

---

Warszawa, dnia 11 września 2017 r.

**Trybunał Konstytucyjny Rzeczypospolitej Polskiej**  
Al. J.Ch. Szucha 12a  
00-918 Warszawa

**Skarżący:**

A J  
zam.

**PESEL:**

**zastępowany przez:**

**Adw. Bartosza Lewandowskiego**  
Parchimowicz & Kwaśniewski  
Spółka adwokacka sp. k..  
ul. Jaracza 10 lok. 5  
00-378 Warszawa  
Nr wpisu: WAW/Adw/6999

**Uczestnicy:**

- 1) **Sejm Rzeczypospolitej Polskiej**  
ul. Wiejska 4/6/8  
00-902 Warszawa
- 2) **Prokurator Generalny**  
ul. Rakowiecka 26/30  
02-528 Warszawa

**SKARGA KONSTYTUCYJNA**

**o stwierdzenie niezgodności art. 138 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. - Kodeks  
wykroczeń (Dz.U. 2015, poz. 1094 ze zm.) z Konstytucją**

Działając w imieniu skarżącego A J (pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w załączeniu), na podstawie art. 79 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. 1997, nr 78, poz. 483 ze m.; dalej jako: Konstytucja RP) oraz art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. 2016, poz. 2072; dalej jako: ustawa o TK) składam niniejszą

skargę konstytucyjną i wnoszę o:

- I. stwierdzenie, że przepis art. 138 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. - Kodeks wykroczeń (Dz.U.2015, poz. 1094 ze zm.; dalej jako: KW) w zakresie w jakim nie przewiduje braku odpowiedzialności za wykroczenie z tego przepisu w sytuacji odmowy świadczenia usługi przez osobę zawodowo zajmującą się działalnością tego rodzaju, z uwagi na niezgodność treści lub formy usługi żądanej przez kontrahenta z sumieniem, przekonaniem i wyznawanymi wartościami, jest niezgodny z art. 53 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP;
- II. stwierdzenie, że przepis art. 138 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. - Kodeks wykroczeń (Dz.U.2015, poz. 1094 ze zm.; dalej jako: KW) w zakresie w jakim przewiduje odpowiedzialność za wykroczenie osoby zawodowo zajmującej się świadczeniem usług z uwagi na umyślną nieuzasadnioną odmowę świadczenia usługi, bez warunku uprzedniego zawarcia umowy na świadczenie usługi i uzgodnienia istotnych elementów tej umowy, jest niezgodny z art. 20 w zw. z art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz z art. 31 ust. 1 i art. 31 ust. 2 zd. 2 Konstytucji RP.
- III. Jednocześnie na podstawie art. 53 ust. 1 pkt 2 ustawy o TK skarżący wskazuje, że naruszono:
  - 1) jego wolność sumienia, poręczoną w art. 53 ust. 1 Konstytucji RP poprzez uznanie jego winy w wyroku Sądu Rejonowego w Ł. VII Wydział Karny z dnia marca 2017 r. (sygn. akt ), utrzymanego następnie w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Ł. Wydział Karny Odwoławczy z dnia maja 2017 r. (sygn. akt ) za czyn z art. 138 KW, przy uznaniu że odmowa w dniu maja 2015 r. świadczenia usługi przez A J na rzecz F w W z uwagi na wyznawaną przez niego wiarę , utożsamianie się z doktryną oraz jego sumienie, skutkujące niechęcią do wspierania promocji ruchu, którego postulaty są rażąco niezgodne z wyznawanymi przez niego wartościami, nie stanowi *uzasadnionej przyczyny* odmowy świadczenia usługi, o której mowa w art. 138 KW;
  - 2) jego wolność działalności gospodarczej, poręczonej w art. 20 i art. 22 Konstytucji RP poprzez uznanie jego winy w wyroku Sądu Rejonowego w Ł. Wydział Karny z dnia marca 2017 r. (sygn. akt ), utrzymanego następnie w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Ł. Wydział Karny Odwoławczy z dnia maja 2017 r. (sygn. akt ) za czyn z art. 138 KW, przy uznaniu że warunkiem odpowiedzialności za wykroczenie z tego przepisu nie jest uprzednie zawarcie umowy przez osobę zawodowo zajmującą się świadczeniem usług z

kontrahentem żądającym wykonania usługi i wyrażenie woli co do wszystkich istotnych postanowień umowy, co przeczy istocie wolności działalności gospodarczej wraz z naczelnym uprawnieniem do wyboru kontrahenta oraz kształtowania treści stosunku prawnego.

- IV. Skarżący oświadcza, iż doręczono mu prawomocny wyrok Sądu Okręgowego w Ł. Wydział Karny Odwoławczy w dniu 12 czerwca 2017 r. oraz że nie wniósł nadzwyczajnego środka zaskarżenia z uwagi na brak takiego uprawnienia (art. 110 § 1 KPW).
- V. Nadto na podstawie art. 80 ustawy o TK skarżący zastrzega nieujawnianie jego danych osobowych w opublikowanym postanowieniu, o którym mowa w art. 61 ust. 4 tejże ustawy.
- VI. Wnoszę również o zobowiązanie na podstawie art. 248 § 1 KPC w zw. z art. 36 ustawy o TK Prezesa Sądu Rejonowego w Ł. do nadesłania akt postępowania toczącego się przed tym Sądem i prawomocnie zakończonego o sygn. oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach, *na okoliczność stanu faktycznego sprawy zawistej przed sądami powszechnymi, argumentacji skarżącego oraz pokrzywdzonego, przebiegu postępowania wraz z treścią dowodów przeprowadzonych przed Sądem Rejonowym w Ł., oczywistym naruszeniem wolności konstytucyjnych skarżącego.*

## Uzasadnienie

### I. Stan faktyczny

A J jest pracownikiem M s.c. z siedzibą w Ł. zajmującej się zawodowo świadczeniem usług

W maju 2015 r. do firmy zwróciła się A H, która po zapoznaniu z informacjami na stronie internetowej skontaktowała się ze spółką za pośrednictwem poczty elektronicznej. Początkowo nawiązała kontakt mailowy z J K, później także z A J, celem zamówienia dla F w W (o czym w momencie wymiany wiadomości mailowych obwiniony nie wiedział).

A H z firma M s.c. w Ł. kontaktowała się z prywatnego adresu poczty elektronicznej kilkakrotnie na przestrzeni dni. W ostatniej wiadomości wysłała plik z projektem W dniu maja 2015 r. A H otrzymała drogą mailową wiadomość nadaną przez A J o treści: [REDACTED]

█". Bezpośrednim powodem odmowy zawarcia umowy oraz świadczenia usługi była głęboka religijność A J. Skarżący nie chciał przyczynić się do promocji ruchu, z którego postulatami fundamentalnie się nie zgadzał oraz którego postulaty są krytykowane przez doktrynę

F w W, uznając, że doszło do dyskryminacji ze względu na, wystąpiła ze skargą do Rzecznika Praw Obywatelskich. Ten złożył zawiadomienie o możliwości popełnienia wykroczenia z art.138 KW.

Funkcjonariusz Komendy Miejskiej Policji w Ł złożył do Sądu Rejonowego w Ł wnioski o ukaranie A J, datowany na maja 2016 r. Dnia czerwca 2016 r. Sąd Rejonowy w Ł wydał w sprawie o sygn. akt wyrok nakazowy, od którego skarżący złożył sprzeciw.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu marca 2017 r. Sąd Rejonowy w Ł wydał wyrok w sprawie A J, uznając iż swoim zachowaniem wypełnił on znamiona art. 138 KW. Jednocześnie na podstawie art. 39 § 1 KW odstąpił od wymierzenia kary.

Sąd pierwszej instancji w swoim wyroku z dnia marca 2017 r. stwierdził, że obwiniony umyślnie, bez uzasadnionej przyczyny odmówił wykonania świadczenia, do którego był obowiązany. Sąd Rejonowy w Ł ustalił, że przyczyną odmowy wykonania była treść, która przyczyniała się do promocji, a która to promocja była niezgodna z sumieniem obwinionego. Promocja jest także niezgodna z nauką Kościoła, o czym poinformował obwiniony w swoich wyjaśnieniach, a którym to wyjaśnieniom Sąd dał wiarę. A J przyznał także, że odmówił ze względu na swoje przekonania religijne. Sąd Rejonowy w swojej argumentacji stwierdził, że odmowa wykonania usługi ze względu na przekonania religijne i sumienie obwinionego nie miało charakteru odmowy uzasadnionej. Organ orzekający wskazał, że: „w doktrynie przyjmuje się że odmowa świadczenia ma miejsce w każdym przypadku, kiedy osoba zajmująca się zawodowo świadczeniem usług nie podejmie się wykonania usługi bez jakiegokolwiek szczególnego powodu”. Dalej stwierdził, że powód świadczenia usługi wskazany przez A J „nie był (...) racjonalny (obiektywnie uzasadniony)”. Sąd pierwszej instancji stwierdził zatem, że powołanie się na własne przekonania religijne i niechęć do czynnego wspierania promocji działalności nie jest wystarczającym, uzasadnionym powodem odmowy wykonania świadczenia zgodnie z art. 138 KW.

