SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
Sygn. akt K 16/17
BAS-WAKU-30/18

Warszawa, 22 marca 2018 r.

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY
K A N C E L A R I A
wpł dnia 23. 03. 2018
L.dz. ..... L. zał. .....

Trybunał Konstytucyjny

Na podstawie art. 69 ust. 2 w związku z art. 42 pkt 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam wyjaśnienia w sprawie wniosku Prokuratora Generalnego z 21 grudnia 2017 r. (sygn. akt K 16/17), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że art. 138 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 1094, ze zm.):

1) w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, **jest niezgodny** z art. 2 Konstytucji;

2) rozumiany w ten sposób, że zasady wiary i sumienie nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi, **jest niezgodny** z art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

3) w zakresie dotyczącym osób osobiście prowadzących działalność gospodarczą lub działających w imieniu podmiotu prowadzącego taką działalność, **jest niezgodny** z art. 20 w związku z art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 i w związku z art. 31 ust. 2 zdanie 2 Konstytucji.

Uzasadnienie

I. Przedmiot kontroli i zarzuty wnioskodawcy

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

2. Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: RPO) zgłosił udział w postępowaniu toczącym się przed Trybunałem Konstytucyjnym w przedmiotowej sprawie. W piśmie z 2 lutego 2018 r. RPO wniósł o:

1) stwierdzenie, że art. 138 k.w., w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, jest zgodny z art. 2 Konstytucji;

2) stwierdzenie, że art. 138 k.w., rozumiany w ten sposób, że zasady wiary i sumienie nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi, nie jest niezgodny z art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

3) stwierdzenie, że art. 138 k.w., w zakresie dotyczącym osób osobiście prowadzących działalność gospodarczą lub działających w imieniu podmiotu prowadzącego taką działalność, jest zgodny z art. 20 w związku z art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 i w związku z art. 31 ust. 2 zdanie 2 Konstytucji.

3. Kwestionowany przepis ma następujące brzmienie:

„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".

4. Wnioskodawca formułuje w *petitum* wniosku trzy zarzuty. W uzasadnieniu żądania wyrażonego w *petitum* wniosku Prokurator Generalny przedstawił obszerną argumentację precyzując jednocześnie, na czym polega istota każdego z zarzutów w sposób następujący:

4.1. „Istotą pierwszego zarzutu jest stwierdzenie, że art. 138 k.w., w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi, jest niezgodny z wynikającą z art. 2 Konstytucji zasadą proporcjonalności, z uwagi na nadmierną ingerencję i represyjność, która nie jest w tym przypadku niezbędna, gdyż wystarczające dla zapewnienia prawidłowej realizacji zarówno pierwotnego celu wprowadzenia tej regulacji, jak i funkcji, które zaczęła faktycznie pełnić w późniejszym okresie, są środki cywilnoprawne" (wniosek, s. 30).

Wnioskodawca podnosi, że art. 138 k.w. obowiązuje, w niezmienionym brzmieniu, od dnia 1 stycznia 1972 r., a mianowicie od wejścia w życie Kodeksu wykroczeń. Przepis ten jest niemal dosłownym powtórzeniem art. 15 („Kto zajmując się zawodowo świadczeniem usług żąda i pobiera za świadczenie zapłatę wyższą od obowiązującej albo bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany, podlega karze aresztu do roku albo grzywny") ustawy z dnia 13 lipca 1957 r. o zwalczaniu spekulacji i ochronie interesów nabywców oraz producentów rolnych w obrocie handlowym (Dz. U. Nr 39, poz. 171, ze zm.), który został uchylony ustawą z dnia 20 maja 1971 r.- Przepisy wprowadzające Kodeks wykroczeń (Dz. U. Nr 12, poz. 115, ze zm.). Natomiast wskazany wyżej art. 15 ustawy z 1957 r. jest niemal kalką art. 3 dekretu z dnia 4 marca 1953 r. o ochronie nabywców w obrocie handlowym (Dz. U. Nr 16, poz. 64), zgodnie z którym: „Kto zajmując się zawodowo świadczeniem usług pobiera za świadczenie zapłatę wyższą od obowiązującej albo bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany, podlega karze aresztu do roku albo karze grzywny do 5 000 zł".

Wnioskodawca argumentuje, że penalizacja odmowy świadczenia usługi w realiach centralnie planowanej i sterowanej gospodarki socjalistycznej była uzasadniona ze względu na potrzebę przeciwdziałania spekulacji deficytowymi towarami i usługami oraz ze względu na umożliwienie równego dostępu do tych towarów i usług, po ustalonych odgórnie cenach. Natomiast „obecnie w warunkach

gospodarki rynkowej i powszechnej dostępności wszelkiego rodzaju usług oraz bardzo ograniczonego zakresu usług, na które obowiązują ceny urzędowe – przyczyny wprowadzenia tej regulacji uległy dezaktualizacji. Nie występuje bowiem zjawisko spekulacji usługami, tylko konkurencja pomiędzy usługodawcami, obejmująca również ceny, a w przypadku odmowy świadczenia usługi przez jeden podmiot osoba zainteresowana uzyskaniem danej usługi uzyska ją bez większych problemów od innego usługodawcy. Nie zachodzi więc niebezpieczeństwo, że pokrzywdzony zostanie pozbawiony możliwości zaspokojenia określonej potrzeby czy też że napotka w tym względzie na istotne trudności lub będzie musiał uiścić zawyżoną, spekulacyjną cenę za usługę" (wniosek, s. 31).

Obecnie art. 138 k.w., w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi, ma znaczenie antydyskryminacyjne, służąc zwalczaniu przypadków odmowy świadczenia usługi, która jest motywowana uprzedzeniami wobec pewnych cech osoby zainteresowanej uzyskaniem usługi, lub przypadków złośliwości i szykanowania określonej grupy klientów.

Wnioskodawca zarzuca, że „obecnie odpowiedzialność na podstawie art. 138 k.w. może ponosić nie tylko ten, kto odmawia świadczenia usługi ze względu na cechy osoby, która zwraca się o jej wykonanie, lub ten, kto odmawia wykonania usługi z powodu osobistej niechęci do danego klienta, ale również ten, kto odmawia świadczenia usługi z uwagi na cechy samej usługi, o której wykonanie zwraca się usługobiorca" (wniosek, s. 32). Zdaniem wnioskodawcy, o ile pierwotny cel wprowadzenia art. 138 k.w., którym była ochrona interesu osoby nabywającej usługę, polegającego na uzyskaniu świadczenia po cenie urzędowej, znajduje legitymację w art. 76 Konstytucji („Władze publiczne chronią konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi. Zakres tej ochrony określa ustawa"), a także funkcja, jaką zaczął pełnić art. 138 k.w. w późniejszym okresie, jako przepis przeciwdziałający dyskryminacji, choć nie stanowiła *ratio legis* wprowadzenia tej regulacji w 1971 r., może zostać obecnie uznana za wykonanie obowiązków władz państwowych wynikających z art. 32 ust. 2 Konstytucji („Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny"), o tyle ochrona, jakiej przepis ten obecnie udziela realizacji usług, których cechy nie są akceptowane przez usługodawcę, a jednocześnie nie zachodzą okoliczności pozwalające na uznanie powodu odmowy

ich świadczenia za uzasadnioną przyczynę, nie znajduje bezpośredniego odzwierciedlenia w Konstytucji. Zdaniem wnioskodawcy: „Z przewidzianych konstytucyjnie wolności i praw przysługujących osobom zainteresowanym uzyskaniem usługi nie wynika przecież automatycznie ogólny, generalny obowiązek prywatnych podmiotów, którymi są osoby zajmujące się zawodowo świadczeniem usług, wykonania każdej czynności mającej służyć realizacji wolności i praw potencjalnych klientów, w tym podjęcia działań, których celu lub efektów nie akceptują. Zgodnie bowiem z art. 31 ust. 2 Konstytucji, «[k]ażdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych. Nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje»".

Wnioskodawca zarzuca, że efekty zaskarżonej regulacji nie pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów i ograniczeń nakładanych na osobę zawodowo zajmującą się świadczeniem usług. Pierwotny cel wprowadzenia art. 138 k.w., a mianowicie uzyskanie usługi po ustalonej przez władze cenie, obecnie zdezaktualizowany, może być osiągnięty za pomocą mniej dolegliwych środków, przede wszystkim w drodze powództwa cywilnego m.in. o naprawienie szkody, do której doszłoby na skutek odmowy wykonania usługi; argument ten wzmacnia fakt, że spekulacja usługami praktycznie nie występuje obecnie jako zjawisko społeczne, a zatem nieuzasadnione jest dalsze utrzymywanie, „w celu przeciwdziałania jej negatywnym następstwom dla konsumentów, najsurowszego środka w postaci odpowiedzialności o charakterze represyjnym" (wniosek, s. 36). Także pozostałe funkcje, które obecnie pełni w praktyce przewidziana w art. 138 k.w. penalizacja odmowy świadczenia usługi motywowanej uprzedzeniami wobec określonych cech osoby zainteresowanej uzyskaniem usługi lub motywowanej złośliwością i chęcią szykanowania określonej grupy klientów, mogą zostać zrealizowane za pomocą środków cywilnoprawnych, w szczególności na podstawie przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 459, ze zm., dalej: kodeks cywilny lub k.c.) chroniących dobra osobiste. Ponadto sankcje prywatnoprawne za naruszenie zasady równego traktowania przewidziane są w ustawie z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1219, dalej: ustawa antydyskryminacyjna). Zatem „także te funkcje, pełnione obecnie w praktyce przez zagrożenie odmowy świadczenia usługi karą grzywny, mogą być realizowane innymi, skutecznymi środkami i brak jest uzasadnienia do dodatkowego

utrzymywania, służącemu temu samemu celowi, surowszego środka w postaci odpowiedzialności wykroczeniowej" (wniosek, s. 36), „nawet w zakresie ograniczonym do ewidentnych przypadków dyskryminacji, dla przeciwdziałania temu zjawisku przy świadczeniu usług wystarczające są środki cywilnoprawne" (wniosek, s. 37).

