



Adam Bodnar

XI.815.6.2018.AM

**TRYBUNAŁ
KONSTYTUCYJNY**

Sygn. K 16/17

W ślad za pismem z dnia 2 lutego 2018 r., w którym Rzecznik Praw Obywatelskich zgłosił udział w sprawie o sygn. K 16/17, przedstawiam uzasadnienie stanowiska Rzecznika.

I. Przedmiot kontroli i zarzuty wnioskodawcy

1. Przedmiotem kontroli jest art. 138 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2015 r. poz. 1094, z późn. zm., dalej jako: Kodeks wykroczeń), zgodnie z którym, 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.
2. Prokurator Generalny kwestionuje zgodność art. 138 Kodeksu wykroczeń w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, oraz – art. 138 Kodeksu wykroczeń rozumianego w ten sposób, że zasady wiary i sumienia nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi – z art. 53 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także – w zakresie dotyczącym osób osobiście prowadzących działalność gospodarczą lub działających w imieniu podmiotu prowadzącego taką działalność – z art. 20 w zw. z art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 i w zw. z art. 31 ust. 2 zd. 2 Konstytucji.
3. Naruszenia przez art. 138 Kodeksu wykroczeń **zasady proporcjonalności** wnioskodawca upatruje w nadmiernej ingerencji i represyjności, która nie jest w jego ocenie niezbędna, ponieważ wystarczające dla zapewnienia prawidłowej realizacji zarówno pierwotnego celu wprowadzenia tej regulacji, jak i funkcji, którą zaczęła

faktycznie pełnić w późniejszym okresie, są środki cywilnoprawne. Wnioskodawca wyjaśnia, że pierwotnie przepis art. 138 Kodeksu wykroczeń miał na celu wymuszenie świadczenia usługi po cenach urzędowych, obecnie – *służy zwalczaniu przypadków odmowy świadczenia usługi motywowanej uprzedzeniami wobec określonych cech osoby zainteresowanej uzyskaniem usługi lub złośliwością i szykanowaniem w ten sposób określonej grupy klientów* (s. 31-32 wniosku). Cel, któremu służy art. 138 Kodeksu wykroczeń, stanowi realizację obowiązków państwa wynikających z art. 32 ust. 2 Konstytucji. Zdaniem wnioskodawcy, odpowiedzialność za wykroczenie z art. 138 Kodeksu wykroczeń może ponosić nie tylko usługodawca, który odmówił świadczenia usługi ze względu na cechy klienta, ale także ten, kto odmówił świadczenia usługi ze względu na jej cechy – jeżeli „cechy usługi” nie są akceptowane przez usługodawcę i nie zachodzą okoliczności pozwalające na uznanie powodu odmowy ich świadczenia za uzasadnioną przyczynę, brak jest uzasadnienia w przepisach Konstytucji dla odpowiedzialności wykroczeniowej usługodawcy. Wnioskodawca podnosi, że funkcja, którą pełni art. 138 Kodeksu wykroczeń, tj. przeciwdziałanie przypadkom odmowy świadczenia usługi z powodu uprzedzeń wobec określonych cech osoby zainteresowanej jej uzyskaniem, może zostać zrealizowana przy pomocy środków cywilnoprawnych, w szczególności przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459, dalej jako: Kodeks cywilny) dotyczących ochrony dóbr osobistych i przepisów 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 jako: ustawa o równym traktowaniu) – brak jest wobec tego zdaniem wnioskodawcy uzasadnienia do *dotatkowego utrzymywania, służącego temu samemu celowi, surowszego środka w postaci odpowiedzialności wykroczeniowej*.

4. Naruszenie **wolności sumienia i religii** spowodowane jest według wnioskodawcy tym, że *tylko w niektórych stanach faktycznych objętych zakresem stosowania kwestionowanego przepisu możliwe jest jednoznaczne zidentyfikowanie konstytucyjnie chronionych wartości, co uniemożliwia skuteczne przeprowadzenie testu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji i nie pozwala wykluczyć, że zaskarżony przepis nakłada na osobę zajmującą się zawodowo świadczeniem usług obowiązek działania wbrew sumieniu lub wyznaniu także wtedy, gdy żadne prawa konstytucyjne nie uzasadniają poświęcenia przysługującej ustawodawcy wolności*. Wnioskodawca jest zdania, że z art. 138 Kodeksu wykroczeń nie wynika możliwość odmowy świadczenia usługi, której „celu” usługodawca nie akceptuje, ani usługi, która w jego ocenie stanowiłaby *złamanie bezwzględneho zakazu, wynikającego z zasad wyznawanej religii lub innego światopoglądu*. Wnioskodawca następnie wyjaśnia, że zaskarżony przepis służy ochronie takich konstytucyjnych wartości jak prawo do równego traktowania i bycia niedyskryminowanym z art. 32 ust. 2 Konstytucji i godność człowieka z art. 30

Konstytucji. Nie sposób natomiast zdaniem wnioskodawcy określić, jakie wartości konstytucyjne uzasadniają ograniczenie wolności uzewnętrzniania sumienia i religii w sytuacji, gdy przyczyną odmowy świadczenia usługi będą takie jej cechy, które według usługodawcy naruszają zasady wyznawanej przez niego religii lub innego światopoglądu – nie sposób zatem przeprowadzić testu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Podobnie, jak twierdzi wnioskodawca, Trybunał nie mógł ustalić konstytucyjnie chronionej wartości uzasadniającej ograniczenie wolności sumienia lekarzy (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14).

5. Naruszenie **wolności gospodarczej** uzasadnia wnioskodawca podobnie, jak naruszenie wolności sumienia i religii – brak jest możliwych do zidentyfikowania wartości chronionych przepisem art. 138 Kodeksu wykroczeń uzasadniających jej ograniczenie. Wnioskodawca wyjaśnia, że z art. 138 Kodeksu wykroczeń wynika przymus kontraktowania, rozumiany jako zakaz odmowy zawarcia umowy, który ogranicza swobodę umów. Swobodę umów uznaje wnioskodawca za wartość chronioną konstytucyjnie i wywodzi ją z zasady wolności (art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji) oraz wolności gospodarczej (art. 22 Konstytucji).

II. Wzorce konstytucyjne

6. [**Zasada proporcjonalności**] Wnioskodawca słusznie podnosi, że Trybunał Konstytucyjny nie jest co do zasady powołany do kontrolowania celowości i trafności rozwiązań przyjmowanych przez ustawodawcę i zasada proporcjonalności powinna być interpretowana jako ogólnie sformułowany **zakaz nadmiernej ingerencji ustawodawcy** (s. 16 wniosku). Trybunał wielokrotnie wyjaśniał, że *punktem wyjścia oceny zgodności kwestionowanych przepisów z Konstytucją RP jest założenie o racjonalności ustawodawcy i domniemanie zgodności ustawy z Konstytucją*. Trybunał interweniuje zatem wyłącznie w przypadku, gdy ustawodawca przekroczy swobodę regulacyjną na tyle drastycznie, że doszło do ewidentnego naruszenia zasad konstytucyjnych – oznacza to obowiązek przedstawienia Trybunałowi **silnych argumentów za obaleniem konstytucyjności rozwiązania przyjętego przez ustawodawcę** (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 czerwca 2016 r., sygn. SK 31/14). Trybunał stoi na stanowisku, że zakaz nadmiernej ingerencji, o którym była wyżej mowa, zakłada, że środek wykorzystany przez ustawodawcę do osiągnięcia jej celu z punktu widzenia kultury prawnej i zasady proporcjonalności nie jest nadmierny, albo że cel, dla którego środek ten został przyjęty, pozostaje w zakresie działania władzy (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14 października 2015 r., sygn. Kp 1/15). Wnioskodawca słusznie ponadto przytacza orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, z którego wynika, 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 (...), 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 (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 9 października 2001 r., sygn. SK 8/00). **Trybunał Konstytucyjny nie wyklucza istnienia równolegle sankcji karnoprawnych i cywilnoprawnych** – w wyroku z 30 października 2006 r. (sygn. P 10/06) w sprawie przestępstwa zniesławienia z art. 212 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. z 2017 r. poz. 2204, z późn. zm., dalej jako: Kodeks karny) Trybunał wręcz 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*. Trybunał przytacza w uzasadnieniu stanowisko doktryny, zgodnie z którym, *orzeczenie sądu cywilnego stwierdzające naruszenie czci człowieka co do swej merytorycznej zawartości i konsekwencji nie może być traktowane jako równoważnik wyroku skazującego w procesie karnym. Odczuwalny stopień społecznego potępienia czynu, wyrażający się w wyroku uznającym czyn sprawcy zniesławienia za kryminalnie bezprawny, jest inny aniżeli ten, z którym wiąże się orzeczenie sądu cywilnego ustalające naruszenie dobra osobistego. Płaszczyzny prawa cywilnego i prawa karnego mogą się wzajemnie uzupełniać, ale nie zastępować*. Trybunał zwrócił uwagę na funkcję, jaką pełnić ma wprowadzenie sankcji karnej, tj. **wyrażenie potępienia społecznego dla sprawcy naruszenia** – zdaniem Trybunału, nie spełnia tej funkcji *zakaz jakiegoś postępowania połączony tylko z sankcjami o charakterze prywatnoprawnym*. Trybunał wyjaśnił, że ingerencja w sferę godności człowieka jest tak znaczącym naruszeniem podstaw ładu państwowego i społecznego, że przestaje być indywidualną sprawą – kryminalizacja pewnego rodzaju zachowań oznacza zatem, że ustawodawca uważa jakiś czyn za generalnie społecznie szkodliwy i godny potępienia, naruszający dobro wspólne, a nie tylko prawa podmiotowe jednostek.