Nadto organ orzekający w uzasadnieniu swojego orzeczenia wskazał, że „usługą jest działanie podjęte w celu zarobkowym, a polegające na zaspokojeniu potrzeb innego człowieka (...) Natomiast przez świadczenie należy rozumieć świadczenie udzielane w toku prowadzenia działalności usługowej, np. związanej z usługami krawieckimi, drukarskimi, itp. (...). Odmowa wyraża się w niewykonaniu usługi pomimo istnienia takiego obowiązku i żądania wykonania usługi ze strony klienta. Obejmuje zatem przypadek, kiedy sprawca stwierdzi, że nie wykona usługi. W doktrynie przyjmuje się, że odmowa świadczenia ma

*miejsce w każdym przypadku, kiedy sobą zajmująca się zawodowo świadczeniem usług nie podejmuje się wykonania usługi bez jakiegoś szczególnego powodu. Obowiązek świadczenia usług definiuje się bowiem jako pozostawanie do dyspozycji każdego, kto żąda świadczenia za zapłatą". Rozważania Sądu Rejonowego doprowadziły go do konkluzji, że „prowadzący działalność danego typu ma więc obowiązek świadczenia usługi każdemu klientowi, który jest gotów uiścić cenę. Zamawiający był gotowy zapłacić cenę proponowaną przez samego usługodawcę". Sąd Rejonowy wskazał jednocześnie, że warunkiem pociągnięcia do odpowiedzialności za wykroczenie z art. 138 KW nie jest uprzednie wyrażenie woli co do istotnych postanowień umowy, która określałaby sposób i przedmiot świadczenia. Sąd Rejonowy uznał, że „obowiązek świadczenia”, o którym mowa w art. 138 KW nie jest determinowany uprzednim zawarciem umowy osoby zawodowo zajmującej się świadczeniem usług z kontrahentem, który się do niego zwraca.*

Niezależnie od tego Sąd Rejonowy wskazał, że ochronie art. 138 KW podlega nie tylko konsument w rozumieniu art. 22<sup>1</sup> KC (co sugerowałby tytuł rozdziału XV KW „Wykroczenia przeciwko interesom konsumentów”), ale również inne podmioty, w tym w szczególności inni przedsiębiorcy a także osoby prawne i jednostki organizacyjne, o których mowa w art. 33<sup>1</sup> § 1 KC.

Apelację od niniejszego wyroku wnieśli prokurator, pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego i obrońca obwinionego.

Sąd Okręgowy w Ł. Wydział Karny Odwoławczy wyrokiem z dnia maja 2017 r., w sprawie o sygn. akt utrzymał w mocy wyrok sądu pierwszej instancji.

W swoim uzasadnieniu Sąd stwierdził: „Wyrok sądu okręgowego jest wyrazem przekonania, że indywidualny światopogląd czy subiektywne rozumienie wyznawanej religii nie mogą stanowić uzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia w rozumieniu art. 138 KW.” Dalej wskazał, że „zarzut (obrońcy – przyp. autora) sprowadza się do tego, że przekonania religijne danej osoby mogą być uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia w rozumieniu art. 138 KW. Z poglądem tym zgodzić się nie można. Na świecie funkcjonuje tysiące wyznań, ideologii i światopoglądów. Pomijając te oczywiście zbrodnicze i nieakceptowalne i tak wachlarz możliwych systemów wartości jest niezwykle szeroki. W prawach stanowionych przez świecką władzę ustawodawczą nie jest dopuszczalne wartościowanie tych wyznań i światopoglądów i przyznawanie prymatu jednemu, kosztem drugich. Mało tego, nawet w ramach jednego wyznania zdarzają się krańcowo różne interpretacje. (...) Historia wskazuje, że i w chrześcijaństwie zdarzały się takie interpretacje doktryny wiary, które prowadziły do wojen religijnych, wypraw krzyżowych, świętej inkwizycji i palenia ludzi na stosie, a w niedawnej historii żołnierze hitlerowscy mieli na kłamrach pasów zawołanie „bóg jest z nami”. Oddanie prawa poszczególnym ludziom do kierowania się w przestrzeni publicznej czy też w obrocie gospodarczym swoim subiektywnym rozumieniem wyznawanej religii nie może być przez państwo akceptowane i usprawiedliwiane. Trafnie zatem w literaturze wskazuje się, że <<uzasadnione przyczyny>>, w rozumieniu art. 138 kw., to przyczyny dotyczące z reguły przyczyn technicznych i obiektywnych”. Sąd podtrzymał zatem tezę Sądu Rejonowego, że odmowa

wykonania usługi ze względu na wyznawaną wiarę i praktykowaną religię, a także niechęć do czynnego wspierania działalności organizacji, z której postulatami osoba zawodowo zajmująca się świadczeniem usług fundamentalnie nie zgadza się, nie jest wystarczającym, uzasadnionym powodem odmowy wykonania świadczenia. Sąd nie uznał za zasadne także żadnych innych zarzutów obrońcy.

Sąd Okręgowy podzielił także pogląd, że warunkiem odpowiedzialności z art. 138 KW nie jest uprzednie dokonanie czynności prawnej między kontrahentem a osobą zawodowo zajmującą się świadczeniem usług.

Za nieuzasadnione Sąd Okręgowy uznał także zarzutu obrony i oskarżyciela publicznego, sprowadzające się do stwierdzenia, że wykroczenie z art. 138 KW można popełnić wyłącznie przeciwko interesom konsumentów. Sąd wskazał, iż „zawężanie ochrony prawnej w świetle KW wyłącznie do (...) (konsumentów – przyp. autora) nie daje się pogodzić z zasadą równości wobec prawa. Po drugie, dokonywanie wykładni przepisu tylko w aspekcie systemowym i wywodzenie dobra chronionego tylko z rodzajowego przedmiotu ochrony wskazywanego w tytule rozdziału w kodeksie jest zabiegiem nieuprawnionym”.

Wyrok sądu II instancji wraz z uzasadnieniem obrońca obwinionego otrzymał 12 czerwca 2017 r. A J nie występował o uzasadnienie wyroku i w tym dniu obrońca przekazał mu treść wyroku wraz z uzasadnieniem.

## **II. Legitymacja skarżącego**

Skarżący posiada legitymację do występowania z niniejszą skargą konstytucyjną. Przepis art. 79 ust. 1 Konstytucji RP stanowi, że każdy, czyje konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone, ma prawo, na zasadach określonych w ustawie, wnieść skargę do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zgodności z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o jego wolnościach lub prawach albo o jego obowiązkach określonych w Konstytucji. Skarżący może uczynić przedmiotem zaskarżenia wyłącznie przepisy zastosowane w jego sprawie, które legły u podstaw ostatecznego jej rozstrzygnięcia<sup>1</sup>.

Niewątpliwie przepis art. 138 KW stanowił podstawę uznania za winnego skarżącego wyrokiem Sądu Rejonowego w Ł w sprawie o sygn. akt , utrzymanym następnie w mocy przez Sąd Okręgowy w Ł Wydział Karny Odwoławczy, w sprawie o sygn. akt

## **III. Przepis art. 138 KW – jego wykładnia i obowiązywanie w polskim porządku prawnym**

Zgodnie z art. 138 KW „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”.

---

<sup>1</sup> Wyrok TK z dnia 6 grudnia 2016 r., sygn. akt SK 7/15.

Przepis art. 138 KW wszedł w życie 1 stycznia 1972 r., tzn. w momencie wprowadzenia do systemu prawnego PRL nowo uchwalonego KW w dniu 20 maja 1971 r. Od tamtego czasu przepis ten nie został zmieniony, ani znowelizowany. Praktyka orzecznicza pokazuje, że przepis ten był stosowany stosunkowo rzadko. Nigdy nie stanowił przedmiotu judykatów Sądu Najwyższego. Stanowi natomiast – od lat 70. – przedmiot wypowiedzi doktryny.