W konkluzji argumentacji uzasadniającej pierwszy zarzut wnioskodawca stwierdza, że „efekty zaskarżonej regulacji nie pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów i ograniczeń nakładanych na tego, kto zawodowo zajmuje się świadczeniem usług, a opatrzenie sankcją w postaci kary grzywny odmowy świadczenia usługi jest nieproporcjonalnie restrykcyjne, gdyż wystarczające dla zapewnienia prawidłowej realizacji zarówno pierwotnego celu wprowadzenia przepisu art. 138 k. w., jak i funkcji, które zaczął faktycznie pełnić w późniejszym okresie, są środki cywilnoprawne. Tym samym, art. 138 k.w., w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi, jest niezgodny z wynikającą z art. 2 Konstytucji zasadą proporcjonalności, z uwagi na nadmierną ingerencję i represyjność, która nie jest w tym przypadku niezbędna" (wniosek, s. 37-38).

4.2. „Istotą drugiego zarzutu [...] jest stwierdzenie, że art. 138 k.w., w części penalizującej odmowę świadczenia usługi - rozumiany w ten sposób, że zasady wiary i sumienie nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi - nieproporcjonalnie ogranicza - określoną w art. 53 ust. 1 Konstytucji - wolność sumienia i religii, gdyż tylko w niektórych stanach faktycznych objętych zakresem stosowania kwestionowanego przepisu możliwe jest jednoznaczne zidentyfikowanie konstytucyjnie chronionych wartości, co uniemożliwia skuteczne przeprowadzenie testu proporcjonalności w ogólności - stosownie do art. 31 ust. 3 Konstytucji - i nie pozwala wykluczyć, że zaskarżony przepis nakłada na osobę zajmującą się zawodowo świadczeniem usług obowiązek działania wbrew sumieniu lub wyznaniu także wtedy, gdy żadne prawa konstytucyjne nie uzasadniają poświęcenia przysługującej usługodawcy wolności" (wniosek, s. 38).

Zdaniem wnioskodawcy art. 138 k.w. nie przewiduje możliwości odmowy świadczenia usługi także w sytuacji, gdy w przekonaniu usługodawcy świadczeniu usługi sprzeciwiają się względy religijne lub sumienia, gdyż w ocenie usługodawcy wykonanie usługi stanowiłoby złamanie bezwzględnego zakazu, wynikającego z zasad wyznawanej wiary lub innego światopoglądu. Penalizacja w art. 138 k.w.

odmowy świadczenia usługi w takiej sytuacji ogranicza – zdaniem wnioskodawcy – wynikającą z art. 53 Konstytucji wolność sumienia i religii.

Wprowadzone ograniczenie powinno być poddane testowi proporcjonalności, mającemu swoją podstawę w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Aby ten test przeprowadzić, trzeba najpierw *in abstracto* ustalić, które konstytucyjnie chronione wartości uzasadniają ograniczenie wolności sumienia i religii. Wnioskodawca podnosi, że „w wypadku art. 138 k.w., w części penalizującej odmowę świadczenia usługi, nie jest możliwe jednoznaczne ustalenie konstytucyjnie chronionych wartości, ze względu na które ogranicza się wolność sumienia i religii, w każdym przypadku, w którym przepis ten może mieć zastosowanie" (wniosek, s. 41), co wynika z faktu późniejszego objęcia dyspozycją art. 138 k.w. nowych powodów odmowy świadczenia usługi, rodzajowo odmiennych od tych, które stanowiły *ratio legis* wprowadzenia tej regulacji, czyli zapewnienia usługobiorcom dostępu do usług po urzędowej cenie, a tym samym przeciwdziałanie zjawisku spekulacji deficytowymi dobrami. Obecnie „przepis ten chroni prawo do równego traktowania i bycia niedyskryminowanym - określone w art. 31 [powinno być: art. 32 – uwaga własna] ust. 1 i ust 2 Konstytucji - oraz godność człowieka, o której mówi art. 30 Konstytucji" (wniosek, s. 42).

Wnioskodawca akcentuje, że „nie sposób [...] określić, jakie konkretne wolności i prawa innych osób lub ewentualnie inne wartości konstytucyjne, wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji, chroni art. 138 k.w. w tych wypadkach, gdy przyczyną odmowy świadczenia usługi będą takie cechy usługi, określone przez klienta, które według usługodawcy naruszają zasady wyznawanej przez niego religii lub innego światopoglądu" (wniosek, s. 42).

Wnioskodawca argumentuje, że „skoro tylko w niektórych stanach faktycznych objętych zakresem stosowania art. 138 k.w., w części penalizującej odmowę świadczenia usługi, możliwe jest jednoznaczne zidentyfikowanie konstytucyjnie chronionych wartości, nie sposób skutecznie przeprowadzić testu proporcjonalności w odniesieniu do tej regulacji w ogólności. Niemożność stwierdzenia, czy wynikające z art. 138 k.w. ograniczenie swobody sumienia i wyznania służy ochronie jednej z wartości wymienionych enumeratywnie w art. 31 ust. 3 Konstytucji, nie pozwala wykluczyć, że kwestionowany przepis nakłada na osobę zajmującą się zawodowo świadczeniem usług obowiązek działania wbrew sumieniu lub wyznaniu - pod rygorem poniesienia odpowiedzialności za wykroczenie - także wtedy, gdy żadne

prawa konstytucyjne konsumenta nie uzasadniają poświęcenia przysługującej usługodawcy wolności. W tej sytuacji należy stwierdzić, że art. 138 kw., w części penalizującej odmowę świadczenia usługi, rozumiany w ten sposób, że zasady wiary i sumienie nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi, jest niezgodny z art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji" (wniosek, s. 43).

4.3. „Istotą trzeciego zarzutu [...] jest stwierdzenie, że art. 138 k.w., w części penalizującej odmowę świadczenia usługi, nieproporcjonalnie ogranicza - określoną w art. 20 i art. 22 Konstytucji - wolność gospodarczą, gdyż tylko w niektórych stanach faktycznych objętych zakresem stosowania kwestionowanego przepisu możliwe jest jednoznaczne zidentyfikowanie chronionych wartości, co uniemożliwia skuteczne przeprowadzenie testu proporcjonalności w ogólności - stosownie do art. 31 ust. 3 Konstytucji - i nie pozwala wykluczyć, że zaskarżony przepis nakłada na osobę zajmującą się zawodowo świadczeniem usług - wbrew treści art. 31 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji - przymus kontraktowy także wtedy, gdy ani ważny interes publiczny, ani żadne prawa konstytucyjne nie uzasadniają poświęcenia przysługującej usługodawcy wolności" (wniosek, s. 44).

Wnioskodawca argumentuje, że w ramach gwarantowanej i chronionej przez przepisy art. 20 i art. 22 Konstytucji wolności działalności gospodarczej mieści się m.in. zawieranie umów na potrzeby prowadzonej działalności gospodarczej, a w szczególności podejmowanie decyzji, czy zawrzeć umowę, kto ma być kontrahentem, jaka będzie treść i forma umowy, w jakim trybie i formie ma zostać zawarta. Natomiast z przepisu art. 138 k.w. wynika „zakaz odmowy świadczenia usługi, a więc nakaz zawarcia umowy, z każdym, kto wyrazi wolę skorzystania z usługi, chyba że zachodzi przyczyna uzasadniająca odmowę" (wniosek, s. 45).

Zdaniem wnioskodawcy, swoboda umów jest wartością chronioną konstytucyjnie, chociaż zasada wolności umów nie została wprost wyrażona w Konstytucji. Zasada ta traktowana jest jako pochodna ogólnej zasady wolności każdego człowieka oraz wiązana z zasadą wolności gospodarczej, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego.

Uzasadniając wskazanie jako wzorców kontroli zgodności art. 20 i art. 22 Konstytucji, wnioskodawca stwierdza, że „podmiotem wykroczenia z art. 138 k.w. może być tylko ten, kto zajmuje się zawodowo świadczeniem usług, a więc zazwyczaj osoba osobiście prowadząca działalność gospodarczą lub działająca

w ramach stosunku prawnego łączącego ją z podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą" (wniosek, s. 48).