7. W tym kontekście warto wyjaśnić specyfikę odpowiedzialności wykroczeniowej – wykroczenia, zdaniem T. Grzegorzcyka, to *drobne naruszenia prawa. Mogą to być naruszenia nakazów lub zakazów administracyjnych, ale wykroczenia mogą mieć także charakter deliktów kryminalnych. W niektórych systemach prawnych nie są one w ogóle wyodrębniane jako kategoria odrębnych czynów zabronionych i w zakresie deliktów kryminalnych oznaczają wówczas najdrobniejszą postać określonego występku* (tak np. w systemie anglo-amerykańskim), w innych stanowią, obok zbrodni i występków, trzecią kategorię przestępstw (tak np. w systemie francuskim) lub uznawane są jedynie za *naruszenia administracyjne (porządkowe) i ścigane w systemie*

karnoadministracyjnym (np. w Austrii, a obecnie także w Niemczech)¹. Obecnie w systemie polskim wykroczenia należą do gałęzi prawa karnego *sensu largo*². Do orzekania w sprawach wykroczeń właściwy jest co do zasady sąd³, pełne zastosowanie znajduje zasada dwuinstancyjności, zaś obwinionemu należy zapewnić uprawnienia procesowe właściwe oskarżonemu, w szczególności pełne prawo do obrony, w tym do korzystania z obrońcy z urzędu, jeśli przemawia za tym dobro wymiaru sprawiedliwości (art. 22 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia). W tym sensie można jasno oddzielić wykroczenia od tzw. „deliktów administracyjnych”, w przypadku których sankcja pieniężna nakładana jest w drodze decyzji w trybie administracyjnym⁴. Z drugiej strony, zaznaczyć należy, że ze względu na niższy ciężar gatunkowy, postępowanie w sprawach o wykroczenia doznaje szeregu uproszczeń i ograniczeń względem „klasycznego” postępowania karnego. Dotyczy to chociażby stosowania środków przymusu, zakresu prowadzenia czynności wyjaśniających czy, co oczywiste, wymiaru sankcji. Wydaje się warte zaznaczenia, że czyn może być wykroczeniem, nawet jeśli jego społeczna szkodliwość jest znikoma (inaczej niż w przypadku przestępstw) – jedynie zupełny brak społecznej szkodliwości sprawia, że nie można mówić o istnieniu wykroczenia (art. 1 § 1 Kodeksu wykroczeń). Kodeks wykroczeń nie zawiera bowiem odpowiednika art. 1 § 2 Kodeksu karnego, zgodnie z którym nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony odznaczający się znikomym stopniem społecznej szkodliwości. Oznacza to, że czyn wyczerpujący znamiona wykroczenia o subminimalnym stopniu społecznej szkodliwości nie traci cech wykroczenia. Ustalenie, że stopień społecznej szkodliwości wykroczenia jest znikomy, rzutuje co najwyżej na rodzaj i rozmiar reakcji organu orzekającego w stosunku do obwinionego. Granica pomiędzy przestępstwem a wykroczeniem może być czasem nieznaczną. Najlepszym przykładem tego są tzw. czyny przepełnione, w przypadku których zakwalifikowanie ich do jednej z tych kategorii zależy od rozmiaru szkody. Niektóre czyny kiedyś uznawane za przestępstwa stają się też wykroczeniami w wyniku zamierzonych działań ustawodawcy w drodze kontrawencjonalizacji. Reżim odpowiedzialności wykroczeniowej pełni istotną rolę we współczesnym społeczeństwie, spełniając funkcje karne, ale w jeszcze większym być może stopniu, wychowawcze. O ile w przypadku prawa karnego *sensu stricto* podnosi się, że zarówno funkcja „sprawiedliwej odpłaty”, prewencji indywidualnej, jak i prewencji generalnej, są nieodzownymi elementami kary, w przypadku wykroczeń

¹ T. Grzegorzczak, Komentarz do art. 1 Kodeksu wykroczeń w: *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Grzegorzczak, LEX 2013.

² P. Daniluk, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 7-8.

³ Wyjątek stanowi np. postępowanie mandatowe uregulowane w art. 95 i nast. ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1713, z późn. zm., dalej jako: Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia).

⁴ Zob. M. Król-Bogomilska, *Współczesne oblicze penalizacji deliktów administracyjnych. Czy warto przekształcić wykroczenia w delikty administracyjne?* w: red. M. Kolendowska-Matejczuk, V. Vachev, *Węzłowe problemy prawa wykroczeń. Czy potrzebna jest reforma?*, Warszawa 2016, s. 41-42.

wydaje się, że pierwszorzędną rolę pełni prewencja generalna. **Stosunkowo niższa sankcja** nie ma bowiem zwykle na celu wyeliminowania sprawcy ze społeczeństwa czy też wyrządzenia mu dolegliwości, która zaspokoi ogólne poczucie sprawiedliwości, lecz raczej **działanie wychowawcze i kształtowanie postaw pożądanych w społeczeństwie**. Ta ostatnia konstatacja ma szczególne znaczenie w przypadku wykroczeń zagrożonych łagodną sankcją, nawet w ramach systemu wykroczeniowego, tj. naganą lub jedynie grzywną.

8. **[Wolność sumienia i religii]** Wolność myśli, sumienia i religii to jeden z fundamentów społeczeństwa demokratycznego – zarówno dla wyznawców różnych religii, jak i dla ateistów, agnostyków, sceptyków oraz osób religijnie obojętnych; *uzależniony jest od tego drogo okupiony przez wieki pluralizm, stanowiący nieodłączny element społeczeństwa demokratycznego*⁵. Wolność sumienia i religii, gwarantowana przez art. 53 ust. 1 Konstytucji, ale także szereg innych aktów prawa międzynarodowego, m.in. art. 9 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, obejmuje możliwość określenia i wyboru własnego światopoglądu oraz możliwość jego uzewnętrzniania, tj. postępowania zgodnie z własnym sumieniem i wolność od przymusu postępowania wbrew własnemu sumieniu. **W zakresie uzewnętrzniania wolności sumienia i religii może ona podlegać pewnym ograniczeniom – w demokratycznym państwie prawnym powszechnie przyjęte jest wazenie konfliktów wartości (dóbr) konstytucyjnych, których pogodzenie jest trudne lub wręcz niemożliwe**⁶. Wolność uzewnętrzniania sumienia i religii nie zawsze staje ponad innymi prawami i wolnościami gwarantowanymi w Konstytucji – w odniesieniu do konkretnych przypadków należy ocenić, której wartości konstytucyjnej należy przyznać pierwszeństwo, nie może natomiast korzystanie z wolności sumienia i religii całkowicie unicestwiać praw i wolności innych osób.
9. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dookreślono, jakie zachowanie będące urzeczywistnieniem wolności uzewnętrzniania sumienia i religii pozostaje pod ochroną art. 9 Konwencji – Trybunał wskazuje na trzy kryteria: *czy dane zachowanie polegało na bezpośrednim wyrażeniu danego wyznania czy przekonań; czy wyznanie to ustanawiało moralną powinność takiego właśnie zachowania; czy zachowanie to stanowiło powszechnie przyjętą, w ramach danego wyznania, formę jego praktykowania*⁷. **Konwencja zatem nie zawsze gwarantuje możliwość zachowania się zgodnie ze swoimi przekonaniem w sferze publicznej**⁸. Europejski Trybunał Praw

⁵ Eweida i inni przeciwko Wielkiej Brytanii, wyrok z 15 stycznia 2013 r., skargi nr 48420/10, 59842/10, 51671/10 i 36516/10, par. 79.