Podkreślić należy, że art. 138 KW był wprowadzony do systemu prawnego w zupełnie odmiennej rzeczywistości społeczno-ekonomiczno-politycznej. Przepis ten miał spełniać funkcję w warunkach gospodarki centralnie planowanej, w której możliwość uzyskania produktu, bądź usługi była znacznie ograniczona. W swoim założeniu służył, jak stwierdzano w literaturze „*przeciwdziałaniu spekulantom sklepowym*”. Dodatkowo, jak słusznie zauważa Marek Mozgawa w swoim komentarzu artykuł 138 KW ma swoje źródło w „*art. 15 ustawy z 13 lipca 1957 r. o zwalczaniu spekulacji i ochronie interesów nabywców oraz producentów rolnych w obrocie handlowym (Dz. U. Nr 39, poz. 171 z późn. zm.)*”. Artykuł ten miał identyczną treść z obecnie obowiązującym art. 138 KW.

Przepis artykułu 138 KW obowiązuje do dnia dzisiejszego, pomimo istotnych zmian ustrojowych i gospodarczych. Jednocześnie należy podkreślić, iż zawarte w kwestionowanym przepisie określenie „*świadczenia, do którego jest się obowiązany*” jako archaiczne stanowi wyłom w systemie prawnym Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z poglądem Tadeusza Bojarskiego<sup>2</sup>: „*Podobnie jak w przypadku kilku innych wykroczeń z tego rozdziału, funkcje tego przepisu są dzisiaj nieco inne, choćby z tego powodu, że dość ograniczone są przypadki urzędowego regulowania cen usług, a tym samym ograniczone są znacznie możliwości występowania takich przypadków w praktyce. W warunkach poprzedniego systemu gospodarczego zakaz odmowy świadczeń przez usługodawców miał na celu wymuszenie świadczenia przez nich usług po cenach urzędowych (...)*”.

W doktrynie pojawiają się głosy, że obowiązywanie oraz interpretacja art. 138 KW w obecnej rzeczywistości społeczno-gospodarczej jest problematyczne. Np. M. Kulik wskazuje, że „*współcześnie takie stawianie sprawy [dotyczącej wykładni z lat 70. i 80. XX w. – przyp. Autora] może budzić pewne wątpliwości*”<sup>3</sup>. Dodatkowo M. Zdrojewska zauważa, że obecnie trudno mówić o jakimkolwiek obowiązku świadczenia ze strony osób zawodowo zajmujących się świadczeniem usług. W jej ocenie „*postawą świadczenia usługi jest umowa*”<sup>4</sup>. Niektórzy autorzy zwracają na to uwagę (np. A. Michalska-Warias), że poprawna wykładnia przepisu art. 138 KW, uchwalonego w 1971 r., budzi problemy i rozmaite wątpliwości. Podobnie np. T. Grzegorzczak zauważa, że obecnie nie obowiązują np. „*cenę maksymalne*”.

Podkreślić także należy, że współczesne komentarze do art. 138 KW powielają tezy sformułowane w dwóch podstawowych pozycjach literatury prawniczej z lat 70. i 80. XX w. Pierwszą jest komentarz do KW: J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *Kodeks wykroczeń: Komentarz*, Warszawa 1974. Drugim jest publikacja: A. Gubiński, *Prawo*

<sup>2</sup> T. Bojarski [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, LEX 2017 – komentarz.

<sup>3</sup> M. Kulik [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 877.

<sup>4</sup> M. Zdrojewska [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 621.

wykroczeń, Warszawa 1985. Tego rodzaju okoliczność ma również wpływ na sposób rozumienia przepisu w literaturze prawniczej oraz w orzecznictwie sądów powszechnych niższych instancji, którym rzadko przychodzi orzekać w przedmiocie odpowiedzialności z art. 138 KW.

W doktrynie przyjmuje się, że usługą w rozumieniu art. 138 KW jest działanie podjęte w celu zarobkowym, a polegające na zaspokajaniu potrzeb innego człowieka. Jako przykład typowych usług wskazuje się usługi np. szewskie, krawieckie, drukarskie. Przez świadczenie należy rozumieć świadczenie udzielane w toku prowadzenia działalności usługowej, np. związanej z usługami drukarskimi<sup>5</sup>. Odmowa wyraża się w niewykonaniu usługi pomimo istnienia takiego obowiązku i żądania wykonania usługi ze strony klienta. Obejmuje zatem przypadek, kiedy sprawca twierdzi, że nie wykona usługi. W doktrynie przyjmuje się, że odmowa świadczenia ma miejsce w każdym przypadku, kiedy osoba zajmująca się zawodowo świadczeniem usług nie podejmie się wykonania usługi bez jakiegoś szczególnego powodu. Obowiązek świadczenia usług definiuje się bowiem jako pozostawanie do dyspozycji każdego, kto żąda świadczenia za zapłatą<sup>6</sup>. Sprawca jest obowiązany do realizacji usługi, tzn. pozostaje do dyspozycji każdego, kto żąda świadczenia za zapłatą<sup>7</sup>. W ocenie przedstawicieli doktryny w przypadku gdy potencjalny nabywca składa zamówienie, w którym żąda wykonania usługi na zasadach ogólnych, oferując zapłatę, ten ostatni ma obowiązek wykonać usługę<sup>8</sup>.

Zgodnie z poglądem wyrażonych w piśmiennictwie sprawcą wykroczenia z art. 138 KW może być tylko osoba zajmująca się zawodowo świadczeniem usług, przy czym to pojęcie należy rozumieć szeroko. Nie ma znaczenia, czy jest to właściciel, czy pracownik, jaka jest forma własności usługodawcy i jego status prawny. Sprawcą może być także ten, kto jest zatrudniony przy innej pracy, jeżeli tylko okresowo wykonuje prace usługowe<sup>9</sup>.

Omawiając obowiązywanie przepisu art. 138 KW nie sposób nie zauważyć, że w realiach postępowania prowadzonego przeciwko A J , zarzutem kierowanym pod jego adresem było niezasadne selekcjonowanie kontrahentów z uwagi na profil ich działalności. W tym stanie rzeczy warto odnieść się do tego czy kwestia „selekcjonowania” kontrahentów jest w polskim prawie uregulowana i czy w tym zakresie polski ustawodawca nie przewidział rozwiązań mających na celu przeciwdziałania nierównego traktowania podmiotów. Na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć twierdząco. Zagadnienie powyższe zostało uregulowane w ustawie z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz.U. 2010 nr 254 poz. 1700). Wspomniany akt normatywny reguluje nie tylko zakazy tzw. dyskryminacji z uwagi na konkretne kryterium, ale

---

<sup>5</sup> M. Michalska-Warias [w:] T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Flieger-Piórkowska, M. Szwarczyk, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 397.

<sup>6</sup> M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 484.

<sup>7</sup> B. Kurzępa [w:] (pr. zb.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2008).

<sup>8</sup> M. Kulik [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, s. 877.

<sup>9</sup> J. Bafia [w:] J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, 1980, s. 326.



również przewiduje określone środki ochronne, które przysługują poszkodowanym (pokrzywdzonym) w takich przypadkach. Do stanu faktycznego sprawy zawisłej przed Sądami obu instancji zastosowanie ma konkretnie art. 6 ustawy, który stanowi: „Zakazuje się nierównego traktowania osób fizycznych ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość w zakresie dostępu i warunków korzystania z zabezpieczenia społecznego, usług, w tym usług mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw lub energii, jeżeli są one oferowane publicznie”. W ramach kryteriów różnicujących sytuację ustawodawca przewidział, że niezgodne z polskim prawem jest wyłącznie różnicowanie ze względu na: 1) płeć, 2) rasę, 3) pochodzenie etniczne, 4) narodowość.

W tym stanie rzeczy zrozumiałe jest coraz częstsze stosowanie przepisu art. 138 KW jako zastępczego przepisu mającego przeciwdziałać tzw. dyskryminacji w sferze dostępu do usług z uwagi na kryterium niewymienione w art. 6 w.w. ustawy. Podkreślenia wymaga, że oprócz postępowania prowadzonego przeciwko skarżącemu, w ostatnim czasie w debacie publicznej głośno było np. o sprawie trenera sztuk walki z Poznania, który nie wyraził zainteresowania prowadzenia szkoleń na rzecz jednej z organizacji społecznych<sup>10</sup>.

#### **IV. Niezgodność art. 138 KW z art. 53 ust. 1 Konstytucji RP**

##### **1) Wzorzec konstytucyjny – art. 53 ust. 1 Konstytucji RP i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP**

Gwarancja wolności sumienia i wyznania, rozumiana jako prawo indywidualne każdej z osób została określona w art. 53 Konstytucji RP. Zgodnie z ust. 1 tego przepisu: „Każdemu zapewnia się wolność sumienia i religii”. W myśl ust. 2 art. 53 Wolność religii obejmuje wolność wyznawania lub przyjmowania religii według własnego wyboru oraz uzewnętrzniania indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie, swojej religii przez uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. Wolność religii obejmuje także posiadanie świątyń i innych miejsc kultu w zależności od potrzeb ludzi wierzących oraz prawo osób do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie się znajdują.

