnięty innymi skutecznymi środkami, przede wszystkim cywilnoprawnymi. W sytuacji gdy spekulacja usługami nie stanowi problemu społecznego i praktycznie nie występuje jako zjawisko, nie ma uzasadnienia dalszego utrzymywania najsurowszego środka w postaci odpowiedzialności o charakterze represyjnym.

Prokurator stwierdził również, że nowe cele art. 138 k.w. – polegające na przeciwdziałaniu przypadkom odmowy świadczenia usługi z powodu uprzedzeń wobec określonych cech osoby zainteresowanej uzyskaniem usługi lub z powodu złośliwości i szykanowania w ten sposób określonej grupy klientów – mogą zostać zrealizowane za pomocą środków cywilnoprawnych i poprzez instrumenty określone w ustawie z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz. U. z 2016 r. poz. 1219; dalej: ustawa antydyskryminacyjna). Zwrócił też uwagę, że przepisy ustawy antydyskryminacyjnej stanowią swoisty kontekst normatywny funkcji antydyskryminacyjnej, jaką współcześnie pełni penalizacja odmowy świadczenia usługi, przewidziana w art. 138 k.w.

1.2. Uzasadniając drugi zarzut wnioskodawca stwierdził, że art. 138 k.w., w części penalizującej odmowę świadczenia usługi rozumiany w ten sposób, że zasady wiary i sumienie nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi, nieproporcjonalnie ogranicza określoną w art. 53 ust. 1 Konstytucji wolność sumienia i religii. Jego zdaniem, skarżona norma nakłada na osobę zajmującą się zawodowo świadczeniem usług obowiązek działania wbrew sumieniu lub wyznaniu. Art. 138 k.w. nie tylko nie przewiduje możliwości odmowy świadczenia usługi ze względu na to, że usługodawca nie akceptuje celu, któremu usługa ma ona służyć, ale również wtedy, gdy według usługodawcy świadczeniu usługi sprzeciwiają się względy religijne lub sumienie. O tym, czy przyczyna odmowy jest uzasadniona, decyduje w każdym wypadku panująca ocena społeczna, która może odbiegać od przekonań i oceny usługodawcy.

Zdaniem Prokuratora Generalnego, nie jest możliwe definitywne ustalenie konstytucyjnie chronionych wartości, które uzasadniałyby ograniczenie wolności sumienia i religii w każdym wypadku odmowy świadczenia usługi, o której mowa w art. 138 k.w. Dyspozycją art. 138 k.w. objęte zostały bowiem – w drodze interpretacji – nowe powody odmowy świadczenia usługi, odmienne od tych, które stanowiły *ratio legis* wprowadzenia tej regulacji. Pierwotny cel wprowadzenia tego przepisu, którym było zapewnienie usługobiorcom dostępu do usług po cenie urzędowej, służył przeciwdziałaniu zjawisku spekulacji dobrami deficytowymi, a więc chronił konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi w rozumieniu art. 76 Konstytucji. Przypisanie art. 138 k.w. roli antydyskryminacyjnej oznacza, że przepis ten chroni prawo do równego traktowania oraz godność człowieka. Nie da się jednak jednoznacznie wskazać, jakie wolności i prawa innych osób lub ewentualnie inne wartości konstytucyjne, wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji, chroni art. 138 k.w. w tych wypadkach, gdy przyczyną odmowy świadczenia usługi będą takie cechy usługi, określone przez klienta, które według usługodawcy naruszają zasady wyznawanej przez niego religii lub są sprzeczne z jego światopoglądem.

Prokurator Generalny stwierdził, że nie można z konstytucyjnych wolności i praw osób zainteresowanych uzyskaniem określonej usługi wywieść generalnego obowiązku osób zajmujących się zawodowo świadczeniem usług wykonania każdej czynności mającej służyć realizacji wolności i praw potencjalnych klientów, w tym podjęcia działań, których celu lub efektów nie akceptują. Ustalanie chronionej konstytucyjnie wartości lub praw konstytucyjnych, wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, musiałyby się odbywać w każdym wypadku indywidualnie.

W ocenie Prokuratora Generalnego, kwestionowany przepis może nakładać na osobę zajmującą się zawodowo świadczeniem usług obowiązek działania wbrew sumieniu lub wyznaniu pod rygorem poniesienia odpowiedzialności za wykroczenie.

1.3. W odniesieniu do trzeciego zarzutu wnioskodawca podniósł, że art. 138 k.w., w części penalizującej odmowę świadczenia usługi, nieproporcjonalnie ogranicza wolność działalności gospodarczej. W ramach tej wolności mieści się m.in. swoboda zawierania umów na potrzeby prowadzonej działalności gospodarczej. Obejmuje ona w szczególności podjęcie decyzji o zawarciu umowy, wybór kontrahenta, określenie treści i formy umowy oraz tryb jej zawarcia.

Zdaniem Prokuratora, przymus kontraktowania, rozumiany jako zakaz odmowy zawarcia umowy, ogranicza swobodę umów, która mimo że nie została wyrażona wprost w Konstytucji, jest chroniona przez ten akt. Z taką sytuacją mamy do czynienia w wypadku art. 138 k.w., który penalizuje odmowę zawarcia umowy bez uzasadnionej przyczyny.

Zdaniem Prokuratora Generalnego, zaskarżony przepis ogranicza swobodę wyboru składania oświadczeń woli kierowanych do innych osób temu, kto zajmuje się świadczeniem usług w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Wynikający z art. 138 k.w. obowiązek świadczenia usługi zawsze, gdy usługobiorca się o nią zwróci, także wbrew woli usługodawcy, narusza konstytucyjny zakaz zmuszania do czynienia tego, czego prawo nie nakazuje jednostce.

W doktrynie za uzasadniony konstytucyjnie uważa się obowiązek zawarcia umowy w odniesieniu do działalności, której celem jest zaspokojenie podstawowych potrzeb obywateli, w tym w szczególności w ramach świadczenia tzw. usług publicznych, np. pocztowych, telekomunikacyjnych, dostaw gazu, energii elektrycznej. Prezentowany jest też pogląd, że nawet konstytucyjny zakaz dyskryminacji nie odnosi się do całego obrotu umownego, gdyż podważałoby to znaczenie wolności umów. Konstytucyjny zakaz dyskryminacji wyznacza bowiem granicę wolności umów w zakresie nabywania dóbr i świadczenia usług masowych, a także w ramach stosunków pracy.

2. Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: RPO, Rzecznik) w piśmie z 2 lutego 2018 r. zgłosił udział w postępowaniu, a w piśmie z 29 marca 2018 r. zajął stanowisko, że: (1) art. 138 k.w. w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, jest zgodny z art. 2 Konstytucji; (2) art. 138 k.w., rozumiany w ten sposób, że zasady wiary i sumienie nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi, nie jest niezgodny z art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji; (3) art. 138 k.w., w zakresie dotyczącym osób osobiście prowadzących działalność gospodarczą lub działających w imieniu podmiotu prowadzącego taką działalność, jest zgodny z art. 20 w związku z art. 22, w związku z art. 31 ust. 3 i w związku z art. 31 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji.

2.1. Rzecznik stwierdził, że obecnie podstawową funkcją art. 138 k.w. jest ochrona przed dyskryminacją w dostępie do usług.

Rzecznik nie zgodził się z wnioskodawcą, że w przypadku dostępu do usług dla zapewnienia ochrony przed dyskryminacją wystarczające są środki cywilnoprawne. Jego zdaniem, ochrony takiej nie zapewnia także ustawa antydyskryminacyjna, która implementuje przepisy unijne w sposób nieprecyzyjny. RPO uznał, że ustawa ta uniemożliwia dochodzenie na drodze sądowej roszczeń z tytułu naruszenia zasady równego traktowania, gdy nastąpiło naruszenie godności, czci lub dobrego imienia ofiary dyskryminacji, ale nie wyrządzono szkody majątkowej. Oceniał więc mechanizm ochrony przed naruszeniem zasady równego

traktowania przyjęty w ustawie antydyskryminacyjnej jako nieefektywny. Odwołał się w tym zakresie do praktyki orzeczniczej i doktryny.

Zdaniem Rzecznika, przez ustanowienie sankcji karnej za naruszenie zakazu dyskryminacji w zakresie dostępu do usług, ustawodawca wyraził potępienie zachowań dyskryminujących. Kwestionowany mechanizm wzmacnia w społeczeństwie poczucie, że dyskryminacja jest społecznie szkodliwa i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych jednostek i całych społeczności. W ocenie RPO, art. 138 k.w. jest bardziej skuteczny niż inne środki dotyczące zwalczania dyskryminacji, a przewidziana w nim sankcja nie jest nieproporcjonalna.

2.2. Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez art. 138 k.w. wolności sumienia i religii, Rzecznik stwierdził, że wzorzec kontroli wskazany przez wnioskodawcę jest nieadekwatny. Ani treść kwestionowanego przepisu, ani sposób jego wykładni nie przesądzają o tym, że usługodawca nie może odmówić świadczenia usługi zgodnie z art. 138 k.w. powołując się na wolność sumienia i religii. Zdaniem RPO, odmowa jest dopuszczalna pod warunkiem spełnienia kryteriów umożliwiających zakwalifikowanie świadczenia określonej usługi jako działania urzeczywistniającego wolność sumienia i religii. Chodzi o sytuację, w której odmowa miałaby bezpośredni związek z danym wyznaniem czy światopoglądem, a więc wtedy, gdy określone wyznanie czy światopogląd ustanawiałyby moralną powinność odmowy świadczenia tego rodzaju usługi, a odmowa jej świadczenia stanowiłaby powszechnie przyjętą w ramach danego wyznania, czy światopoglądu, formę ich praktykowania.

W ocenie RPO, nawet gdyby uznać, że wskazany przez wnioskodawcę wzorzec kontroli jest adekwatny, możliwe jest przeprowadzenie testu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji i wywiedzenie z niego, że art. 138 k.w. spełnia konstytucyjne kryteria dopuszczalnych ograniczeń wolności sumienia i religii.

2.3. Odnosząc się do zarzutu naruszenia zasady wolności gospodarczej i swobody umów, RPO wskazał, że zakaz naruszania godności człowieka i zakaz dyskryminacji stanowią samodzielną, konstytucyjną granicę wolności umów.

W przypadku dostępu do usług, zakaz dyskryminacji obejmuje ich szczególną kategorię, tj. usługi oferowane publicznie. Wyznacza też granicę wolności umów w zakresie nabywania dóbr i usług świadczonych masowo, do których zalicza się m.in. dostawę wody i energii, nabywanie produktów spożywczych, biletów do kina i teatru czy korzystania z restauracji. Zaskarżony przepis ogranicza zatem wolność gospodarczą i swobodę umów, ograniczenie to jest jednak dopuszczalne i proporcjonalne.

Rzecznik stwierdził, że art. 138 k.w. nie nakłada bezwzględnego obowiązku świadczenia usługi, a jedynie uniemożliwia odmowę jej świadczenia, gdy brak jest uzasadnionej przyczyny tej odmowy.

3. Marszałek Sejmu w piśmie z 22 marca 2018 r. zajął stanowisko, że art. 138 k.w.: (1) w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, jest niezgodny z art. 2 Konstytucji; (2) rozumiany w ten sposób, że zasady wiary i sumienie nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi, jest niezgodny z art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji; (3) w zakresie dotyczącym osób osobiście prowadzących działalność gospodarczą lub działających w imieniu podmiotu prowadzącego taką działalność jest niezgodny z art. 20 w związku z art. 22, w związku z art. 31 ust. 3 i w związku z art. 31 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji.

3.1. Marszałek Sejmu wyjaśnił, że celem kwestionowanej normy wynikającej z art. 138 k.w. jest ochrona interesów konsumentów przed nieuzasadnionym żądaniem i po-

bieraniem wyższej od obowiązującej ceny za wykonanie usługi lub przed nieuzasadnioną odmową świadczenia usługi. Przyznał rację wnioskodawcy, że skutki zaskarżonej regulacji nie pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów i ograniczeń nakładanych na osobę zawodowo zajmującą się świadczeniem usług. W ocenie Marszałka, cele przewidzianej w art. 138 k.w. penalizacji odmowy świadczenia usługi, mogą zostać zrealizowane za pomocą środków cywilnoprawnych, w szczególności na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, chroniących dobra osobiste.

Stanowisko to Marszałek oparł na ocenie, że osoba zajmująca się zawodowo świadczeniem usług może uniknąć odpowiedzialności karnej, gdy ominię przesłankę odmowy wykonania usługi. Może mieć to miejsce w sytuacji, gdy zamiast odmówić świadczenia, *de facto* nie wykona usługi. I chociaż dla konsumenta skutek braku wykonania świadczenia usługi jest często bardziej dotkliwy niż sama odmowa jej świadczenia, to jedynie za odmowę świadczenia usługi przewidziana jest odpowiedzialność karna. Za niewykonanie świadczenia zobowiązany odpowiada jedynie cywilnoprawnie.

Marszałek podkreślił, że w warunkach gospodarki wolnorynkowej, jeśli osoba zainteresowana uzyskaniem usługi spotka się z odmową, może wystąpić do innego podmiotu, który wykona usługę. Niewykonanie usługi, której podjął się zobowiązany często może cechować się większym stopniem społecznej szkodliwości niż sama uprzednia odmowa wykonania usługi.

3.2. Analizując zgodność art. 138 k.w. z art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji w kontekście takiego rozumienia, że zasady wiary i sumienia nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi, Marszałek stwierdził, iż odmowa świadczenia jest możliwa wówczas, gdy istnieje rozsądny powód niewykonania świadczenia. Wyjaśnił, że pojęcie „uzasadniona przyczyna” oznacza zarówno przyczynę opartą na obiektywnych racjach, jak i przyczynę słuszną, usprawiedliwioną. Analiza językowa tego pojęcia nie pozwala więc na zawężenie jego zakresu znaczeniowego jedynie do przyczyn technicznych lub obiektywnych w sensie faktów możliwych do stwierdzenia w świecie fizycznym za pomocą zmysłów. Uzasadniona przyczyna może mieć charakter duchowy i jako taka także może być obiektywna, a zarazem słuszną i usprawiedliwioną. Dlatego w ocenie Marszałka Sejmu, uznanie, że odmowa świadczenia usługi motywowana względami sumienia i religii nie jest uzasadnioną przyczyną, o której mowa w art. 138 k.w., narusza wolność religijną wynikającą z art. 53 ust. 1 Konstytucji.

Marszałek stwierdził, że osoby świadczące usługi zawodowo mają równe w stosunku do wszystkich innych osób prawo do powoływania się na sprzeciw sumienia, co bezpośrednio jest związane z jednakową dla wszystkich ludzi godnością osobową. Osobiste prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem nie stanowi przywileju osób wykonujących tylko niektóre zawody, lecz jest prawem każdego człowieka. Zatem także osobom zajmującym się zawodowo świadczeniem usług nie można tego prawa odmówić. W konsekwencji odmowa świadczenia usługi motywowana względami sumienia powinna być uznawana za uzasadnioną przyczynę na gruncie art. 138 k.w. W przeciwnym wypadku zachodzi ograniczenie wolności sumienia i religii.

3.3. Analizując zgodność art. 138 k.w., w zakresie dotyczącym osób osobiście prowadzących działalność gospodarczą lub działających w imieniu podmiotu prowadzącego taką działalność, z art. 20 w związku z art. 22, w związku z art. 31 ust. 3 i w związku z art. 31 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji, Marszałek uznał za uzasadnioną argumentację Prokuratora Generalnego. Marszałek zwrócił uwagę, że „wolność gospodarcza zakłada istnienie wolności ontycznej człowieka (...). Mimo że wolność gospodarcza to zaledwie jeden z aspektów auto-

nomii osoby ludzkiej, to jednak (...) jest to «logiczna konsekwencja ludzkiej wolności», o czym we współczesnym myśleniu rzadko się pamięta. Niesłusznie zatem przyjmuje się postulat, by nie tylko nie rozwijać wolności, lecz (...) wprowadzać jak najwięcej ograniczeń, bo tylko w ten sposób zbuduje się dobre i wartościowe społeczeństwo, co jest charakterystyczne dla wszelkich kolektywistycznych nurtów myślenia, które pod pozorem przewyższania niesprawiedliwości społecznej dążą do eliminacji wolności prowadzenia działalności gospodarczej. (...) Człowiek potrzebuje wolności gospodarczej, by wchodzić w interakcje z otaczającym go środowiskiem, by się twórczo spełniać jako także istota społeczna w działaniu z innymi i dla innych. (...) Rozważania te potwierdzają konieczność (...) ostrożności we wprowadzaniu ograniczeń w wolność gospodarczą. Każde bowiem ograniczenie niejako zakłóca wolność, zaburza harmonię gospodarczą, dlatego powinno być delikatnie wprowadzane wyjątkowo, dla koniecznej regulacji rynku”.

II

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072, ze zm.), Trybunał może rozpoznać wniosek na posiedzeniu niejawnym, jeżeli pisemne stanowiska wszystkich uczestników postępowania oraz pozostałe dowody zgromadzone w sprawie stanowią wystarczającą podstawę do wydania orzeczenia. Trybunał uznał, że w niniejszej sprawie przesłanka ta została spełniona.

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Problemy konstytucyjne podniesione we wniosku Prokuratora Generalnego.

Prokurator Generalny (dalej: wnioskodawca) zakwestionował konstytucyjność art. 138 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2019 r. poz. 821; dalej: k.w., kodeks wykroczeń) w części dotyczącej wykroczenia polegającego na umyślnej odmowie bez uzasadnionej przyczyny świadczenia, do którego jest obowiązana osoba zajmująca się świadczeniem usług zawodowo. Wnioskodawca podniósł wobec skarżonego wykroczenia z art. 138 k.w. trzy zarzuty, które połączył z trzema problemami konstytucyjnymi.

Pierwszy zarzut polegał na tym, że art. 138 k.w. w zakwestionowanym przez wnioskodawcę zakresie nie spełniał wymogów adekwatności działań prawodawcy do celów, które miały spełniać przepisy kodeksu wykroczeń. W ocenie Prokuratora Generalnego kwestionowana norma nie była adekwatna do zapewnienia prawidłowej realizacji zarówno pierwotnego celu wprowadzenia art. 138 k.w., jak i funkcji, którą zaczął on pełnić w późniejszym okresie.

Drugi zarzut odnosił się do sposobu rozumienia pojęć zawartych w kwestionowanym przepisie. Prokurator Generalny podniósł, że art. 138 k.w. w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, rozumiany w ten sposób, że zasady wiary oraz względy sumienia nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi, nieproporcjonalnie ogranicza wolność sumienia i religii (art. 53 ust. 1 Konstytucji).

Trzeci zarzut dotyczył tego, że art. 138 k.w. w zaskarżonym zakresie stanowił nieproporcjonalne ograniczenie wolności działalności gospodarczej osób osobiście prowadzących działalność gospodarczą lub działających w imieniu podmiotu prowadzącego taką działalność (art. 20, art. 22 Konstytucji). W ocenie wnioskodawcy, art. 138 k.w. był sprzeczny z zasadą swobody umów.

2. Przedmiot kontroli a treść art. 138 k.w.

Przedmiotem kontroli w rozpatrywanej sprawie Prokurator Generalny uczynił normę wynikającą z art. 138 k.w., zgodnie z którą: „Kto, zajmując się zawodowo świadczeniem usług (...) umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany, podlega karze grzywny”. Jest to część przepisu stanowiącego, że: „Kto, zajmując się zawodowo świadczeniem usług, żąda i pobiera za świadczenie zapłatę wyższą od obowiązującej albo umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany, podlega karze grzywny”.

Art. 138 k.w. obowiązywał w niezmienionym brzmieniu od momentu wejścia w życie kodeksu wykroczeń (tj. od 1 stycznia 1972 r.). Był on odpowiednikiem art. 15 ustawy z dnia 13 lipca 1957 r. o zwalczaniu spekulacji i ochronie interesów nabywców oraz producentów rolnych w obrocie handlowym (Dz. U. Nr 39, poz. 171, ze zm.), który brzmiał: „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”.