⁶ Konstytucja RP, Tom I. Komentarz. Art. 1-86, red. M. Safjan i L. Bosek, s. 1263.

⁷ L. Garlicki, Komentarz do art. 9 w: Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1-18, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 566.

⁸ Por. Jean Bousset du Bourg przeciwko Francji, orzeczenie z 18 lutego 1993 r., skarga nr 20747/92 – Europejska Komisja Praw Człowieka uznała, że odmowa płacenia podatków z uwagi na to, że ich część przeznaczana jest na finansowanie zabiegów przerwania ciąży, nie pozostaje pod ochroną art. 9 Konwencji.

Człowieka wielokrotnie podkreślał, że Konwencja nie chroni każdego czynu motywowanego lub inspirowanego wyznaniem lub przekonaniem⁹. W sprawie dotyczącej odmowy sprzedaży przez farmaceutów środków antykoncepcyjnych, Trybunał wskazał, że tak długo, jak sprzedaż środków antykoncepcyjnych jest legalna i możliwa tylko w aptece, wnioskodawcy nie mogą dawać pierwszeństwa swojej religii i narzucać jej innym jako usprawiedliwienie odmowy sprzedaży, biorąc pod uwagę, że mogą oni manifestować swoje wierzenia na wiele innych sposobów niż w sferze profesjonalnej, a w konsekwencji skazanie wnioskodawców za odmowę sprzedaży nie koliduje z wykonywaniem praw zagwarantowanych przez art. 9 Konwencji¹⁰. W sprawie Eweida i inni przeciwko Wielkiej Brytanii¹¹ Trybunał ponadto wyraźnie zaznaczył, że **skorzystanie z „klauzuli sumienia” nie ma charakteru nieograniczonego i może dotyczyć jedynie kwestii bezpośrednio i silnie związanych z treścią przekonań jednostki. Ponadto, przy ocenie zasadności skorzystania z niej, należy brać pod uwagę inne wartości, w szczególności zakaz dyskryminacji i zasadę równości**¹². Konwencja zatem nie gwarantuje, że każda osoba w każdej sytuacji może powołać się na wolność sumienia i religii – *dyskomfort 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, ponoszona też przez osoby bezwyznaniowe, które żywią różne systemy wartości*¹³.

10. Na temat wolności sumienia i religii i możliwości korzystania z tzw. klauzuli sumienia wypowiedział się także Trybunał Konstytucyjny we wskazanym przez wnioskodawcę wyroku z 7 października 2015 r. (sygn. K 12/14), w którym to Trybunał stwierdził niekonstytucyjność art. 39 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. z 2017 r. poz. 125, z późn. zm.) w zakresie, w jakim nakłada na lekarza obowiązek wykonania niezgodnego z jego sumieniem świadczenia zdrowotnego w *innych przypadkach niecierpiących zwłoki* oraz w jakim nakłada na lekarza powstrzymującego się od wykonania świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jego sumieniem obowiązek wskazania realnych możliwości uzyskania takiego świadczenia u innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym. Trybunał istotnie stwierdził w tym wyroku, że prawo do skorzystania z tzw. klauzuli sumienia, a zatem powstrzymania się

⁹ Sahin przeciwko Turcji, wyrok z 29 czerwca 2004 r., skarga nr 44774/98.

¹⁰ Pichon i Sajous przeciwko Francji, orzeczenie z 2 października 2001 r., skarga nr 49853/99.

¹¹ Eweida i inni przeciwko Wielkiej Brytanii, wyrok z 15 stycznia 2013 r., skargi nr 48420/10, 59842/10, 51671/10 i 36516/10, par. 84.

¹² Trybunał uznał także za niedopuszczalne skargi osoby, której zasiłek dla bezrobotnych został zawieszony po odmowie podjęcia pracy w charakterze recepcjonisty w centrum konferencyjnym należącym do kościoła (Dutuaj p. Szwajcarii, postanowienie z 20 września 2007 r.) czy też wspomniane już orzeczenie w sprawie osoby, która została skazana za odmowę sprzedaży środków antykoncepcyjnych (Pichon i Sajous przeciwko Francji, orzeczenie z 2 października 2001 r., skarga nr 49853/99.).

¹³ W. Brzozowski, *Uzewnętrzanie przynależności religijnej. Zagadnienia systemowe*, w: *Prawne granice wolności sumienia i wyznania*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, L. Kondratieva-Bryzik, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 279.

od określonych działań sprzecznych z sumieniem, wynika bezpośrednio z art. 53 ust. 1 Konstytucji i przysługuje nie tylko lekarzom (w stosunku do których zostało uregulowane na poziomie ustawowym), lecz także *każdej innej osobie*. **Trybunał Konstytucyjny** wypowiedział się zatem co do zakresu podmiotowego **przyznając prawo do skorzystania z klauzuli sumienia *każdemu***, nie wypowiedział się natomiast co do zakresu przedmiotowego jej zastosowania. Mając na uwadze omówione wyżej orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, należy przyjąć, że **nawet jeśli każdy może z klauzuli sumienia skorzystać, to nie w każdej sytuacji** – wolność religii *nie obejmuje nieograniczonej swobody postępowania w zgodzie z nakazami religii w każdej sferze życia*¹⁴. Trybunał przytacza zresztą wypowiedzi doktryny, z których wynika, że nie każde odwołanie się do sumienia jest moralnie uzasadnione i nie każde działanie dyktowane głosem sumienia może być prawnie akceptowalne – Trybunał wobec powyższego wyraźnie zaznaczył, dostrzegając *niebezpieczeństwo akceptacji relatywizmu w sferze etyki, które miałyby być skutkiem subiektywnego charakteru sumienia*, że przedmiot rozpatrywanej przez niego sprawy nie wymagał *wypowiedzi o charakterze generalnym, odnoszących się do tych kwestii*. Trybunał także odnotował, że lekarze znajdują się w specyficznej sytuacji – *przedstawiciele tego zawodu konfrontowani są na co dzień z przypadkami wymagającymi podejmowania decyzji, których konsekwencje mogą prowadzić nawet do śmierci człowieka*. Trudno zatem wnioski Trybunału dotyczące możliwości skorzystania z klauzuli sumienia przez lekarzy odnosić bezpośrednio do przedstawicieli innych zawodów.

11. **[Wolność gospodarcza]** Wolność gospodarcza oznacza swobodę podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej w dowolnie wybranych formach prawnych oraz na zasadzie samodzielności, bez naruszania interesów publicznych¹⁵. **Wolność działalności gospodarczej może zatem zostać ograniczona ze względu na ważny interes publiczny** – zakres dopuszczalnych ograniczeń tej wolności jest wobec tego szerszy niż ten wyznaczony w art. 31 ust. 3 Konstytucji, przy czym należy wziąć pod uwagę także wyrażone w tym przepisie ogólne reguły stosowania ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw (s. 48 wniosku). Ograniczenie wolności gospodarczej może być zatem uzasadnione ochroną wolności i praw innych osób. Do ograniczenia wolności działalności gospodarczej odnoszą się ponadto także wspólne dla wszystkich konstytucyjnych wolności i praw przesłanki: nakazu proporcjonalności i konieczności ograniczenia oraz zakazu naruszania istoty wolności i praw. Artykuł 22 określa także wymóg formalny ograniczenia, stanowiąc, że jest ono dopuszczalne tylko w drodze ustawy (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 13 października 2010 r., sygn. P 46/11). Podmiot korzystający z wolności działalności gospodarczej, zgodnie

¹⁴ W. Brzozowski, *Uzewnętrzanie...* s. 279.