Przewidujący ograniczenie wolności działalności gospodarczej art. 22 Konstytucji, zdaniem powołującego się na poglądy Trybunału Konstytucyjnego wnioskodawcy, stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 31 ust. 3, ale „nie wyłącza jednak zupełnie stosowania art. 31 ust. 3 Konstytucji, przynajmniej w tym zakresie, w jakim «Ważny interes publiczny» może być odniesiony odpowiednio do zasady proporcjonalności, wynikającej z art. 31 ust. 3 Konstytucji (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 marca 2015 r., sygn. P 4/14, op. cit. oraz powołane tam orzecznictwo)" (wniosek, s. 48-49).

Wnioskodawca zarzuca, że w przypadku art. 138 k.w., w zakresie, w jakim penalizuje odmowę świadczenia usługi, nie jest możliwe skuteczne przeprowadzenie testu proporcjonalności, ponieważ: „Pierwotny cel wprowadzenia tego przepisu uległ bowiem praktycznie dezaktualizacji, a jednocześnie w okresie późniejszym dyspozycja art. 138 objęła nowe powody odmowy świadczenia usługi, rodzajowo odmienne od tych, które stanowiły *ratio legis* wprowadzenia tej regulacji. W związku z tym nie w każdym wypadku objętym dyspozycją zaskarżonego przepisu jest obecnie możliwe jednoznaczne określenie chronionych wartości, ze względu na które ogranicza się, mającą konstytucyjne umocowanie, wolność umów tym podmiotom, które w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zajmują się zawodowo świadczeniem usług. Niemożność stwierdzenia, czy wynikający z art. 138 k.w. przymus kontraktowania zawsze następuje ze względu na - wskazany w art. 22 Konstytucji - ważny interes publiczny i służy ochronie jednej z wartości wymienionych enumeratywnie wart. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, nie pozwala wykluczyć, że zaskarżony przepis ogranicza osobie zajmującej się, w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, świadczeniem usług swobodę wyboru sposobu własnego postępowania przy składaniu oświadczeń woli kierowanych do innych osób także wtedy, gdy żadne konstytucyjnie chronione wartości nie uzasadniają poświęcenia przysługującej usługodawcy wolności umów" (wniosek, s. 49).

Wobec powyższych argumentów wnioskodawca zarzuca, że „wynikający z art. 138 k.w., przymus świadczenia usługi zawsze, gdy usługobiorca się o nią zwróci, także wbrew woli usługodawcy, narusza jednocześnie art. 31 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji, w myśl którego nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje" (wniosek, s. 49-50).

Zdaniem wnioskodawcy, za uzasadniony konstytucyjnie uważa się jedynie obowiązek zawarcia umowy w odniesieniu do działalności, ukierunkowanej na zaspokojenie podstawowych potrzeb obywateli, w szczególności w ramach świadczenia tzw. usług publicznych: pocztowych, telekomunikacyjnych, dostaw gazu, energii elektrycznej.

II. Analiza formalnoprawna

1. Wniosek, z którym wystąpił Prokurator Generalny, ma podstawę prawną w art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji, zgodnie z którym: „Z wnioskiem w sprawach, o których mowa w art. 188, do Trybunału Konstytucyjnego wystąpić mogą: 1) [...] Prokurator Generalny [...]".

Wniosek złożony został przez Prokuratora Generalnego w dniu 21 grudnia 2017 r., a więc pod rządami ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072, dalej: ustawa o TK). Do wniosku Prokuratora Generalnego mają zatem zastosowanie przepisy ustawy o TK, a w szczególności art. 46, art. 47 tej ustawy. Zgodnie z art. 46 ustawy o TK: „Pismami procesowymi są wnioski, pytania prawne i skargi konstytucyjne, a także inne wnioski i oświadczenia uczestników postępowania, wnoszone do Trybunału w toku postępowania poza rozprawą". Art. 47 ustawy o TK stanowi: „1. Wniosek złożony przez podmiot, o którym mowa w art. 191 ust. 1 pkt 1-5 Konstytucji, zawiera: 1) oznaczenie podmiotu uprawnionego do złożenia wniosku; 2) podanie podstawy prawnej działania podmiotu uprawnionego do złożenia wniosku; 3) oznaczenie rodzaju pisma procesowego; 4) określenie kwestionowanego aktu normatywnego lub jego części; 5) wskazanie wzorca kontroli; 6) uzasadnienie.2. Uzasadnienie, o którym mowa w ust. 1 pkt 6, zawiera: 1) przywołanie treści kwestionowanego wnioskiem przepisu wraz z jego wykładnią; 2) przywołanie treści wzorców kontroli wraz z ich wykładnią; 3) określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności; 4) wskazanie argumentów lub dowodów na poparcie zarzutu niekonstytucyjności. [...]".

2. Pod względem formalnym wniosek Prokuratora Generalnego odpowiada wymogom określonym w art. 47 ustawy o TK. Wniosek jest rzetelnie uzasadniony. Zarówno kwestionowane przepisy, jak i wzorce kontroli zostały prawidłowo powołane

wraz z ich wykładnią opartą na doktrynie prawa i orzecznictwie. Jasno został wyartykułowany problem konstytucyjny oraz przywołane zostały adekwatne argumenty na poparcie zarzutu niekonstytucyjności. Zatem wszystkie podniesione zarzuty powinny być rozpatrzone pod względem merytorycznym.

III. Wzorce kontroli

1. Art. 2 Konstytucji

1.1. Art. 2 Konstytucji stanowi: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej".

1.2. W treści art. 2 Konstytucji zostały wyrażone trzy zasady konstytucyjne: zasada państwa demokratycznego, zasada państwa prawnego oraz zasady sprawiedliwości społecznej. W odniesieniu do zasady państwa prawnego w doktrynie wyrażono pogląd, że „w związku z rolą, jaką odgrywa klauzula państwa prawnego dla ustrojowej charakterystyki państwa polskiego, jej wpływ na normatywną treść Konstytucji RP oraz oddziaływanie na płaszczyznę stanowienia i stosowania prawa można postawić pytanie: czy jest ona konstytucyjną klauzulą wiodącą, «zasadą – kluczem», klauzulą, z której należy wyprowadzać cały porządek konstytucyjny? Wydaje się że taką rolę klauzula państwa prawnego spełniała do 1997 r. Obecnie pełni ona nadal tę rolę w odniesieniu do formalnego aspektu państwa prawnego, w szczególności do płaszczyzny stanowienia prawa. W odniesieniu do aspektu materialnego należy stwierdzić, że obecnie ani doktryna, ani TK nie wywodzą nowych praw konstytucyjnych z art. 2 Konstytucji RP. Dla normatywnej treści wolności i praw człowieka kluczowe znaczenie ma natomiast obecnie art. 30 Konstytucji RP. To w zasadzie nienaruszalnej i niezbywalnej godności człowieka tkwi największy potencjał dla wydobywania z Konstytucji RP praw człowieka, dookreślania treści praw w ustawie zasadniczej wyrażonych oraz interpretowania konstytucyjnych klauzul limitacyjnych (L. Garlicki, *Wolności i prawa jednostki*, s. 63 i n.)" (P. Tuleja, *Art. 2* [w:] *M. Safjan, L. Bosek* (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, nb. 47, Legalis).

Rozumienie zasady demokratycznego państwa prawnego ukształtowane w orzecznictwie TK przed wejściem w życie Konstytucji RP z 1997 r. zostało

podtrzymane pod rządami nowej Konstytucji, bowiem – jak twierdzi TK – „identyczności językowej towarzyszy [...] bliskość aksjologiczna – zespół wartości, który legł u podstaw nowelizacji grudniowej z 1989 r. znalazł potwierdzenie i rozwinięcie w Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r. Tym samym, podstawowa treść zasady demokratycznego państwa prawnego wyrażona w art. 2 konstytucji, może i powinna być rozumiana w taki sam sposób, jak rozumiano treść tej zasady w poprzednim porządku konstytucyjnym" (wyrok TK z 25 listopada 1997 r., sygn. akt K 26/97). Jedyną różnicę stanowi – zdaniem TK – uwzględnienie faktu, że szereg zasad i reguł, które dotychczas funkcjonowały w polskim porządku konstytucyjnym tylko z racji ich „odnalezienia" w ogólnej klauzuli demokratycznego państwa prawa, pod rządami Konstytucji RP z 1997 r. znalazły bezpośredni wyraz w jej szczegółowych postanowieniach. TK uważa, że „obecnie pewne zasady i reguły znajdują wyraz zarówno w ogólnej klauzuli art. 2 Konstytucji, jak też – niekiedy w sposób znacznie konkretniejszy – w dalszych szczegółowych postanowieniach tego aktu. Inne zasady i reguły, których nie powtórzono w dalszym tekście konstytucji, wynikają – tak, jak poprzednio – z ogólnej treści klauzuli demokratycznego państwa prawnego i art. 2 konstytucji stał się ich jedyną i samoistną podstawą prawną" (wyrok TK z 25 listopada 1997 r., sygn. akt K 26/97; zob. także wyroki TK z: 23 listopada 1998 r., sygn. akt SK 7/98; 13 kwietnia 1999 r., sygn. akt K 36/98; 12 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 8/98; 8 marca 2004 r., sygn. akt SK 23/03).