Celem historycznego ustawodawcy ustanawiającego art. 138 k.w. było przeciwdziałanie spekulacji deficytowymi towarami i usługami oraz umożliwienie równego dostępu do dóbr i usług, po ustalonych ogólnie cenach. Środkiem osiągnięcia wskazanego celu w systemie centralnie planowanej i sterowanej gospodarki socjalistycznej miała być właśnie penalizacja odmowy świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny. Po zmianie ustroju gospodarczego państwa, art. 138 k.w. zaczęto postrzegać jako przepis, którego zadaniem jest ochrona przed dyskryminacją w dostępie do usług.

Tego rodzaju ewolucję poglądów pokazuje przegląd poglądów pojawiających się w doktrynie prawnej (zob. J. Bafia, komentarz do art. 138, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, Warszawa 1980, s. 324; M. Mozgawa, komentarz do art. 138, [w:] *kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2009, s. 483; M. Zbrojewska, komentarz do art. 138, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa 2013, s. 621; M. Bojarski, komentarz do art. 138, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. M. Bojarski, W. Radecki, Warszawa 2016, s. 954; A. Michalska-Warias, komentarz do art. 138, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, T. Bojarski, Warszawa 2007, s. 396-397).

Przez usługę, o której mowa w art. 138 k.w., rozumiano działanie podejmowane najczęściej w celach zarobkowych, w celu zaspokojenia materialnych i niematerialnych potrzeb ludzi. Aktualny wykaz różnych usług zawiera rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) – (Dz. U. Nr 251, poz. 1885, ze zm.), która jest hierarchicznie usystematyzowanym podziałem zbioru rodzajów działalności społeczno-gospodarczej, jakie realizują podmioty gospodarcze.

Sankcją z art. 138 k.w. objęta została jedynie odmowa świadczenia usług bez uzasadnionej przyczyny. Ustawodawca nie wskazał jednak, czy odmowa taka może wynikać z okoliczności faktycznych, czy też obejmuje ona inne przyczyny, w tym niematerialne, wynikające na przykład z przekonań usługodawcy. Komentatorzy art. 138 k.w. wskazywali, że odmową jest niepodjęcie się wykonania usługi pomimo istnienia takiego obowiązku i żądania klienta (zob. np. M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 484).

W art. 138 k.w. ustawodawca posłużył się sformułowaniem dotyczącym „świadczenia usług przez osobę zajmującą się tym zawodowo, do którego jest ona obowiązana”. Przez wyrażenie „świadczenie, do którego jest obowiązany” J. Bafia rozumiał „pozostawanie do dyspozycji każdego, kto żąda świadczenia za przewidzianą zapłatą” (J. Bafia, *op. cit.*, s. 325). M. Zbrojewska podkreślała, że osoba świadcząca usługi nie ma prawa selekcjonowania klientów. A. Michalska-Warias zwróciła zaś uwagę, że w przypadku świadczenia usług zasadą jest,

iz prowadzący działalność danego typu, zwłaszcza w lokalu dostępnym dla każdego, powinien świadczyć usługi każdemu, kto będzie gotowy zapłacić za nie umówioną cenę (zob. A. Michalska-Warias, *op. cit.*, s. 398). Takie ujęcie nie uwzględnia jednak w pełni współczesnych reguł rządzących świadczeniem usług, które w dużej mierze opierają się o chronioną konstytucyjnie zasadę swobody umów.

Trybunał zwrócił uwagę, że treść pojęć występujących w art. 138 k.w. jest niejednoznaczna. Już podczas dokonywania wykładni językowej przepis ten mógł budzić wątpliwości, w szczególności jeśli chodzi o wyrażenie „uzasadniona przyczyna” odmowy świadczenia usługi. Wprawdzie w orzecznictwie sądowym pojęcie to było wyjaśniane, ale ze względu na jego nieostrość nie ukształtowała się dotychczas jednolita praktyka w danym zakresie. Podobne wątpliwości interpretacyjne można mieć do występującego w art. 138 k.w. sformułowania „świadczenie, do którego jest obowiązany”. Żadna metoda wykładni nie daje jednoznacznego rezultatu w odniesieniu do tego, jakie jest źródło obowiązku świadczenia wynikającego z art. 138 k.w., a także jaki jest jego zakres przedmiotowy.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Trybunał Konstytucyjny dokonał rekonstrukcji przedmiotu zaskarżenia i uznał, że przedmiotem tym jest norma, zgodnie z którą, ten kto zajmując się zawodowo świadczeniem usług umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany, podlega karze grzywny.

3. Analiza konstytucyjności art. 138 k.w.

3.1. Uwagi wprowadzające.

Przechodząc do oceny konstytucyjności, Trybunał Konstytucyjny zauważył, że zarzuty wnioskodawcy skierowane w odniesieniu do art. 138 k.w. miały różny stopień szczegółowości. Analizując zgodność z Konstytucją kwestionowanej normy kodeksu wykroczeń, Trybunał uwzględnił istotę i cele postępowania zainicjowanego wnioskiem i przez ich pryzmat podjął kolejne czynności orzecznicze.

Trybunał przypomniał, że w przypadku postępowania wszczętego wnioskiem Prokuratora Generalnego, orzeka o zgodności określonych aktów normatywnych lub ich części z aktami wyższego rzędu. To znaczy, że porównuje treść zaskarżonej normy ze wskazanymi we wniosku wzorcami kontroli. Trybunał nie bada stanów faktycznych, ani nie rozstrzyga spraw indywidualnych podmiotów. Może się odnieść do praktyki stosowania danych przepisów tylko w takim zakresie, by zrekonstruować treść normy prawnej oraz wtedy, gdy przeprowadza test proporcjonalności i ocenia skuteczność i przydatność danej regulacji do realizacji jej celów. Stany faktyczne i stosowanie prawa nie mogą być jednak przedmiotem kontroli w postępowaniu dotyczącym hierarchicznej zgodności prawa. Trybunał Konstytucyjny nie może się stać kolejną instancją w postępowaniu sądowym albo administracyjnym.

Dokonując analizy przedmiotowej sprawy Trybunał uwzględnił, że celem kompetencji wynikającej z art. 188 pkt 1 Konstytucji jest wyeliminowanie z systemu prawnego norm, które są niezgodne z Konstytucją. Jeśli więc Trybunał orzeknie o niezgodności z Konstytucją danej normy w oparciu o jeden z zarzutów, to zbędna jest jego wypowiedź o pozostałych zarzutach dotyczących tej samej normy. Wyrok Trybunału o niekonstytucyjności realizuje bowiem cel postępowania, a kwestionowana norma jest derogowana z systemu prawnego. Taki sposób podejścia Trybunału do orzekania realizuje zasadę ekonomii procesowej i jest powszechnie znany w dotychczasowym orzecznictwie.

Po rozważeniu argumentów wnioskodawcy i uczestników postępowania w niniejszej sprawie, Trybunał Konstytucyjny najpierw zajął się zarzutem najdalej idącym, a więc adekwatnością rozwiązania, które polegało na penalizacji odmowy świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny przez osobę zajmującą się zawodowo świadczeniem usług, do zakłada-

nych celów legislacyjnych. Od rozstrzygnięcia tego problemu konstytucyjnego zależało bowiem to, czy dana norma powinna pozostać w systemie prawnym. W wypadku odpowiedzi negatywnej, analiza zakresu normy i jej wykładni co do realizacji wymogów związanych z wolnością sumienia i wyznania, a także wolnością działalności gospodarczej, byłaby zbędna. Jeśliby Trybunał Konstytucyjny uznał, że adekwatne jest karanie za odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny w kontekście wynikającym z art. 138 k.w., wówczas trzeba byłoby zbadać, czy podniesione względem zaskarżonej normy zarzuty szczegółowe spełniają standardy konstytucyjne.

3.2. Zasada adekwatności ingerencji ustawodawcy wyrażona w art. 2 Konstytucji jako wzorzec kontroli w postępowaniu przed TK.

Za punkt wyjścia prowadzonych rozważań Trybunał Konstytucyjny przyjął zasadę demokratycznego państwa prawnego, z której wynikają reguły i zasady, współkształtujące system prawny. Jedną z nich jest zasada proporcjonalności (zob. *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 217 oraz powołana tam literatura). Zgodnie ze stanowiskiem utrwalonym w orzecznictwie, zasada proporcjonalności ma na gruncie Konstytucji ściśle sprecyzowany charakter związany z ochronną funkcją konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela (zob. wyrok TK z 31 stycznia 2013 r., sygn. K 14/11, OTK ZU nr 1/A/2013, poz. 7).

Z analizy orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika jednoznacznie, że przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r. Trybunał wywiódł zakaz nadmiernej ingerencji z zasady państwa prawnego, a następnie dookreślił treść tej zasady formułując pytania charakterystyczne dla testu proporcjonalności, a mianowicie: po pierwsze, czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez prawodawcę skutków; po drugie, czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana; po trzecie, czy rezultaty wprowadzanej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela (zob. orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/94, OTK w 1995 r., cz. I, poz. 12). Takie rozumienie zasady proporcjonalności znajduje potwierdzenie w Konstytucji RP z 1997 r. Zostało ono odzwierciedlone w treści art. 31 ust. 3.

Równolegle zasada proporcjonalności pozostaje jedną z zasad składających się na demokratyczne państwo prawne (zob. wyrok TK z 11 lutego 2014 r., sygn. P 24/12, OTK ZU nr 2/A/2014, poz. 9). Potwierdził to Trybunał Konstytucyjny stwierdzając, że: „zasadę proporcjonalności statuuje w sposób w pełni samodzielny i całościowy inny przepis ustawy zasadniczej, a mianowicie art. 31 ust. 3. Wobec jego obowiązywania nie ma już potrzeby sięgania do niewątpliwie pojemnej, a przez to mieszczącej w sobie wiele odrębnych unormowań konstytucyjnych, zasady państwa prawnego. Nie oznacza to oczywiście całkowitego zerwania aksjologicznych i funkcjonalnych więzi między zasadą proporcjonalności a wywodzonymi z idei państwa prawnego zasadami” (wyrok TK z 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98, OTK ZU nr 1/1999, poz. 2; zob. też np. wyrok TK z 6 marca 2012 r., sygn. K 15/08, OTK ZU nr 3/A/2012, poz. 24).

Możliwe jest zatem odwoływanie się do art. 2 Konstytucji w kontekście proporcjonalności (adekwatności) ingerencji prawodawczej. Potwierdził to Trybunał, stwierdzając że „przywołanie art. 2 Konstytucji jako bezpośredniej podstawy zasady proporcjonalności jest dopuszczalne w sytuacji, gdy nie można przeprowadzić testu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Brak możliwości przeprowadzenia takiego testu wynikał z tego, że kwestionowana regulacja ograniczała wprawdzie prawa lub wolności jednostki (osoby fizycznej lub osoby prawnej prawa prywatnego), ale zagwarantowane jedynie na poziomie ustawowym, a nie konstytucyjnym, albo też wprowadzała ograniczenia w zakresie praw różnie rozumianych podmiotów publicznych (najczęściej jednostek samorządu terytorialnego)” (zob. wyrok

TK z 11 lutego 2014 r., sygn. P 24/12 i przywołane tam orzecznictwo dotyczące wskazanego zagadnienia).

W wyroku z 16 lipca 2009 r., sygn. Kp 4/08, Trybunał Konstytucyjny potwierdził, że: „wywiedziona z art. 2 Konstytucji zasada proporcjonalności szczególny nacisk kładzie na adekwatność celu legislacyjnego i środka użytego do jego osiągnięcia. To znaczy, że spośród możliwych (i zarazem legalnych) środków oddziaływania należałoby wybrać środki skuteczne dla osiągnięcia celów założonych, a zarazem najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu. Rozpatrując zgodność zakwestionowanej regulacji z zasadą proporcjonalności (z art. 2 Konstytucji) należy zbadać trzy istotne zagadnienia: 1) czy ta regulacja jest niezbędna dla ochrony i realizacji interesu publicznego, z którym jest związana, 2) czy jest efektywna, umożliwiając osiągnięcie zamierzonych celów, 3) czy jej efekty pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela lub inny podmiot prawny” (OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 112).

Trybunał Konstytucyjny zwracał też uwagę, że zasada proporcjonalności wywodzona z art. 2, a nie z art. 31 ust. 3 Konstytucji, ma znaczenie podczas oceny przepisów przewidujących odpowiedzialność administracyjną. Wskazywał też, że ustawodawca, określając sankcję za naruszenie prawa, musi w szczególności respektować zasadę proporcjonalności. Nie może więc stosować sankcji oczywiście nieadekwatnych, nieracjonalnych lub niewspółmiernie dolegliwych (zob. wyroki TK z: 30 listopada 2004 r., sygn. SK 31/04, OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 110; 15 stycznia 2007 r., sygn. P 19/06, OTK ZU nr 1/A/2007, poz. 2; 14 października 2009 r., sygn. Kp 4/09, OTK ZU nr 9/A/2009, poz. 134; 12 kwietnia 2011 r., sygn. P 90/08, OTK ZU nr 3/A/2011, poz. 21 i 9 października 2012 r., sygn. P 27/11, OTK ZU nr 9/A/2012, poz. 104). Wobec tego należy uznać, że zarzut nadmiernej represyjności prawa może być oceniany właśnie z punktu widzenia proporcjonalności wynikającej z art. 2 Konstytucji.

W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny ukształtował kryteria składające się na zasadę proporcjonalności wywodzoną z art. 2 Konstytucji, a także sposób oceny przepisów z tym wzorcem kontroli (zob. zwłaszcza ustalenia poczynione w wyroku TK z 9 lipca 2012 r., sygn. P 8/10, OTK ZU nr 7/A/2012, poz. 75). W rozpoznawanej sprawie pozostają one aktualne.

Trybunał zwrócił też uwagę, że zasada adekwatności (proporcjonalności) rozwiązań ustawodawczych do zakładanego celu regulacji wywodzona z art. 2 Konstytucji może stanowić jedyny i samodzielny wzorzec konstytucyjnej kontroli przed TK. Jest to bowiem jeden z elementów zasady demokratycznego państwa prawnego. Nie ma zatem konieczności odwoływania się do art. 31 ust. 3 Konstytucji, zwłaszcza że to, iż w praktyce w orzecznictwie różni się zasadę proporcjonalności wynikającą z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji powinno oznaczać, że dotyczą one innych zagadnień.

O ile zasada proporcjonalności wynikająca z art. 31 ust. 3 Konstytucji odnosi się do oceny ingerencji w korzystanie z określonych wolności i praw konstytucyjnych, o tyle art. 2 Konstytucji, rozumiany bardziej jako zasada adekwatności, odnosi się do formalnego sposobu korzystania przez ustawodawcę ze swobody regulacyjnej, w oderwaniu od oceny wkraczania w konkretne podmiotowe prawa konstytucyjne. Tylko przy takim bowiem założeniu zasadne jest wywodzenie tych zasad z różnych przepisów konstytucyjnych.

Dochowanie zasady adekwatności (proporcjonalności) rozwiązań ustawodawczych do zakładanego celu regulacji ocenia się z perspektywy konieczności, celowości, efektywności, a także stopnia dolegliwości.

Charakter zarzutu niezgodności z Konstytucją (brak proporcjonalności ze względu na cel ustawy) przemawia za daleko idącą wstrzeźliwością Trybunału Konstytucyjnego w ocenie celowości i efektywności posunięć ustawodawcy. W dotychczasowym orzecznictwie

Trybunału przyjmowano bowiem, że nie jest on powołany do kontrolowania celowości i trafności rozwiązań przyjmowanych przez ustawodawcę, a punktem wyjścia oceny zgodności kwestionowanych przepisów z Konstytucją jest założenie racjonalnego ustawodawcy i domniemanie zgodności ustawy z Konstytucją. „Trybunał Konstytucyjny interweniuje dopiero w tych przypadkach, gdy ustawodawca przekracza zakres przyznanej mu swobody regulacyjnej w sposób na tyle drastyczny, że ewidentne stało się naruszenie konstytucyjnych generalnych zasad” (zob. wyrok TK z 9 lipca 2012 r., sygn. P 8/10).

Z powyższych rozważań wynika, że istnieje różnica między zasadą proporcjonalności wywiedzioną z art. 2 Konstytucji a zasadą proporcjonalności, o której mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zakaz nadmiernej ingerencji ustawodawcy wynikający z art. 2 Konstytucji nie może być rozumiany w ten sposób, że zawiera się w nim test proporcjonalności dotyczący ingerencji w konstytucyjne wolności i prawa, wymagający łącznego spełnienia warunków przydatności, zasady konieczności i zasady proporcjonalności *sensu stricto*. Wywiedziona z art. 2 Konstytucji zasada proporcjonalności sprowadza się jedynie do ogólnie rozumianego zakazu nadmiernej ingerencji (zob. wyrok TK z 31 stycznia 2013 r., sygn. K 14/11).

Zgodnie z powyższymi ustaleniami Trybunał Konstytucyjny dokonał analizy zgodności kwestionowanej normy wynikającej z art. 138 k.w. z art. 2 Konstytucji w kontekście zakazu nadmiernej ingerencji. Ocenie poddano to, czy zakwestionowana regulacja jest niezbędna, celowa i efektywna, a ponadto czy nie jest nadmiernie dolegliwa. Trybunał Konstytucyjny nie widział konieczności odwoływania się w tym wypadku do zasady proporcjonalności wynikającej z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

W tym kontekście należy przypomnieć ustalenia z wyroku z 20 czerwca 2017 r., sygn. P 124/15 (OTK ZU A/2017, poz. 50), w którym Trybunał wskazał, że problematyka stanowienia przez ustawodawcę sankcji za naruszenie prawa przez jego adresatów, a także łączenia różnych typów odpowiedzialności musi być rozpatrywana systemowo. Trybunał stwierdził, że „Stosowanie sankcji jest konsekwencją zachowania się niezgodnie z dyspozycją normy prawnej, w której przewidziano daną sankcję. Chodzi zatem o reakcję na naruszenie prawa. Ustawodawca ma w tym zakresie swobodę regulacyjną, ale nie może w działalności prawodawczej pomijać konstytucyjnych zasad i wartości”.

Trybunał przypomniał też, że prawodawca musi dobrać sankcje najbardziej adekwatne do charakteru stosunków społecznych i gospodarczych objętych regulacją prawa materialnego. Co do zasady, każda gałąź prawa powinna mieć instrumenty prawne reagowania na naruszenia nakazów, zakazów lub obowiązków wynikających z norm należących do danej gałęzi. Istotą kar kryminalnych jest „odpłata” za czyn uznawany za „karygodny” ze względu na społeczną szkodliwość naruszenia dobra podlegającego ochronie. Wiąże się ona z ujemną społeczną oceną sprawcy czynu, stanowiąc tym samym swoisty wyraz społecznego potępienia czynu (zob. wyrok TK z 20 czerwca 2017 r., sygn. P 124/15).

3.3. Ocena zgodności art. 138 k.w. z art. 2 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny zbadał, czy art. 138 k.w., w zakresie dotyczącym umyślnej odmowy świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, nie naruszył zakazu nadmiernej ingerencji. W tym celu dokonał analizy celowości, adekwatności, efektywności i niezbędności zakwestionowanej normy ujętej w art. 138 k.w.

3.3.1. W pierwszej kolejności Trybunał rozpoznał cel wprowadzonej regulacji. Ze względu na to, że obowiązuje ona od 1 stycznia 1972 r. w niezmienionej formie, Trybunał musiał odnieść się zarówno do celu historycznego, jak i do aktualnego. O ile w momencie uchwalania przepis ten spełniał funkcje dotyczące ochrony usługobiorców w ramach gospodarki centralnie planowanej i sterowanej, w której obowiązek świadczenia określonych usług wynikał z przepisów prawnych, o tyle obecnie w realiach społecznej gospodarki rynkowej

zmieniło się rozumienie tej regulacji. Ochrona konsumenta wyrażona w art. 76 Konstytucji musi bowiem uwzględniać wolności i prawa wszystkich uczestników obrotu gospodarczego.