Prawo jednostki do tzw. „sprzeciwu sumienia” początkowo Europejska Komisja Praw Człowieka rozważała na tle spraw związanych z odmową pełnienia służby wojskowej, utrzymując przez długi czas, że prawa tego nie gwarantuje ani Europejska Konwencja Praw Człowieka z 1950 r. ani żaden z jej protokołów<sup>11</sup>. Zmiana tego stanowiska nastąpiła w wyroku z 7 lipca 2011 r. Bayatyan przeciwko Armenii (skarga nr 23459/03), w którym ETPC przyjął pod wpływem przemian w państwach europejskich, że sprzeciwianie się służbie wojskowej, jeżeli jest umotywowane poważnym i niemożliwym do pokonania konfliktem między obowiązkiem służby i sumieniem danej

<sup>10</sup> <https://dorzeczy.pl/kraj/29676/Odmowil-zajec-osobom-LGBT-RPO-straszy-instruktora-krav-magi-konsekwencjami.html>; <http://poznan.wyborcza.pl/poznan/7,36001,21815411,nie-chcial-uczyc-krav-magi-osoby-lgbt-teraz-moze-stanac-przed.html>.

<sup>11</sup> Por. np. decyzja z 6 grudnia 1991 r., Tomi Autio przeciwko Finlandii, skarga nr 17086/90.

osoby albo jego głębokimi i autentycznymi przekonaniem religijnymi, ma wystarczającą siłę przekonywania, powagę, spójność i znaczenia, aby objąć je gwarancjami przewidzianymi w art. 9 Konwencji.

Pogląd taki podzielał również Rzecznik Praw Obywatelskich<sup>12</sup> Wiesław Johann i Biruta Lewaszkiewicz-Pertykowska stwierdzają, że *„na straży wolności sumienia stoi prawo powołania się na klauzulę sumienia i odmowy wykonania czynności sprzecznej z własnym sumieniem. (...) Nie można chronić w sposób rzeczywisty nienaruszalnych praw człowieka, bez ochrony jego sumienia. Wolność sumienia odzwierciedla bowiem godność człowieka. Jej ochrona jest niezbędna dla gwarantowania istotnej treści niektórych podstawowych praw, takich jak wolność wyrażania własnych przekonań etycznych, filozoficznych lub religijnych. (...) Możliwość powoływania się na klauzulę sumienia uznawana jest za prawo o charakterze fundamentalnym, którego ograniczenie może wystąpić zupełnie wyjątkowo”*<sup>13</sup>. Prawo jednostki do odwołania się do „klauzuli sumienia” stoi zatem na straży nie tylko wolności sumienia, ale także godności osoby ludzkiej, która jest prawem przyrodzonym i niezbywalnym.

Wolność sumienia ma w Rzeczypospolitej Polskiej silną podstawę zarówno w aktach prawa międzynarodowego, jak i w przepisach Konstytucji RP. Już preambuła Konstytucji zawiera odniesienia do sumienia, stanowiąc o *„poczuciu odpowiedzialności każdego obywatela przed Bogiem i własnym sumieniem”*. W art. 25 ust. 2 Konstytucji RP umiejscowionym w 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 (wprowadzając 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 z perspektywy niniejszego postępowania 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*

---

<sup>12</sup> Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 21 lipca 2014 r., skierowane do Ministra Zdrowia, nr L812.8.2014.AM.

<sup>13</sup> W. Johann, B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wolność sumienia i wyznania w orzecznictwie konstytucyjnym – status jednostki*, [w:] *Wolność sumienia i wyznania w orzecznictwie konstytucyjnym. XI Konferencja Europejskich Sądów Konstytucyjnych, Warszawa 16–20 maja 1999*, „Biuletyn Trybunału Konstytucyjnego” 1999, nr specjalny, s. 21.

*pierwszą, wręcz rudymenarną wolnością, kluczową dla całego systemu praw i wolności*<sup>14</sup>. Jest wolnością tkwiącą w samej naturze człowieka, stąd określa się ją jako przyrodzoną, a więc 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 RP personalistycznej koncepcji praw i wolności, której świadectwem jest szereg jest przepisów<sup>15</sup>. Według niektórych autorów wolność sumienia i religii związane są bezpośrednio ze statuowaną w art. 30 Konstytucji godnością człowieka, która stanowi źródło praw i wolności. Godność człowieka wyraża się między innymi we wrodzonym (immanentnym) poszukiwaniu i przeżywaniu przez niego pewnych wartości transcendentnym, do czego wyraźnie nawiązuje preambuła Konstytucji RP, tworząc tym samym podstawę uznania wolności zawartych w art. 53 Konstytucji<sup>16</sup>.

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 jej granic ochrony czy tolerancji. Tymczasem wolność ta jest uznawana za ponadpozytywną i aksjologicznie związaną z samą naturą człowieka, będącą istotnym elementem jego godności. Stąd system prawny, który by jej nie gwarantował, „*byłby ad initio niepełnym nieskutecznym i nieefektywnym, a w konsekwencji także niedemokratycznym, bo odbiegającym od wzorca państwa respektującego konieczne minimum minimorum w zakresie ochrony praw człowieka*”<sup>17</sup>.

Przepis art. 53 ust. 1 Konstytucji RP był przedmiotem wypowiedzi również polskiego TK. W orzecznictwie Trybunału wskazano, że wolności sumienia jest „*nie tylko wolnością jednostki o charakterze osobistym, lecz także zasadą ustrojową co odpowiednio zwiększa rangę tej wolności*”<sup>18</sup>. W wyroku z dnia 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14 (w sprawie tzw. „klauzuli sumienia” - OTK-A 2015/9/143) Trybunał uznał, że w świetle art. 53 ust. 1 Konstytucji RP oraz aktów prawa międzynarodowego, prawo do sprzeciwu sumienia powinno być uznane za prawo pierwotne względem jego ograniczeń. Wolność sumienia – w tym ten jej element, którym jest sprzeciw sumienia – musi być respektowana niezależnie od tego, czy istnieją przepisy ustawowe ją potwierdzające. Ustawodawca nie może więc dowolnie kształtować albo znosić tego „przywileju”, lecz musi respektować konstytucyjne warunki ustanawiania ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela. Co za tym idzie Trybunał potwierdził, że wolność sumienia danej osoby polega na zakazie zmuszania kogokolwiek (w tym w drodze przymusu władzy publicznej – np. poprzez karanie w postępowaniach przed sądem) do czynienia tego z czym dana osoba się nie zgadza.

---

<sup>14</sup> J. Szymanek, *Wolność sumienia i wyznania w Konstytucji RP*, „Przegląd Sejmowy” nr 2/2006, s. 39.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 41-42.

<sup>16</sup> P. Sarnecki, *Komentarz do art. 53 Konstytucji*, [w:] L. Garlicki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskie. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2003, pkt 4, s. 2.

<sup>17</sup> J. Szymanek, *Wolność sumienia i wyznania...*, s. 39.

<sup>18</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 grudnia 2014 r., sygn. akt K 52/13.

Konstytucyjne rozróżnienie wolności i praw człowieka i obywatela, oznacza, że w przypadku wolności (tzn. „prawa wolnościowe”) ustawa zasadnicza kładzie nacisk na zakaz ingerencji władzy publicznej oraz osób trzecich w gwarantowaną sferę zachowań jednostki<sup>19</sup>. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się, że konstytucyjne prawa wolnościowe zakładają nie tylko wolność od nieuzasadnionych nakazów i zakazów prawnych, ograniczających swobodę jednostki, oraz wolność od nieuzasadnionego stosowania środków przymusu fizycznego, ale również wolność od innych nieuprawnionych form ingerencji w sferę prawnie chronionych dóbr jednostki, w celu ograniczenia swobody kształtowania jej postępowania zgodnie z dokonaniem przez nią wyborem w określonej dziedzinie<sup>20</sup>.