1.3. Jedną z zasad, które znajdują wyraz zarówno w ogólnej klauzuli art. 2 Konstytucji, jak również w dalszych szczegółowych postanowieniach tego aktu, jest zasada proporcjonalności. Zgodnie z poglądem doktryny, „odrębnie trzeba wspomnieć zasadę proporcjonalności, już od 1991 r. wywodzoną przez TK z zasady demokratycznego państwa prawnego, zaś zdefiniowaną w 1995 r. (w sprawie K 11/94 z 26 czerwca 1995 r.). Obecnie najczęściej, ale nie zawsze – zasada ta wiązana jest z brzmieniem art. 31 ust. 3 konstytucji, a dokładniej z warunkiem «konieczności w państwie demokratycznym». Linia orzecznicza TK jest w tym wypadku dość chwiejna; ciągle zdarza się łączenie zasady proporcjonalności z art. 2, traktowanym samodzielnie (zob. K 24/02 z 18 lutego 2003 r.; P 3/05 z 15 listopada 2005 r., a także P 2/98 z 12 stycznia 1999 r.; K 19/01 z 29 stycznia 2002 r.) lub w związku z art. 31 ust. 3 (zob. SK 33/03 z 25 października 2004 r.).

Wydaje się że można już mówić o ustalonym stanowisku TK, który odnajduje zasadę proporcjonalności zarówno w art. 2, jak i art. 31 ust. 3 konstytucji. Mniej natomiast jest jasne, czy na gruncie obu przepisów mamy do czynienia z tą samą, a przynajmniej tak samo rozumianą zasadą proporcjonalności (por. szersze odniesienie TK na ten temat w sprawie K 14/11, pkt 3.1.3–3.1.6, w którym odniesiono zasadę proporcjonalności do statusu prawnego jednostek samorządu terytorialnego, czy też wyrok z 12 lutego 2014 r., K 23/10, pkt 2.1 i licznie przywołane tam wcześniejsze orzeczenia). Bogate orzecznictwo Trybunału daje tu różnorodne przykłady i podpowiedzi. Wydaje się, że można byłoby próbować sformułować pewne twierdzenie, które najpełniej zdaje się oddawać sens wspomnianego rozróżnienia co do podstawy normatywnej tej zasady, jak i najlepiej pozwala je operatywnie zastosować. Wówczas można byłoby go sprowadzić do pewnej tezy. Przepis art. 31 ust. 3 wskazuje ramy ograniczania w drodze ustawy wolności i praw konstytucyjnych jednostek. Jedną z tych zasad jest nakaz zbilansowania ograniczeń z oczekiwanymi korzyściami w ochronie wartości, na rzecz których się one dokonują (proporcjonalność *sensu stricto*). Natomiast art. 2 wyraża szerzej rozumianą zasadę proporcjonalności działania władz publicznych, częściowo odnoszącą się wprost do statusu prawnego osób w państwie, a która wyraża się w zakazie arbitralnego traktowania jednostek oraz szerszej kwestii, zakazu nadmiernej ingerencji państwa w stosunki społeczne. Wówczas powracamy w przypadku art. 2 do wymagań jakościowych stawianych władzy publicznej przy stanowieniu oraz stosowaniu prawa. Raz jeszcze jednak należy podkreślić, że w tym zakresie trudno jest mówić o jednoznacznym stanowisku TK i na ostateczne rozstrzygnięcie tego dylematu przyjdzie z pewnością poczekać" (W. Sokolewicz, M. Zubik, *Artykuł 2* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, s. 153-154).

1.4. Trybunał Konstytucyjny dokonał obszernej i precyzyjnej charakterystyki zasady proporcjonalności wywodzonej z zasady demokratycznego państwa prawnego. Stwierdził mianowicie: „Z analizy orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika jednoznacznie, że przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r. zasada proporcjonalności została wywiedziona z zasady demokratycznego państwa prawnego i stanowiła kryterium oceny ingerencji ustawodawcy w sferę praw i wolności. Już w pierwszym orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego, w którym

podstawowy wzorzec kontroli stanowiła zasada proporcjonalności, Trybunał wywiódł zakaz nadmiernej ingerencji z zasady państwa prawnego, a następnie dookreślił treść tej zasady, formułując pytania charakterystyczne dla testu proporcjonalności, a mianowicie: po pierwsze, czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, po drugie, czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, i po trzecie wreszcie, czy rezultaty wprowadzanej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela (zob. orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/94, OTK w 1995 r., cz. I, poz. 12).

Powyższe rozumienie zasady proporcjonalności znalazło w 1997 r. potwierdzenie w treści art. 31 ust. 3 Konstytucji, zgodnie z którym 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.

Zasada proporcjonalności wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji jest obecnie podstawowym instrumentem umożliwiającym ocenić dopuszczalność ingerencji w prawa i wolności jednostki. Ustrojodawca w art. 31 ust. 3 Konstytucji wyraźnie jednak zastrzegł, że taką rolę na gruncie Konstytucji zasada proporcjonalności odgrywa wyłącznie w odniesieniu do praw i wolności o charakterze konstytucyjnym. Art. 31 ust. 3 Konstytucji koncentruje się bowiem na wskazaniu przesłanek wprowadzenia ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw, zaś zawarta w nim zasada wyznacza maksymalne granice owych ograniczeń.

Pod rządami Konstytucji z 1997 r. jedną z podstaw obowiązywania zasady proporcjonalności wciąż pozostaje zasada demokratycznego państwa prawnego. Przyjmuje się, że zasada proporcjonalności nadal znajduje zakotwiczenie w art. 2 Konstytucji.

Wobec bezpośredniego wyrażenia zasady proporcjonalności w art. 31 ust. 3 Konstytucji, podstawowe znaczenie w niniejszej sprawie ma rozstrzygnięcie, czy jest nadal dopuszczalne oraz celowe wyprowadzanie zasady proporcjonalności z zasady demokratycznego państwa prawnego – art. 2 Konstytucji, a przede wszystkim, czy treść tej zasady jest tożsama zarówno na gruncie art. 2, jak i art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Problem możliwości dalszego wywodzenia zasady proporcjonalności z art. 2 Konstytucji został rozstrzygnięty w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego.

Początkowo przyjmowano, że «zasadę proporcjonalności statuuje w sposób w pełni samodzielny i całościowy inny przepis ustawy zasadniczej, a mianowicie art. 31 ust. 3. Wobec jego obowiązywania nie ma już potrzeby sięgania do niewątpliwie pojemnej, a przez to mieszczącej w sobie wiele odrębnych norm konstytucyjnych, zasady państwa prawa. Nie oznacza to oczywiście całkowitego zerwania aksjologicznych i funkcjonalnych więzi między zasadą proporcjonalności a wywodzonymi z idei państwa prawa zasadami» (wyrok TK z 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98, OTK ZU nr 1/1999, poz. 2). Powyższy pogląd był wielokrotnie przywoływany i potwierdzany w orzecznictwie TK (zob. np. wyrok TK z 6 marca 2012 r., sygn. K 15/08, OTK ZU nr 3/A/2012, poz. 24).

Z czasem w orzecznictwie TK przeważył pogląd, że przywołanie art. 2 Konstytucji jako bezpośredniej podstawy zasady proporcjonalności jest dopuszczalne w sytuacji, gdy nie można przeprowadzić testu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Brak możliwości przeprowadzenia takiego testu wynikał z tego, że kwestionowana regulacja ograniczała wprawdzie prawa lub wolności jednostki (osoby fizycznej lub osoby prawnej prawa prywatnego), ale zagwarantowane jedynie na poziomie ustawowym, a nie konstytucyjnym, albo też wprowadzała ograniczenia w zakresie praw różnie rozumianych podmiotów publicznych (najczęściej jednostek samorządu terytorialnego).

Już w wyroku z 25 listopada 2003 r., sygn. K 37/02, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że «zakres ingerencji dopuszczalnej dla ochrony ogólnego interesu publicznego wyznaczać powinien [...] każdorazowo postulat proporcjonalności, który nie znajdując wprost oparcia w art. 31 ust. 3 Konstytucji (odnoszącym się ze względu na usytuowanie tego przepisu w rozdziale II do osób fizycznych i innych podmiotów prywatnoprawnych) może być poszukiwany w art. 2 Konstytucji, ponieważ stanowi istotny komponent zasad, które składają się na pojęcie demokratycznego państwa prawa» (OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 96).