Trybunał wskazał, że podstawowym celem art. 138 k.w., który został wprowadzony do systemu prawnego w innych realiach społeczno-gospodarczych, związanych z gospodarką nakazowo-rozdzielczą, było zagwarantowanie, pod groźbą kary, że osoby zajmujące się zawodowo świadczeniem usług będą to robić po cenach urzędowych. Celem regulacji była ochrona konsumentów przed odmową świadczenia usług w gospodarce, która z punktu widzenia ekonomicznego była gospodarką niedoboru.

Obecnie przedmiotem ochrony art. 138 k.w. są interesy konsumentów związane z dostępem do usług świadczonych zawodowo przez inne podmioty. We współczesnej rzeczywistości gospodarczej cel art. 138 k.w. skupia się przede wszystkim na ochronie interesów niemajątkowych konsumentów, w tym na ochronie przed poniżaniem i szykanowaniem. Na początku XXI w. do celów art. 138 k.w. dodano jeszcze jeden – cel antydyskryminacyjny. Polega on na wprowadzeniu sankcji karnej za działania dyskryminacyjne. Według komentatorów i praktyki orzeczniczej, art. 138 k.w. w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi ma zapewnić ochronę przed dyskryminacją z jakiegokolwiek przyczyny. Ma on służyć zwalczaniu wypadków odmowy świadczenia usługi motywowanej uprzedzeniami wobec określonych cech osoby zainteresowanej uzyskaniem usługi lub złośliwością i szykanowaniem w ten sposób określonej grupy klientów (zob. np. wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi – Widzewa w Łodzi z 31 marca 2017 r., sygn. akt VII W 1640/16; wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 26 maja 2017 r., sygn. akt V Ka 557/17).

Mając powyższe na uwadze, Trybunał stwierdził, że zarówno ochrona konsumentów, jak i ochrona przed dyskryminacją, są celami znajdującymi uzasadnienie w normach konstytucyjnych. Wyrażają je odpowiednio art. 76 i art. 32 ust. 2 Konstytucji. Ustawodawca ma swobodę kształtowania ochrony konsumentów i ochrony przed dyskryminacją, w tym wyboru metod reakcji prawnej na zjawiska niepożądane w danym zakresie. Swoboda ta nie oznacza jednak dowolności i nie może być arbitralna.

Nie można też pominąć okoliczności, że wskazane powyżej cele art. 138 k.w. zostały sformułowane w innym otoczeniu normatywnym i gospodarczym niż sama norma, która jest przedmiotem kontroli w niniejszej sprawie. Skarżona norma została uchwalona w 1971 r. i w niezmienionej formie obowiązuje do dziś. W sytuacji, gdy budzi ona wątpliwości konstytucyjne, a zarzut dotyczy adekwatności ingerencji prawodawczej, cel regulacji ma istotne znaczenie w ocenie konstytucyjności, gdyż przez pryzmat tego celu ocenia się adekwatność działania ustawodawcy.

3.3.2. Analizując, czy zastosowane przez ustawodawcę środki pozostają w racjonalnym związku z celami, jakie ma realizować art. 138 k.w., Trybunał sprawdził, czy są one adekwatne do zakładanych celów i czy są skuteczne.

W pierwszej kolejności Trybunał Konstytucyjny zbadał, czy kwestionowana norma realizuje cel związany z ochroną konsumenta wyrażoną w art. 76 Konstytucji. Wziął przy tym pod uwagę, że celem normy wynikającej z art. 138 k.w. nie jest wyegzekwowanie świadczenia określonej usługi, której odmówiono bez uzasadnionej przyczyny. Trybunał uznał jednak, że to właśnie realizacja usługi jest ważna dla konsumenta. Z tej perspektywy, z uwagi na penalny charakter normy wynikającej z art. 138 k.w., nie jest ona gwarancją, że jednostka uzyska usługę od danego podmiotu. Usługobiorca, chcąc wyegzekwować świadczenie usługi lub zadośćuczynienie czy odszkodowanie za jej niewykonanie, musi sięgnąć po inne, w szczególności cywilne, środki prawne. Sankcja karna jest wprawdzie dolegliwością dla osoby odmawiającej świadczenia usługi, ale nie zapewnia realizacji świadczenia.

W systemie gospodarki rynkowej określenie relacji w zakresie świadczenia usług opiera się przede wszystkim na zasadzie swobody umów, a więc zakłada wolność kontraktowania

i wyboru kontrahenta. Swoboda umów nie ma przy tym charakteru absolutnego i może być ograniczana przez wprowadzenie w drodze ustawy przymusu kontraktowania, tj. nakazu zawarcia umowy zobowiązaniowej w określonych przypadkach o określonej treści. Jest to jednak wyjątek, który musi być wyraźnie wskazany w przepisach aktu normatywnego. Z tego względu rozwiązania prawne, które w sposób dorozumiany mają ograniczyć wolność podmiotów prywatnych w zakresie zawierania umów i dodatkowo penalizują zaniechanie świadczenia danych usług, gdy obowiązek takiego świadczenia nie wynika wprost z przepisów prawnych, naruszają zaufanie do państwa i stanowią przez nie prawa, gdyż są nieadekwatne do celu regulacji i stanowią nadmierną ingerencje ustawodawcy w sferę wolności jednostki.

Trybunał w dotychczasowym orzecznictwie podkreślał, że: „ustawodawca może suwerennie decydować o tym, czy konkretne prawo lub wolność winno być chronione za pomocą środków o charakterze prawnokarnym, czy też – za pomocą środków o charakterze cywilnoprawnym. (...) Wolność ustawodawcy w badanym zakresie nie ma charakteru absolutnego. Spoczywający na nim obowiązek dostatecznej ochrony wartości konstytucyjnych obliguje go do ustanowienia odpowiednich uregulowań, a ponadto – takich środków ochrony, które stworzą wystarczające gwarancje ich przestrzegania i egzekwowania. Gwarancje te zaś mogą mieć rozmaity charakter – cywilny, administracyjny, w ostateczności zaś również i karny (...). Trzeba bowiem pamiętać o tym, że prawo karne w zwalczaniu zachowań społecznie niepożądanych musi stanowić *ultima ratio*. Oznacza to, że sięganie do instrumentów prawnokarnych uzasadnione jest wtedy tylko, gdy pożądanego celu nie można osiągnąć w żaden inny sposób. Z punktu widzenia uregulowań zawartych w Konstytucji ustanowiona ochrona musi być proporcjonalna, adekwatna do wagi chronionych praw i wolności” (zob. wyrok TK z 9 października 2001 r., sygn. SK 8/00, OTK ZU nr 7/2001, poz. 211 i przywołane tam orzecznictwo). Jednocześnie Trybunał nie zanegował tego, że ochrona przed dyskryminacją może być realizowana za pomocą przepisów karnych. Wskazał, że w polskim systemie prawnym obowiązują przepisy karne, które wprost odnoszą się do dyskryminacji (np. art. 119 § 1, art. 194, art. 256 § 1 i art. 257 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. z 2018 r. poz. 1600, ze zm.; dalej: k.k). Zastosowanie tej metody regulacji powinno być jednak wyjątkowe i uzasadnione szczególnymi okolicznościami. Takie okoliczności nie zachodzą w przypadku normy wynikającej z art. 138 k.w.

Następnie Trybunał odniósł się do tego, czy kwestionowana norma skutecznie realizuje cel antydyskryminacyjny. Zwrócił uwagę, że zastosowanie sankcji jako reakcji na naruszenie prawa służy kilku celom. Szczególne znaczenie ma stosowanie sankcji karnych, których zadaniem jest: 1) zaspokojenie społecznego poczucia sprawiedliwości – cel sprawiedliwościowy; 2) korzystne oddziaływanie na społeczeństwo – cel ogólnoprewencyjny; 3) społecznie korzystne oddziaływanie na sprawcę – cel szczególnoprewencyjny; 4) naprawienie lub zmniejszenie społecznego zła wyrządzonego czynem zabronionym – cel kompensacyjny. Ponadto penalizując określone zachowanie, ustawodawca daje wyraz jego ujemnej ocenie.

Zdaniem Trybunału, trudno uznać, by penalizacja odmowy świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny zaspokajała społeczne poczucie sprawiedliwości. Rozwiązanie to nie spełnia też celu ogólnoprewencyjnego. Ma to związek przede wszystkim z niską świadomością społeczną co do charakteru kwestionowanej regulacji, jaki się jej obecnie przypisuje. Jak wynika ze stanowiska Rzecznika Praw Obywatelskich, za naruszenie art. 138 k.w. sankcje są niewysokie, a w praktyce na sprawców tego typu wykroczeń nakłada się niewielkie grzywny albo odstępuje od wymierzenia kary (zob. s. 12-13 stanowiska RPO i podane tam przykłady z orzecznictwa).

O tym, że art. 138 k.w. nie realizuje przypisywanych mu celów antydyskryminacyjnych świadczy także wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) z 17 marca 2011 r. w sprawie C-326/09, Komisja Europejska przeciwko Polsce, dotyczącym braku im-

plementacji dyrektywy Rady nr 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz. Urz. UE L 373 z 21.12.2004, s. 37). TSUE uznał uchybienie zobowiązaniom wynikającym z tej dyrektywy. W przywoływanej sprawie strona polska, by uzasadnić wykonanie zobowiązań związanych z implementacją tego aktu, odwoływała się między innymi do gwarancji wynikających z przepisów kodeksu wykroczeń (art. 135 i art. 138 k.w.). Wskazywano, że przepisy te mogą mieć zastosowanie do naruszenia zasady równego traktowania w dostępie do dóbr i usług świadczonych publicznie. Rząd polski nie potwierdził jednak pełnej adekwatności ochrony wynikającej z kodeksu wykroczeń, przez co TSUE uznał, że wskazane rozwiązania nie są wystarczające i nie stanowią adekwatnej ochrony przed dyskryminacją.

Analizując adekwatność art. 138 k.w. do celów, które są mu obecnie przypisane, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że sankcja wynikająca z art. 138 k.w. i praktyka jej stosowania nie potwierdzają tezy, że rozwiązanie to oddziałuje na sprawcę wykroczenia w taki sposób, że nie popełni on w przyszłości danego czynu. Karanie za nieuzasadnioną odmowę świadczenia usługi, o której mowa w art. 138 k.w., nie jest też środkiem, który skutecznie chroni konsumentów. Kwestionowana norma nie kompensuje w dostateczny sposób naruszenia związanego z dyskryminacją. By naprawić uszczerbek w dobrach osobistych osoby, która doznała dyskryminacji, konieczne jest bowiem uruchomienie innych środków prawnych (zwłaszcza dotyczących odszkodowania i zadośćuczynienia).

Trybunał Konstytucyjny uznał, że kompensacji naruszenia godności czy dóbr osobistych można dochodzić w postępowaniu cywilnym, na podstawie ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145; dalej: k.c., kodeks cywilny) lub w oparciu o ustawę z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz. U. z 2016 r. poz. 1219; dalej: ustawa antydyskryminacyjna). Nie jest w tym wypadku konieczne stwierdzenie dyskryminacji w postępowaniu w sprawach o wykroczenia lub w procesie karnym.

Zgodnie z art. 23 k.c. „Dobra osobiste człowieka, jak w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach”. Z kolei art. 24 k.c. stanowi, że „§ 1. Ten, czyje dobro osobiste zostaje zagrożone cudzym działaniem, może żądać zaniechania tego działania, chyba że nie jest ono bezprawne. W razie dokonanego naruszenia może on także żądać, ażeby osoba, która dopuściła się naruszenia, dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków, w szczególności ażeby złożyła oświadczenie odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie. Na zasadach przewidzianych w kodeksie może on również żądać zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny. § 2. Jeżeli skutek naruszenia dobra osobistego została wyrządzona szkoda majątkowa, poszkodowany może żądać jej naprawienia na zasadach ogólnych. § 3. Przepisy powyższe nie uchybiają uprawnieniom przewidzianym w innych przepisach, w szczególności w prawie autorskim oraz w prawie wynalazczym”.

Ustawa antydyskryminacyjna w art. 13 wskazuje, że: „1. Każdy, wobec kogo zasada równego traktowania została naruszona, ma prawo do odszkodowania. 2. W sprawach naruszenia zasady równego traktowania stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2016 r. poz. 380 i 585)”.

W ocenie TK, dla realizacji uprawnień wynikających z prawa antydyskryminacyjnego istotne znaczenie ma też art. 14 ustawy antydyskryminacyjnej, zgodnie z którym: „1. Do postępowań o naruszenie zasady równego traktowania stosuje się przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 101, z późn. zm.).

2. Kto zarzuca naruszenie zasady równego traktowania, uprawdopodobnia fakt jej naruszenia.
3. W przypadku uprawdopodobnienia naruszenia zasady równego traktowania ten, któremu zarzucono naruszenie tej zasady, jest obowiązany wykazać, że nie dopuścił się jej naruszenia”.

Wskazane wyżej środki są korzystne dla osoby, której dobra osobiste zostały naruszone, lub która czuje się dyskryminowana w realizacji jej uprawnień w zakresie równego traktowania. W przypadku ochrony, o której mowa w art. 24 k.c., wykazanie przez poszkodowanego istnienia dobra osobistego oraz zagrożenia lub naruszenia tego dobra, przy jednoczesnym nieudowodnieniu przez pozwanego, że jego działanie nie było bezprawne, pozwoli poszkodowanemu zrealizować określone roszczenia z tytułu ochrony dóbr osobistych. W sprawach roszczeń związanych z nierównym traktowaniem chronionych na podstawie ustawy antydyskryminacyjnej powód musi jedynie uprawdopodobnić naruszenie równego traktowania. Osoba, której zarzuca on złamanie tej zasady, musi wykazać, że do tego nie doszło. W konsekwencji odwraca się podstawowa reguła ciężaru dowodu wynikająca z art. 6 k.c.

Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 4 pkt 4 lit. e ustawy antydyskryminacyjnej stosuje się ją w zakresie dostępu i warunków korzystania z usług, w tym usług mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw i energii, jeżeli są one oferowane publicznie. Zatem to właśnie środki przewidziane w tym akcie są adekwatne do celu, jakim jest ochrona przed dyskryminacją.

Nie można przychylić się do stanowiska niektórych przedstawicieli doktryny, czy stanowiska RPO, że brak efektywności przepisów antydyskryminacyjnych zawartych w innych niż kodeks wykroczeń aktach prawnych można zastąpić utrzymaniem w systemie prawnym art. 138 k.w. Diagnoza co do wadliwości i niedoskonałości tych regulacji przedstawiona w stanowisku Rzecznika Praw Obywatelskich powinna być przedmiotem działań prawodawcy, a nie Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał nie zajmuje się bowiem oceną poziomej zgodności norm w systemie prawa ani skutecznością korzystania z tych przepisów przez zainteresowane podmioty lub stosowaniem tych regulacji przez organy władzy publicznej. Trybunał Konstytucyjny, nawet przeprowadzając test proporcjonalności, nie może pozostawiać w systemie prawnym danego rozwiązania, które narusza Konstytucję, tylko dlatego, że inne przepisy, choć obowiązujące, nie są we właściwy sposób stosowane. Jeśli prawodawca stworzył regulacje prawne, których podstawowym celem jest ochrona przed dyskryminacją, to nie można tej okoliczności pomijać w ocenie konstytucyjności przepisu, który z założenia nie był uchwalony w celu antydyskryminacyjnym, a stał się takim dopiero wskutek zmian społeczno-ustrojowych i określonej wykładni, bez ingerencji ustawodawcy.

Przekonanie o nieskuteczności innych przepisów antydyskryminacyjnych nie potwierdza adekwatności i proporcjonalności zastosowanego w art. 138 k.w. środka do celów tej regulacji.

3.3.3. Zdaniem Trybunału, art. 138 k.w. nie jest przydatny ani do ochrony interesów ekonomicznych konsumentów, ani do ochrony niematerialnych interesów konsumentów, ani wreszcie do ochrony przed działaniami antydyskryminacyjnymi. Jeśli jednym z podstawowych interesów konsumenta jest to, by usługa, o którą się zwraca była zrealizowana, a z art. 138 k.w. nie wynika obowiązek określonego działania dla zobowiązanego do świadczenia, to ukaranie za odmowę świadczenia usług umyślnie bez uzasadnionej przyczyny nie ochroni interesów konsumenta.

Art. 138 k.w. nie realizuje też celu antydyskryminacyjnego. Analiza praktyki stosowania skarżonej normy potwierdza, że w sprawach dotyczących art. 138 albo wymierzone kary są niskie, albo sąd odstępuje od ich wymierzenia. Trudno zatem uznać, że skarżona norma ma walor prewencyjny czy wychowawczy. Nie realizuje ona także funkcji represyjnej.

Z powyższych względów Trybunał Konstytucyjny uznał, że penalizacja odmowy świadczenia usług, o której mowa w art. 138 k.w., nie jest konieczna dla ochrony interesów

konsumentów ani ochrony przed aktami dyskryminacji. Rozwiązania prawne przewidujące sankcje o charakterze karnym jako metodę ochrony interesów ekonomicznych konsumentów powinny być stosowane przez ustawodawcę wyjątkowo i w ograniczonym zakresie. Poczucie sprawiedliwości wymierzonej w postępowaniu w sprawach o wykroczenia nie zawsze zrekompensuje szkody i krzywdy, które mogą powstać w związku z niezrealizowaniem zobowiązania umownego. To oznacza, że ochrona majątkowych i niemajątkowych interesów konsumenta może być realizowana metodami mniej ingerującymi w konstytucyjne wolności i prawa osób świadczących usługi, i skuteczniejszymi dla podejmowanych przez nich przedsięwzięć. Szczególną rolę spełniają tu regulacje z zakresu prawa cywilnego, a także ustawa antydyskryminacyjna, ponieważ w postępowaniu o naruszenie równego traktowania przenosi ciężar dowodu na osobę, wobec której wytoczono powództwo o dyskryminację.

Ochrona konsumentów w odniesieniu do zabezpieczenia ich w dostępie do określonych usług, w tym usług o charakterze powszechnym, może być zapewniona za pomocą regulacji prawa cywilnego lub publicznego prawa gospodarczego (np. przez przepisy dotyczące ochrony przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi czy przyjmowaniem na rynku pozycji dominującej). Ustawodawca zapewnia ochronę konsumenta innymi środkami np. wskazując w ustawach szczególnych obowiązek określonych świadczeń, które mają znaczenie dla społeczeństwa i zaspokajają określone potrzeby obywateli (jednostki). Rozwiązania chroniące konsumenta w zakresie świadczenia określonych usług można znaleźć np. w art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (Dz. U. z 2018 r. poz. 473, ze zm.), art. 3 (w związku z art. 7 i art. 8) ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. – Prawo przewozowe (Dz. U. z 2017 r. poz. 1983, ze zm.), art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. z 2018 r. poz. 2188, ze zm.), art. 4 ust. 2, art. 4c-4e, art. 5a, art. 7 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (Dz. U. z 2019 r. poz. 755), art. 57 i art. 86 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2018 r. poz. 1954, ze zm.), art. 28 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2018 r. poz. 1184, ze zm.), art. 22 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz. U. z 2018 r. poz. 2115, ze zm.).

3.3.4. Biorąc pod uwagę wyżej przeprowadzoną analizę, Trybunał uznał, że art. 138 k.w. w zakwestionowanym we wniosku zakresie nie jest adekwatny do założonych celów legislacyjnych, a przez to naruszał art. 2 Konstytucji.

4. Umorzenie postępowania.

Trybunał Konstytucyjny uznał za zbędne orzekanie o zarzutach drugim i trzecim, ponieważ wyrok o niekonstytucyjności całej kwestionowanej normy uczynił dalsze postępowanie bezprzedmiotowym. Zarzuty Prokuratora Generalnego wskazane w punkcie 2 i 3 (a więc dotyczące naruszenia wolności sumienia i wyznania i wolności działalności gospodarczej) zostały skonsumowane przez uznanie, że kwestionowana norma wynikająca z art. 138 k.w., jest nieadekwatna do celu regulacji i nie jest konieczna dla ochrony konsumentów i ochrony przed dyskryminacją.

Ze względu na wyżej wskazane okoliczności Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.