Oczywiście Konstytucja RP w art. 31 ust. 3 przewiduje możliwość ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych. Przepis ten stanowi, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wypowiadał się na temat rozumienia art. 31 ust. 3 oraz sformułowanych przez ten przepis przesłanek ograniczania praw i wolności konstytucyjnych. W szczególności wiele orzeczeń dotyczyło sformułowanej w tym przepisie zasady proporcjonalności. Trybunał wskazał, że ograniczenia wolności i praw konstytucyjnych *muszą uwzględniać konieczność każdorazowego wyważenia rangi prawa czy wolności poddanego ograniczeniu oraz rangi prawa, czy zasady to ograniczenie uzasadniającej. Nie zachowanie koniecznej w tym przypadku proporcjonalności, bądź stwierdzenie, że przyjęte ograniczenie jest w niepotrzebny sposób nadmierne, skutkować może niekonstytucyjność danej regulacji*<sup>21</sup>. W tym kontekście warto przywołać elementy, które w ocenie Trybunału Konstytucyjnego, powinny zostać zbadane w przypadku podnoszenia zarzutu nieproporcjonalnego ograniczenia wolności i praw konstytucyjnych. W orzeczeniu z dnia 26 kwietnia 1995 r., sygn. akt K 11/94 Trybunał stwierdził, że należy zadać następujące pytania: *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?*<sup>22</sup> Od odpowiedzi na te pytania zależy wniosek czy dana regulacja w sposób niedopuszczalny ogranicza wolności i prawa konstytucyjne.

---

<sup>19</sup> K. Wojtyśzek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 24-28.

<sup>20</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 lutego 2006 r., sygn. SK 45/04, OTK-A 2006/3/33.

<sup>21</sup> Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 stycznia 1993 r. Sygn. akt U 10/92, OTK 1993/1/2.

<sup>22</sup> Orzeczenie z dnia 26 kwietnia 1995 r., sygn. akt K 11/94, OTK 1995/1/12.

## 2) Porównanie kontrolowanego przepisu i wzorca konstytucyjnego

Powyżej przedstawiona analiza brzmienia i wykładni art. 138 KW, sposobu jego stosowania oraz omówienie wolności sumienia zagwarantowanej w art. 53 ust. 1 Konstytucji RP pozwala na ocenę konstytucyjności zaskarżonej regulacji normatywnej.

Skarżący podnosi, iż przepis art. 138 KW w zakresie w jakim nie przewiduje braku odpowiedzialności za wykroczenie z tego przepisu w sytuacji odmowy świadczenia usługi przez osobę zawodowo zajmującą się działalnością tego rodzaju, z uwagi na niezgodność treści lub formy usługi żądanej przez kontrahenta z sumieniem, przekonaniami i wyznawanymi wartościami, jest niezgodny z art. 53 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Nie ma wątpliwości, że ustawodawca przewidział w art. 138 KW sankcję publicznoprawną za zachowanie realizujące znamiona wykroczenia. Pokreślić przy tym należy, że Kodeks Wykroczeń reguluje odpowiedzialność za czyn społecznie szkodliwy, zabroniony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia pod groźbą kary aresztu, ograniczenia wolności, grzywny do 5000 zł lub nagany (art. 1 § 1 KW). Sankcja za popełnienie wykroczenia jest zatem sankcją, która w sposób najradykałniejszy godzi w prawa i wolności konstytucyjne. W swej istocie przypomina bowiem sankcję za popełnione przestępstwo, stanowiącą najdalej idący sposób ingerencji w wolności i prawa człowieka.

Przepis art. 138 KW wprost nie przewiduje sytuacji, w której korzystanie z wolności sumienia stanowiłoby podstawę do pociągnięcia do odpowiedzialności za wykroczenie. Norma sankcjonowana dotyczy bowiem zachowania każdego *kto, zajmując się zawodowo świadczeniem usług (...), umyślnie, bez uzasadnionej przyczyny odmawia usług, do którego jest obowiązany*. Jak wskazano wyżej w doktrynie prawa wykroczeń przepis art. 138 KW przewiduje odpowiedzialność nie tylko przedsiębiorcy, ale również praktykanta, pracownika zatrudnionego przez przedsiębiorcę, stażysty czy nawet osoby świadczącej usługi nielegalnie. Warunkiem odpowiedzialności jest bowiem status osoby jako tej, która zawodowo zajmuje się świadczeniem usług. Mogą to być zatem usługi różnego rodzaju, jak np. poligraficzne, medyczne, prawnicze, z zakresu tłumaczeń z języków obcych, itp. Ustawodawca w żaden sposób nie determinował zastosowania sankcji z art. 138 KW od przekonań osoby zawodowo zajmującej się świadczeniem usług.

Jednocześnie – jak wynika z przywołanych poglądów sądów powszechnych w postępowaniu przeciwko skarżącemu – jak również poglądów doktryny, warunek odpowiedzialności za wykroczenie nie jest uzależniony od dokonania czynności prawnej, a zatem – z reguły – od zawarcia umowy między osobą świadczącą usługi, a kontrahentem, który zgłasza się z żądaniem wykonania usługi. Wola sprawcy wykroczenia zawarcia umowy oraz ustalenia istotnych jej postanowień z punktu widzenia treści art. 138 KW, jest irrelevantna.

Powyższe prowadzi do wniosku, że każda osoba zawodowo świadcząca i oferująca usługi dowolnego rodzaju, jest *de facto* zobowiązana do świadczenia ich w przypadku żądania skorzystania z usług przez potencjalnego kontrahenta. Ustawodawca

wprowadził od tej reguły jeden wyjątek. Jest nim podanie *uzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia*. W tym stanie rzeczy konieczne jest odwołanie się do sposobu rozumienia tego zwrotu w doktrynie i orzecznictwie sądów powszechnych. Pozwala to bowiem na rekonstrukcję normy prawnej z przepisu art. 138 KW. Powyżej przywołana analiza pozwala na stwierdzenie, że taką *uzasadnioną przyczyną* jest jedynie sytuacja technicznej niemożliwości wykonania żądanej przez kontrahenta usługi (np. z uwagi na nieprzewidzianą awarię maszyny) lub faktyczny brak umiejętności wykonania usługi (np. stolarz, który nie potrafi wykonać bardzo skomplikowanej szafy). Są to zatem okoliczności obiektywne i niejako „zewnętrzne” wobec samego świadczącego usługi.

Polski prawodawca nie przewidział w uregulowaniu z art. 138 KW sytuacji, w której przyczyna odmowy świadczenia usługi jest odmienna i wynika z rzeczywiście respektowanych i wyznawanych przekonań oraz wartości osoby zawodowo zajmującej się świadczeniem usług. Chodzi tutaj oczywiście nie o arbitralną i subiektywną wolę niewykonania świadczenia przez oferującego usługi, ale o odmowę znajdującą uzasadnienie w przekonaniach samego odmawiającego, które mogą być wykazane dotychczasową jego postawą życiową (np. zaangażowaniem w życie wspólnoty dzielącej wartości i przekonania danej osoby, respektowaniem reguł danej doktryny itp.). Podkreślenia przy tym wymaga, że istota wolności sumienia zostaje naruszona jedynie w przypadku sprzeczności treści czy formy usługi żądanej przez kontrahenta z przekonaniem samego usługodawcy. Poza jakimikolwiek wątpliwościami pozostaje to, że przyczyną odmowy świadczenia usługi nie mogą być cechy kontrahenta (np. płeć, rasa, wyznanie, orientacja seksualna), a jedynie pragnienie niezaangażowania się w popieranie postulatów, z którymi świadczący usługi się nie zgadza.

Przy przyjęciu powyższych założeń, w sposób naturalny można bowiem przewidzieć sytuacje, w których świadczący usługi staje przed żądaniem kontrahenta wykonania usługi o treści lub formie rażąco godzącej w deklarowany i wyznawany przez niego światopogląd. Można zatem wyobrazić sobie sytuację, w której usługodawca dzielący wartości religii katolickiej, zostanie zobowiązany przez kontrahenta do wykonania usługi jawnie obrażającej jego wiarę (np. poprzez wytworzenie prześmiewczego materiału obrażającego postulaty albo symbole wiary czy samą głowę Kościoła Katolickiego; poprzez zobowiązanie do wydrukowania materiałów satanistycznych). Innym przykładem jest sytuacja, w której osoba np. pochodząca z rodziny doświadczonej w wydarzeniu jakim była Zagłada Narodu Żydowskiego, z racji zawodowego zajmowania się świadczeniem usług z zakresu prowadzenia kampanii reklamowych i promocji, zostanie zobowiązana do przeprowadzenia kampanii promocyjnej organizacji czy polityka o poglądach zbliżonych do nazistowskich. Istotny problem dotyczy usługodawców, którzy prowadzą działalność gospodarczą z zakresu usług drukarskich i poligraficznych. Pomimo niechęci do wspierania procederu świadczenia odpłatnych usług seksualnych, nie mają oni możliwości odmówienia druku materiału reklamowego popularyzującego tego rodzaju aktywność.