¹⁵ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 2012, s. 161.

z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, podejmuje podstawowe decyzje w kilku kwestiach, m.in. sposobach i zakresie prowadzonej działalności, w tym działalności w sferze kontraktowej¹⁶. **Elementem wolności działalności gospodarczej jest bowiem swoboda (wolność) zawierania umów** – Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że choć zasada ta nie została w Konstytucji wyrażona wprost, ma ona swój wymiar i znaczenie konstytucyjne¹⁷. *W literaturze cywilistycznej podkreśla się, że uzasadnieniem tej zasady jest tzw. autonomia woli jednostki, polegająca – najogólniej rzecz ujmując – na założeniu, że treść umownych stosunków prawnych (w szczególności stosunków zobowiązaniowych) winna być ustalana na podstawie woli stron umowy. Strony mogą swobodnie kształtować wzajemne stosunki umowne, a ustawa znajduje zastosowanie uzupełniające w sprawach nieuregulowanych przez strony i to na zasadzie domniemanej woli stron* (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 29 kwietnia 2003 r., sygn. SK 24/02).

III. Analiza zgodności

Zarzut naruszenia zasady proporcjonalności

12. Na wstępie należy zgodzić się z wnioskodawcą, że obecnie podstawową funkcją art. 138 Kodeksu wykroczeń wydaje się ochrona przed dyskryminacją w obszarze dostępu do usług. Przepis art. 138 Kodeksu wykroczeń stanowi bowiem implementację przepisów prawa unijnego, tj. dyrektywy Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz. Urz. WE L 180 z 19.07.2000, str. 22; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 20, t. 1, str. 23; dalej jako: dyrektywa 2000/43) i dyrektywy Rady 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, str. 37, dalej jako: dyrektywa 2004/113). Stanowisko, zgodnie z którym przepisy Kodeksu wykroczeń służą ochronie przed dyskryminacją, wyraził Sejm w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym w postępowaniu w sprawie stwierdzenia niezgodności z Konstytucją i Konwencją o prawach osób niepełnosprawnych niektórych przepisów ustawy o równym traktowaniu (sygn. K 17/16, stanowisko z dnia 7 marca 2017 r., s. 14-17). Ochrona przed dyskryminacją zdaniem Sejmu przybiera różną postać prawną w Polsce i jest rozproszona w wielu aktach normatywnych – m.in. w Kodeksie wykroczeń, ale także w Kodeksie karnym. Podobne zdanie w swoim stanowisku wyraził w tej sprawie Prokurator Generalny (stanowisko z dnia 28 marca 2017 r., s. 11) – Prokurator Generalny wyjaśnia, że *Polska może poszczycić się również licznymi uregulowaniami równościowymi i antydyskryminacyjnymi wprowadzonymi do szeregu aktów niższego*

¹⁶ B. Banaszak, *Konstytucja...* s. 171.

¹⁷ B. Banaszak, *Konstytucja...* s. 157.

rzędu, które regulują szczegółowo różne dziedziny życia społecznego, jako przykład wskazując art. 138 Kodeksu wykroczeń, ale także przepisy Kodeksu karnego.

13. Stanowisko Sejmu i Prokuratora Generalnego wyrażone w sprawie K 17/16 znajduje potwierdzenie w doktrynie, która nie wyklucza stosowania sankcji karnych – nie tylko przewidzianych w Kodeksie wykroczeń, ale nawet w Kodeksie karnym – w sprawach dyskryminacji w dostępie do usług. I tak, zdaniem W. Kotowskiego, w związku z ograniczonym zastosowaniem art. 257 Kodeksu karnego w sprawach dyskryminacji ze względu na rasę, narodowość i pochodzenie etniczne w dostępie do oferowanych publicznie usług (przestępstwo to popełnia bowiem jedynie ten, kto publicznie znieważa osobę lub grupę osób z powodu rasy lub pochodzenia etnicznego), szersze zastosowanie znajdują przepisy Kodeksu wykroczeń, które w sposób bezpośredni dotyczą dostępu do dóbr i usług oraz dostarczania dóbr i usług publicznie dostępnych, włącznie z zakwaterowaniem¹⁸. R. Trzaskowski uważa, że zakaz dyskryminacji i związane z nim ograniczenie swobody umów może pociągać za sobą różnego rodzaju sankcje – także karne¹⁹. Za zasadnością stosowania art. 138 Kodeksu wykroczeń w sprawach dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług opowiedział się także W. Burek, wskazując jednocześnie, że tego rodzaju ochrona ma w takich sytuacjach adekwatny charakter²⁰. Sankcje karne – nie tylko grzywnę, ale nawet karę pozbawienia wolności – za naruszenie zakazu dyskryminacji w dostępie do usług przewiduje wiele państw Unii Europejskiej²¹.
14. Zdaniem wnioskodawcy wystarczające dla zapewnienia ochrony przed dyskryminacją w dostępie do usług polegającą na odmowie świadczenia usługi z powodów dyskryminacyjnych, są środki cywilnoprawne. Tymczasem analiza orzecznictwa prowadzi do wniosku wręcz przeciwnego – ani ustawa o równym traktowaniu, ani Kodeks cywilny, nie zapewniają skutecznej ochrony przed tego rodzaju dyskryminacją.
15. Nie jest znana Rzecznikowi ani jedna sprawa odmowy świadczenia usługi, w której pokrzywdzony poszukiwał ochrony na podstawie ustawy o równym traktowaniu

¹⁸ W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 681.

¹⁹ R. Trzaskowski, *Zakaz dyskryminacji w prawie umów*, w: *Europeizacja prawa prywatnego*, red. M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 610 i s. 614.

²⁰ W. Burek, *Zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług świadczonych publicznie w prawie polskim – uwagi wokół implementacji dyrektywy rasowej [2004/43/WE]*, *Praca i zabezpieczenie społeczne*, 12/2007, s. 12 – 13.

²¹ Dyskryminacja w dostępie do dóbr i usług ze względu na rasę, narodowość i pochodzenie etniczne jest przestępstwem zagrożonym grzywną i karą pozbawienia wolności w Belgii. 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, zagrożona jest 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. Źródło: informacje przekazane przez przedstawicieli niezależnych organów do spraw równego traktowania, członków Europejskiej Sieci Organów do spraw Równego Traktowania EQUINET.

i w której zapadł prawomocny wyrok zasądający na jego rzecz odszkodowanie, o którym mowa w art. 13 ust 1 ustawy o równym traktowaniu²². Wynika to z licznych mankamentów ustawy, na które Rzecznik Praw Obywatelskich zwraca uwagę od lat – jej ograniczonego zakresu zastosowania i nierównej ochrony prawnej przyznanej osobom doświadczającym nierównego traktowania (nierówne traktowanie w zakresie dostępu i warunków korzystania z oferowanych publicznie usług zakazane jest wyłącznie ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość; nie jest zakazane np. ze względu na niepełnosprawność) oraz nieprecyzyjnej implementacji przepisów unijnych. Ustawa przyznaje bowiem prawo do odszkodowania, rozumianego przez sądy²³ jako naprawienie szkody majątkowej, a nie do zadośćuczynienia (za doznaną krzywdę) – znacznie bardziej adekwatnego środka ochrony przed nierównym traktowaniem, którego źródło wywodzi się z naruszenia godności ludzkiej. W ocenie Rzecznika, faktycznym przedmiotem ochrony w sprawach o naruszenie zasady równego traktowania jest bowiem godność osoby dyskryminowanej, w drugiej natomiast kolejności przysługujące jej prawa majątkowe. W efekcie, ustawa o równym traktowaniu uniemożliwia dochodzenie na drodze sądowej roszczeń z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w sytuacji, w której ofiara dyskryminacji nie poniosła szkody majątkowej, jednak z całą pewnością nastąpiło naruszenie jej godności, czci lub dobrego imienia²⁴. Wskazane wyżej ograniczenia czynią środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie nieskutecznymi – po siedmiu latach jej obowiązywania, odszkodowanie na jej podstawie przyznano jedynie w czterech sprawach²⁵ i żadna z nich nie dotyczyła odmowy świadczenia usługi z przyczyn dyskryminacyjnych. Znikoma liczba kierowanych do sądów spraw dyskryminacyjnych w ocenie Rzecznika potwierdza, że mechanizm ochrony przed naruszeniem zasady równego traktowania przewidziany w ustawie okazał się nieefektywny. Warto raz jeszcze podkreślić, że ustawa o równym traktowaniu umożliwia dochodzenie odszkodowania jedynie w przypadku odmowy świadczenia usługi ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość – nie ma zatem

²² Rzecznik monitoruje funkcjonowanie ustawy o równym traktowaniu od jej wejścia w życie w 2011 r. Rzecznikowi znane są jedynie dwa prawomocne wyroki przyznające odszkodowanie w sprawach dyskryminacji w dostępie do usług ze względu na płeć (wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 14 grudnia 2017 r., sygn. akt I ACa 187/17) i rasę (wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi – Śródmieścia w Łodzi z 16 grudnia 2016 r., sygn. akt III C 507/16) – w żadnej z tych spraw dyskryminacja nie polegała jednak na odmowie świadczenia usługi.