Zdanie odrębne
sędziego TK Leona Kieresa
do wyroku Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 26 czerwca 2019 r., sygn. akt K 16/17

Na podstawie art. 106 ust. 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072; ze zm.; dalej: ustawa o organizacji TK) zgłaszam zdanie odrębne do wyroku z 26 czerwca 2019 r., sygn. K 16/17.

Moim zdaniem, ocena konstytucyjności art. 138 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2018 r. poz. 618, ze zm.; dalej: k.w.) w części, w jakiej dotyczy karania za odmowę świadczenia usług bez uzasadnionej przyczyny, nie jest jednoznaczna. Biorąc pod uwagę legitymowany konstytucyjnie cel tego przepisu (aprobowany także w uzasadnieniu wyroku Trybunału – por. cz. III, pkt 2 uzasadnienia) oraz jego bardzo rozważne stosowanie w orzecznictwie (por. niżej), nie dostrzegam dostatecznych powodów, aby uznać, że jest on niezgodny z zasadą proporcjonalności, wynikającą z art. 2 Konstytucji.

Uważam, że w niniejszej sprawie należało natomiast rozważyć umorzenie postępowania w całości na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o organizacji TK ze względu na niedopuszczalność orzekania.

1. Faktyczny i konstytucyjny kontekst sprawy.

1.1. Trybunał Konstytucyjny, wydając komentowany wyrok, słusznie zastrzegł, że nie bada stanów faktycznych, ale może odnieść się do praktyki, aby zrekonstruować treść kwestionowanej normy (por. cz. III, pkt 3.1 uzasadnienia wyroku). Niestety owo trafne założenie nie zostało w uzasadnieniu wyroku zrealizowane – nie omówiono w nim ani jednego wypadku zastosowania kwestionowanego przepisu (powołane zostały jedynie dwie sygnatury orzeczeń, por. niżej). Nie przeanalizowano w nim spraw sądowych wskazanych w stanowisku Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej także: RPO) z 2 lutego 2018 r., zamieszczonym w całości na stronie internetowej Trybunału Konstytucyjnego (por. www.trybunal.gov.pl; *nota bene* ten element stanowiska RPO nie został omówiony w części I uzasadnienia wyroku). Nie zwrócono się także o informacje na temat praktyki stosowania art. 138 k.w. do Ministra Sprawiedliwości, Sądu Najwyższego czy Pełnomocnika Rządu do spraw Równego Traktowania na podstawie art. 69 ust. 2, art. 70 ust. 1 i art. 71 ust. 1 ustawy o organizacji TK.

Obawiam się, że w rezultacie rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie nie uwzględniło rzeczywistej praktyki stosowania art. 138 k.w., a zawarte w jego uzasadnieniu argumenty nie były wystarczającą podstawą bardzo krytycznej oceny precyzyjności tego przepisu (por. cz. III, pkt 2 uzasadnienia wyroku).

1.2. Nie ulega – moim zdaniem – wątpliwości, że rozpoznawany przez Trybunał Konstytucyjny wniosek Prokuratora Generalnego był bezpośrednio inspirowany konkretnym wypadkiem zastosowania art. 138 k.w. w znanej medialnie sprawie, w której Prokurator Generalny wyjątkowo sprzeciwiał się skazaniu obwinionego. Chodziło tutaj o sprawę zakończoną postanowieniem SN z 14 czerwca 2018 r., sygn. akt II KK 333/17 (Lex 2521644), oddalającym kasację Prokuratora Generalnego. Ponieważ w uzasadnieniu wyroku Trybunału stan faktyczny tej sprawy ani jej wynik nie zostały omówione (wskazano jedynie sygnatury wyroków sądów niższej instancji – por. cz. III, pkt 3.3), należałoby przypomnieć, że dotyczyła ona sytuacji z 2015 r., w której pracownik drukarni z Łodzi odmówił wykonania usługi, uzasadniając to na piśmie brakiem akceptacji dla treści zlecanego wydruku, a pośrednio

– także dla przedmiotu działalności klienta („Nie przyczyniamy się do promocji ruchów LGBT naszą pracą”). Sąd pierwszej instancji uznał, że pracownik był winny popełnienia wykroczenia z art. 138 k.w., jednak odstąpił od wymierzenia mu kary (por. wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Widzewa w Łodzi z 31 marca 2017 r., sygn. akt VII W 1640/16, niepubl.). Wyrok ten został podtrzymany przez sąd drugiej instancji (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 26 maja 2017 r., sygn. akt V Ka 557/17, Lex nr 2301814).

Ocena konstytucyjności art. 138 k.w. przez pryzmat tego jednego stanu faktycznego byłaby jednak błędem. Nie można w szczególności ulec pokusie przenoszenia oceny działalności stowarzyszeń mniejszości seksualnych na wynik tej kontroli. Art. 138 k.w. był podstawą skazania także w innych sprawach, w których kontrowersje obyczajowe czy światopoglądowe w ogóle się nie pojawiały. Niektóre z nich dotyczyły zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych przez podmioty podlegające szczególnej ochronie konstytucyjnej (osoby niepełnosprawne, rodzice z dziećmi). Jak wynika z informacji przedstawionych w niniejszej sprawie przez Rzecznika Praw Obywatelskich (por. s. 12-13 stanowiska RPO), za winnych popełnienia wykroczenia z art. 138 k.w. sądy uznały bowiem także m.in.:

– właściciela sklepu obuwniczego w Tarnobrzegu, który odmówił obsłużenia klientki poruszającej się na wózku (por. wyrok Sądu Rejonowego w Tarnobrzegu z 8 marca 2013 r., sygn. akt II W 13/13, niepubl.);

– właściciela sklepu z używaną odzieżą, który zakazał wejścia do sklepu osobom z wózkami dziecięcymi (por. wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Woli w Warszawie z 5 grudnia 2016 r., sygn. akt V W 4937/16, niepubl.);

– właściciela klubu, który odmówił wstępu na koncert osobie poruszającej się na wózku (por. nieprawomocny wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z 26 lutego 2018 r., sygn. akt XI W 5001/17, niepubl.);

– trenera, który odmówił przeprowadzenia szkolenia z samoobrony organizacji działającej m.in. na rzecz przeciwdziałania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną (por. wyrok Sądu Rejonowego Poznań-Nowe Miasto i Wilda w Poznaniu z 20 marca 2018 r., sygn. akt VI W 1141/17, <http://orzeczenia.ms.gov.pl>; utrzymany w mocy przez Sąd Okręgowy w Poznaniu w październiku 2018 r.).

Do Rzecznika Praw Obywatelskich wpłynęły też m.in. skargi: kobiety, której odmówiono wynajmu mieszkania, ponieważ samodzielnie wychowywała dzieci; osoby niewidomej poruszającej się z psem przewodnikiem, której nie chciał przyjąć okulista; osoby starszej, której biuro podróży organizujące wyjazdy na narty odmówiło zapewnienia transferu autokarem ze względu na to, że podróżowały nim osoby młode; ojca, któremu odmówiono wstępu na basen z kilkuletnią córką (dane z pisma RPO do Ministra Sprawiedliwości z 29 lipca 2017 r.; www.rpo.gov.pl).

1.3. Uważam, że kontrola konstytucyjności art. 138 k.w. powinna uwzględnić szerszy kontekst konstytucyjny tego przepisu. Wyznaczają go nie tylko przepisy wskazane przez wnioskodawcę jako wzorce kontroli (w tym zwłaszcza – bardzo dla mnie osobiście ważne – art. 53 Konstytucji, dotyczący wolności sumienia i wyznania, oraz art. 20 i art. 22 Konstytucji, dotyczące wolności gospodarczej). Składają się na niego także przepisy Konstytucji przez Prokuratora Generalnego przemilczane – zwłaszcza konstytucyjny zakaz dyskryminacji (por. art. 32 ust. 2 Konstytucji), skierowany do ustawodawcy nakaz ochrony konsumentów (por. art. 76 Konstytucji), a także zastrzeżona dla sądów funkcja wymierzania sprawiedliwości w sytuacji konkretnego konfliktu między podmiotami prawa (por. art. 175 ust. 1 Konstytucji). Mają one istotne znaczenie dla oceny proporcjonalności zaskarżonej regulacji (por. niżej).

2. Tryb i zakres procedowania.

2.1. Zgodnie z art. 69 ust. 1 ustawy o organizacji TK Trybunał Konstytucyjny ma obowiązek wszechstronnego wyjaśnienia sprawy. Uważam, że w tym konkretnym wypadku, ze względu na zasygnalizowaną wyżej złożoność argumentów konstytucyjnych, wskazane było przeprowadzenie publicznej rozprawy.

Chciałbym wówczas uzyskać od Prokuratora Generalnego potwierdzenie, czy jego wniosek jest nadal aktualny w świetle wspomnianego postanowienia Sądu Najwyższego o sygn. akt II KK 333/17, które – jak mi się wydaje – przynajmniej częściowo było zgodne z intencjami wnioskodawcy. Zastosowana w tym orzeczeniu argumentacja jest dosyć złożona (por. cytaty w kolejnej części zdania odrębnego), ale w istotnym dla niniejszej sprawy fragmencie sprowadza się do stwierdzenia, że wolność sumienia i wyznania może być w niektórych wypadkach (lecz nie *in concreto* w rozstrzyganej sprawie obwinionego pracownika drukarni) uzasadnioną przyczyną odmowy wykonania usługi w rozumieniu art. 138 k.w.

Warto by było wyjaśnić także, dlaczego Sejm i Prokurator Generalny obecnie krytycznie oceniają art. 138 k.w., który zaledwie kilka miesięcy wcześniej, w sprawie o sygn. K 17/16, wymienili jako jeden z podstawowych środków ochrony jednostek przed dyskryminacją (sprawa ta zakończyła się pełnoskładowym postanowieniem z 11 października 2017 r. o umorzeniu postępowania z uwagi na cofnięcie wniosku przez Rzecznika Praw Obywatelskich, OTK ZU A/2017, poz. 63). Prokurator Generalny wymienił wówczas art. 138 k.w. jako jedno z „unormowań równościowych i antydyskryminacyjnych”, którymi Polska „może się poszczycić” (por. s. 11 stanowiska Prokuratora Generalnego). Marszałek Sejmu odnotował funkcje ochronną tego przepisu, a „penalizację określonych praktyk dyskryminacyjnych” wymienił wśród uprawnionych sposobów walki z dyskryminacją (por. s. 7 i 19 stanowiska Sejmu; obydwa stanowiska są dostępne na stronie internetowej TK www.trybunal.gov.pl).

Ciekawy jestem również, jak uczestnicy postępowania oceniliby zaskarżony przepis, gdyby na wolność sumienia i wyznania powoływał się zarówno usługobiorca, jak i usługodawca, a stan faktyczny sprawy dotyczył na przykład odmowy wydrukowania materiałów zgodnych z nauką i tradycją Kościoła katolickiego (np. cytatów z Biblii, ogłoszeń parafialnych czy klepsydry pogrzebowej ze znakiem krzyża) przez drukarnię, która zazwyczaj przyjmowała wszystkie zlecenia i nie miała znanej klientom specjalizacji. Czy i w jaki sposób należałoby wówczas brać pod uwagę inne postanowienia ustawowe, zakazujące dyskryminacji z powodów światopoglądowych we wszystkich sferach relacji społecznych (np. art. 6 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania: „Nikt nie może być dyskryminowany bądź uprzywilejowany z powodu religii lub przekonań w sprawach religii”, Dz. U. z 2017 r. poz. 1153, ze zm.)?

Zastanawia mnie także, dlaczego Sejm i Prokurator Generalny (będący równocześnie Ministrem Sprawiedliwości, a więc członkiem Rady Ministrów), uznając art. 138 k.w. za ewidentnie niezgodny z Konstytucją, nie podjęli działań w celu jego pilnego usunięcia z systemu prawnego za pomocą instrumentów legislacyjnych. Podtrzymuję pogląd wyrażony w zdaniu odrębnym do wyroku z 17 lipca 2018 r., sygn. K 9/17 (OTK ZU A/2018 poz. 48), że w tego typu sytuacjach skorzystanie z własnej kompetencji w celu przywrócenia stanu zgodności z Konstytucją powinno mieć pierwszeństwo przed skierowaniem sprawy do Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał Konstytucyjny nie powinien być miejscem „spychania” spraw „niewygodnych” dla podmiotów wyposażonych w prawo do inicjatywy ustawodawczej.

Uważam, że odpowiedzi uczestników postępowania na te i inne pytania mogłyby mieć istotny wpływ na jej wyjaśnienie, a być może także na kierunek orzekania. Wydaje mi się, że rozpoznanie sprawy na posiedzeniu niejawnym w tej sytuacji – choć formalnie zgodnie z ustawą o organizacji TK – nie było optymalnym sposobem procedowania.

2.2. Moje wątpliwości budzi również przyjęta przez Trybunał Konstytucyjny metoda rozpoznawania zastrzeżeń Prokuratora Generalnego, a konkretnie założenie, że zarzut naruszenia art. 2 Konstytucji jest „najdalej idący” i powinien być rozpoznawany jako pierwszy (por. cz. III, pkt 3.2 uzasadnienia wyroku), ponieważ jego ewentualne uwzględnienie spowoduje zbędność orzekania w pozostałym zakresie.

Praktyka Trybunału Konstytucyjnego w zakresie rozstrzygania kilku zarzutów dotyczących tej samej regulacji nie jest jednolita. Z jednej strony, prezentowany jest pogląd, że nie ma potrzeby stwierdzania niezgodności kwestionowanej regulacji ze wszystkimi adekwatnymi wzorcami kontroli, skoro liczba wzorców, z którymi określona norma prawna jest niezgodna, nie przesądza o różnorodności skutków prawnych wyroku Trybunału – do wyeliminowania danej normy prawnej z systemu prawnego wystarczy uznanie jej sprzeczności z jednym tylko przepisem Konstytucji (por. np. wyrok z 21 marca 2001 r., sygn. K 24/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 51; teza podtrzymana w odniesieniu do postępowań wszczętych w trybie kontroli następczej m.in. w wyroku z 26 czerwca 2001 r., sygn. U 6/00, OTK ZU nr 5/2001, poz. 122). Z drugiej strony, przyjmuje się również, że rozpoznanie wszystkich zarzutów podmiotu inicjującego postępowanie może dawać ustawodawcy istotne wskazówki co do właściwego sposobu przywrócenia stanu zgodności z Konstytucją i zapobiegać wprowadzaniu rozwiązań obciążonych wadami, w sprawie których Trybunał się nie wypowiedział. Można też w końcu formalistycznie argumentować, że „zbędność orzekania” zachodzi wyłącznie w wypadku ponownego zaskarżenia normy już raz uznanej za niekonstytucyjną w innej, wcześniejszej sprawie (*ne bis in idem*), natomiast nie stanowi podstawy pozostawienia bez rozpoznania części zarzutów stawianych w ramach jednego postępowania (Trybunał jest bowiem zobowiązany sprawę wyjaśnić „wszechstronnie” – por. art. 69 ust. 1 ustawy o organizacji TK).

Umorzenie przez Trybunał Konstytucyjny postępowania w odniesieniu do części zarzutów Prokuratora Generalnego mieściłoby się w pierwszej ze wspomnianych koncepcji. Nie budziłoby ono moich zastrzeżeń formalnych, gdyby Trybunał Konstytucyjny jako podstawowy wybrał inny wzorzec kontroli niż art. 2 Konstytucji, a konkretnie – wynikająca z tego przepisu zasada proporcjonalności (co w niniejszej sprawie było jak najbardziej możliwe, zważywszy na treść wniosku).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego odwoływanie się do wzorców kontroli formułujących zasady ogólne jest uzasadnione tylko, jeśli nie istnieją normy konstytucyjne o większym stopniu szczegółowości, ściślej wiążące się z ocenianą regulacją (por. podsumowanie tej linii orzeczniczej np. na tle relacji między art. 2 i art. 32 Konstytucji oraz art. 32 i art. 60 Konstytucji w wyrokach z: 21 września 2009 r., sygn. P 46/08, OTK ZU nr 8/A/2009, poz. 124 i 23 listopada 2009 r., sygn. P 61/08, OTK ZU nr 10/A/2009, poz. 150; zasada ta była stosowana także w sprawach wniosków wszczętych przez podmioty wymienione w art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji). Za takim stanowiskiem przemawiają przede wszystkim względy pragmatyczne – pomijanie w sentencji wyroku akcesoryjnych wzorców kontroli umożliwia bardziej „precyzyjne uchwycenie podstawowego problemu konstytucyjnego, występującego w danej sprawie i ułatwia ustawodawcy prawidłową realizację orzeczenia” (wyrok z 12 grudnia 2011 r., sygn. P 1/11, OTK ZU nr 10/A/2011, poz. 115).

Stosując te zasady w niniejszym postępowaniu, należało uznać, że ocena zgodności art. 138 k.w. z zasadą proporcjonalności z art. 2 Konstytucji byłaby uzasadniona tylko wówczas, gdyby nie dało się zastosować pełniejszego testu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji (por. omówienie relacji między tymi wzorcami kontroli w cz. III, pkt 3.2 uzasadnienia wyroku). Taka sytuacja w niniejszej sprawie nie zachodziła (o czym świadczą pozostałe zarzuty Prokuratora Generalnego, konstruowane w oparciu o art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Mogłaby natomiast mieć miejsce na przykład, gdyby podmiot inicjujący postępowanie zarzucał kwestionowanej regulacji nadmierną restrykcyjność ograniczenia praw podmiotowych, które nie mają charakteru konstytucyjnego (a więc nie są objęte gwarancjami wynikającymi z art. 31 ust. 3 Konstytucji).

W rezultacie przyjętej przez Trybunał Konstytucyjny koncepcji obalenie domniemania konstytucyjności art. 138 k.w. nastąpiło na podstawie najmniej konkretnego i najsłabiej udokumentowanego zarzutu wnioskodawcy, który zresztą w rozwiniętej postaci pojawił się także w dalszej części wniosku w kontekście art. 31 ust. 3 Konstytucji. Trudno więc w tym wypadku mówić o „skonsumowaniu” bardziej szczegółowych zarzutów przez wątpliwości ogólne (por. cz. III, pkt 4 uzasadnienia wyroku).

Podjęta przez Trybunał decyzja co do metody kontroli miała także negatywny wpływ na spójność redakcyjną i merytoryczną wyroku oraz zakres prezentowanej w nim argumentacji. Uzasadnienie orzeczenia Trybunału niekonsekwentnie zawierało także wypowiedzi odnoszące się do pozostałych podniesionych we wniosku zastrzeżeń (zwłaszcza zasady swobody umów, która jest elementem konstytucyjnej swobody działalności gospodarczej – por. trzeci zarzut wniosku oraz cz. III, pkt 3.3.2 uzasadnienia wyroku). Jest to zrozumiałe o tyle, że proporcjonalność danego rozwiązania trudno jest oceniać abstrakcyjnie, bez wyważenia praw lub wolności chronionych i ograniczanych.

Moje zastrzeżenia budzi też sposób sformułowania sentencji wyroku, która nie odzwierciedla w pełni zakresu przeprowadzonej kontroli konstytucyjności. Należało doprecyzować w niej, że powodem stwierdzenia niekonstytucyjności art. 138 k.w. było jedynie naruszenie zasady proporcjonalności, wynikającej z art. 2 Konstytucji. Na marginesie można zauważyć, że w uzasadnieniu wyroku pojawiła się także wypowiedź na temat innej zasady szczegółowej wynikającej z art. 2 Konstytucji – zasady zaufania obywateli do państwa i prawa (por. cz. III, pkt 3.3.2 uzasadnienia wyroku).

3. Ocena zgodności zaskarżonego przepisu z zasadą proporcjonalności (art. 2 Konstytucji).

3.1. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 138 k.w. jest niezgodny z art. 2 Konstytucji (a konkretnie – z wynikającą z tego przepisu zasadą proporcjonalności), ponieważ przewidziany w nim mechanizm nie tylko nie jest „adekwatny” i „skuteczny” (por. cz. III, pkt 3.3.2 uzasadnienia wyroku), ale nawet nie jest „przydatny” do ochrony interesów materialnych i niematerialnych konsumentów oraz zapobiegania i zwalczania dyskryminacji, które to cele mogą być realizowane metodami mniej dolegliwymi dla usługodawców (por. cz. III, pkt 3.3.3 uzasadnienia wyroku).