Podanie kilku przykładów pozwala na wyjaśnienie istoty nieproporcjonalnej ingerencji ustawodawcy w wolność sumienia, o której mowa w art. 53 ust. 1 Konstytucji RP. Wskazać przy tym należy, że w przypadku usługodawców, rola wykonywanego

przez nich świadczenia nie polega na znoszeniu, a właśnie na działaniu w celu promowania treści czy działalności samego kontrahenta. Innymi słowy: wymaga konkretnego zaangażowania w wykonanie usługi (*facere*). Podobnie jak w przypadku skarżącego, jego rola w okolicznościach sprawy zawisłej przed Sądem Rejonowym

w Ł. . . . . sprowadzała się do udziału w promocji postulatów organizacji . . . . . , której działalność pozostawała w sprzeczności z wyznawanymi przez niego wartościami. Innymi słowy: A . . . . . J . . . . . poprzez powstrzymanie się od wykonania usługi zadeklarował, że nie chce „przykładać ręki” do promowania postulatów, z którymi rażąco się nie zgadza. Nie było przy tym istotne to, kto zwraca się o wykonanie tego rodzaju usługi, bowiem na etapie składania zamówienia skarżący wiedzy o tym nie posiadał.

W tym kontekście warto zwrócić uwagę, że norma wywiedziona z art. 138 KW nie jest proporcjonalnym ograniczeniem wolności i praw konstytucyjnych, a co za tym idzie narusza również art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ustrojodawca przewidział w w.w. regulacji, że warunkiem ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych może nastąpić tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

W przypadku świadczenia usług i sankcjonowania niezasadnej jego odmowy z uwagi na treść czy formę żądanej usługi, w grę może wchodzić wyłącznie ograniczenie wolności sumienia z uwagi na *wolności i prawa innych osób*. Z reguły bowiem – tak jak w przypadku skarżącego A . . . . . J . . . . . – wolność sumienia popada w kolizję z realizacją innej wolności: wolności wyrażania poglądów oraz wolność rozpowszechniania informacji (art. 54 ust. 1 Konstytucji RP). Trudno znaleźć inną wolność czy prawo, które popadałoby w konflikt z wolnością sumienia (art. 53 ust. 1 Konstytucji RP) w przypadku świadczenia usług między równorzędnymi podmiotami. Wyłącznie zatem w tym stanie rzeczy może się zdarzyć, że niewyrażenie woli na wykonanie usługi z uwagi na treść lub formę usługi może potencjalnie mieć wpływ na wolność podmiotu zainteresowanego usługą do wyrażania poglądów czy rozpowszechniania informacji. Podkreślenia przy tym wymaga, że niewykonanie usługi żądanej przez podmiot występujący w obrocie w żaden sposób nie ogranicza wolności wyrażania poglądów oraz wolności rozpowszechniania informacji. Polega bowiem na nieczynieniu (*non facere*), a zatem nie istnieje działanie utrudniające czy ograniczające wolności określone w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP. Osoba zawodowo świadcząca usługi ma obowiązek poszanowania (znoszenia – *pati*) poglądów i przekonań kontrahentów w obrocie cywilnoprawnym, jednakże trudno od niej wymagać czynnego zaangażowania w promowanie poglądów, z którymi się nie zgadza.

Istotne jest, że w żadnym wypadku możliwość odmowy świadczenia usług przez usługodawców z uwagi na treść lub formę usługi, nie godzi w wolność określoną w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP. Sytuacje, w których może dojść do takiej odmowy występują wyłącznie w przypadku usług powszechnie dostępnych (np. usługi poligraficzne, drukarskie, reklamowe, z zakresu kampanii promocyjnych). Cechą charakterystyczną

rynku Rzeczypospolitej Polskiej jest to, że nie ma żadnego zagrożenia dla niemożności zrealizowania wolności określonej w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP przez podmiot, który z tej wolności chciał skorzystać. Doskonałym przykładem tego stanu rzeczy jest postępowanie pokrzywdzonej F z W, która bez problemów w innym zakładzie

Ponadto obowiązywanie art. 138 KW przewidującego bardzo restrykcyjną sankcję za odmowę świadczenia usługi jest zbędne w sytuacji obowiązywania przepisów gwarantujących dostęp do dóbr i usług dla obywateli. W szczególności chodzi tutaj o przepisy ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz.U. 2010 nr 254 poz. 1700), które zostały przedstawione powyżej. Odmienną podstawą poszukiwania ochrony w przypadku odmowy świadczenia usług jest ponadto art. 24 § 1 KC. Skoro zatem ustawodawca zdecydował się na sankcjonowanie na gruncie cywilnoprawnym ograniczania w dostępie do dóbr i usług, to zupełnie nieproporcjonalne jest utrzymywanie w porządku prawnym dalej idącej normy prawnej wywiedzionej z art. 138 KW.

**V. Nie zgodność art. 138 KW z art. 20, art. 22 Konstytucji RP, art. 31 ust. 1, art. 31 ust. 2 zd. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP**

**1) Wzorzec konstytucyjny – art. 20 i art. 22 Konstytucji RP, art. 31 ust. 1, art. 31 ust. 2 zd. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP**

Zgodnie z art. 20 ustawy zasadniczej *społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej*. Ponadto zgodnie z art. 22 Konstytucji RP. *Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny*. W myśl art. 31 ust. 1 ustawy zasadniczej wolność człowieka podlega ochronie prawnej. Zgodnie z art. 31 ust. 2 zd. 2 Konstytucji RP *nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje*. Z kolei przepis art. 31 ust. 3 Konstytucji – którego istota została wyżej omówiona – stanowi, iż ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Wolność działalności gospodarczej jest także proklamowana w aktach praw o charakterze międzynarodowym. Przepisy odnoszące się do tej sfery praw i wolności zamieszczone są razem z innymi przepisami dotyczącymi praw człowieka<sup>23</sup>. Także inne

---

<sup>23</sup> P. Kuczma, Prawa człowieka w zarysie, Polkowice 2012, s. 14.



konstytucje demokratycznych państw wymieniają wolność gospodarczą wśród fundamentalnych praw i wolności człowieka<sup>24</sup>.

Polska ustawa zasadnicza posługuje się pojęciem *wolności działalności gospodarczej*. Niniejszego określenia użyto w art. 20 i 22. Unormowania te usytuowano w rozdziale I pt. „Rzeczpospolita”, w którym znajdują się naczelne zasady z punktu widzenia ustroju i funkcjonowania państwa. Między innymi na ta zasada dała fundamenty do ustroju społecznego i gospodarczego III RP<sup>25</sup>.

Podkreślenia wymaga, że proklamowana na gruncie ustawy zasadniczej wolność działalności gospodarczej jest zarówno zasadą ustroju gospodarczego Rzeczpospolitej Polskiej, jak i gwarantowanym konstytucyjnie prawem podmiotowym. K. Strzyczkowski stwierdza, że *“wolność działalności gospodarczej określona w art. 20 i 22 Konstytucji RP stanowi nie tylko normę prawa przedmiotowego i zasadę ustroju gospodarczego państwa, ale także podstawę konstytucyjnego prawa podmiotowego”*<sup>26</sup>. Podobny pogląd znalazł wyraz w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego<sup>27</sup>. Stanowi zatem wzorzec konstytucyjny, który może stanowić podstawie uznania przepisu art. 138 KW za niezgodny z ustawą zasadniczą.

Przepisy art. 20 i art. 22 Konstytucji RP powinny być traktowane łącznie, jako te które kształtują zakres oraz treść wolności działalności gospodarczej. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny, treść normatywną art. 22 Konstytucji należy odczytywać w kontekście art. 20 Konstytucji RP. Art. 22 Konstytucji nie proklamuje bowiem samoistnie zasady wolności działalności gospodarczej. Przepis ten nie określa, jaka jest treść tej wolności i sfera działań, które są realizacją wolności działalności gospodarczej, lecz dotyczy konstytucyjnych wymogów ograniczenia wolności działalności gospodarczej<sup>28</sup>. Wyrażenie *wolność działalności gospodarczej* należy rozumieć zarówno jako wolność wyboru działalności gospodarczej, jak i wolność jej wykonywania<sup>29</sup>.

W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał zajmował się kilkakrotnie treścią prawa podmiotowego wynikającego z art. 20 oraz art. 22 Konstytucji, w tym m. in., jakim podmiotom to prawo przysługuje. Trybunał stwierdził m.in., że: *“Z użycia w art. 20 i art. 22 Konstytucji zwrotu «wolność działalności gospodarczej» wynika, że chodzi o działalność jednostek (osób fizycznych) oraz instytucji «niepaństwowych» (czy też - szerzej rzecz ujmując - niepublicznych), które mają prawo do samodzielnego decydowania o udziale w życiu gospodarczym, zakresie i formach tego udziału, w tym możliwie swobodnego*

---

<sup>24</sup> Por. np. postanowienia ustaw zasadniczych np. we Włoszech (z 1947 r.), Hiszpanii (z 1978 r.), na Węgrzech (po modyfikacjach z 1990 r.), Słowacji (z 1992 r.).