²³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 23 sierpnia 2016 r., sygn. akt I Aca 1522/15: *Z uwagi na brak takiego wyraźnego zastrzeżenia w przepisach ustawy antydyskryminacyjnej, możliwość żądania zadośćuczynienia z tytułu naruszenia przewidzianego w niej zakazu nierównego traktowania wydaje się więc wyłączona* (podobnie: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 listopada 2015 r., sygn. akt V CA 3611/14).

²⁴ O nieskuteczność środków ochrony przewidzianych w ustawie o równym traktowaniu Rzecznik informował w przedkładanych Sejmowi *Informacjach o działalności Rzecznika Praw Obywatelskich w obszarze równego traktowaniu oraz o przestrzeganiu zasady równego traktowania w Rzeczypospolitej Polskiej* od 2012 roku.

²⁵ Poza wspomnianymi wyżej dwoma wyrokami przyznającymi odszkodowanie za dyskryminację w dostępie do usług, Rzecznikowi znane są jedynie dwie inne sprawy – obie dotyczyły dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w zatrudnieniu – zakończone prawomocnie przyznaniem odszkodowania (wyrok Sąd Okręgowego w Łomży z 22 marca 2017 r., sygn. akt I Ca 75/17 i wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 listopada 2015 r., sygn. akt V Ca 3611/14).

możliwości skorzystania z przewidzianych ustawą środków ochrony osoba, której odmówiono świadczenia usługi ze względu na religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną, nie wspominając o dyskryminacji ze względu na inne cechy, do których ustawa nie znajduje zastosowania, takie jak status społeczno-ekonomiczny, język, miejsce zamieszkania czy stan zdrowia.

16. Rzecznikowi znane są tylko dwie sprawy zakończone prawomocnym wyrokiem uznającym odmowę świadczenia usługi ze względu na przesłankę dyskryminacyjną za naruszenie dóbr osobistych klienta – sprawa 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 1162/11²⁶) i sprawa niewpuszczenia do jednej z warszawskich restauracji osoby z niepełnosprawnością, której towarzyszył pies przewodnik (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 28 września 2011 r., sygn. akt I ACa 300/11). Dochodzenie zadośćuczynienia na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego jest dużo bardziej skomplikowane, niż dochodzenie odszkodowania z ustawy o równym traktowaniu, która stanowi samodzielną podstawę prawną żądania naprawienia szkody za naruszenie zasady równego traktowania i przewiduje prostszą, względniejszą dla pokrzywdzonego ścieżkę dochodzenia jego roszczeń. Poszkodowany, który żąda ochrony przed dyskryminacją na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego o ochronie dóbr osobistych, jest bowiem zobowiązany udowodnić (a nie tylko uprawdopodobnić) nie tylko sam fakt naruszenia zasady równego traktowania, ale także winę sprawcy naruszenia, krzywdę (lub szkodę), która musi być wykazana w procesie odrębnie, niezależnie od okoliczności naruszenia, oraz jej wysokość. Ponadto, oparcie roszczenia o przepisy Kodeksu cywilnego powoduje, że nie znajdzie zastosowania reguła odwracająca ciężar dowodu z art. 14 ust. 1 ustawy o równym traktowaniu²⁷.
17. W ocenie Rzecznika jedynym skutecznym środkiem ochrony przed niezgodną z prawem dyskryminacją w dostępie do usług polegającą na odmowie świadczenia usługi ze względu na cechę osobistą klienta jest art. 138 Kodeksu wykroczeń. Za winnych popełnienia tego wykroczenia sądy uznały właściciela sklepu obuwniczego w Tarnobrzegu, który odmówił obsłużenia klientki poruszającej się na wózku (wyrok Sądu Rejonowego w Tarnobrzegu z 8 marca 2013 r., sygn. akt II W 13/13); właściciela sklepu z używaną odzieżą, który zakazał wejścia do sklepu osobom z wózkami dziecięcymi (wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Woli w Warszawie z 5 grudnia

²⁶ Sąd Apelacyjny w Poznaniu: *Nie ulega wątpliwości, że odmowa umożliwienia powodowi wejścia do lokalu z uwagi na jego romskie pochodzenie etniczne stanowiła naruszenie jego dobra osobistego, jakim jest prawo do godności osobistej (art. 23 k.c.). Niezbywalna godność człowieka (por. art. 30 Konstytucji) obejmuje bowiem m.in. prawo do wysokiego poczucia własnej wartości z uwagi na swoje pochodzenie narodowe lub etniczne. Wszelkie działania o charakterze dyskryminacyjnym z tego tytułu uznają za naruszenie tak rozumianego dobra osobistego.*

²⁷ Więcej o przesłankach przyznania odszkodowania z ustawy o równym traktowaniu i zadośćuczynienia z Kodeksu cywilnego oraz o różnicach w postępowaniu dowodowym we wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją i Konwencją o prawach osób niepełnosprawnych niektórych przepisów ustawy o równym traktowaniu z dnia 31 marca 2016 r., sygn. K 17/16.

2016 r., sygn. akt V W 4937/16), pracownika drukarni, który odmówił wydrukowania stojaka reklamowego organizacji pozarządowej przeciwdziałającej dyskryminacji ze względu na orientację seksualną (wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 26 maja 2017 r., sygn. akt V Ka 557/17), właściciela klubu, który odmówił wstępu na koncert osobie poruszającej się na wózku (nieprawomocny wyrok Sądu Rejonowego Warszawa Śródmieście w Warszawie z 26 lutego 2018 r., sygn. akt XI W 5001/17) i trenera, który odmówił przeprowadzenia szkolenia z samoobrony organizacji działającej m.in. na rzecz przeciwdziałania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną (nieprawomocny wyrok Sądu Rejonowego Poznań – Nowe Miasto i Wilda w Poznaniu z 20 marca 2018 r., sygn. akt VI W 1441/17). Zaznaczyć przy tym należy, jak niewielkie kary zostały nałożone na usługodawców w tych postępowaniach – w dwóch z pięciu opisanych wyżej spraw sąd w ogóle odstąpił od wymierzenia kary, w pozostałych wymierzył karę grzywny w kwocie od 20 do 500 zł. Sankcji grzywny za popełnienie wykroczenia z art. 138 Kodeksu wykroczeń nie sposób zatem uznać za nieproporcjonalną – nasuwają się wręcz wątpliwości, czy tak niska sankcja za dyskryminację w dostępie do usług spełnia wymogi z dyrektyw unijnych, których wdrożenie ma zapewniać ten przepis. Państwa członkowskie powinny bowiem wprowadzić skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające sankcje stosowane w przypadkach niewykonania zobowiązań wynikających z dyrektyw (pkt 26 dyrektywy 2000/43 i pkt 27 dyrektywy 2004/113)²⁸. Tymczasem wykroczenie z art. 138 Kodeksu wykroczeń zagrożone jest karą grzywny w wysokości od 20 do 5 000 zł (art. 24 § 1 Kodeksu wykroczeń). Kara ta jest relatywnie łagodna w porównaniu do sankcji za inne wykroczenia z rozdziału XV, wiele z których przewiduje karę aresztu (art. 133, art. 134 § 1 i 2, art. 136 § 1, art. 137 § 1) lub karę ograniczenia wolności (art. 133, art. 134 § 1 i 2, art. 136 § 1, art. 138d § 1, art. 139a § 1). Ponadto łagodniejszą rodzajowo sankcją w systemie wykroczeniowym jest jedynie kara nagany (art. 18 pkt 4 Kodeksu wykroczeń), lecz jest to kara co do zasady stosowana w stosunku do tzw. wykroczeń „porządkowych”; żaden z czynów stypizowanych w rozdziale XV Kodeksu wykroczeń nie jest nią zagrożony. Kara przewidziana za wykroczenie z art. 138 Kodeksu wykroczeń nie jest zatem nieproporcjonalna w stosunku do wagi tego czynu. Można raczej mieć wątpliwości, czy przewidziane w tym przepisie sankcje są wystarczające z punktu widzenia ww. kryteriów.