Znamienny z tego punktu widzenia jest wyrok z 13 marca 2007 r., sygn. K 8/07, w którym Trybunał Konstytucyjny uznał, że «zarzut braku proporcji może bowiem opierać się także na naruszeniu tylko art. 2 Konstytucji (zarzut nierzetelnego, niezrozumiale intensywnego działania ustawodawcy, korzystającego

ze swej swobody regulacyjnej), jednak wtedy będzie oceniany bez nawiązania do wkroczenia w podmiotowe prawo konstytucyjne» (OTK ZU nr 3/A/2007 r., poz. 26). Powyższa teza została rozwinięta w wyroku z 16 lipca 2009 r., sygn. Kp 4/08, wydanym w pełnym składzie, w którym Trybunał Konstytucyjny potwierdził, że: «wywiedziona z art. 2 Konstytucji zasada proporcjonalności szczególny nacisk kładzie na adekwatność celu legislacyjnego i środka użytego do jego osiągnięcia. To znaczy, że spośród możliwych (i zarazem legalnych) środków oddziaływania należałoby wybrać środki skuteczne dla osiągnięcia celów założonych, a zarazem najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu. Rozpatrując zgodność zakwestionowanej regulacji z zasadą proporcjonalności (z art. 2 Konstytucji) należy zbadać trzy istotne zagadnienia: 1) czy ta regulacja jest niezbędna dla ochrony i realizacji interesu publicznego, z którym jest związana, 2) czy jest efektywna, umożliwiając osiągnięcie zamierzonych celów, 3) czy jej efekty pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela lub inny podmiot prawny» (OTK ZU nr 7/A/2009, poz.112) [...].

Szczególnie istotny z punktu widzenia treści zasady proporcjonalności wywiedzionej z art. 2 Konstytucji jest wyrok TK z 9 lipca 2012 r., sygn. P 8/10 (OTK ZU nr 7/A/2012, poz. 75), w którym Trybunał Konstytucyjny:

– po pierwsze, potwierdził, że zasada adekwatności (proporcjonalności) rozwiązań ustawodawczych do zakładanego celu regulacji może stanowić jedyny i samodzielny wzorzec konstytucyjnej kontroli przez TK – «zasada adekwatności (proporcjonalności) rozwiązań ustawodawczych do zakładanego celu regulacji jest bowiem jednym z elementów zasady demokratycznego państwa prawnego. Ze względu jednak na swoją treść stanowi odrębną zasadę w stosunku do zasad tradycyjnie wywodzonych z art. 2 Konstytucji: zasady zaufania obywatela do państwa i stanowionego przezeń prawa, zasady prawidłowej legislacji, zakazu retroakcji czy zasady sprawiedliwości społecznej»;

– po drugie, podkreślił, że zasada adekwatności (proporcjonalności) rozwiązań ustawodawczych do zakładanego celu dotyczy formalnego sposobu korzystania przez ustawodawcę ze swobody regulacyjnej, w oderwaniu od oceny wkraczania w konkretne podmiotowe prawa konstytucyjne;

– po trzecie, wskazał, że dochowanie zasady adekwatności (proporcjonalności) rozwiązań ustawodawczych do zakładanego celu regulacji

oceniane będzie z perspektywy konieczności, celowości, efektywności a także stopnia dolegliwości;

– po czwarte, stwierdził, że właśnie «charakter zarzutu niezgodności z Konstytucją (brak proporcjonalności ze względu na cel ustawy) przemawia za daleko idącą wstrzemięźliwością Trybunału Konstytucyjnego w ocenie celowości i efektywności posunięć ustawodawcy». Przypomniał tym samym, że «nie jest powołany do kontrolowania celowości i trafności rozwiązań przyjmowanych przez ustawodawcę, a punktem wyjścia dla oceny zgodności kwestionowanych przepisów z Konstytucją jest założenie racjonalnego ustawodawcy i domniemanie zgodności ustawy z Konstytucją. Trybunał Konstytucyjny interweniuje dopiero w tych przypadkach, gdy ustawodawca przekracza zakres przyznanej mu swobody regulacyjnej w sposób na tyle drastyczny, że ewidentne stało się naruszenie konstytucyjnych generalnych zasad»;

– po piąte, uznał w konsekwencji «konieczność przedstawienia w postępowaniu przed Trybunałem takich argumentów przemawiających za obaleniem konstytucyjności rozwiązania przyjętego przez ustawodawcę, by móc stwierdzić przede wszystkim brak osiągnięcia zakładanych przez ustawodawcę celów. Ponadto należy wykazać drastyczne naruszenie tych celów przez kwestionowane przepisy lub występowanie rażących skutków ubocznych wprowadzonej regulacji w związku z wartością celu, do którego ta regulacja zmierza».

W wyroku z 31 stycznia 2013 r., sygn. K 14/11, Trybunał Konstytucyjny przyjął natomiast, że zasada proporcjonalności wywiedziona z art. 2 Konstytucji powinna być rozumiana «jako ogólnie sformułowany zakaz nadmiernej ingerencji». Co więcej, Trybunał uznał, że istnieje widoczna rozbieżność treściowa między zasadą proporcjonalności, wywiedzioną z art. 2 Konstytucji, a zasadą proporcjonalności, o której mowa wprost w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny stwierdził bowiem, że «Zakaz nadmiernej ingerencji ustawodawcy nie może być [...] rozumiany w ten sposób, że zawiera się w nim rygorystyczny test proporcjonalności, wymagający łącznego spełnienia wszystkich trzech zasad składowych, tj. zasady przydatności, zasady konieczności i zasady proporcjonalności sensu stricto. W tym wypadku wywodzona z art. 2 Konstytucji zasada proporcjonalności sprowadza się jedynie do ogólnie rozumianego zakazu nadmiernej ingerencji. [...] *Ratio legis*

przedstawionej powyżej zasady proporcjonalności uniemożliwia proste przeniesienie schematu rozumowania zakotwiczonego w art. 31 ust. 3 Konstytucji». [...]

Biorąc powyższe pod uwagę, Trybunał Konstytucyjny podzielił [...] dotychczasową linię orzeczniczą, uznając, że jest dopuszczalne i nadal celowe samodzielne wywodzenie zasady proporcjonalności z art. 2 Konstytucji. Zasada ta odnosi się do oceny korzystania przez ustawodawcę ze swobody regulacyjnej w oderwaniu od naruszenia konkretnego prawa lub wolności konstytucyjnej. Dotyczy bowiem najczęściej ograniczenia praw lub wolności gwarantowanych jedynie na poziomie ustawowym, albo też konstytucyjnych praw różnie rozumianych podmiotów publicznych, czy też wreszcie oceny ograniczenia praw majątkowych wynikającego z nałożenia lub zwiększenia obowiązku podatkowego, do których to – wedle utrwalonej linii orzeczniczej TK – nie ma zastosowania art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zatem zarzut braku proporcjonalności – nierzetelnego, niezrozumiale intensywnego działania ustawodawcy, korzystającego ze swej swobody regulacyjnej – będzie oceniany „bez nawiązania do wkroczenia w podmiotowe prawo konstytucyjne" (wyrok TK o sygn. K 8/07). Tym samym ocenie podlegać będzie, czy zakwestionowana regulacja jest niezbędna, celowa i efektywna, a ponadto czy nie jest nadmiernie dolegliwa (zob. wyrok TK o sygn. P 8/10).

Nie jest oczywiście możliwe przeprowadzenie pełnego testu proporcjonalności, a więc przede wszystkim oceny, czy wartości wskazane w art. 31 ust. 1 Konstytucji, takie jak: bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób, uzasadniają konieczność ograniczenia konkretnego prawa lub wolności konstytucyjnej. Dzieje się tak dlatego, że brak jest wskazania konstytucyjnych wolności i praw podlegających ograniczeniu. Skoro nie ma wskazania ograniczenia konstytucyjnych wolności lub praw jednostki, to nie sposób zbadać proporcjonalności *sensu stricto*. Ocena korzystania przez ustawodawcę ze swobody regulacyjnej przebiega zatem w istocie *in abstracto*, tj. w oderwaniu od wkroczenia w prawa lub wolności konstytucyjne. Trybunał Konstytucyjny nie może zatem ocenić wprost, czy waga szeroko rozumianego interesu publicznego, uzasadniającego skorzystanie przez ustawodawcę w konkretny sposób ze swej swobody regulacyjnej przeważa nad wartościami, z jakimi wiążą się ograniczone w danym wypadku prawa lub wolności, które ze wskazanych wyżej względów nie podlegają ochronie na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny nie jest bowiem co do zasady powołany do kontrolowania celowości i trafności rozwiązań przyjmowanych przez ustawodawcę. Co więcej, w postępowaniu przed TK obowiązuje co do zasady domniemanie konstytucyjności kwestionowanej regulacji. W konsekwencji zasada proporcjonalności wywiedziona z art. 2 Konstytucji powinna być rozumiana «jako ogólnie sformułowany zakaz nadmiernej ingerencji» ustawodawcy (zob. wyrok TK o sygn. K 14/11), dotyczy bowiem jedynie formalnego sposobu korzystania przez ustawodawcę ze swobody regulacyjnej. Nie mamy zatem do czynienia z tożsamością zasady proporcjonalności na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz wywodzonej z art. 2 Konstytucji" (wyrok TK z 11 lutego 2014 r., sygn. akt P 24/12).