Uważam, że ocena ta nie była trafna i nie została przekonująco uzasadniona.

3.2. Moim zdaniem, Trybunał Konstytucyjny skupił się na prawach przedsiębiorcy, który w umowach o świadczenie usług jest zazwyczaj stroną silniejszą i który dysponuje odpowiednimi instrumentami selekcji najbardziej pożądanym dla siebie klientów bez ich dyskryminacji. Nikt przecież nie uczyni zarzutu naruszenia równości: krawcowi damskiemu, który odmówi uszycia męskiego garnituru; katolickiej księgarni, która nie będzie chciała sprzedawać książek niezgodnych z zasadami wiary chrześcijańskiej; psiemu fryzjerowi, który nie ostrzyże kota, czy restauracji wegetariańskiej, w której klient mięsożerny nie otrzyma zamówionego steku wołowego.

Wydaje mi się, że równocześnie Trybunał Konstytucyjny stracił z pola widzenia drugą stronę analizowanych stosunków prawnych – usługobiorcę (konsumenta). Kiedy uwzględnimy taką perspektywę, art. 138 k.w. jawi się zupełnie w innym świetle. Przepis ten staje się

wówczas wyrazem troski państwa o podmioty, które ze względu na swoją sytuację osobistą nie są w stanie samodzielnie walczyć o należny im szacunek i wynagrodzenie poniesionych szkód na drodze cywilnej. Świadczy także o poważnym traktowaniu przez państwo konstytucyjnego nakazu zwalczania dyskryminacji (por. art. 32 ust. 2 w związku z art. 5 Konstytucji) jako zjawiska naruszającego nie tylko prawa osoby dyskryminowanej, ale także dobro wspólne.

3.3. Trybunał Konstytucyjny trafnie podkreślił, że co do zasady instrumenty karnoprawne powinny stanowić *ultima ratio* – sięganie do nich jest uzasadnione tylko, gdy pożądanego celu nie można osiągnąć w żaden inny sposób (por. orzeczenia przytoczone w cz. III, pkt 3.2 uzasadnienia wyroku).

Nie znaczy to jednak, że ustawodawca nie może przewidywać równoczesnych sankcji karnych i cywilnych za te same delikty. Niekiedy jest to wskazane, a nawet – konieczne. Szczególnie dobitnie wybrzmiało to w wyroku z 30 października 2006 r., sygn. P 10/06, w którym Trybunał Konstytucyjny, orzekając w pełnym składzie, wprost uznał, że brak jest „jednoznacznych podstaw do przyjęcia, że ochrona dóbr osobistych na gruncie prawa cywilnego w obecnych warunkach funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości może być uznana za równie skuteczną ochronę czci i dobrego imienia jak kryminalizacja zniesławienia”, i z aprobatą odniósł się do poglądów doktryny, że „Płaszczyzny prawa cywilnego i prawa karnego mogą się wzajemnie uzupełniać, ale nie zastępować” (OTK ZU nr 9/A/2006, poz. 128, cz. III, pkt 4.4 uzasadnienia).

Odmienne niż przyjął to Trybunał Konstytucyjny (por. cz. III, pkt 3.3.2 uzasadnienia wyroku), uważam, że istnieją „szczególne powody” przemawiające za uznaniem, że ustawodawca nie przekroczył zakresu swojej swobody regulacyjnej, przewidując odpowiedzialność wykroczeniową przedsiębiorcy za odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny. W takich wypadkach samo „wykonanie usługi” najczęściej w ogóle przestaje być „ważne dla konsumenta” (por. odmiennie – cz. III, pkt 3.3.2 uzasadnienia wyroku). Jeżeli usługa ma charakter standardowy (powtarzalny) i zostanie niezwłocznie wykonana przez innego przedsiębiorcę, usługobiorca nie doznaje żadnej istotnej szkody materialnej, wymagającej naprawienia na drodze postępowania cywilnego. Jeżeli jednak odmówiono jej wykonania bez uzasadnionej przyczyny, lecz z racji braku akceptacji dla osoby klienta lub proponowanego przez niego zlecenia, a na dodatek dezaprobatę tę zakomunikowano w formie emocjonalnej (wyrażającej zaskoczenie, niesmak albo nawet wprost obrzydzenie), poniżającej lub ośmieszającej, uszczerbku niewątpliwie doznaje godność klienta. W doktrynie wskazuje się w tym kontekście, że dyskryminacja polega na „negatywnej stygmatyzacji cech, które są najściślej związane z człowiekiem i cechami jego osobowości” (M. Safjan, *Efekt horyzontalny praw podstawowych w prawie prywatnym: autonomia woli a zasada równego traktowania*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” nr 2/2009, s. 344). Skoro zaś godność człowieka jest przyrodzona, niezbywalna i nienaruszalna (por. art. 30 Konstytucji), to prawnokarne instrumenty jej ochrony nie mogą być uznane za nieadekwatne do rangi chronionego dobra. Należy w tym kontekście zwrócić uwagę, że żadne z praw naruszanych – zdaniem Prokuratora Generalnego – przez art. 138 k.w. nie ma nawet porównywalnego statusu konstytucyjnego – zarówno wolność sumienia i religii, jak i swoboda prowadzenia działalności gospodarczej (por. art. 53 ust. 1, art. 20 i art. 22 Konstytucji) mogą być ograniczane na zasadach przewidzianych w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

3.4. W przeciwieństwie do Trybunału Konstytucyjnego uważam, że niewielka skala skazań na podstawie art. 138 k.w. nie świadczy o nieprzydatności tego przepisu jako instrumentu prewencji generalnej i indywidualnej (por. cz. III, pkt 3.3.2 uzasadnienia wyroku).

Stanowi tylko dowód niskiej świadomości prawnej osób dotkniętych bezpodstawną odmową świadczenia usług (której rezultatem jest nieskładanie zawiadomień o popełnieniu wykroczenia) oraz oportunistycznym organów ścigania, dla których zwalczanie dyskryminacji nie jest priorytetem (który wyraża się we wszczynaniu postępowań o wykroczenie z art. 138 k.w. tylko na skutek zawiadomień osób pokrzywdzonych, a nie z urzędu na podstawie uzyskanych z innych źródeł informacji).

Z badań przeprowadzonych w 2016 r. na zlecenie Rzecznika Praw Obywatelskich wynikało, że:

- prawie 20% respondentów było przekonanych, że w Polsce nie ma żadnej instytucji wspierającej ofiary dyskryminacji;
- 92% respondentów, którzy doświadczyli dyskryminacji w tym roku, nie zgłosiło tego faktu żadnej instytucji publicznej;
- najczęściej przyczyną dyskryminacji doświadczonej przez respondentów były wiek (50%) i niepełnosprawność (12%), a zdecydowanie rzadziej – orientacja seksualna (4%);
- prawie 40% Polaków uważa, że dyskryminacja w dostępie do usług nie jest zabroniona przez prawo (*Świadomość prawna w kontekście równego traktowania 2016. Raport dla Biura Rzecznika Praw Obywatelskich*, www.rpo.gov.pl, s. 16, 22, 20 i 14).

W tym kontekście nie dziwi fakt, że osoby dyskryminowane przez usługodawców tylko incydentalnie korzystają z przysługujących im uprawnień. Rzecznik Praw Obywatelskich odnotował według stanu prawnego na koniec 2017 r. (por. s. 11-13 stanowiska RPO):

- pięć wspomnianych wyżej wyroków skazujących za wykroczenie z art. 138 k.w. (jeden z nich się jeszcze nie uprawomocnił),
- dwie sprawy zakończone prawomocnymi wyrokami za naruszenie zasady równości w dostępie do usług na podstawie ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz. U. z 2016 r. poz. 1219; dalej: ustawa równościowa; dotyczyły one dyskryminacji ze względu na płeć – zakazu nakarmienia dziecka piersią przy stoliku w restauracji – por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 14 grudnia 2017 r., sygn. akt I ACa 187/17, niepubl.; komunikat sądowy w tej sprawie – <https://gdansk.sa.gov.pl>; pismo procesowe Rzecznika Praw Obywatelskich, który zgłosił udział w postępowaniu przed sądem drugiej instancji – www.rpo.gov.pl; i rasę – wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi z 16 grudnia 2016 r., sygn. akt III C 507/16, niepubl.; w żadnej z tych spraw dyskryminacja nie polegała jednak na odmowie świadczenia usługi);
- dwie sprawy zakończone prawomocnymi wyrokami, uznającymi odmowę świadczenia usługi z uwagi na przesłankę dyskryminującą za naruszenie dóbr osobistych w rozumieniu ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145, ze zm.; dalej: k.c.; dotyczyły one: odmowy wstępu do klubu nocnego w Poznaniu z uwagi na pochodzenie romskie klienta – wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 29 lutego 2012 r., sygn. akt I ACa 1162/11, niepubl., i niewpuszczenia do restauracji osoby niewidomej z psem przewodnikiem – wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 28 września 2011 r., sygn. akt I ACa 300/11, niepubl.; omówienie: www.hfhr.org.pl/dyskryminacja).

Natomiast według ostatnich dostępnych danych Ministerstwa Sprawiedliwości w 2015 r. do sądów wpłynęło łącznie 17 spraw związanych z naruszeniem zasady równego traktowania (*Sprawozdanie z działalności pełnomocnika rządu do spraw równego traktowania za okres od 1 stycznia 2017 r. do 31 grudnia 2017 r.*, Warszawa 2018, s. 9, www.rownetraktowanie.gov.pl). Informacje te mogą jednak być niemiarodajne ze względu na mało precyzyjne kryteria statystyczne stosowane przez resort sprawiedliwości (por. zastrzeżenia Pełnomocnika Rządu ds. równego traktowania – *Sprawozdanie z działalności pełnomocnika rządu do spraw równego traktowania za okres od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2015 r.*, Warszawa 2016,

s. 24-25, www.rownetraktowanie.gov.pl); nie są także aktualne.

W świetle powyższych danych, bez większego ryzyka błędu można przyjąć, że wszystkie obecnie przewidziane instrumenty przeciwdziałania dyskryminacji są mało znane, a co za tym idzie – generalnie nieefektywne (w sensie proporcji liczby orzeczeń skazujących lub zasądających do liczby wypadków dyskryminacji). Art. 138 k.w. nie odbiega pod tym względem od pozostałych regulacji – niewielka skala jego wykorzystywania nie może więc być przekonującym argumentem za jego zbędnością.

3.5. Nie przekonuje mnie też twierdzenie, że art. 138 k.w. nie jest konieczny dla ochrony konsumentów przed dyskryminacją, skoro istnieją mniej dolegliwe dla usługodawcy i „korzystne dla poszkodowanego” środki osiągnięcia tego celu – m.in. powództwo o ochronę dóbr osobistych na podstawie art. 23 i art. 24 k.c., powództwo o odszkodowanie na podstawie art. 13 ust. 1 ustawy równościowej, regulacje z zakresu prawa konsumenckiego, przepisy wprowadzające standardy świadczenia określonych usług (por. cz. III, pkt 3.3.3 uzasadnienia wyroku *in fine*). W uzasadnieniu wyroku nie dokonano nawet ogólnego porównania wskazanych unormowań (por. cz. III, pkt 3.2 uzasadnienia wyroku), wobec czego brak jest w nim podstaw do tak radykalnego wniosku.

Moim zdaniem, wymienione mechanizmy pełnią inną funkcję i są względem siebie komplementarne, a nie konkurujące. Tak też chyba relację między różnymi instrumentami zwalczania dyskryminacji widzi ustawodawca. Nieprzypadkowo, uchwalając ustawę równościową, nie tylko nie uchylił równocześnie art. 138 k.w. jako zbędnego, ale – przeciwnie, w uzasadnieniu projektu tej ustawy powołał tę regulację afirmatywnie jako jedną z gwarancji równego traktowania, która ma być dopełniona ustawą równościową, nakierowaną przede wszystkim na zwalczanie dyskryminacji w obszarach regulowanych prawem Unii Europejskiej (por. druk sejmowy nr 3386/VI kadencja, s. 3 uzasadnienia). W ten sposób ustawodawca *implicite* zaakceptował nową rolę tego przepisu (zrobił to zresztą już chyba wcześniej, skoro utrzymywał go w kodeksie wykroczeń pomimo zmian ustrojowych). Zdecydowanie nie podzielam poglądu Prokuratora Generalnego, że było to wynikiem swobodnego „niedopatrzania” ustawodawcy (por. s. 37 wniosku). Odmienne niż przyjął to Trybunał Konstytucyjny, nie uważam, aby zmiana kontekstu normatywnego art. 138 k.w. (i pełnienie przez niego obecnie innej funkcji niż pierwotnie zakładana przez ustawodawcę) była istotnym argumentem przemawiającym za niekonstytucyjnością tego przepisu (por. cz. III, pkt 3.3.1 *in fine* oraz 3.3.2 *in fine* uzasadnienia wyroku).

Różnice między postępowaniem wykroczeniowym i cywilnym są powszechnie znane, podobnie jak instrumenty ochrony konsumentów przewidziane w przepisach szczególnych, nie będę więc ich szczegółowo omawiał. Wady i zalety mechanizmów odszkodowawczych wynikających z kodeksu cywilnego i ustawy równościowej były już przedmiotem obszernych wypowiedzi uczestników postępowania we wspomnianej już sprawie o sygn. K 17/16. Więcej uwagi chciałbym poświęcić porównaniu powództwa z art. 13 ust. 1 ustawy równościowej oraz odpowiedzialności za wykroczenie z art. 138 k.w., bo relacja między tymi przepisami nie doczekała się jeszcze analizy w orzecznictwie i doktrynie, a w uzasadnieniu wyroku pierwsze z tych rozwiązań jest oceniane zdecydowanie bardziej pozytywnie (por. cz. III, pkt 3.3.3).

Środki te różnią się w szczególności w następujących obszarach:

Po pierwsze, przewidują różny zakres ochrony klienta i odpowiedzialności usługodawcy. Art. 138 k.w. chroni przed nieuzasadnioną odmową wykonania usługi bez względu na przyczynę dyskryminacji i rodzaj usługi. Ustawa równościowa może być stosowana w zakresie wyboru strony umowy tylko wtedy, gdy jest on oparty na płci, rasie, pochodzeniu etnicznym lub narodowości (*numerus clausus*). Zawarte w niej gwarancje nie obejmują więc np. odmowy zawarcia umowy ze względu na wiek, płeć, stan zdrowia, stan

rodzinny, wykonywany zawód, orientację seksualną czy posiadany majątek (argument *a contrario* z art. 5 pkt 3 ustawy równościowej).

Po drugie, stawiają one inne wymagania pokrzywdzonemu klientowi. W postępowaniu wykroczeniowym ciężar dowodu bierze na siebie oskarżyciel publiczny, a klient może, ale nie musi, działać jako oskarżyciel posiłkowy. Ustawa równościowa nakazuje stosować procedurę cywilną, z jednym ułatwieniem: odwrócony (przeniesiony) jest ciężar dowodu (wystarczy, jeżeli powód uprawdopodobni naruszenie zasady równości, to pozwany musi udowodnić, że taki fakt nie miał miejsca – por. art. 14 ustawy równościowej, jest to wyjątek od ogólnych zasad ciężaru dowodu z art. 6 k.c.). Pozostałe rygory postępowania cywilnego, takie jak prekluzja dowodowa czy konieczność udowodnienia wysokości szkody, mają zastosowanie wprost. W tym aspekcie postępowanie na podstawie art. 138 k.w. jest dla pokrzywdzonego klienta łatwiejsze do przeprowadzenia niż postępowanie na podstawie ustawy równościowej. Ma to znaczenie zwłaszcza, gdy sprawcą jest podmiot prowadzący zawodowo działalność usługową, a pokrzywdzonym – konsument, często w trudniej sytuacji osobistej, z obniżonym na skutek nierównego traktowania poczuciem wartości i słabym oparciem w społeczeństwie.

Po trzecie, inne są też w obydwu wypadkach skutki postępowania. Grzywna zasądzana na podstawie art. 138 k.w. wpływa w całości do Skarbu Państwa i nie pełni funkcji restytucyjnej. Nie ma w tym wypadku możliwości zasądzenia nawiazki na rzecz pokrzywdzonego, a co najwyżej – w razie odstąpienia od wymierzenia kary, sąd może na podstawie art. 39 § 4 k.w. zastosować (jak w wypadku każdego wykroczenia) „środek oddziaływania społecznego, mający na celu przywrócenie naruszonego porządku prawnego lub naprawienie wyrządzonej krzywdy, polegający zwłaszcza na [katalog otwarty] przeproszeniu pokrzywdzonego, uroczystym zapewnieniu niepopelniania więcej takiego czynu albo zobowiązania sprawcy do przywrócenia stanu poprzedniego”. Zobowiązania te nie podlegają jednak egzekucji środkami przymusu państwowego (*lex imperfecta* – por. T. Grzegorzczak, uwagi do art. 39, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa 2013, Lex). W postępowaniu na podstawie ustawy równościowej pokrzywdzony może uzyskać „odszkodowanie” (por. art. 13 ustawy równościowej). W doktrynie postuluje się, aby pojęcie to interpretować szerzej niż odszkodowanie w rozumieniu kodeksu cywilnego, bo dyskryminacja zawsze narusza godność osoby dyskryminowanej, a dopiero wtórnie i nie w każdym wypadku – jej prawa majątkowe (por. K. Kędziora, uwagi do art. 13, [w:] *Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz*, red. K. Kędziora, K. Śmiszek, Lex nr 10506). Postulat ten nie został jeszcze ostatecznie zweryfikowany orzecznictwem, ale ma raczej niewielkie szanse na upowszechnienie (możliwość dochodzenia zadośćuczynienia na podstawie ustawy równościowej została wykluczona już w pierwszym orzeczeniu wydanym na tej podstawie – por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 listopada 2015 r., sygn. akt V Ca 3611/14, www.saos.org.pl; zob. także pismo RPO do Pełnomocnika Rządu ds. Społeczeństwa Obywatelskiego i Równego Traktowania z 29 kwietnia 2016 r., znak XI.816.17.2016.AB, www.rpo.gov.pl, s. 2 oraz R. Strugała, *Prywatnoprawne skutki naruszenia zakazu nierównego traktowania – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Europejski Przegląd Sądowy” nr 4/2016, s. 14-19). W oczywisty sposób inny jest wydźwięk tych orzeczeń – skazanie za wykroczenie jest wyrazem społecznego napiętnowania nieakceptowalnego zachowania i ujęcia się przez władzę publiczną za jego ofiarą, więc może dawać pokrzywdzonemu większą satysfakcję moralną niż wyrok na podstawie ustawy równościowej.

Po czwarte, różnice dotyczą także kosztów postępowania. Wszczęcie postępowania wykroczeniowego nie wiąże się z żadnymi kosztami dla pokrzywdzonego – co do zasady wszelkie wydatki w toku postępowania wykląda tymczasowo Skarb Państwa, a w razie skazania obciążają one ostatecznie obwinionego (por. art. 117 § 1 i art. 119 § 1 ustawy z dnia

24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, Dz. U. z 2019 r. poz. 1120, ze zm.; dalej: k.p.s.w.). Należy przy tym zaznaczyć, że w wypadku niekorzystania z profesjonalnego zastępstwa procesowego (a można ubiegać się także o bezpłatną pomoc prawną) koszty te są na ogół niewielkie – na przykład w wyroku Sądu Rejonowego Poznań-Nowe Miasto i Wilda w Poznaniu obwiniony został obciążony zryczałtowanymi wydatkami postępowania w kwocie 120 zł i opłatą 30 zł. W postępowaniu cywilnym (także na podstawie art. 13 ust. 1 ustawy równościowej) należy wnieść opłatę za pozew w wysokości proporcjonalnej do oczekiwanej kwoty odszkodowania za szkodę materialną (5%), a w wypadku żądania zadośćuczynienia za naruszenie dóbr osobistych – opłatę stałą 600 zł (por. art. 13 ust. 1 i art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz. U. z 2019 r. poz. 785, ze zm.), przy czym możliwe jest uzyskanie zwolnienia od kosztów sądowych i bezpłatnej pomocy prawnej na zasadach ogólnych.