18. Mając na uwadze omówione wyżej orzecznictwo krajowe sądów powszechnych, niewątpliwie środek ochrony prawnej w postaci zawiadomienia o popełnieniu wykroczenia z art. 138 Kodeksu wykroczeń jest dużo bardziej efektywny

²⁸ Wynika to też wyraźnie z orzecznictwa TSUE, np. wyrok z 10 kwietnia 1984 r. w sprawie Sabine von Colson and Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen (sprawa 14/83). Zob. więcej: N. Półtorak, *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Warszawa 2010.

i uwzględniający interesy pokrzywdzonego niż pozew cywilny z roszczeniem o odszkodowanie na podstawie ustawy o równym traktowaniu czy roszczeniem o zadośćuczynienie na podstawie przepisów o ochronie dóbr osobistych Kodeksu cywilnego. Postępowanie w sprawie o wykroczenie jest postępowaniem dla pokrzywdzonego dyskryminacją przede wszystkim bezkosztowym – tymczasem skierowanie pozwu do sądu powszechnego wiąże się z jego opłaceniem, a w razie przegranej – pokryciem, nieraz bardzo wysokich, kosztów postępowania. W sprawie o wykroczenie aktywność pokrzywdzonego może ograniczyć się do zawiadomienia organu ścigania i złożenia zeznań, to organ ścigania gromadzi dowody, sporządza wnioski o ukaranie i popiera go przed sądem. Tymczasem w sprawie cywilnej, to na pokrzywdzonym spoczywa ciężar sporządzenia pozwu i popierania go przed sądem, uprawdopodobnienia naruszenia zasady równego traktowania (gdy podstawą prawną pozwu jest ustawa o równym traktowaniu) lub udowodnienia jej naruszenia, udowodnienia winy sprawcy, krzywdy i jej rozmiaru (gdy podstawą prawną pozwu jest Kodeks cywilny). Niewątpliwie, w interesie pokrzywdzonego – strony słabszej, konsumenta będącego w sporze z przedsiębiorcą i ofiary dyskryminacji – jest zatem możliwość skierowania do organów ścigania wniosku o ukaranie i wyeliminowanie niezgodnej z prawem dyskryminacji w oparciu o przepisy Kodeksu wykroczeń. Wreszcie mając na uwadze omówiony wyżej wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 października 2006 r. (sygn. P 10/06) w sprawie przestępstwa zniesławienia z art. 212 Kodeksu karnego, należy uznać, że ustanawiając sankcję karną za naruszenie zakazu dyskryminacji w obszarze dostępu do usług ustawodawca wyraża tym samym potępienie tego rodzaju zachowań i dostrzega potrzebę wzmocnienia w społeczeństwie poczucia, że dyskryminacja jest społecznie szkodliwa i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych jednostek i całych społeczności, zaś władze potrafią przed nią skutecznie chronić.

19. Podsumowując, w ocenie Rzecznika, sankcja przewidziana w Kodeksie wykroczeń za dyskryminację w dostępie do usług jest wyrazem swobody regulacyjnej ustawodawcy, zaś dobrany przez niego środek nie jest nadmierny. Tym samym uzasadnione jest stwierdzenie, że zaskarżony przepis w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, jest zgodny z art. 2 Konstytucji.

Wolność sumienia i religii

20. Zdaniem wnioskodawcy nie sposób określić, jakie wartości konstytucyjne uzasadniają ograniczenie wolności uzewnętrzniania sumienia i religii w sytuacji, gdy przyczyną odmowy świadczenia usługi będą takie jej cechy, które według usługodawcy naruszają zasady wyznawanej przez niego religii lub innego światopoglądu – nie sposób zatem przeprowadzić testu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Jednocześnie wnioskodawca wskazuje, że zaskarżony przepis służy ochronie takich konstytucyjnych

wartości, jak prawo do równego traktowania i bycia niedyskryminowanym z art. 32 ust. 2 Konstytucji oraz godność człowieka określona w art. 30 Konstytucji.

21. Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez art. 138 Kodeksu wykroczeń wolności sumienia i religii, na wstępie wyjaśnić należy, jakim wartościom konstytucyjnym służy zaskarżony przepis. Jak słusznie zauważa wnioskodawca, przedmiotem ochrony jest przede wszystkim wyrażone w art. 32 ust. 2 Konstytucji prawo do niedyskryminacji, a także wyrażona w art. 30 Konstytucji godność człowieka – odmowa świadczenia z powołaniem na „uzasadnione przyczyny” nie może bowiem prowadzić do dyskryminacji z jakiegokolwiek przyczyny. Tylko taką wykładnię tego przepisu należy uznać za prokonstytucyjną²⁹.
22. Jak wskazał Prokurator Generalny we wskazanym wyżej stanowisku z dnia 28 marca 2017 r. w sprawie K 17/16, *zasada równego traktowania i zakaz dyskryminacji stanowią dzisiaj fundament zarówno systemów konstytucyjnych większości państw Unii Europejskiej, jak i międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka*. Podobne stanowisko wyraził Trybunał Konstytucyjny – zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, rasę, płeć i inne cechy osobowe, należy obecnie do podstawowego kanonu reguł prawa, tak międzynarodowego, jak i wewnętrznego, a Rzeczpospolita Polska zobowiązana jest przestrzegać tego zakazu z racji swej przynależności do systemu ONZ czy Rady Europy (w tym w szczególności ze względu na ratyfikację Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych). Ponadto, *zakaz ten stanowi prawną konsekwencję konstytucyjnej zasady równości wobec prawa (art. 32 ust. 1 Konstytucji) i został wprost wprowadzony w art. 32 ust. 2* (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 maja 2005 r., sygn. K 18/04). Zakaz dyskryminacji został zatem wyrażony nie tylko w art. 32 ust. 2 Konstytucji, ale także w wielu wiążących, ratyfikowanych przez Polskę i znajdujących bezpośrednie zastosowanie aktach prawa międzynarodowego – art. 2 ust. 1 i art. 26 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167), zgodnie z którym, wszyscy są równi wobec prawa i są uprawnieni bez żadnej dyskryminacji do jednakowej ochrony prawnej; art. 2 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169); art. 14 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284). Zakaz dyskryminacji wyrażony został także w art. 5 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2012 r. poz. 1169), art. 2 ust. 1 Międzynarodowej Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej (Dz. U. z 1969 r. Nr 25, poz. 187) czy art. 2 Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet (Dz. U. z 1982 r. Nr 10 poz. 71). Wreszcie zasadę

²⁹ J. Kulesza, *Glosa do wyroku z 26.05.2017 R., V Ka 557/17*, Państwo i prawo, nr 1/2018, s. 134.

niedyskryminacji ze względu na otwarty katalog przesłanek dyskryminacyjnych wyraża art. 21 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.U.UE.C 2007 nr 303 poz 1).