2. Art. 20 i art. 22 Konstytucji

2.1. Art. 20 Konstytucji stanowi: „Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej".

2.2. Art. 22 Konstytucji stanowi: „Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny".

2.3. Zgodnie z poglądem wyrażonym w doktrynie, „treściowym punktem wyjścia w art. 20 jest wskazanie zasady społecznej gospodarki rynkowej jako podstawy ustroju gospodarczego RP. Posłużono się tu pojęciem o bardzo ogólnym charakterze, nie znaczy to jednak, że pozbawionym treści. Przebieg prac nad konstytucją wskazuje bowiem wyraźnie, że intencją jej twórców było nawiązanie do dorobku konstytucjonalizmu zachodniego, zwłaszcza do niemieckiej koncepcji *soziale Marktwirtschaft*, która wprawdzie nie została *expressis verbis* wyrażona w Ustawie zasadniczej, ale stanowi jedną z ideologicznych podstaw ustroju gospodarczego RFN. Koncepcja ta, stworzona przez szkołę ordoliberalizmu, powstała w reakcji na zagrożenia, jakie nieregulowane funkcjonowanie mechanizmów rynkowych niosło dla harmonijnego rozwoju gospodarczego i zachowania pokoju społecznego. Jej podstawową treścią jest dopuszczenie

«korygującej» ingerencji państwa w funkcjonowanie gospodarki rynkowej, które pozwoli na zapewnienie sprawiedliwości społecznej, ochrony zdrowego systemu społecznego i realizacji celów społecznych (szerzej o wielorakim znaczeniu tej zasady zob. P. Czarnek, *Wolność gospodarcza. Pierwszy filar społecznej gospodarki rynkowej*, Lublin 2014, szczególnie s. 48-62). W takim rozumieniu społeczna gospodarka rynkowa jest jednym z instrumentów realizacji idei zarówno państwa socjalnego, jak i państwa prawnego (zob. Z.A. Maciąg, *Kształtowanie zasad państwa demokratycznego, prawnego i socjalnego w Niemczech (do 1949 r.)*, Białystok 1998, s. 228–229).

Zasada wolności gospodarczej została wymieniona na pierwszym miejscu, co podkreśla jej rolę jako «istoty ustroju społecznej gospodarki rynkowej» [...]. Ten fragment art. 20 należy postrzegać w organicznym związku z art. 22, bo dopiero łącznie wyznaczają one przedmiot i granice wolności gospodarczej. Skoro bowiem treść art. 22 wyczerpuje się we wskazaniu przesłanek i granic ograniczeń tej wolności, to jedynym konstytucyjnym przepisem, w którym wyraźnie zagwarantowano jej istnienie, pozostaje art. 20.

Artykuł 20 i art. 22, ujmowane łącznie, pełnią dwojaką funkcję: z jednej strony, wyrażają jedną z zasad ustroju gospodarczego RP, a z drugiej, stanowią podstawę do konstruowania prawa podmiotowego, przysługującego jednostce [...]. W tym zakresie normatywny charakter postanowień zawartych w art. 20 rysuje się z największą wyrazistością.

Treścią zasady wolności gospodarczej jest «swoboda podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej w dowolnie wybranych formach prawnych oraz na zasadzie samodzielności, choć przy poszanowaniu interesu publicznego» [...] Trafnie zwraca się przy tym uwagę, że «system prawny danego państwa nie kreuje wolności gospodarczej, ani też nie przyznaje jej podmiotom gospodarczym. Zakreśla natomiast jej granice, wskazując na ograniczenia swobody korzystania z tej wolności, a także ustanawia jej prawne gwarancje» [...]

Wolność działalności gospodarczej wynikająca przede wszystkim z art. 20, a także z art. 22 konstytucji stanowi prawo człowieka o randze konstytucyjnej, a nie tylko i wyłącznie normę prawa w znaczeniu przedmiotowym i zasadę ustroju państwa. Wolność ta wyraża się w możliwości podejmowania i prowadzenia działalności, której zasadniczym celem jest osiągnięcie zysku. Dodatkowym elementem jest jej ciągłość. Działalność gospodarcza nie ogranicza się generalnie do

jednorazowej czynności. W treści wolności działalności gospodarczej mieści się możliwość samodzielnego podejmowania decyzji gospodarczych, w tym przede wszystkim wyboru rodzaju (przedmiotu) działalności, i wyboru prawnych form ich realizacji (wyrok z 29 kwietnia 2003 r., SK 24/02; na temat orzecznictwa TK w tym zakresie zob. szerzej A. Ogonowski, *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2012, nr 1, s. 213 i n.). Na tle treści wolności działalności gospodarczej pojawia się pytanie, na ile jest ona wolnością pojemną i mieszczą się w niej inne wolności, jak chociażby wolność umów. Tutaj ustalenia TK i nauki nie są jednoznaczne (zob. szerzej J. Podkowik, *Wolność umów i jej ograniczanie w świetle Konstytucji RP*, Warszawa 2015, s. 81–125; zob. też wyrok SK 32/09). [...]

Wolność działalności gospodarczej może stanowić podstawę uprawnień jednostek wobec państwa i organów władzy publicznej. W tym zakresie może być chroniona w trybie skargi konstytucyjnej (zob. np. wyroki z 14 czerwca 2004, SK 21/03; 27 lipca 2004 r., SK 9/03; 19 stycznia 2010 r., SK 35/08). Artykuł 22 konstytucji reguluje natomiast formalne i materialne przesłanki ograniczenia wolności działalności gospodarczej, dotyczy wyłącznie kwestii dopuszczalności ograniczenia tej wolności. Sam nie określa jednak, jaka jest treść tej wolności i sfera działań, które są realizacją wolności działalności gospodarczej (zob. wyrok z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07, pkt 4.4)" (L. Garlicki, M. Zubik, *Artykuł 20* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, s. 521-523).

W odniesieniu do natury prawnej art. 22 Konstytucji doktryna wyraża pogląd, że natura ta jest złożona. Jeśli art. 22 Konstytucji ma być odczytywany „łącznie z art. 20, to nie może ulegać wątpliwości, że «pełni dwojaką funkcję. Z jednej strony, traktować go należy jako wyrażenie jednej z zasad ustroju gospodarczego RP (...), z drugiej strony – może on stanowić podstawę do konstruowania prawa podmiotowego, przysługującego każdemu, kto podejmuje działalność gospodarczą» (wyrok TK z 10 kwietnia 2001 r., U 7/00; analogicznie wyrok SN z 13 czerwca 2002 r., III RN 54/02, niepubl., s. 12-13 i wyroki TK z 2 grudnia 2002 r., SK 20/01; z 29 kwietnia 2003 r., SK 24/02 i z 13 stycznia 2004 r., SK 10/03, wskazujące zarazem, że zarzut naruszenia art. 22 stanowi wystarczającą podstawę dla wniesienia skargi konstytucyjnej, tezy te TK nadal podtrzymuje – zob. z nowszych wyrok z 18 lipca 2012 r., K 14/12, pkt 3.2).

Traktowaniu wolności działalności gospodarczej w kategoriach prawa podmiotowego nie sprzeciwia się fakt jego pomieszczenia poza rozdziałem II konstytucji. O znaczeniu prawnym poszczególnych przepisów konstytucyjnych decyduje bowiem ich treść, a ich umiejscowienie redakcyjne ma tylko znaczenie wskazówki pomocniczej. W odniesieniu do art. 22, umiejscowienie to podkreśla rangę wolności gospodarczej jako kluczowego elementu ustroju gospodarczego, ale zarazem wskazuje, że natura tej wolności ma pewne cechy specyficzne, co łatwiej pozwala na poddawanie jej ograniczeniom" (L. Garlicki, M. Zubik, *Artykuł 22* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, s. 561).

Z wolnością działalności gospodarczej związana jest swoboda kontraktowania. „Konstytucyjnie chroniona wolność umów obejmuje nie tylko gwarantowaną przez przepisy prawa cywilnego swobodę decyzji co do zawarcia umowy i wyboru kontrahenta oraz określenia treści i celu stosunku prawnego. Mieści się w jej ramach także określenie trybu i formy jej zawarcia czy konsekwencji niewywiązania się z umowy (kar umownych i innych autonomicznie określonych zasad odpowiedzialności itd.) (zob. szerzej J. Podkowik, *Wolność umów i jej ograniczanie w świetle Konstytucji RP*, Warszawa 2015, s. 113–117).

Wolność kontraktowa w ogólniejszym ujęciu nie ogranicza się jednak tylko do realizacji wolności działalności gospodarczej. Również jednostki nieprowadzące działalności gospodarczej mają, co do zasady, nieskrępowaną możliwość kształtowania treści wzajemnych zobowiązań, samodzielnie wybierając formę czy treść określenia poszczególnych uprawnień i obowiązków. W orzecznictwie TK obecnie przeważa stanowisko, zgodnie z którym konstytucyjna ochrona wolności umów – gdy chodzi o sferę stosunków gospodarczych – wynika zarówno z art. 22 konstytucji, jak i art. 31 ust. 1 i 2 konstytucji, które muszą być raczej postrzegane jako uzupełniające się, a nie konkurencyjne wzorce ochrony (zob. m.in. wyrok TK z 13 września 2005 r., K 38/04; z 21 listopada 2005 r., P 10/03; z 24 stycznia 2006 r., SK 40/04; z 27 listopada 2006 r., K 47/04). Powoływanie art. 22 konstytucji – jako samodzielnego wzorca kontroli – może być natomiast uzasadnione w odniesieniu do przepisów regulujących umowy zawierane w obrocie profesjonalnym, tj. między przedsiębiorcami (zob. np. wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r., SK 24/02; z 27 listopada 2006 r., K 47/06; z 20 października 2014 r., SK 20/12).