Po piąte, inne są też terminy przedawnienia. W postępowaniu wykroczeniowym jest to 1 rok od czasu popełnienia czynu, jeżeli w tym okresie wszczęto postępowanie, karalność wykroczenia ustaje z upływem 2 lat od zakończenia tego okresu (por. art. 45 § 1 k.w.). Ustawa równościowa przewiduje dłuższe terminy – 3 lata od dnia powzięcia przez poszkodowanego wiadomości o naruszeniu zasady równego traktowania, nie dłużej jednak niż 5 lat od zaistnienia zdarzenia stanowiącego naruszenie tej zasady (por. art. 15 ustawy równościowej).

Już na podstawie tego zestawienia widać, że każdy z omówionych mechanizmów jest „korzystny dla pokrzywdzonego” (por. cz. III, pkt 3.3.2 uzasadnienia wyroku) – ale w innym aspekcie. Główną zaletą postępowania wykroczeniowego jest prowadzenie go z urzędu, nieodpłatność i jednoznacznie negatywny wydzźwięk społeczny ewentualnego orzeczenia skazującego, wadą jest zaś brak możliwości uzyskania w tym postępowaniu innej rekompensaty niż moralna. Natomiast odszkodowanie i zadośćuczynienie – czy to na podstawie kodeksu cywilnego, czy na podstawie ustawy równościowej (której zakres obejmuje tylko część wypadków dyskryminacji) – wynagradzają dyskryminację przede wszystkim w sposób majątkowy (przez zasądzenie odpowiedniej sumy pieniężnej), ale uzyskanie wyroku wymaga w każdym wypadku aktywnej roli pokrzywdzonego (z pewnymi ułatwieniami w wypadku pozwu na podstawie ustawy równościowej).

Podobnie omówione mechanizmy wyglądają z perspektywy obwinionego (i potencjalnych sprawców). Moralnie bardziej dotkliwy jest wyrok wykroczeniowy (stoi bowiem za nim jednoznacznie ujemna ocena zachowania obwinionego z punktu widzenia ogółu społeczeństwa, wyrażająca się zwłaszcza w ściganiu z urzędu). Może on mieć także pewien wymiar represyjny w sferze majątkowej – skazanie za dyskryminację na podstawie art. 138 k.w. wpływa na opinię o profesjonalizmie usługodawcy, może także prawnie lub faktycznie ograniczać możliwość skutecznego ubiegania się o niektóre zlecenia, wykonywanie określonych zawodów lub sprawowanie funkcji. Bardziej mierzalne i bezpośrednie negatywne konsekwencje finansowe ma przegranie sprawy cywilnej – większe w tym wypadku są już nawet same koszty postępowania, podlegające zasądzeniu w razie przegrania sprawy.

Przekładając powyższe argumenty na funkcje obydwu mechanizmów, należy zauważyć, że do wykroczenia z art. 138 k.w. stosuje się ogólne kodeksowe zasady zaostżenia kar dla recydywistów. Zgodnie bowiem z art. 38 k.w., ukaranemu co najmniej dwukrotnie za podobne wykroczenia umyślne, który w ciągu dwóch lat od ostatniego ukarania popełnia ponownie podobne wykroczenie umyślne, można wymierzyć karę aresztu, choćby było zagrożone karą łagodniejszą. Przynajmniej w teorii zasada ta ma zastosowanie także w odniesieniu do wykroczenia z art. 138 k.w. (por. A. Michalska-Warias, uwagi do art. 138, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2015, Lex nr 10186). Nie ulega wątpliwości, że taki mechanizm zdecydowanie skuteczniej zapobiega ponownej dyskryminacji konsumentów niż najwyższe nawet sankcje finansowe (czy to w formie grzywny czy

odszkodowania lub zadośćuczynienia). Natomiast powtarzalne działanie usługodawcy ma wpływ na wysokość kwot zasądanych z tytułu naruszenia dóbr osobistych lub naruszenia zasady równości tylko w wypadku, gdy pokrzywdzonym jest ten sam klient. W tym sensie słabością rozwiązań cywilnoprawnych jest traktowanie każdego wypadku odmowy świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny w sposób wyizolowany – na gruncie prawa cywilnego nie sposób bowiem przyznać pokrzywdzonemu większego odszkodowania niż mu się należy (zważywszy na wielkość wyrządzonej szkody i krzywdy) tylko dlatego, że był już kolejną ofiarą dyskryminacji ze strony tego samego sprawcy (nie ma bowiem wówczas adekwatnego związku przyczynowego między bezprawnym zachowaniem sprawcy i uszczerbkiem doznany przez pokrzywdzonego). Zwiększanie dolegliwości w związku z uporczywością działania sprawcy jest natomiast charakterystyczne dla odpowiedzialności karnej (w szerokim znaczeniu tego słowa).

W świetle powyższych argumentów, uważam, że art. 138 k.w. w kwestionowanym zakresie pełni założone przez ustawodawcę funkcje prewencyjne i represyjne (por. odmiennie – cz. III, pkt 3.3.2 i 3.3.3 uzasadnienia wyroku). Efektywność tego mechanizmu (skala jego wykorzystywania) kształtuje się na podobnym poziomie, jak w wypadku innych instrumentów przeciwdziałania dyskryminacji indywidualnych usługodawców (por. dane przytoczone wyżej).

3.6. Uważam, że Trybunał pominął w swojej analizie kilka innych argumentów, przemawiających za konstytucyjnością art. 138 k.w. Częściowo wynikało to – jak mi się wydaje – z przyjętego w wyroku bardzo wąskiego zakresu kontroli, tj. badania zarzutów nieproporcjonalności zaskarżonego przepisu jedynie w kontekście art. 2 Konstytucji, z pominięciem art. 31 ust. 3 Konstytucji (por. cz. III, pkt 3.2 uzasadnienia wyroku oraz moje uwagi wyżej). W pewnym zakresie było jednak chyba niestety rezultatem zbyt powierzchownej analizy zaskarżonego przepisu, całkowicie pomijającej jego wykładnię w orzecznictwie sądowym (por. cz. III, pkt 2 uzasadnienia wyroku).

Uważam, że należało uwzględnić m.in. następujące okoliczności:

Po pierwsze, bezpodstawną odmową świadczenia usługi jest penalizowana jako wykroczenie, a nie przestępstwo. Ustawodawca racjonalnie ocenił szkodliwość społeczną tego typu aktów dyskryminacji niższej niż przewidzianych w kodeksie karnym przestępstw, które także mogą mieć podłoże dyskryminacyjne (np. czystki etniczne – art. 118 § 1 i 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. z 2018 r. poz. 1600, ze zm.; dalej: k.k.; stosowanie przemocy lub groźby bezprawnej – art. 119 § 1 k.k.; propagowanie ustroju totalitarnego – art. 256 § 1 k.k.; publiczne znieważenie grupy ludności lub osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości – art. 257 k.k.). Zachowane są więc odpowiednie proporcje z uwagi na różnice w stopniu szkodliwości społecznej karanych czynów.

Po drugie, jedyną karą przewidzianą za pojedyncze takie wykroczenie jest kara grzywny od 20 do 5000 zł (por. art. 24 § 1 k.w.), podczas gdy wszystkie przytoczone przepisy kodeksu karnego przewidują karę pozbawienia wolności, a inne przepisy zakazujące dyskryminacji w dostępie do usług – znacznie wyższe kary pieniężne (por. np. grzywna w wysokości nie niższej niż 3 tys. zł za wykroczenie polegające na dyskryminacji ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, pochodzenie etniczne, narodowość, orientację seksualną, przekonania polityczne i wyznanie lub przynależność związkową podczas świadczenia usług pośrednictwa pracy – por. art. 121 ust. 3 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, Dz. U. z 2018 r. poz. 1265, ze zm.). Wskazuje to, że celem penalizacji wykroczenia z art. 138 k.w. jest co do zasady prewencja generalna, tj. kształtowanie właściwych postaw społecznych (grzywna nie powoduje bowiem

wyeliminowania obwinionego ze społeczeństwa, a ze względu na swoją wysokość ma charakter raczej symbolicznej represji). Taki rodzaj kary koresponduje z faktem, że odpowiedzialności na podstawie zaskarżonego przepisu może podlegać jedynie podmiot, który zajmuje się zawodowo świadczeniem usług. Skoro usługodawca działa dla zysku, wymierzenie mu sankcji finansowej odwołuje się do istoty jego działalności, a nawet maksymalna wysokość grzywny dla przeciętnego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą nie jest nadmiernym uszczerbkiem. Z informacji przedstawionych w niniejszej sprawie przez Rzecznika Praw Obywatelskich wynika zresztą, że sądy w wyrokach skazujących często odstępują od wymierzenia kary albo wymierzają ją na symbolicznym poziomie, uznając, że cele postępowania są spełnione przez sam fakt wydania wyroku skazującego (w dwóch z pięciu opisanych wyżej spraw sąd odstąpił od wymierzenia kary, w pozostałych wymierzył karę grzywny w kwocie od 20 do 500 zł).

Po trzecie, wykroczenie z art. 138 k.w. można popełnić jedynie umyślnie – penalizowane są więc wyłącznie sytuacje, w których obwiniony podjął świadomą decyzję o niezrealizowaniu zleconej mu usługi z uwagi na uprzedzenia wobec cech zamawiającego. W praktyce regułą jest zamiar bezpośredni (por. A. Michalska-Warias, *op. cit.*), polegający na ujawnieniu przez usługodawcę jako przyczyny odmowy negatywnego stosunku do cech osobistych klienta. Nie wszystkie zresztą tego typu wypadki podlegają sankcji – wykroczenia nie popełnia ten, kto odmawia usługi „z uzasadnionej przyczyny” (przy czym konsument nie ma zazwyczaj możliwości sprawdzenia, czy rzeczywiście ona wystąpiła, czy też była tylko dyplomatyczną wymówką skrywającą rzeczywistą dyskryminację). Uważam, że taka klauzula generalna jest konieczna dla prawidłowego działania zaskarżonego przepisu – nie jest bowiem możliwe stworzenie zamkniętego katalogu czynników dostatecznie uzasadniających odmowę świadczenia usług w każdym wypadku. Ta sama przesłanka w zależności od okoliczności konkretnej sprawy (zwłaszcza specyfiki usługi, profilu działalności przedsiębiorcy i cech konsumenta) może być „uzasadnioną przyczyną” odmowy świadczenia usługi lub nie. Dotyczy to również wskazanej przez Prokuratora Generalnego wolności sumienia i wyznania, co potwierdził Sąd Najwyższy w powołanym wyżej postanowieniu o sygn. akt II KK 333/17 (por. też dalej).

Po czwarte, art. 138 k.w. jest stosowany z zachowaniem pełnego rygoru postępowania wykroczeniowego, z poszanowaniem właściwych gwarancji konstytucyjnych. Obwiniony może zostać ukarany tylko, gdy popełnia czyn społecznie szkodliwy i można mu przypisać winę w czasie czynu (por. art. 1 k.w.). Organ orzekający wymierza karę na zasadach ściśle określonych w kodeksie wykroczeń, biorąc pod uwagę m.in.: rodzaj i rozmiar szkody wyrządzonej wykroczeniem, stopień winy, pobudki, sposób działania, stosunek do pokrzywdzonego, jak również właściwości, warunki osobiste i majątkowe sprawcy, jego stosunki rodzinne, sposób życia przed popełnieniem i zachowanie się po popełnieniu wykroczenia (por. art. 33 § 2 k.w.). Jako okoliczności łagodzące uwzględnia się w szczególności działanie sprawcy wykroczenia pod wpływem ciężkich warunków rodzinnych lub osobistych, działanie sprawcy wykroczenia pod wpływem silnego wzburzenia wywołanego krzywdzącym stosunkiem do niego lub do innych osób, działanie z pobudek zasługujących na uwzględnienie, prowadzenie przez sprawcę nienagannego życia przed popełnieniem wykroczenia i wyróżnianie się spełnianiem obowiązków, zwłaszcza w zakresie pracy, przyczynienie się lub staranie się sprawcy o przyczynienie się do usunięcia szkodliwych następstw swego czynu wykroczenia (por. art. 33 § 3 k.w.). Obwiniony ma prawo do obrony (por. art. 4 k.p.s.w.). Wyrok wydany przez sąd pierwszej instancji podlega kontroli instancyjnej (apelacja na podstawie art. 103 § 2 k.p.s.w.). Możliwe są także nadzwyczajne środki zaskarżenia (kasacja i skarga o wznowienie postępowania – por. art. 110 i art. 113 k.p.s.w.). Za niesłuszne ukaranie przysługuje w końcu obwinionemu odszkodowanie (por. art. 114

k.p.s.w.).

Po piąte, należy także zwrócić uwagę, że zakaz dyskryminacji (realizowany przez art. 138 k.w.), wynika nie tylko z art. 32 ust. 2 Konstytucji, ale także wiążących Polskę i obowiązujących w większości państw europejskich standardów (por. zwłaszcza art. 21 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 303 z 14.12.2007, s. 1, i art. 14 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listo-pada 1950 r., Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.; Polska nie ratyfikowała protokołu nr 12 do Konwencji w sprawie ogólnego zakazu dyskryminacji z 2000 r.).

W związku z tym należy wziąć pod uwagę, że wiele państw Unii Europejskiej przewiduje sankcje karne za naruszenie zakazu dyskryminacji w dostępie do usług, przy czym w niektórych wypadkach obejmują one nie tylko grzywnę, ale także karę pozbawienia wolności. W Belgii dyskryminacja w dostępie do dóbr i usług ze względu na rasę, narodowość i pochodzenie etniczne jest przestępstwem zagrożonym grzywną i karą pozbawienia wolności. W Norwegii odmowa dostępu do dóbr i usług ze względu na kolor skóry, pochodzenie etniczne, religię, światopogląd, orientację seksualną i niepełnosprawność jest wykroczeniem zagrożonym karą grzywny lub karą pozbawienia wolności do 6 miesięcy. W Finlandii odmowa świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny oraz nierówne traktowanie z powodu rasy, pochodzenia narodowego lub etnicznego, koloru skóry, języka, płci, wieku, więzi rodzinnych, orientacji seksualnej, niepełnosprawności, stanu zdrowia, religii, poglądów politycznych, działalności politycznej lub gospodarczej lub z innego podobnego powodu zagrożone są karą grzywny lub pozbawienia wolności do 6 miesięcy. Na Słowenii dyskryminacja w dostępie do dóbr i usług jest wykroczeniem zagrożonym karą grzywny. Wreszcie w Portugalii karą grzywny zagrożona jest dyskryminacja ze względu na pochodzenie, rasę, kolor skóry, narodowość, w dostępie do dóbr i usług (por. informacje przekazane przez przedstawicieli niezależnych organów do spraw równego traktowania, członków Europejskiej Sieci Organów do Spraw Równego Traktowania EQUINET, cytowane na s. 10 stanowiska RPO; por. także European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, *A comparative analysis on non-discrimination law in Europe 2017*, <https://publications.europa.eu>).

Powszechna akceptacja grzywny wymierzanej w postępowaniu o charakterze karnym jako kary za dyskryminację w dostępie do usług stanowi pomocniczy argument za przydatnością zaskarżonego przepisu. Obok niego powinny jednak istnieć inne instrumenty zapewnienia zasady równości w analizowanej sferze (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) z 17 marca 2011 r. w sprawie C-326/09, Komisja Europejska przeciwko Polsce).

3.7. W świetle powyższych argumentów uważam, że kwestionowany zakres normowania art. 138 k.w. w rozumieniu nadanym mu w orzecznictwie sądowym spełnia wymóg proporcjonalności, wynikający z art. 2 Konstytucji. Penalizacja odmowy świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny w kształcie przewidzianym w zaskarżonym przepisie mieści się w zakresie rozwiązań, które racjonalny ustawodawca mógł wybrać jako narzędzie zwalczania dyskryminacji, dopełniające instrumenty cywilnoprawne i administracyjne. W aktualnych uwarunkowaniach prawnych i społecznych rozwiązanie to jest niezbędne i celowe. Omówiona praktyka orzecznicza pozwala stwierdzić, że nie jest ono nadmiernie dolegliwe dla usługodawców. Można też mieć nadzieję, że w przyszłości – przy założeniu wzrastającej świadomości prawnej oraz wrażliwości organów ścigania na problem dyskryminacji w dostępie do usług – środek ten będzie też częściej stosowany.

Nie ulega – moim zdaniem – wątpliwości, że usunięcie z systemu prawnego jakiegokolwiek istniejącego mechanizmu ochrony osób dyskryminowanych (w tym także art.

138 k.w.) znacznie osłabi i tak niedoskonały system ochrony osób dyskryminowanych. Niezadowolająca efektywność obecnych regulacji nie wynika przy tym – moim zdaniem – z tego, że „inne przepisy, choć obowiązujące, nie są właściwie stosowane”, jak to uznał Trybunał Konstytucyjny (por. cz. III, pkt 3.3.2 uzasadnienia wyroku). Jest natomiast wypadkową omówionych już okoliczności, a zwłaszcza przewidzianych w poszczególnych przepisach ograniczeń korzystania ze środków ochrony przed dyskryminacją i niskiej wiedzy na temat ich obowiązywania.

Dotyczy to w szczególności pokrzywdzonych, którzy nie podlegają ustawie równościowej (są nierówno traktowani ze względu na inne czynniki niż płeć, rasa, pochodzenie etniczne lub narodowość, np. wiek czy stan zdrowia). Odsyłanie ich na trudną drogę cywilną przeciwko przedsiębiorcy, dysponującemu co do zasady większymi możliwościami obrony swoich praw, oznacza w praktyce uznanie ich dyskryminacji za sprawę „osobistą”, w której ściganiu i piętnowaniu państwo nie ma jakiegokolwiek interesu (pomijam tu w praktyce rzadko wykorzystywaną możliwość przystąpienia Prokuratora Generalnego do spraw cywilnych – por. art. 7 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. z 2018 r. poz. 1360, ze zm.). Takie traktowanie jest nie do pogodzenia z zasadą, że „Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli” (por. art. 1 Konstytucji), bez względu na ich cechy osobiste.

4. Dopuszczalność wydania merytorycznego orzeczenia w sprawie.

4.1. Niezależnie od zastrzeżeń co do wyniku postępowania, mam także wątpliwości, czy w ogóle wydanie wyroku w niniejszej sprawie było dopuszczalne.

Trybunał Konstytucyjny nie zbadał, czy wniosek Prokuratora Generalnego spełniał wymogi formalne, a w szczególności czy zawierał rzetelną i aktualną wykładnię zaskarżonego przepisu (por. art. 47 ust. 2 pkt 1 ustawy o organizacji TK). Tymczasem powołana we wniosku literatura dotycząca art. 138 k.w. miała charakter ogólny i nie zawierała argumentów lub dowodów adekwatnych do zarzutów wnioskodawcy. Prokurator Generalny przytoczył sygnatury nieprawomocnych orzeczeń w jednej tylko sprawie, w której zaskarżony przepis został zastosowany (chodziło o wspomnianą wyżej sprawę „drukarza z Łodzi”). Wydanie przez Sąd Najwyższy postanowienia o sygn. akt II KK 333/17, kończącego tę sprawę, nie spowodowało aktualizacji lub modyfikacji jego wniosku. Prokurator Generalny całkowicie pominął inne orzeczenia, w których podstawą odpowiedzialności usługodawcy był art. 138 k.w. (w tym także sprawy wskazane w stanowisku Rzecznika Praw Obywatelskich oraz raportowane przez Ministra Sprawiedliwości co roku Pełnomocnikowi Rządu do Spraw Równego Traktowania).

W rezultacie, trudno przyjąć, że zarzuty wnioskodawcy były sformułowane na tle udokumentowanej (istniejącej) i aktualnej wykładni art. 138 k.w.

Omówiony ewidentny brak należytej staranności w formułowaniu wniosku i zaangażowania w jego popieranie już po skierowaniu sprawy do Trybunału Konstytucyjnego nakazywał rozważyć umorzenie postępowania w całości ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o organizacji TK.