23. Zakaz dyskryminacji powinien być interpretowany szeroko, jako obejmujący wszystkie publiczne sfery aktywności człowieka – art. 32 ust. 2 zakazuje bowiem dyskryminacji w życiu politycznym, społecznym i gospodarczym, przy czym katalog ten nie ma charakteru wyczerpującego, odzwierciedla jedynie najważniejsze sfery, w których dochodzi do dyskryminacji³⁰. Z brzmienia art. 32 ust. 2 Konstytucji, zdaniem J. Podkowika, wynika *ogólniejsza formuła, zgodnie z którą nikt nigdy oraz przez nikogo nie może być dyskryminowany tam, gdzie jednostka występuje w przestrzeni publicznej, także korzystając z dóbr i usług oferowanych każdemu potencjalnemu zainteresowanemu czy też oferując je*. Zakaz dyskryminacji, w przeciwieństwie do nakazu równego traktowania z art. 32 ust. 1 Konstytucji, jest w jego ocenie regułą bez wyjątków i ma charakter klauzuli-bariery. Odstępstwa od zakazu dyskryminacji są niedopuszczalne, nawet w reżimie stanów nadzwyczajnych³¹.
24. Naruszenie zakazu dyskryminacji prowadzi przede wszystkim do naruszenia godności osoby, która dyskryminacji doświadczyła – wartości chronionej w art. 30 Konstytucji. Jak wyjaśnia M. Safjan, dyskryminacja *jest równoznaczna z naruszeniem godności każdego człowieka, bowiem chodzi tu o negatywną stygmatyzację cech, które są najściślej związane z człowiekiem i cechami jego osobowości*³². Godność nie została zdefiniowana w Konstytucji, przejawia się ona w *poczuciu własnej wartości człowieka i oczekiwaniu szacunku ze strony innych ludzi*. Z zasady nienaruszalności godności wynika zakaz podejmowania jakichkolwiek działań mogących ją naruszyć lub ograniczyć oraz obowiązek władz publicznych jej ochrony poprzez *stworzenie systemu procedur, prawnych nakazów i zakazów zapobiegających wszelkim naruszeniom i zagrożeniom godności; powinny tworzyć też odpowiednie warunki sprzyjające zachowaniu godności*³³.
25. Zdaniem Rzecznika wzorzec kontroli wskazany przez wnioskodawcę jest nieadekwatny. Wolność sumienia i religii nie usprawiedliwia bowiem odmowy świadczenia usługi ze względu na cechę osobistą klienta – wydaje się, że zdanie to podziela wnioskodawca. Wolność sumienia i religii może natomiast niekiedy uzasadniać odmowę świadczenia usługi, jednakże pod warunkiem spełnienia wskazanych wyżej kryteriów umożliwiających zakwalifikowanie danego zachowania – świadczenia określonej usługi – jako urzeczywistniającego wolność sumienia i religii.

³⁰ L. Garlicki, *Konstytucja. Komentarz*, t. III, s. 17.

³¹ J. Podkowik, *Wolność...* s. 171.

³² M. Safjan, *Efekt horyzontalny praw podstawowych w prawie prywatnym: autonomia woli a zasada równego traktowania*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, rok XVIII: 2009, z. 2, s. 344.

³³ B. Banaszak, *Konstytucja...* w. 214.

26. Przechodząc do analizy możliwości odmowy świadczenia usługi ze względu na wolność sumienia i religii, warto przytoczyć w tym kontekście wspomniany już wyrok Trybunału Konstytucyjnego, o który wnioskodawca oparł zarzut naruszenia art. 53 ust. 1 Konstytucji – Trybunał odniósł się w nim wprost do odmowy udzielania świadczeń zdrowotnych określonej kategorii pacjentów: *Każdy lekarz w Polsce przyrzeka uroczystie „służyć zdrowiu i życiu ludzkiemu” (przyrzeczenie lekarskie, drugie tiret). Bierze na siebie wykonywanie tego obowiązku według najlepszej wiedzy wobec wszystkich chorych, niezależnie od ich rasy, religii, narodowości, poglądów politycznych i stanu majątkowego, mając na celu wyłącznie ich dobro i okazując im należyty szacunek (trzecie tiret).* Byłoby to naruszenie zasad etyki lekarskiej. Podobnie, usługodawca nie ma prawa selekcyjonowania klientów (wypowiedzi doktryny przytoczone przez wnioskodawcę, s. 4-5 wniosku).
27. Wnioskodawca jednakże wskazuje, że w sytuacji, gdy usługodawca nie akceptuje „cech” usługi, do której świadczenia jest zobowiązany, jej cechy zaś naruszają według usługodawcy zasady wyznawanej przez niego religii lub innego światopoglądu, usługodawca nie może odmówić jej świadczenia zgodnie z art. 138 Kodeksu wykroczeń jako podstawę odmowy wskazując wolność sumienia i religii. Tymczasem, w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, treść przepisu, ani sposób jego wykładni, zupełnie na to nie wskazują.
28. Zdaniem wnioskodawcy, ustawodawca nie wskazał, czy odmowa świadczenia usługi może wynikać jedynie z okoliczności faktycznych, czy też mogą to być również inne przyczyny – niematerialne, wynikające na przykład z przekonań usługodawcy. Przedstawiciele doktryny koncentrują się na okolicznościach faktycznych (brak odpowiednich narzędzi, umiejętności usługodawcy, zachowanie klienta – np. stan nietrzeźwości, choroba, brak materiałów, planowany urlop itd.). W ocenie wnioskodawcy, *brak zastrzeżenia w treści przepisu, że przyczyną – w rozumieniu art. 138 Kodeksu wykroczeń – mogą być tylko okoliczności faktyczne, pozwala przyjąć, iż może to być też przyczyna niematerialna – intelektualna, emocjonalna lub duchowa, a więc względy natury „wewnętrznej”* (s. 7 wniosku).
29. Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, wolność sumienia i religii może niekiedy uzasadniać odmowę świadczenia usługi, jednakże pod warunkiem spełnienia wskazanych wyżej kryteriów umożliwiających zakwalifikowanie danego zachowania – świadczenia określonej usługi – jako urzeczywistniającego wolność sumienia i religii. Wolność sumienia i religii może zatem stanowić uzasadnioną przyczynę odmowy świadczenia usługi wyłącznie w sytuacji, gdy odmowa świadczenia usługi polegałaby na bezpośrednim wyrażeniu danego wyznania czy światopoglądu; dane wyznanie czy światopogląd ustanawiałoby moralną powinność odmowy świadczenia tego rodzaju usługi; odmowa jej świadczenia stanowiłaby powszechnie przyjętą, w ramach danego

wyznania czy światopoglądu, formę jego praktykowania. Przykładowo, za uzasadnioną należałoby uznać odmowę świadczenia usługi w sobotę przez Adwentystę Dnia Siódmego. Obecne brzmienie zaskarżonego przepisu nie stoi zatem na przeszkodzie takiemu jego rozumieniu, które w wyjątkowych wypadkach umożliwiłoby poszanowanie wolności sumienia i religii usługodawcy. W toczących się do tej pory przed sądami postępowaniach, usługodawcy dwukrotnie odmówili wykonania usługi powołując się na wyznawane przez siebie poglądy, tj. brak poparcia dla „związków męsko-męskich, tym bardziej wychowujących dziecko” i „promowania ruchów LGBT”. W obu tych sprawach doszło do uznania ich za winnych popełnienia wykroczenia – wydaje się, że tego rodzaju odmowa nie stanowiła w ocenie sądów urzeczywistnienia wolności sumienia i religii, zaś sam charakter usługi (wydrukowanie stojaka reklamowego i przeprowadzenie szkolenia z samoobrony) z pewnością nie stanowił naruszenia zasad jakiegokolwiek religii czy światopoglądu. Sąd Okręgowy w Łodzi wyjaśnił w uzasadnieniu: *indywidualny światopogląd czy subiektywne rozumienie wyznawanej religii nie mogą stanowić uzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia w rozumieniu art. 138 Kodeksu wykroczeń (...). Oddanie prawa poszczególnym ludziom do kierowania się w przestrzeni publicznej czy też w obrocie gospodarczym swoim subiektywnym rozumieniem wyznawanej religii nie może być przez państwo usprawiedliwiane i akceptowane. W orzecznictwie sądów ani w skargach kierowanych do Rzecznika nie pojawiła się do tej pory sprawa, w której sam charakter świadczonej usługi uzasadniałby odmowę jej świadczenia z powodu zasad określonej religii czy światopoglądu i tym samym spełniałby kryteria, o których mowa w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.*

30. Nawet gdyby uznać, że wskazany przez wnioskodawcę wzorzec kontroli jest adekwatny, możliwe jest zdaniem Rzecznika przeprowadzenie testu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji i ocena spełnienia przez art. 138 Kodeksu wykroczeń wskazanym w tym przepisie konstytucyjnym kryteriów dopuszczalnych ograniczeń wolności sumienia i religii. Przepis art. 31 ust. 3 Konstytucji dla dopuszczalności określonego ograniczenia wymaga zbadania, która z wymienionych w tym przepisie wartości została zrealizowana przez konkretne naruszenie. Ponadto, zasada proporcjonalności wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji rozumiana jest jako wymóg przydatności, konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*. Dla oceny, czy doszło do jej naruszenia, konieczne jest ustalenie: 1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków; 2) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana; 3) czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/94). Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 12 stycznia 1999 r. (sygn. P 2/98) wyjaśnił, że z jednej strony zasada proporcjonalności stawia przed

prawodawcą każdorazowo wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby dokonania w danym stanie faktycznym ingerencji w zakres prawa bądź wolności jednostki, z drugiej zaś winna ona być rozumiana jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, a więc rzeczywiście służące realizacji zamierzonych przez prawodawcę celów. Ponadto zastosowane środki muszą być niezbędne, tzn. chronić określone wartości w sposób, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Konkludując Trybunał stwierdził, że ingerencja w sferę statusu jednostki musi pozostawać w racjonalnej i odpowiedniej proporcji do celów, których osiągnięcie uzasadnia ograniczenie prawa lub wolności.