<sup>25</sup> P. Kuczma, *Konstytucyjne ujęcie wolności działalności gospodarczej*, „Prace naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu”, 2014, nr 371, s. 229.

<sup>26</sup> Por. K. Strzyczkowski, *Konstytucyjna zasada społecznej gospodarki rynkowej jako podstawa tworzenia i stosowania prawa* [w:] C. Kosikowski (red.), *Zasady ustroju społecznego i gospodarczego w procesie stosowania Konstytucji*, Warszawa 2005, s. 22.

<sup>27</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt K 24/02, OTK-A 2003/2/11.

<sup>28</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 33.

<sup>29</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 czerwca 2005 r., sygn. akt K 23/04, OTK ZU nr 6/A/2005, poz. 62.

*podejmowania różnych działań faktycznych i prawnych, mieszczących się w ramach prowadzenia działalności gospodarczej*<sup>30</sup>.

Ponadto, jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w jednym ze swoich orzeczeń: *Istotą wolności prowadzenia działalności gospodarczej rozumianej jako publiczne prawo podmiotowe jest swoboda podmiotu prawa prywatnego podjęcia oraz wykonywania tej działalności. Zarówno na organach władz publicznych, jak i na innych podmiotach prawa spoczywa z kolei obowiązek powstrzymywania się od ingerowania - w formie działań prawnych i/lub faktycznych - w dziedzinę wolnej gospodarki. Podmiot korzystający z wolności podejmuje podstawowe decyzje w kilku kwestiach. W szczególności decyduje o: podjęciu działalności w określonej dziedzinie; o sprecyzowaniu przedmiotu działalności; doborze i kształtowaniu formy prawno-organizacyjnej działalności; sposobach i zakresie prowadzenia działalności, w tym działalności w sferach: kontraktowej, konkurencyjnej, koncentracji i inwestowania; ograniczeniu, zawieszeniu albo zaprzestaniu prowadzenia działalności*<sup>31</sup>.

Dla przedstawienia argumentacji zawartej poniżej w skardze konstytucyjnej, konieczne jest przywołanie poglądów Trybunału Konstytucyjnego na temat fundamentalnej swobody, stanowiącej element wolności działalności gospodarczej, jaką jest swoboda kontraktowania. Nie jest ona w Konstytucji RP proklamowana wprost. W polskim porządku prawnym jest gwarantowana w art. 353<sup>1</sup> KC: Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Jak wskazuje P. Machnikowski: *Swoboda umów zobowiązaniowych nie została ustanowiona przez Konstytucję, ale na podstawie wielu postanowień konstytucyjnych (zwłaszcza art. 20, 30 oraz 31 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, a także innych przepisów dotyczących poszczególnych wolności)*<sup>32</sup>.

Trybunał Konstytucyjny wywodzi gwarancję konstytucyjną swobody kontraktowania z treści art. 31 ust. 1, art. 31 ust. 2 zd. 2 Konstytucji RP, wolności działalności gospodarczej (art. 20 i 22 Konstytucji RP) oraz deklarowanej w art. 20 ustawy zasadniczej społecznej gospodarki rynkowej.

W wyroku TK z dnia 7 maja 2001 r., sygn. akt K 19/00<sup>33</sup> wprost wskazał, że *podziela stanowisko wnioskodawcy, iż swoboda umów zawieranych w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, a dokładniej - swoboda kształtowania ich treści, należy do istotnych elementów przedmiotowych wolności działalności gospodarczej w konstytucyjnym rozumieniu tego terminu*. Jednocześnie w wyroku z dnia 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02<sup>34</sup>, iż z art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji w sposób najpełniejszy

---

<sup>30</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 maja 2001 r., sygn. akt K 19/00, OTK ZU nr 4/2001, poz. 82, cyt. za: postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 stycznia 2010 r., sygn. akt SK 35/08, OTK-A 2010/2/16.

<sup>31</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 stycznia 2010 r., sygn. akt SK 35/08, OTK-A 2010/2/16.

<sup>32</sup> P. Machnikowski [w:] E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 538.

<sup>33</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 maja 2001 r., sygn. akt K 19/00, OTK ZU nr 4/2001.

<sup>34</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02, OTK-A 2003/4/33.

wynika, że nie wolno nikogo zmuszać do zawarcia umowy lub zakazywać mu zawarcia umowy, ani zmuszać do wyboru określonego kontrahenta, ani narzucać mu jej konkretnych postanowień. (...) Zasadę swobody umów można rozpatrywać także w kontekście innych norm rangi konstytucyjnej. W pewnym zakresie jest ona związana z zasadą społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji). Oczywiście jest bowiem, że rynkowy charakter gospodarki może być urzeczywistniony tylko przez zapewnienie swobody kształtowania się stosunków ekonomicznych przez zawieranie umów, przy istnieniu mechanizmu popytu i podaży. Zasada ta akcentuje jednak w sposób szczególny pewien aspekt swobody umów, a mianowicie możliwość „rynkowego” (bez ingerencji państwa) ustalania cen towarów i usług w drodze umownej. Bez swobody umów w tym zakresie nie można zatem wyobrazić sobie funkcjonowania prawa popytu i podaży, a zatem i gospodarki rynkowej. Można więc stwierdzić, że w tym szczególnym zakresie (ustalenie ceny) obowiązywanie zasady swobody umów „wzmocnione” jest przez wskazaną wyżej zasadę konstytucyjną.

Analiza art. 31 ust. 3 Konstytucji RP przedstawiona powyżej w skardze jest także aktualna w celu uzasadnienia drugiego z wniosków o stwierdzenie niezgodności art. 138 KW z ustawą zasadniczą.

## **2) Porównanie kontrolowanego przepisu i wzorca konstytucyjnego**

Skarżący podnosi, że przepis art. 138 KW w zakresie w jakim przewiduje odpowiedzialność za wykroczenie osoby zawodowo zajmującej się świadczeniem usług z uwagi na umyślną nieuzasadnioną odmowę świadczenia usługi, bez warunku uprzedniego zawarcia umowy na świadczenie usługi i uzgodnienie istotnych elementów tej umowy, jest niezgodny z art. 20 w zw. z art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz z art. 31 ust. 1 i art. 31 ust. 2 zd. 2 Konstytucji RP.

Istota naruszenia wzorców konstytucyjnych przez przepis art. 138 KW sprowadza się do tego czy art. 138 KW – jako regulacja pochodząca z zupełnie odmiennego systemu społeczno-ekonomicznego – nie narusza aksjologii Konstytucji RP oraz wolności działalności gospodarczej wraz z fundamentalną dla niej swobodą umów. Wyżej wskazano, że konstytucyjną treść i zakres swobody kontraktowania Trybunał wywodził z art. 20, art. 22 oraz z art. 31 ust. 1 i ust. 2 zd. 2 ustawy zasadniczej.

Zasada swobody kontraktowania określona w art. 353<sup>1</sup> KC jest podstawowym przepisem wyrażającym ogólną normę kompetencyjną, pozwalającą podmiotom prawa cywilnego ustanawiać wiążące je normy postępowania (nakładać obowiązki i przyznawać uprawnienia) w drodze umów<sup>35</sup>. Zasada ta dotyczy nie tylko swobody kształtowania treści stosunku prawnego, ale również: swobodę decyzji o samym zawarciu umowy, swobodę wyboru kontrahenta, swobodę formy, w jakiej ma być umowa zawarta<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> P. Machnikowski [w:] E. Gniewek, *Kodeks cywilny...*, s. 538.

<sup>36</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., sygn. akt III CZP 166/94, OSN 1995, Nr 10, poz. 135.

Przepis art. 138 KW – co wynika z rozumienia go w orzecznictwie i doktrynie prawa wykroczeń – przewiduje odpowiedzialność za wykroczenie każdej osoby zawodowo zajmującej się świadczeniem usług, wyrażającą gotowość świadczenia usługi danego rodzaju. Tym samym do zakresu znamion wykroczenia z art. 138 KW należą swoiste cechy charakterystyczne sprawcy: prowadzenie przez niego działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu usług oraz publiczne oferowanie tych usług. Jak wyżej wskazano, przepis ten nie wyróżnia usług konkretnego rodzaju, ale znajduje zastosowanie wobec wszystkich usługodawców (np. z zakresu usług stolarskich, poligraficznych, prawniczych, medycznych, ubezpieczeniowych, hotelarskich). Stąd krąg osób, które mogą zostać pociągnięte do odpowiedzialności za wykroczenie z art. 138 KW jest bardzo duży.