Wszelkie ograniczenia wolności umów muszą natomiast mieć formę ustawową i spełniać kryteria wynikające z treści art. 31 ust. 3 konstytucji (zob. wyrok TK z 20 października 2014 r., SK 20/12).

Niektórzy autorzy – na tle art. 20 i art. 22 konstytucji – formułują również istnienie prawa podmiotowego do konkurencji (A. Krzywoń, *Ustrój gospodarczy RP*, [w:] *XV lat obowiązywania Konstytucji z 1997 r.*, red. M. Zubik, Warszawa 2012, s. 26). Trudno jednak przewidzieć, czy prawo o takiej treści znajdzie odzwierciedlenie w orzecznictwie TK" (L. Garlicki, M. Zubik, *Artykuł 22*, *op. cit.*, s. 565).

2.4. Także Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wypowiadał się na temat wykładni art. 20 i art. 22 Konstytucji. W jednym z wyroków stwierdził, że „art. 20 i art. 22 Konstytucji były przedmiotem wielokrotnych rozważań konstytucyjnych (zob. m.in. wyroki TK z: 10 kwietnia 2001 r., sygn. U 7/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 56; 2 grudnia 2002 r., sygn. SK 20/01, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 89; 28 stycznia 2003 r., sygn. K 2/02, OTK ZU nr 1/A/2003, poz. 4; 14 grudnia 2004 r., sygn. K 25/03, OTK ZU nr 11/A/2004, poz. 116; 29 kwietnia 2003 r., sygn. SK 24/02, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 33; 7 maja 2001 r., sygn. K 19/00, OTK ZU nr 4/2001, poz. 82; 17 grudnia 2003 r., sygn. SK 15/02, OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 103)" (wyrok TK z 16 października 2014 r., sygn. akt SK 20/12).

Odsyłając szczegółowo do wcześniejszych ustaleń, Trybunał Konstytucyjny przypomina, 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 samodzielnego decydowania o udziale w życiu gospodarczym, zakresie i formach tego udziału, w tym możliwie swobodnego podejmowania różnych działań faktycznych i prawnych, mieszczących się w ramach prowadzenia działalności gospodarczej. Chodzi tu więc o osoby fizyczne i inne podmioty, które korzystają z praw i wolności przysługujących człowiekowi i obywatelowi" (wyrok TK z 16 października 2014 r., sygn. akt SK 20/12).

3. Art. 31 ust. 2 zdanie 2 Konstytucji

3.1. Art. 31 ust. 2 zdanie 2 Konstytucji stanowi: „Nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje".

3.2. Jak zaznacza doktryna odwołując się do wyroku TK z 29 kwietnia 2003 r (sygn. akt SK 24/02) „TK podkreślił, że przepisy art. 31 ust. 1 [Wolność człowieka podlega ochronie prawnej – uzupełninie własne] i 2 zd. 2 Konstytucji RP «najbardziej odpowiadają cywilistycznej koncepcji autonomii woli. Bardzo istotne jest przy tym uregulowanie konstytucyjne, zgodnie z którym obowiązek poszanowania wolności człowieka ma zgodnie z art. 31 ust. 2 zd. 1 Konstytucji [Każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych – uzupełninie własne] zastosowanie nie tylko do relacji człowieka i obywatela z państwem i władzami publicznymi, ale także do stosunków między samymi jednostkami. Z art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji w sposób najpełniejszy wynika, że nie wolno nikogo zmuszać do zawarcia umowy lub zakazywać mu zawarcia umowy, ani zmuszać do wyboru określonego kontrahenta, ani narzucać mu jej konkretnych postanowień, o ile przepisy prawa nie stanowią inaczej. Ograniczenie to dotyka wszystkich w jednakowym stopniu. Tak pojmowana wolność człowieka, stanowiąca oczywiście tylko pewną 'cząstkę' całej sfery wolności człowieka, podlega ochronie konstytucyjnej». Określona w art. 31 ust. 1–2 wolność człowieka nie może być więc utożsamiana z autonomią woli stron stosunków cywilnoprawnych, ale stanowi istotne jej wewnątrzsystemowe uzasadnienie" (L. Bosek, M. Szydło, *Art. 31* [w:] *Konstytucja RP*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis, nb. 41).

Rozważając relację zasady ochrony wolności i zasady swobody umów podkreśla się w doktrynie w nawiązaniu do orzecznictwa TK, że „obowiązująca Konstytucja w żadnym ze swoich przepisów wprost nie proklamuje zasady swobody (wolności) umów jako instytucji o randze konstytucyjnej. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego nie oznacza to jednak, że z konstytucyjnego punktu widzenia zasada ta nie ma znaczenia. Zgodnie z jej genezą zasadę swobody umów należy widzieć w pierwszej kolejności przez pryzmat wolności jednostki, przy czym nie ma konieczności przesądzać w tym miejscu czy (i ewentualnie – w jakim zakresie), obejmuje ona również inne niż człowiek podmioty stosunków prawnych. Przepisy rozdziału II Konstytucji formułują ogólne założenie, w myśl którego «wolność człowieka podlega ochronie prawnej», a «nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje» (art. 31 ust. 1 i ust. 2 zd. 2 Konstytucji). Postanowienia te najbardziej odpowiadają cywilistycznej koncepcji autonomii woli. Bardzo istotne jest przy tym uregulowanie konstytucyjne, zgodnie z którym

obowiązek poszanowania wolności człowieka ma zgodnie z art. 31 ust. 2 zd. 1 Konstytucji zastosowanie nie tylko do relacji człowieka i obywatela z państwem i władzami publicznymi, ale także do stosunków między samymi jednostkami. Z art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji w sposób najpełniejszy wynika, że nie wolno nikogo zmuszać do zawarcia umowy lub zakazywać mu zawarcia umowy, ani zmuszać do wyboru określonego kontrahenta, ani narzucać mu jej konkretnych postanowień, o ile przepisy prawa nie stanowią inaczej. Ograniczenie to dotyka wszystkich w jednakowym stopniu. Tak pojmowana wolność człowieka, stanowiąca oczywiście tylko pewną «cząstkę» całej sfery wolności człowieka, podlega ochronie konstytucyjnej" (L. Bosek, M. Szydło, *Art. 31*, *op. cit.*, nb. 42).

4. Art. 31 ust. 3 Konstytucji

4.1. Art. 31 ust. 3 Konstytucji stanowi: „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".

4.2. Artykuł 31 ust. 3 Konstytucji formułuje kumulatywnie ujęte przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności. Są to: 1) ustawowa forma ograniczenia; 2) istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia; 3) funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób); 4) zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności (zob. np. wyrok TK z 30 maja 2007 r., sygn. akt SK 68/06; por. również L. Garlicki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 31, s. 14 i n.; J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 115-141).

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, wymóg „konieczności" jest spełniony, jeżeli ustanowione ograniczenia są zgodne z zasadą proporcjonalności. „Oznacza to,

że: «1) środki zastosowane przez prawodawcę muszą być w stanie doprowadzić do zamierzonych celów; 2) muszą one być niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane; 3) ich efekty muszą pozostawać w proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela» (wyr. TK z: 9.6.1998 r., K 28/97, OTK 1998, Nr 4, poz. 50; 26.4.1999 r., K 33/98, OTK 1999, Nr 4, poz. 71; 2.6.1999 r., K 34/98, OTK 1999, Nr 5, poz. 94; 21.4.2004 r., K 33/03, OTK-A 2004, Nr 4, poz. 31). Z powyższych stwierdzeń TK wynika, że niezbędność ustanawianych ograniczeń względem interesu, z którym ograniczenia te są powiązane – a która to niezbędność może być również określona mianem konieczności tychże ograniczeń – jest jednym z trzech elementów konstytuujących szerzej pojmowaną zasadę proporcjonalności (czy też szerzej rozumianą «konieczność» w rozumieniu art. 31 ust. 3), obok elementu w postaci przydatności (skuteczności) ustanawianych ograniczeń oraz ich proporcjonalności *sensu stricto*. Niezależnie jednak od tej węziej pojmowanej niezbędności (konieczności) ustanawianych ograniczeń, stanowiącej jedynie jedną z części składowych zasady proporcjonalności, istnieje jeszcze szerzej pojmowana «konieczność» ustanawianych ograniczeń, o której mówi art. 31 ust. 3, i którą TK traktuje jako synonim czy też etykietę dla szeroko pojmowanej zasady proporcjonalności. Można by zatem powiedzieć, że w art. 31 ust. 3 prawodawca konstytucyjny posłużył się pojęciem «konieczności» rozumianym szeroko (a nie jedynie wąsko), jako synonim dla określenia «proporcjonalność» [jak w tym kontekście stwierdza TK: «'Konieczność', którą wyraża art. 31 ust. 3 Konstytucji, mieści (...) w sobie postulat niezbędności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto* wprowadzanych ograniczeń» – wyr. TK z 22.9.2005 r., KP 1/05, OTK-A 2005, Nr 8, poz. 93; wyr. TK z 22.9.2009 r., P 46/07, OTK-A 2009, Nr 8A, poz. 126]. Jednym z elementów tej zasady proporcjonalności (tj. konieczności w znaczeniu szerokim) jest zaś wąsko pojmowana konieczność ustanawianych ograniczeń, czyli ich konieczność *sensu stricto*. Art. 31 ust. 3 nie mówi jednak o konieczności *sensu stricto*, a przynajmniej nie mówi o tej ostatniej *explicite*. O konieczności *sensu stricto* art. 31 ust. 3 mówi co najwyżej *implicite*, w takiej samej zresztą mierze, w jakiej *implicite* mówi o cesze przydatności (skuteczności) ustanawianych ograniczeń oraz o ich proporcjonalności *sensu stricto*, stanowiących element szeroko pojmowanej «konieczności» (w rozumieniu art. 31 ust. 3), czyli proporcjonalności (*M. Szydło*, Wolność działalności gospodarczej, s. 190)" (L. Bosek, M. Szydło, *Art. 31*, *op. cit.*, nb. 109).