31. Jak wyżej wskazano, wartością chronioną przez zaskarżoną regulację wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji, jest ochrona praw i wolności innych osób, tj. wskazanych wyżej godności i prawa do niedyskryminacji. Przechodząc do oceny spełnienia przez zaskarżony przepis kryterium formalnego wskazać należy, że zostało ono spełnione – ograniczenie swobody sumienia i religii wprowadzone jest ustawą, tj. art. 138 Kodeksu wykroczeń. Jak wyżej wykazano, zaskarżony przepis jest w stanie doprowadzić do zamierzonego celu – tj. ochrony przed dyskryminacją polegającą na odmowie świadczenia usługi ze względu na cechę osobistą klienta i zapewnienie jej wykonania bez względu na rasę, niepełnosprawność, wiek czy orientację seksualną klienta. Co więcej, w związku z całkowitą nieefektywnością sankcji cywilnoprawnych oraz adekwatnością sankcji przewidzianej w Kodeksie wykroczeń ze względu na jej efektywność i niewielkie obciążenie nakładane na pokrzywdzonego dyskryminacją, istnienie tej regulacji należy uznać za niezbędne. Wreszcie mając na uwadze, jak niewielkie sankcje za naruszenie zaskarżonego przepisu przewiduje Kodeks wykroczeń i jak niewielkie grzywny nakładane są na sprawców tego wykroczenia, należy uznać, że ciężar nakładany na usługodawców, pozostaje w proporcji do celu realizowanego przez funkcjonowanie zaskarżonej regulacji, tj. ochrony przed dyskryminacją.
32. Uzasadnione jest zatem stwierdzenie, że art. 138 Kodeksu wykroczeń rozumiany w ten sposób, że zasady wiary i sumienia nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi, nie jest niezgodny z art. 53 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Wolność gospodarcza

33. Zasada wolności gospodarczej oraz swoboda umów podlegają ograniczeniom. Tak jak możliwym jest w niektórych sytuacjach uzasadnienie odmowy świadczenia określonej usługi ze względu na to, że jej charakter w sposób bezpośredni narusza zasady sumienia lub religii, tak nie jest możliwym uzasadnienie w świetle norm konstytucyjnych odmowy świadczenia usługi wyłącznie ze względu na zasadę wolności gospodarczej czy swobodę umów.

34. Odnosząc się do zarzutu wnioskodawcy naruszenia zasady wolności gospodarczej i swobody umów, na wstępie wskazać należy, że zakaz naruszania przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka i zakaz dyskryminacji stanowią samodzielną, konstytucyjną granicę wolności umów³⁴. Jak wyjaśnia J. Podkowik, problem dyskryminacji w stosunkach umownych polega m.in. na odmowie zawarcia umowy ze względu na osobiste cechy kontrahenta. Chodzi przy tym jedynie o kwalifikowaną postać nierównego traktowania, tj. dyskryminację, problem nierównego traktowania dotyczy bowiem niemalże każdego stosunku umownego, ponieważ decyzje z nim związane oparte są o subiektywną wolę kontrahentów³⁵. Zgodzić się należy z wnioskodawcą, że zakaz dyskryminacji w dostępie do usług obejmuje ich szczególną kategorię, tj. usługi oferowane publicznie. Podobnie, J. Podkowik jest zdania, że zakaz dyskryminacji wyznacza granicę wolności umów w zakresie nabywania dóbr i usług świadczonych masowo, do których zalicza m.in. *dostawę wody i energii, nabywanie produktów spożywczych, biletów do kina i teatru czy korzystania z restauracji*. Świadczenie tego rodzaju usług cechuje się bowiem anonimizacją klientów – *ich przymioty osobiste nie mają z reguły znaczenia z punktu widzenia interesu drugiej strony, a także należytego wykonania umowy*. Tym bardziej trudno byłoby racjonalnie uzasadnić nierówne traktowanie jednostek oparte na ich cechach osobowych, jeżeli nie jest ono racjonalnie usprawiedliwione. Dobra te należą jednocześnie do elementarnych oraz niezbędnych dla godnej egzystencji człowieka w społeczeństwie. Stąd należałoby przyjmować, że ilekroć dany podmiot decyduje się występować w obrocie, świadcząc usługi masowe tego rodzaju, nie może, powołując się na wolność umów, podejmować subiektywnych wyborów odnośnie do wejścia w stosunek umowny, jego zakończenia i ukształtowania jego treści. Granicą tak rozumianej wolności umów jest właśnie zakaz dyskryminacji³⁶. Także ustawa o równym traktowaniu w art. 6 zakazuje nierównego traktowania w zakresie dostępu i warunków korzystania z usług, jeżeli są one oferowane publicznie. Należy zwrócić uwagę, że to dostępu do tego rodzaju usług masowych, oferowanych publicznie, odmówili sprawcy uznani za winnych popełnienia wykroczenia z art. 138 Kodeksu wykroczeń w dotychczasowym orzecznictwie (usługi oferowane przez drukarnię, sklep z używaną odzieżą, sklep obuwniczy, udział w koncercie, przeprowadzenie szkolenia z samoobrony).
35. Zaskarżony przepis ogranicza zatem wolność gospodarczą i swobodę umów, ograniczenie to należy jednak uznać za spełniające omówione wyżej kryteria wskazane przez Trybunał Konstytucyjny. Art. 138 Kodeksu wykroczeń spełnia przewidziane w Konstytucji wymogi formalne. Jak wyżej wskazano, zaskarżony przepis jest w stanie

³⁴ J. Podkowik, *Wolność umów i jej ograniczanie w świetle Konstytucji RP*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2015, s. 163.

³⁵ J. Podkowik, *Wolność...* s. 172.

³⁶ J. Podkowik, *Wolność...* s. 172.

doprowadzić do zamierzonego celu, tj. ochrony przed dyskryminacją polegającą na odmowie świadczenia usługi ze względu na cechę osobistą klienta i zapewnienie jej wykonania bez względu na rasę, niepełnosprawność, wiek, orientację seksualną klienta lub inne cechy osobiste chronione przez Konstytucję RP i prawo unijne. Regulacja spełnia wymóg konieczności wobec nieefektywności sankcji cywilnoprawnych oraz adekwatności sankcji przewidzianej w Kodeksie wykroczeń ze względu na jej skuteczność i niewielkie obciążenie nakładane na pokrzywdzonego dyskryminacją. Wreszcie ograniczenie nałożone na usługodawców jest proporcjonalne, art. 138 Kodeksu wykroczeń nie nakłada bowiem na nich bezwzględnego obowiązku świadczenia usługi, a jedynie uniemożliwia odmowę jej świadczenia w sytuacji, gdy brak jest uzasadnionej przyczyny tej odmowy.

36. Uzasadnione jest zatem stwierdzenie, że art. 138 Kodeksu wykroczeń w zakresie dotyczącym osób osobiście prowadzących działalność gospodarczą lub działających w imieniu podmiotu prowadzącego taką działalność, jest zgodny z art. 20 w zw. z art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 i w zw. z art. 31 ust. 2 zd. 2 Konstytucji.