Jak wynika z orzecznictwa sądów powszechnych, pokrzywdzonym czynem z art. 138 KW jest nie tylko *konsument* w rozumieniu art. 22<sup>1</sup> KC, a zatem *osoba fizyczna dokonująca z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową*. Taki wniosek, oparty o wykładnię systemową i fakt umiejscowienia tego przepisu w rozdziale XV KW, nie spotkał się z aprobatą sądów powszechnych, które orzekały w sprawie skarżącego. Tym samym, pokrzywdzonym w rozumieniu art. 25 § 1 KPW jest również podmiot żądający wykonania usługi w związku z prowadzoną przez siebie działalnością gospodarczą. Są nim w szczególności osoby prawne (w tym np. spółki, fundacje), jak i jednostki organizacyjne, o których mowa w art. 33<sup>1</sup> § 1 KC (np. wspólnoty mieszkaniowe). Pozwala to na przyjęcie tezy, że przepis art. 138 KW ma zastosowanie praktycznie wobec wszystkich stosunków cywilnoprawnych w obrocie gospodarczym, których przedmiotem są usługi.

Powyższe uwagi wskazują, że przepis art. 138 KW w istotny sposób ingeruje w wolność działalności gospodarczej oraz stanowi istotny przejaw ograniczania wolności przedsiębiorców. Znajduje on bowiem zastosowanie w przypadku usług każdego rodzaju, przewiduje odpowiedzialność za wykroczenie każdego podmiotu oferującego usługi publicznie (co zresztą jest warunkiem niezbędnym w gospodarce wolnokonkurencyjnej) oraz chroni każdą osobę czy podmiot, żądający wykonania usługi.

Dla oceny konstytucyjności przepisu art. 138 KW istotne jest ustalenie, że sankcja za wykroczenie z tego przepisu nie jest uwarunkowana uprzednim wyrażeniem przez usługodawcę woli zawarcia umowy z usługobiorcą, a tym samym uprzednim ustaleniem istotnych elementów umowy dotyczącej świadczonych usług. Przepis ten przewiduje odpowiedzialność za wykroczenie każdej *osoby będącej w stanie gotowości do świadczenia usługi*. Co za tym idzie, osoba zawodowo zajmująca się świadczeniem usługi już w momencie publicznego oferowania usługi i gotowości do jej świadczenia staje się zobligowana do zawarcia umowy z kontrahentem, który zwraca się do niej z żądaniem wykonania takiej usługi. Tytułem przykładu: osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą i świadcząca usługi z zakresu przewozu osób czy rzeczy, która nie zgodziłaby się na zawarcie umowy przewozu ze spółką, zalegającej jej w przeszłości z zapłatą za usługi, podlegałaby odpowiedzialności z art. 138 KW. Podobnie osoba świadcząca usługi drukarskie, która odmówi zawarcia umowy i nie wykona żądania

kontrahenta druku materiałów pornograficznych (legalnych w Polsce) czy materiałów promujących odpłatne usługi seksualne z uwagi na treść tych materiałów, także wypełniałaby znamiona art. 138 KW. Tego rodzaju spostrzeżenie prowadzi do wniosku, że w warunkach polskiego ustroju społeczno-ekonomicznego przedsiębiorca w ogóle nie posiada uprawnienia do kształtowania stosunku prawnego z usługobiorcą oraz do wyboru kontrahenta. Staje się przedmiotem a nie podmiotem stosunku cywilnoprawnego, wobec braku możliwości regulowania indywidualnie postanowień tego stosunku. Przepis art. 138 KW wymusza *de facto* na jednej stronie stosunku prawnego, konieczność wykonania usługi, tylko przy wyrażeniu przez drugą stronę (potencjalnego klienta) chęci zapłaty za usługę. Istotne jest bowiem, że w warunkach wolnej konkurencji między przedsiębiorcami czymś zupełnie naturalnym jest publiczne oferowanie usług (np. poprzez reklamę). W tym stanie rzeczy za zupełnie zbędne wydaje się utrzymywanie w polskim porządku prawnym w stosunku do osób zawodowo świadczących usługi przepisów np. art. 71 i art. 72 KC. Wobec brzmienia art. 138 KW negocjowanie postanowień umów między usługodawcą i potencjalnym kontrahentem jest praktycznie niemożliwe.

Podkreślić należy, że wolność kontraktowania stanowi jeden z fundamentów wolności działalności gospodarczej (art. 20 i 22 Konstytucji RP). W realiach funkcjonowania gospodarki konkurencyjnej i kapitalistycznej swoboda kontraktowania świadczy w ogóle o jej wartości. W systemach prawnych, w których nie istnieje możliwość doboru przez podmioty w obrocie handlowym kontrahentów, kształtowania treści stosunków prawnych w drodze zgodnego wyrażania woli (w szczególności cen czy wynagrodzenia za usługi), a nadto obowiązuje przymus zawierania umów o określonej treści, nie może być mowy ani o funkcjonowaniu gospodarki kapitalistycznej, ani o wolności działalności gospodarczej. Warto zwrócić uwagę, że wyłom od tej zasady może dotyczyć tych podmiotów, które – z uwagi na charakter danej usługi – posiadają na rynku pozycję monopolistyczną, albo niemalże monopolistyczną (np. podmiot będący właścicielem urządzeń przesyłania energii elektrycznej albo gazu). Rzeczywiście w takim przypadku w państwach o gospodarce kapitalistycznej dopuszczalne było i jest obecnie wprowadzenie regulacji zobowiązujących takie podmioty do zawierania umów z kontrahentami na świadczone przez usługi. Byłoby to oczywiście zgodne z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Na marginesie warto wskazać, że o tym, iż przepis art. 138 KW w ogóle nie przystoi do realiów polskiego ustroju społeczno-ekonomicznego świadczy fakt, że przewiduje on odpowiedzialność za wykroczenie również polegającym na *żądaniu i pobieraniu zapłaty wyższej od obowiązującej*. W polskim systemie prawnym obecnie nie obowiązują ceny *sztwonne* czy *maksymalne*. Trudno zatem uznać czy przedsiębiorca, który żąda i pobiera zapłaty wyższej od średniej obowiązującej np. *na rynku* czy we własnym przedsiębiorstwie, podlega odpowiedzialności z art. 138 KW. To zagadnienie jednak przekracza zakres niniejszej skargi, bowiem orzeczenia sądów powszechnych nie dotyczyło tego rodzaju znamion wykroczenia określonego w zaskarżonym przepisie.

Wobec stwierdzenia, że art. 138 KW w zaskarżonym zakresie narusza wolność działalności gospodarczej wraz z jej fundamentalnym uprawnieniem do wyboru

kontrahenta i ułożenia stosunku prawnego według własnej woli, przeanalizować trzeba czy ograniczenie to jest zgodne z regułami określonymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

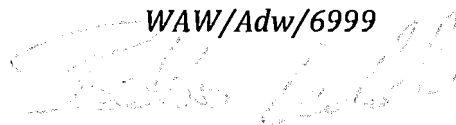
Odpowiedź na tak postawione pytanie musi być negatywna, bowiem przepis art. 138 KW w sposób zdecydowany narusza wymienioną w niej zasadę proporcjonalności. Ograniczenia wolności działalności gospodarczej tego rodzaju nie są bowiem konieczne w demokratycznym państwie prawnym. Jako przyczynę uzasadnienia takiego ograniczenia można wskazać jedynie wolności i prawa konstytucyjne innych osób (np. w dostępie do dóbr i usług) wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Są one jednak chronione w szeregu różnych uregulowań ustawowych, które są mniej represyjne niż sankcja z art. 138 KW. Wchodzi tutaj w grę przede wszystkim art. 24 § 1 KC, art. 6 ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz.U. 2010 nr 254 poz. 1700), przepisy ustaw szczególnych dotyczących zmonopolizowanych czy scentralizowanych segmentów gospodarki (np. usług energetycznych), wreszcie rozwinięta w doktrynie i orzecznictwie zasada winy w kontraktowaniu (*culpa in contrahendo* – art. 72 § 2 KC). W ocenie skarżącego art. 138 KW stanowi nieproporcjonalną ingerencję w wolności konstytucyjne, co przesądza o jego niezgodności z polską ustawą zasadniczą.

W związku z powyższym wnoszę jak w *petitum*.

*Adwokat*

*Bartosz Lewandowski*

*WAW/Adw/6999*



**Załączniki:**

- *pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;*
- *dowód daty doręczenia prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego w Ł     ;*
- *wyrok Sądu Rejonowego                                     w Ł     ;*
- *wyrok Sądu Okręgowego                                    w Ł     ;*
- *4 odpisy skargi konstytucyjnej wraz z załącznikami.*