4.2. Według stanu prawnego na dzień wydania wyroku przez Trybunał Konstytucyjny wątpliwości budzi zwłaszcza kategoryczna ocena Prokuratora Generalnego, że art. 138 k.w. jest rozumiany w ten sposób, że zasady wiary i sumienia nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi (por. pkt 2 *petitum* wniosku).

Taka jednostronna interpretacja zaskarżonego przepisu została bowiem wykluczona – pół roku po złożeniu wniosku – przez Sąd Najwyższy w powołanym postanowieniu o sygn.

akt II KK 333/17. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Najwyższy wskazał m.in., że: „o ile przy wykonaniu konkretnej usługi powstaje konflikt podstawowych wolności i praw między usługodawcą a konsumentem, to w pojęciu «uzasadnionej przyczyny» użytym w art. 138 k.w. mieszczą się również przekonania religijne, co oznacza, że gdy pozostają one w oczywistej sprzeczności z cechami i charakterem usługi, wolno odmówić wykonania takiego świadczenia, nawet jeżeli pozostają one w konflikcie z innymi wartościami, w tym także konstytucyjnymi, takimi jak zakaz dyskryminacji. Natomiast odmowy wykonania świadczenia nie mogą uzasadniać indywidualne przymioty osób (np. wyznanie religijne, manifestowane poglądy czy preferencje seksualne), na rzecz których usługę tę określony podmiot zobowiązany jest wykonać. Nie jest zatem wykluczona sytuacja, w której osoba zobowiązana do świadczenia usługi wykonująca prace artystyczne, np. malarz czy rzeźbiarz, manifestująca swoją przynależność do określonej wspólnoty religijnej i żyjąca według jej kanonów, mając bezpośredni wpływ na ostateczny kształt usługi poprzez zaangażowanie swojej wrażliwości oraz norm moralnych czy obyczajowych, które respektuje, może odmówić wykonania tej pracy, gdy jej przekonania religijne i godność twórcy w konkretnym przypadku są wartością wyższą od innych, które zostałyby naruszone, np. od zakazu dyskryminacji. Tym samym będą stanowiły uzasadnioną przyczynę odmowy świadczenia takiej usługi w rozumieniu art. 138 k.w. (...) Uzasadniona odmowa w rozumieniu art. 138 k.w. mogłaby np. wystąpić także w sytuacji drukarza, który jako katolik otrzymuje zlecenie na wydrukowanie reklamy propagującej treści oczywiście sprzeczne z zasadami jego wiary. Podobna sytuacja może dotyczyć wyznawców innych religii czy też ateistów, reprezentujących różne rzemiosła, o ile rodzaj usługi spowoduje rzeczywisty i dramatyczny konflikt ich powszechnie akceptowalnych przekonań z prawami i wolnościami konsumenta. W większości przypadków przy usługach wykonywanych w drobnych bieżących sprawach życia codziennego, taki konflikt sumienia nie występuje, albowiem poza tym konfliktem są właściwości i warunki osobiste konsumenta, o ile swoim zachowaniem nie uniemożliwia on w sensie obiektywnym wykonania usługi (np. osoba nietrzeźwa żąda ostrzyżenia w zakładzie fryzjerskim)».

Należy w tym kontekście odnotować, że podobnie podejście do posługiwania się tzw. klauzulą sumienia jako przyczyną odmowy świadczenia usług jest od wielu lat prezentowane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (por. szerokie omówienie standardów międzynarodowych w zakresie „klauzuli sumienia” w wyroku pełnego składu TK z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14, OTK ZU nr 9/A/2015, poz. 143, cz. III, pkt 3.2 uzasadnienia oraz orzeczenia przytoczone w stanowisku RPO, s. 7-8). W doktrynie trafnie podkreśla się w związku z tym, że pewien stopień dyskomfortu odczuwany przez osobę wierzącą w związku z faktem, że system prawny w jakiejś kwestii rozmija się z jej intuicją etyczną, jest nieuniknioną konsekwencją życia w pluralistycznym społeczeństwie (por. W. Brzozowski, *Uzewnętrzanie przynależności religijnej. Zagadnienia systemowe*, [w:] *Prawne granice wolności sumienia i wyznania*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, L. Kondratiewa-Bryzik, Warszawa 2012, s. 279).

Prokurator Generalny nie odniósł się w swoim piśmie procesowym do tych – niewątpliwie znanych mu poglądów – i nie przeprowadził próby bardziej zniuansowanej wykładni art. 138 k.w. Uważam to za istotny brak formalny wniosku.

5. Uwagi końcowe.

Moim zdaniem, rzeczywistym problemem konstytucyjnym w niniejszej sprawie było to, czy zjawisko dyskryminacji ze względu na swoją skalę i skutki społeczne (stygmatyzacja określonej grupy osób i wykluczanie ich ze wspólnoty) powinno podlegać sankcjom karnym (w szerokim rozumieniu tego pojęcia), czy też należy je rozpatrywać jako sprawę niejako „prywatną” (między dyskryminowanym i dyskryminującym), która nie ma znaczenia

ogólnospołecznego i nie wymaga ścigania z urzędu przez aparat państwowy.

Dla mnie odpowiedź na to pytanie jest oczywista: art. 32 ust. 2 Konstytucji wyraźnie zakazuje dyskryminacji z jakiegokolwiek przyczyny, obligując ustawodawcę do zapewnienia przestrzegania tej zasady odpowiednio efektywnymi środkami. Nawet jeżeli art. 138 k.w. nie jest idealnym narzędziem realizacji tego celu, uznanie go za niezgodny z Konstytucją z pewnością nie poprawi sytuacji osób dyskryminowanych. Będzie natomiast wzmacniał przekonanie (już i tak nazbyt rozpowszechnione), że przedsiębiorca może w sposób całkowicie dowolny odmawiać świadczenia usług osobom, których cech lub stylu życia nie akceptuje, a nawet komunikować im to w sposób naruszający ich godność. Taki skutek wyroku Trybunału Konstytucyjnego trudno mi zaakceptować.

Z powyższych powodów uznałem złożenie zdania odrębnego za konieczne.

Zdanie odrębne

sędziego TK Wojciecha Sycha
do wyroku Trybunału Konstytucyjnego
z 26 czerwca 2019 r. (sygn. K 16/17)

Na podstawie art. 106 ust. 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072 oraz z 2019 r. poz. 125; dalej: uotpTK) składam zdanie odrębne do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 26 czerwca 2019 r. (sygn. K 16/17) – zarówno odnośnie do rozstrzygnięcia merytorycznego, jak i do umorzenia postępowania w pozostałym zakresie z powodu zbędności orzekania.

I

W pierwszej kolejności nie zgadzam się ze stanowiskiem większości składu orzekającego, że art. 138 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2019 r. poz. 821, ze zm.; dalej: k.w. lub kodeks wykroczeń), w części zawierającej słowa: „albo umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany”, jest niezgodny z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Prokurator Generalny – formułując pierwszy zarzut niekonstytucyjności art. 138 k.w. (*verba actoris*: „w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny – z art. 2 Konstytucji”) – w istocie nie podniósł w tym zakresie zarzutu merytorycznego naruszenia przez ustawodawcę konstytucyjnych wolności lub praw obywateli, ani zarzutu braku proporcjonalności występującego stopnia ingerencji w konkretne wolności. Zarzut braku proporcjonalności wyprowadzany został przez wnioskodawcę celowo z treści art. 2 Konstytucji, a nie z treści art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, albowiem Prokurator Generalny kwestionował formalny sposób korzystania przez ustawodawcę ze swobody regulacyjnej, w oderwaniu od oceny wkraczania w konkretne podmiotowe prawa konstytucyjne. Chodziło zatem o zbadanie relacji pomiędzy stopniem represyjności odpowiedzialności za wykroczenie, wprowadzonej w art. 138 k.w., a art. 2 Konstytucji. Zarzut ten jest – oczywiście – dopuszczalny w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym i polega na wykazaniu nierzetelnego intensywnego działania ustawodawcy naruszającego generalne zasady konstytucyjne państwa prawa (zob. np. wyrok TK z 13 marca 2007 r., sygn. K 8/07, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 26). W szczególności za niezgodny z art. 2 Konstytucji może być uznany przepis regulu-

jący przesłanki i wymiar sankcji, gdy stanowi ona dolegliwość nieproporcjonalną ze względu na cel jej wprowadzenia (por. wyrok pełnego składu TK z 14 października 2009 r., sygn. Kp 4/09, OTK ZU nr 9/A/2009, poz. 134 – odnośnie do sankcji administracyjnej).

W niniejszej sprawie Trybunał – mając za przedmiot kontroli wprowadzenie jednego przepisu, ale w trzech różnych zakresach jego konfrontacji z Konstytucją – ograniczył się tylko do oceny zgodności art. 138 k.w. z jedną z wielu zasad wywodzonych z treści art. 2 Konstytucji. Zasada proporcjonalności jest bowiem pochodną zasady demokratycznego państwa prawnego. Ze względu jednak na swoją treść stanowi odrębną zasadę w stosunku do zasad tradycyjnie wywodzonych z art. 2 Konstytucji: zasady zaufania obywatela do państwa i stanowionego przezeń prawa, zasady prawidłowej legislacji, zakazu retroakcji oraz zasady sprawiedliwości społecznej.

Wprowadzenie art. 138 k.w. został wprowadzony do polskiego porządku prawnego w okresie Polski Ludowej, a także powtarza treść art. 15 ustawy z dnia 13 lipca 1957 r. o zwalczaniu spekulacji i ochronie interesów nabywców oraz producentów rolnych w obrocie handlowym (Dz. U. Nr 39, poz. 171, ze zm.), który z kolei stanowił powtórzenie art. 3 dekretu z dnia 4 marca 1953 r. o ochronie interesów nabywców w obrocie handlowym (Dz. U. Nr 16, poz. 64), niemniej jednak sama data uchwalenia tejże regulacji jest prawnie irrelevantna i sugerowanie przez wnioskodawcę, jak i przez Trybunał jej związków z modelem socjalistycznej gospodarki uspołecznionej uważam za nietrafne, a przynajmniej za nieudowodnione – ani przez Prokuratora Generalnego, ani większość składu orzekającego. Umieszczenie art. 138 w rozdziale XV k.w. (*Wykroczenia przeciwko interesom konsumentów*), brak choćby pośredniej motywacji ideologicznej przy jego ustanowieniu (zob. art. 131 projektu prawa wykroczeń oraz s. 105-106 uzasadnienia do tegoż projektu, Sejm PRL V kad. – II sesja, druk sejmowy nr 19), brak jego „ideologizowania” w doktrynie (zob. np. J. Bafia, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, Warszawa 1980, s. 324 i n.), a także – co należy uwypuklić – okoliczność, że po 1989 r. demokratyczny ustawodawca zdecydował o utrzymaniu tego przepisu (jak i całego kodeksu wykroczeń) w porządku prawnym, powinny przemawiać za daleko idącą wstrzeźliwością Trybunału Konstytucyjnego podczas kontroli jego zgodności z art. 2 Konstytucji. Trybunał nie jest bowiem powołany do badania celowości i trafności rozwiązań przyjmowanych przez ustawodawcę (dotyczy to w równym stopniu aktów normatywnych z okresu III Rzeczypospolitej, Polski Ludowej oraz II Rzeczypospolitej), a punktem wyjścia dla oceny zgodności kwestionowanych przepisów z ustawą zasadniczą powinno być założenie racjonalnego ustawodawcy i domniemanie zgodności ustawy z Konstytucją. W kontekście art. 2 Konstytucji Trybunał Konstytucyjny interweniować powinien dopiero wtedy, gdy ustawodawca przekracza zakres przyznanej mu swobody regulacyjnej w sposób na tyle drastyczny, że ewidentne stało się naruszenie konstytucyjnych generalnych zasad, takich jak zasada demokratycznego państwa prawnego czy wywodzone z niej inne, szczegółowe meta-zasady, jak zasada proporcjonalności regulacji do jej celu (por. np. wyrok TK z 8 kwietnia 1998 r., sygn. K 10/97, OTK ZU nr 3/1998, poz. 29).

W art. 138 k.w. ustawodawca – w zakresie, w jakim uznał za wykroczenie umyślną, bez uzasadnionej przyczyny, odmowę świadczenia przez podmiot do tego obowiązany – dokonał wyważenia interesów usługodawców oraz usługobiorców (konsumentów). Oznaczało to konieczność przedstawienia w postępowaniu przed Trybunałem – w przypadku konfrontacji zakwestionowanego przepisu z art. 2 Konstytucji – takich argumentów przemawiających za obaleniem konstytucyjności rozwiązania przyjętego przez ustawodawcę, by móc stwierdzić przede wszystkim naruszenie zasady proporcjonalności.

Moim zdaniem Prokurator Generalny – odnośnie do zarzutu niezgodności z art. 2 Konstytucji – dostatecznych argumentów nie przedstawił. Nie można bowiem uznać, że art. 138 k.w. (w części obejmującej zwrot: „albo umyślnie bez uzasadnionej przyczyny od-

mawia świadczenia, do którego jest obowiązany”) *per se* stanowi regulację nieprzydatną lub nieuzasadnioną charakterem zawodowego świadczenia usług. Sankcja wykroczeniowa została wprowadzona właśnie po to, by zapobiegać nieuzasadnionym (arbitralnym) odmowom wykonywania usług. Odmowa w rozumieniu tego przepisu oznacza nieprzystąpienie do wykonania usługi, pomimo istnienia obowiązku i wyrażenia żądania przez kontrahenta; *ergo* – dotyczy nie tylko przypadków, kiedy sprawca wprost oświadczy, że nie wykona usługi, lecz także szeregu innych (np. gdy stwierdzi on – niezgodnie z prawdą – iż nie zajmuje się wykonywaniem usług danego rodzaju). Zachowanie stanowi zatem wykroczenie, jeżeli zostało podjęte wbrew obowiązkowi, który jest pozostawaniem do dyspozycji każdego, kto żąda świadczenia za przewidzianą zapłatą (por. J. Bafia, *op.cit.*, s. 325). Zatem – *in abstracto* – w przypadku, gdy potencjalny usługobiorca (konsument) żąda wykonania usługi na zasadach ogólnych i oferuje za to zapłatę, której wysokość ustalił usługodawca, ten ostatni ma obowiązek wykonać usługę. Innymi słowy, co do zasady, prawo oczekiwania wykonania świadczenia (usługi) jest prawem usługobiorcy (konsumenta), które podlegać powinno ochronie, tak na gruncie prawa prywatnego, jak i prawa publicznego (np. prawa wykroczeń).

Ponadto – w moim przekonaniu – nad oceną niezgodności kwestionowanego przepisu z (wyłącznie) art. 2 Konstytucji nie powinien ciążyć wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Widzewa w Łodzi z 31 marca 2017 r. (sygn. akt VII W 1640/16), utrzymany w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Łodzi z 26 maja 2017 r. (sygn. akt V Ka 557/17), uznający drukarza, który odmówił wykonania usługi poligraficznej dla organizacji działającej na rzecz osób o orientacji homoseksualnej, za winnego wykroczenia z art. 138 k.w. Można bowiem przytoczyć z orzecnictwa inne sytuacje, w ogóle nie dotyczące sfery światopoglądowej, w których doszło do odmowy wykonania usługi z absurdalnych wręcz powodów, a sprawca został słusznie ukarany. Tytułem przykładu:

– wyrok Sądu Rejonowego w Tarnobrzegu z 8 marca 2013 r. (sygn. akt II W 13/13), nakładający grzywnę za odmowę obsłużenia klientki poruszającej się na wózku inwalidzkim z uwagi na obowiązujący w sklepie zakaz wprowadzania wózków;

– wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Woli w Warszawie z 5 grudnia 2016 r. (sygn. akt V W 4937/16), nakładający grzywnę za wyproszenie ze sklepu matki z wózkiem dziecięcym.

Wskazane przeze mnie wyżej przykładowe judykaty dość wyraźnie świadczą o tym, że art. 138 k.w. (w części obejmującej zwrot: „albo umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany”) nie miał zastosowania tylko do – w pewnym uproszczeniu – „spraw światopoglądowych”. Przeciwnie – przepis ten służył rugowaniu z przestrzeni publicznej wszelkich zachowań, które nie znajdowały racjonalnego uzasadnienia.

II

W dalszej kolejności nie podzielam stanowiska większości składu orzekającego o zasadności umorzenia postępowania na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 3 uotpTK.

Pomimo tego, że – moim zdaniem – art. 138 *in fine* k.w. jest zgodny z art. 2 Konstytucji, uważam, iż kwestia relacji tego przepisu do normy wywiedzionej z art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji wymagała rozważenia w kontekście uznania zasad wiary i sumienia za uzasadnioną przyczynę odmowy świadczenia usługi.

Początków idei wolności sumienia można doszukać się już w prawie rzymskim (paremia: *De internis non iudicata praetor*). Współcześnie wolność sumienia i wyznania stanowi podstawową zasadę – a jednocześnie wyznacznik – państwa i społeczeństwa demokratycznego. Swoboda autonomicznego ukształtowania swego stosunku do wiary i religii, obejmująca

przyjęcie i wyznawanie przekonań filozoficzno-światopoglądowych o religijnym, antyreligijnym bądź areligijnym zabarwieniu, ujawniania tych myśli i przekonań oraz postępowania zgodnie z ich nakazami ugruntowała się w cywilizacji europejskiej jako jeden z głównych przejawów wolności jednostki (por. P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 73).

W obszarze międzynarodowych standardów praw jednostki wolność sumienia, łącznie z powiązaną z nią wolnością wyznawania religii, jest standardem uniwersalnym oraz jednym z podstawowych praw i wolności człowieka; znajduje ona wyraz w licznych aktach prawa międzynarodowego (zob. m.in.: W. Sobczak, *Wolność myśli, sumienia i religii – poszukiwanie standardu europejskiego*, Toruń 2013, s. 183 i n.; M. Piechowiak, *Wolność religijna i dyskryminacja religijna – uwagi w kontekście rezolucji Parlamentu Europejskiego z 20 stycznia 2011 r.*, [w:] *Urzeczywistnianie wolności przekonań religijnych i praw z niej wynikających*, red. S. Stadniczeńko, S. Rabiej, Opole 2012, s. 107 i n.).

W myśl art. 18 rezolucji Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych nr 217/III A z dnia 10 grudnia 1948 r. – Powszechna Deklaracja Praw Człowieka każda osoba ma prawo do wolności myśli, sumienia i religii; prawo to obejmuje wolność zmiany religii lub poglądów, jak również wolność manifestowania swojej religii lub swoich poglądów indywidualnie lub kolektywnie, publicznie lub prywatnie, za pomocą nauczania, praktyk religijnych, sprawowania kultu i rytuałów.

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167 – zał.; dalej: Pakt nowojorski) za wynikające z przyrodzonej godności osoby ludzkiej uznał prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania. Stosownie do jego art. 18 ust. 1 prawo to obejmuje wolność posiadania lub przyjmowania wyznania lub przekonań według własnego wyboru oraz do uzewnętrzniania indywidualnie czy wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swej religii lub przekonań przez uprawianie kultu, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. Jednocześnie w Pakcie nowojorskim zastrzeżono, że nikt nie może podlegać przymusowi, który stanowiłby zamach na jego wolność posiadania lub przyjmowania wyznania albo przekonań według własnego wyboru (art. 18 ust. 2). Wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może zaś podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i są konieczne dla ochrony bezpieczeństwa publicznego, porządku, zdrowia lub moralności publicznej albo podstawowych praw i wolności innych osób (art. 18 ust. 3 Paktu nowojorskiego).

Wolność myśli, sumienia i wyznania statuuje także Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.; dalej: Konwencja rzymska). Zgodnie z jej art. 9 ust. 1 każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania; prawo to obejmuje wolność zmiany wyznania lub przekonań oraz wolność uzewnętrzniania indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swego wyznania lub przekonań przez uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne. Wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego, ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób (art. 9 ust. 2 Konwencji rzymskiej).

Znaczenia i zakresu wolności myśli, sumienia i wyznania według Konwencji rzymskiej nie sposób ustalić bez uwzględnienia orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, którego rozstrzygnięcia prowadzą także do ujednoczenia jej treści normatywnych w poszczególnych państwach będących stronami tejże umowy międzynarodowej. Według utrwalonego orzecznictwa ETPC wolność sumienia i wyznania stanowi „jeden

z fundamentów pluralistycznego społeczeństwa demokratycznego”. Jest ona, w swoim religijnym wymiarze, jednym z najistotniejszych elementów tworzących tożsamość wyznawców i ich koncepcję życia, ale jest też „wartością dla ateistów, agnostyków, sceptyków i osób indyferentnych w stosunku do wiary” (por. wyrok ETPC z 13 grudnia 2001 r., *Église métropolitaine de Bessarabie i inni przeciwko Mołdawii*, skarga nr 45701/99). Ochronie podlega przede wszystkim sfera przekonań osobistych i religijnych jednostki (tzw. forum wewnętrzne), które odznaczają się pewną siłą przekonywania, powagą, spoistością i znaczeniem (por. wyroki ETPC z 25 maja 1993 r., *Kokkinakis przeciwko Grecji*, skarga nr 14307/88 oraz 6 listopada 2008 r., *Förderkreis e.V. i inni przeciwko Niemcom*, skarga nr 58911/00). Niezależność w sferze duchowej, gwarantowana przez art. 9 ust. 1 Konwencji rzymskiej, nie podlega żadnym ograniczeniom. Innymi słowy, każdy korzysta z autonomii myśli, sumienia i wyznania, co w praktyce przekłada się na swobodę wyboru systemu wartości. Inaczej jest w odniesieniu do uzewnętrzniania (ekspresji) wyznania lub przekonań. Z art. 9 ust. 2 Konwencji wynika, że w społeczeństwie demokratycznym pewne ograniczenia mogą okazać się konieczne, aby pogodzić interesy różnych grup i zapewnić poszanowanie przekonań każdej osoby. Korzystając ze swych uprawnień regulacyjnych w tej dziedzinie oraz w relacjach z różnymi religiami, kultami i wyznaniem, państwo musi pozostać neutralne i bezstronne. Wynika to z obowiązku zachowania pluralizmu i zapewnienia dobrego funkcjonowania demokracji (zob. M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2013, s. 740 i n.).

Na gruncie obowiązującej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Trybunał Konstytucyjny w wyroku pełnego składu z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14 (OTK ZU nr 9/A/2015, poz. 143) stwierdził m.in., co następuje:

„Wolność sumienia i wyznania ma w Rzeczypospolitej Polskiej silną podstawę zarówno w omówionych powyżej aktach prawa międzynarodowego, jak i w przepisach Konstytucji. Już preambuła Konstytucji zawiera odniesienie do sumienia, stanowiąc o »poczuciu odpowiedzialności [każdego obywatela] przed Bogiem lub przed własnym sumieniem«. W art. 25 ust. 2 Konstytucji, umiejscowionym w jej rozdziale pierwszym, ustrojodawca zdecydował, że: »Władze publiczne w Rzeczypospolitej Polskiej zachowują bezstronność w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych, zapewniając swobodę ich wyrażania w życiu publicznym«. Znaczenie prawne sumienia podkreślają również, poza przepisami będącymi wzorcami kontroli w niniejszej sprawie, art. 85 ust. 3 Konstytucji (wprowadzający prawo do odmowy odbywania służby wojskowej ze względu na przekonania religijne lub wyznawane zasady moralne), art. 48 ust. 1 Konstytucji (dotyczący prawa rodziców do wychowania dzieci zgodnie z ich własnymi przekonaniem), a także art. 233 ust. 1 Konstytucji (zakazujący ograniczania tej wolności w czasie stanu wojennego i wyjątkowego).

Niewątpliwie jednak zasadnicze znaczenie dla określenia kształtu centralnej w rozpatrywanej sprawie wolności ma art. 53 Konstytucji. Wolność sumienia – tradycyjnie wymieniana łącznie ze swobodą wyznania, a w art. 53 ust. 1 Konstytucji wraz z wolnością religii – zajmuje szczególne miejsce wśród praw i wolności człowieka. Dla niektórych autorów pozycja wolności sumienia i religii wynika przede wszystkim z jej chronologicznego pierwszeństwa i merytorycznej wagi. Przyjmują oni, że »z punktu widzenia praw człowieka wolność sumienia i wyznania jest chronologicznie pierwszą, wręcz rudymenarną wolnością, kluczową dla całego systemu praw i wolności« (zob. J. Szymanek, *Wolność sumienia i wyznania w Konstytucji RP*, „Przegląd Sejmowy” nr 2/2006, s. 39). Jest wolnością tkwiącą w samej naturze człowieka, stąd określa się ją jako przyrodzoną, a przez to – niezbywalną. Wolność sumienia, sama będąc podstawowym prawem człowieka, jest jednocześnie źródłem wielu innych praw i wolności, jest swoistym »prawem praw«. Wynika to z przyjętej w Konstytucji personalistycznej koncepcji praw i wolności, której świadectwem jest szereg jej przepisów (zob. J. Szymanek, *Wolność sumienia i wy-*

znania..., s. 41, 42). Inni autorzy, nie przypisując wolności sumienia i religii aż takiej rangi, wiążą ją jednak bezpośrednio ze statuowaną w art. 30 Konstytucji godnością człowieka, która stanowi źródło wolności i praw. Godność człowieka wyraża się m.in. we wrodzonym (immanentnym) poszukiwaniu i przeżywaniu przez niego pewnych wartości transcendentnych, do czego wyraźnie nawiązuje preambuła do Konstytucji, tworząc tym samym podstawę uznania wolności zawartych w art. 53 Konstytucji (zob. P. Sarnecki, komentarz do art. 53 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, pkt 4, s. 2). O wolności religii Trybunał wypowiedział się, że jest ona nie tylko wolnością jednostki o charakterze osobistym, lecz także zasadą ustrojową, co odpowiednio zwiększa wagę tej wolności (zob. wyrok z 10 grudnia 2014 r., sygn. K 52/13, OTK ZU nr 11/A/2014, poz. 118, cz. III, pkt 5.2 uzasadnienia).

[...] Ustrojodawca polski zdecydowanie odszedł od koncepcji polegającej na przyznawaniu ochrony, gwarantowaniu czy tolerowaniu swobody sumienia i wyznania. Takie ujęcie zakładałoby istnienie jakiegoś autorytetu uprawnionego do określania granic ochrony czy tolerancji. Tymczasem wolność ta bywa uznawana za ponadpozytywną, aksjologicznie związaną z samą naturą człowieka, będącą istotnym elementem jego godności. Stąd system prawny, który by jej nie gwarantował, »byłby *ab initio* niepełnym, nieskutecznym i nieefektywnym, a w konsekwencji także niedemokratycznym, bo odbiegającym od wzorca państwa respektującego konieczne *minimum minimorum* w zakresie ochrony praw człowieka« (J. Szymanek, *Wolność sumienia i wyznania...*, s. 39). Konieczność jej poszanowania jest ściśle powiązana z poszanowaniem i ochroną godności człowieka, co jest obowiązkiem władz publicznych.

Trybunał w swym orzecznictwie przyjmuje, że godność człowieka jest »aksjologiczną podstawą i przesłanką całego porządku konstytucyjnego«, stanowi wartość »o centralnym znaczeniu dla zbudowania aksjologii obecnych rozwiązań konstytucyjnych« (por. M. Granat, *Godność człowieka z art. 30 Konstytucji RP jako wartość i jako norma prawna*, „Państwo i Prawo” z. 8/2014, s. 3 i nast., i cytowane przez autora wyroki TK z: 9 lipca 2009 r., sygn. SK 48/05, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 108 oraz 30 września 2008 r., sygn. K 44/07, OTK ZU nr 7/A/2008, poz. 126). Jednocześnie Trybunał dostrzega związek godności człowieka z konkretnymi prawami lub wolnościami i na ogół przyjmuje, że ich naruszenie »wywiera swój refleks w stosunku do godności człowieka« (M. Granat, *Godność ...*, s. 9). [...]

»Wolność sumienia« musi [...] udźwignąć swobodę niewyznawania żadnej religii, która to swoboda – co do czego nie ma sporu – jest gwarantowana na tym samym poziomie co wolność kultywowania dowolnej wiary. Korzystając z wolności sumienia, można »realizować zarówno ‘wolność do religii’ w rozumieniu konstytucyjnym, jak i ‘wolność od religii’« (P. Winczorek, *Wolność wyznaniowa*, „Państwo i Prawo” z. 4/2015, s. 7). Wynika stąd, że pojęcie sumienia w Konstytucji w istocie odrywa się od religii. Nakazy sumienia mogą wynikać bowiem z różnych systemów wartości. Bliższa analiza zagadnienia zdecydowanie potwierdza to spostrzeżenie.

[...] Pojęcie »sumienia« pojawiło się po raz pierwszy w etyce chrześcijańskiej. Wywodzi się je od św. Hieronima, który w IV w. zaczął posługiwać się pojęciem *synderesis* oznaczającym przyrodzoną człowiekowi władzę odróżniania dobra od zła. U św. Tomasza z Akwinu »*conscientia*« (»współ-wiedza«), czyli sumienie, to zdolność do intelektualnej oceny własnych aktów jako dobrych albo złych. Podstawą tej zdolności jest rozum, który pozwala na odróżnianie dobra od zła na poziomie konkretnych działań. Mimo niewątpliwie »chrześcijańskiego pochodzenia«, sumienie – jako kategoria filozoficzna – w dalszym rozwoju historycznym oderwało się od swych korzeni i weszło do kanonu pojęć uznawanych za ważne w oderwaniu od teorii teologicznych. Przez filozofów XVIII-wiecznych uważane było za element zmysłu moralnego, w który wyposażony jest każdy człowiek od chwili urodzenia; sumienie nie jest głosem boga, lecz natury. David Hume – w *Traktacie o naturze ludzkiej* –

uznawał, że źródłem moralnych przekonań człowieka są jego uczucia, nie zaś rozum. »Sprzeciw sumienia« to emocjonalny bunt przeciw obowiązującym normom postępowania. Myśliciele XIX-wieczni powątpiewali w przyrodzoną zdolność człowieka odróżniania dobra od zła; wywodzili ją raczej z wychowania a ściślej nacisku wywieranego przez wychowawcę (James i John Stuart Millowie, Aleksander Bain). Wiek XX przyniósł modyfikację tego wyobrażenia, wskazując na społeczeństwo jako źródło presji wywieranej na jednostkę i w konsekwencji – kształtującej jej sumienie (Emil Durkheim). Dla Zygmunta Freuda sumienie było dyspozycją do oceniania samego siebie według kryteriów narzuconych pod presją »kultury«, zwłaszcza potępiania siebie i samoudręczenia. »Sprzeciw sumienia« to sygnał, że normy, które otoczenie społeczne usiłuje »wdrukować« w myślenie i postępowanie jednostki, są niespójne (por. A. Szostek, *Kategoria sumienia w etyce*, [w:] *Sprzeciw sumienia w praktyce medycznej – aspekty etyczne i prawne*, red. P. Stanisławski, J. Pawlikowski, M. Ordon, Lublin 2014, s. 15 i nast.; W. Chańska, *Klauzula sumienia jako wyraz moralnego kompromisu*, „Prawo i Medycyna” nr 3-4/2013, s. 31-33). Przywołane poglądy na temat sumienia dowodzą, że kategoria ta »już dość dawno oddzieliła się od chrześcijańskich korzeni i stała się koncepcją na wskroś świecką« (W. Chańska, *Klauzula...*, s. 33).

[...] »Sumienie« nie poddaje się prawniczemu definiowaniu. Warto odnotować, że w większości języków indoeuropejskich zachowany został intelektualny źródłosłów polskiego terminu »sumienie«, tzn. pozostało nawiązanie do współ-wiedzy »*con-scientia*« (zob. A. Szostek, *Kategoria sumienia w etyce...*, s. 19). Współcześnie podstawę do określenia granic tego pojęcia dają wyniki badań innych dziedzin wiedzy, zwłaszcza filozofii (etyki), antropologii, psychologii i teologii, dlatego należy uznać konieczność definiowania »wolności sumienia« odrębnie od »wolności religii«. Według jednego z poglądów prezentowanych we współczesnej nauce niemieckiej, sumienie kształtowane jest w komunikacji społecznej i stanowi podstawę kształtowania współżycia w społeczeństwie, w oderwaniu od wartości religijnych i filozoficznych (por. E. Tuora-Schwierskott, *Pojęcie...*, s. 94). Zdaniem P. Winczorka pojęcie sumienia można odnosić do »poglądów i działań o zasięgu przekraczającym wymiar religijny, w szczególności do przekonań o charakterze areligijnym lub antyreligijnym« (P. Winczorek, *Wolność...*, s. 7). Sumienie stanowi imperatyw postępowania według takich wartości, jak »dobro« i »zło«, »prawda« czy »fałsz«, których wybór jest odbierany jako wiążący i bezwarunkowo obowiązujący, pozwala na prawdziwy rozwój osobowości człowieka, będąc zarazem podstawową konstrukcją jego osobowości psychospołecznej. Według *Słownika języka polskiego* (red. M. Szymczak, Warszawa 1995) sumienie to: »właściwość psychiczna, zdolność pozwalająca odpowiednio oceniać własne postępowanie jako zgodne lub niezgodne z przyjętymi normami etycznymi«. Sumienie jako atrybut suwerenności jednostki jest więc, mówiąc najogólniej, świadomością moralną albo zdolnością »wydawania ocen dotyczących wartości moralnej czynów człowieka, w szczególności postępowania samego podmiotu« (K. Kosior, *Sumienie*, [w:] *Mała encyklopedia filozofii: pojęcia, problemy, kierunki, szkoły*, red. S. Jedynek, Bydgoszcz 1996, s. 448-449). Według P. Winczorka »sumienie można rozumieć jako zdolność danej osoby do przeżywania moralnych nakazów, by zachowywać się w pewien sposób zarówno w relacji z innymi ludźmi, jak i z samym sobą« (P. Winczorek, *Wolność...*, s. 7). Zdaniem B. Chyrowicz, »sumienie jest moralną samoświadomością człowieka«. Ponieważ dotyczy wprost jego moralnej autonomii, »obrona autonomii sumienia jest w istocie obroną naszej moralnej tożsamości« (B. Chyrowicz, *Moralna autonomia i klauzula sumienia*, „Medycyna Praktyczna” nr 1/2014, s. 120).

Jak zauważył Trybunał w orzeczeniu z 15 stycznia 1991 r. (sygn. U 8/90, OTK w 1991 r., poz. 8), wolność sumienia nie oznacza jedynie prawa do reprezentowania określonego światopoglądu, ale przede wszystkim prawo do postępowania zgodnie z własnym sumieniem, do wolności od przymusu postępowania wbrew własnemu sumieniu. Instytucją stojącą na straży tej wolności jest tzw. klauzula sumienia, rozumiana jako możliwość niepo-

dejmowania działania zgodnego z prawem i powinienego, a jednocześnie sprzecznego ze światopoglądem (przekonaniami ideologicznymi czy religijnymi) danej osoby. W wymiarze etycznym konstrukcja ta może dowodzić prymatu sumienia nad wymaganiami prawa stanowionego, zaś na płaszczyźnie jurydycznej – zapewnia realizację wolności sumienia i eliminuje kolizję norm prawa stanowionego z normami etycznymi, umożliwiając jednostce zachowanie godziwe – spójne z własnymi przekonaniami”.

Podzielając przytoczoną wyżej argumentację pełnego składu Trybunału, a także mając na uwadze relewantne postanowienia wiążących Rzeczpospolitą Polską umów międzynarodowych w przedmiocie praw człowieka, uważam, że art. 138 *in fine* k.w., rozumiany w ten sposób, iż zasady wiary i sumienie nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi, jest niezgodny z art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ze wskazanej normy konstytucyjnej wynika bowiem – moim zdaniem – nakaz zapewnienia wolności przyjmowania przez daną osobę zespołu poglądów i reguł moralnych, filozoficznych, religijnych i społecznych oraz postępowania zgodnie z nimi, wobec czego zmuszanie do działań sprzecznych z sumieniem stanowi naruszenie niezbywalnej godności człowieka. Warunkiem realizacji wolności religii i sumienia jest zaś zapewnienie, że nikt nie będzie zmuszany do niepodporządkowania się nakazom, które uznaje za obowiązujące. W tym też kontekście art. 138 k.w. stanowił naruszenie ustawy zasadniczej. Podkreślenia jednak wymaga, że niezgodność ta możliwa była do usunięcia poprzez zastosowanie formuły tzw. wyroku interpretacyjnego, bez konieczności usuwania z systemu prawnego części badanego w niniejszej sprawie przepisu.

Tytułem dopowiedzenia należy zauważyć, że sprawa, która w istocie legła u podstaw rozpatrywanego wniosku Prokuratora Generalnego, czyli odmowa wykonania z powodów światopoglądowych usługi poligraficznej przez drukarza dla fundacji działającej na rzecz osób o orientacji homoseksualnej, nie ma charakteru precedensowego. Wystarczy bowiem przywołać wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki z 4 lipca 2018 r., № 16-111, *Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al., Petitioners v. Colorado Civil Rights Commission, et al.* W rozstrzygnięciu tym, odwołując się do Pierwszej Poprawki do Konstytucji USA (ang. „*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*”), federalny Sąd Najwyższy uchylił orzeczenie stanowego sądu apelacyjnego oraz poprzedzające je orzeczenie stanowej komisji praw obywatelskich, karzące usługodawcę (piekarza) za odmowę wykonania usługi (wykonanie tortu weselnego dla dwóch osób tej samej płci) z powodów motywowanych przekonaniami religijnymi (chrześcijański system wartości).

III

Odnosnie zaś do ostatniego, trzeciego zakresu zaskarżenia art. 138 k.w. (*verba actoris*: „w zakresie dotyczącym osób osobiście prowadzących działalność gospodarczą lub działających w imieniu podmiotu prowadzącego taką działalność – z art. 20 w związku z art. 22, w związku z art. 31 ust. 3 i w związku z art. 31 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji”) uważam, że Trybunał powinien był wydać orzeczenie merytoryczne i orzec o zgodności tego przepisu z powołanymi wzorcami kontroli. W tym miejscu aktualne pozostają moje uwagi poczynione odnośnie do kwestii zgodności art. 138 k.w. z art. 2 ustawy zasadniczej. Dodać można, że powoływanie się – jak to czyni Prokurator Generalny i Marszałek Sejmu – na zasadę swobody umów nie może prowadzić do sytuacji skrajnych, a do takich zaliczyć można byłoby swoiste „wybieranie” sobie klientów przez usługodawców. Innymi słowy, jeżeli dany podmiot decyduje się na prowadzenie określonego typu działalności usługodawczej, to powinien się liczyć z tym, że będzie miał klientelę zróżnicowaną wedle wszelkich kryteriów. Odmowa wykonania świad-

czenia (czy to przez osobę osobiście prowadzącą działalność gospodarczą, czy przez pracownika) byłaby oczywiście nadal możliwa na podstawie uzasadnionej przyczyny leżącej po stronie klienta (np.: niepełnoletność – przy zakupie tytoniu lub alkoholu; stan nietrzeźwości – przy zakupie alkoholu lub wynajmie pojazdu mechanicznego; brak pozwolenia na broń – przy zakupie broni palnej; brak dokumentów poświadczających tożsamość – przy konsumenckim zakupie towaru na kredyt; ubezwłasnowolnienie całkowite *etc.*) bądź usługodawcy (wartości religijne, kwestia sumienia).

IV

Ponadto uważam za celowe zwrócić uwagę na niepożądany skutek, jaki ze sobą niesie wyrok Trybunału z 26 czerwca 2019 r., a którym będzie możliwość złożenia wniosków o wznowienie postępowania oraz – w konsekwencji – uchylene zapadłych wyroków i umorzenie postępowań wobec osób, które zachowały się w sposób karygodny (jak np. w przywołanych przeze mnie wyrokach sądów rejonowych), a których zachowanie bynajmniej nie było motywowane jakimkolwiek systemem wartości moralnych lub religijnych.