Charakter przesłanki konieczności precyzyjnie określiła doktryna, w której wyrażony został pogląd, że „przepis art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, w zakresie, w jakim dozwala na ograniczanie konstytucyjnych praw i wolności określonych osób na rzecz ochrony konstytucyjnych wolności i praw innych osób, jawi się jako przepis umożliwiający państwu wywiązywanie się ze spoczywającego na nim obowiązek ochrony konstytucyjnych wolności i praw przed bezprawną w nie ingerencją ze strony innych osób (podmiotów prywatnych), także korzystających z przysługujących im konstytucyjnych wolności i praw. W przypadku spoczywającego na państwie obowiązku ochrony od władzy publicznej wymaga się nie zaniechania i powstrzymania się od ingerencji, lecz wymaga się raczej podjęcia działań pozytywnych, zwłaszcza w postaci stosownego ustawodawstwa, działalności administracyjnej (wykonawczej) oraz poprzez właściwe orzecznictwo sądowe. Obowiązek ochrony spoczywa przy tym nie na osobie trzeciej (nie na podmiocie prywatnym), której działania – będące przejawem korzystania z określonych konstytucyjnych wolności i praw – zagrażają innym podmiotom konstytucyjnych wolności i praw (taką osobę, od której wychodzi wspomniane zagrożenie można by umownie nazwać intruzem), lecz na samym państwie. Z kolei przeciwko wzmiankowanej osobie trzeciej (prywatnej), czyli intruzowi, mogą być podejmowane takie środki i działania (głównie o charakterze prawnym), które stworzy i wykreuje państwo wskutek realizacji spoczywającego na nim obowiązku ochrony. W tym kontekście trzeba pamiętać, że wspomniani powyżej intruzi – przeciwko których bezprawnym wkroczeniom w przedmiot konstytucyjnych wolności i praw innych osób ma się kierować ochronna działalność państwa – także pozostają podmiotami różnego rodzaju konstytucyjnych praw i wolności, przy czym teoretycznie jest tak, że podejmując rozmaite działania godzące w przedmiot konstytucyjnych wolności i praw innych osób wspomniane podmioty prywatne (intruzi) korzystają po prostu z gwarantowanych im konstytucyjnie wolności i praw (np. z wolności działalności gospodarczej, z wolności organizowania zgromadzeń lub też z ogólnej wolności działania). W rezultacie, realizując obciążający go obowiązek ochrony państwo ma do czynienia z dwoma (lub więcej) podmiotami konstytucyjnych wolności i praw o wzajemnie kolidujących (sprzecznych) ze sobą interesach. Mianowicie, z jednej strony występuje ofiara, a więc podmiot konstytucyjnego prawa lub wolności, której przedmiot (tj. chronione dobro prawne) jest naruszany lub też co najmniej narażony na niebezpieczeństwo ze strony innej osoby prywatnej, tj. ze strony intruza. Z drugiej

natomiast strony występuje intruz, a więc podmiot, którego działania naruszają lub zagrażają konstytucyjnym wolnościom i prawo innych osób i który to intruz czyni to opierając się – przynajmniej *prima facie* – na przysługującej mu konstytucyjnej wolności lub prawie. Realizując swój obowiązek ochrony, państwo musi eliminować naruszenia lub też nawet zagrożenia dla przedmiotu konstytucyjnych wolności i praw pochodzące od innych osób (intruzów), przy czym państwo czyniąc to w nieuchronny sposób narusza określone konstytucyjne wolności i prawa intruzów. Owo naruszenie konstytucyjnych wolności i praw intruzów powinno przy tym w pełni czynić zadość tym wszystkim wymogom i przesłankom, jakie przewiduje art. 31 ust. 3 na wypadek wszelkich ograniczeń (i naruszeń) konstytucyjnych wolności i praw (na co zresztą art. 31 ust. 3 *explicite* dozwala, upoważniając do ograniczania konstytucyjnych praw i wolności dla ochrony konstytucyjnych praw i wolności innych osób). W efekcie ochrona przez państwo przysługujących poszczególnym jednostkom konstytucyjnych wolności i praw – realizowania w ramach obciążającego państwo obowiązku ochrony – okazuje się być czymś ambiwalentnym. Podczas gdy dla jednych (a konkretnie dla ofiar) stanowi ona niezaprzeczalną korzyść, dla drugich (a konkretnie dla intruzów) jest ona równoznaczna z określonym obciążeniem (ograniczeniem), nakładanym na nich przez państwo w oparciu o art. 31 ust. 3, umożliwiający ograniczanie konstytucyjnych wolności praw dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw innych osób. W omawianym tutaj kontekście powstaje przy tym swoisty prawny trójkąt o następujących wierzchołkach: państwo – ofiara – intruz. Z punktu widzenia gwarantowanych konstytucyjnie wolności i praw ofierze przypada w tym przypadku status pozytywny, tzn. przysługuje jej prawo do ochrony, zaś intruzowi przypada wówczas w udziale status negatywny, tzn. przysługuje mu prawo do obrony przed ingerencjami państwa [...] Z kolei państwo jest tym podmiotem, który w omawianych przypadkach ogranicza konstytucyjne prawa i wolności intruza, czyniąc to – tak jak na to dozwala komentowany art. 31 ust. 3 – dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw innych osób, tzn. ofiar" (L. Bosek, M. Szydło, *Art. 31*, *op. cit.*, nb. 108).

5. Art. 53 ust. 1 Konstytucji

5.1. Art. 53 ust. 1 Konstytucji stanowi: „Każdemu zapewnia się wolność sumienia i religii".

5.2. Zgodnie z poglądem doktryny, „wolność religii jest ściśle powiązana z wolnością sumienia. Użyta przez ustrojodawcę koniunkcja jest podyktowana względami historycznymi, komparatystycznymi i jako taka pozostaje spójna z konceptualizacją obu wolności w świetle standardów międzynarodowych. Naturalnie nie należy ich traktować ekwiwalentnie czy synonimicznie. Wolność religijna jest bowiem szczególnym przejawem (przypadkiem) wolności sumienia, nie jest jednak wobec niej wtórna [...]. Taki wniosek wypływa z refleksji intelektualnej nad badanym zjawiskiem, jak i potwierdza go ujęcie normatywne. Konstytucja RP nie zawiera definicji nominalnej wolności religii, lecz enumeruje w art. 53 ust. 2 przejawy jej urzeczywistniania [...]. Ustrojodawca postępuje zatem podobnie jak prawodawca międzynarodowy" (M. Olszówka, *Komentarz do art. 53* [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis, nb. 52).

Wolność sumienia i religii jest zaliczona „do wolności i praw o charakterze osobistym, jej wykorzystywanie bowiem związane jest ściśle z osobowością człowieka, a uznanie i poszanowanie przez państwo i społeczeństwo obydwu tych wolności wynika z obowiązku ochrony godności ludzkiej. Zaś godność ta wyraża się m.in. we wrodzonym (immanentnym) poszukiwaniu i przeżywaniu przez człowieka pewnych wartości transcendentnych; wobec tego poszukiwanie to musi być uznane, docenione i chronione. [...] Wolności sumienia i religii, pomimo tak silnego ich związku z psychiką i w ogóle osobowością ludzką, przeżywanych niejednokrotnie bardzo intensywnie, nie można jednak zaliczyć tylko do sfery prywatności [...] i objąć tym samym konstytucyjnym prawem do ochrony życia prywatnego, bez potrzeby konstruowania w konstytucji odrębnych wolności. Światopogląd i wyznawana religia determinują bowiem, na ogół w istotnym zakresie, zachowania jednostki nie tylko wobec samego siebie (jedynie ten aspekt mieści się w prawie do prywatności), lecz również wobec innych ludzi i wobec całej społeczności. Po drugie, przyjęty światopogląd i wyznawana religia często wymagają od ludzi również pewnych działań publicznych". [...]

Wolność sumienia polega na możliwości przyjmowania dowolnego światopoglądu, rozciągającego się na sferę bytu i sferę świadomości, poglądu dotyczącego ich powstania, wzajemnych relacji, rozwoju i celu, z czym łączy się również przyjęcie określonego systemu wartości. Światopogląd to – nawiązując znów do sformułowań wstępu do konstytucji – przekonanie co do metafizycznej struktury oraz źródła «prawdy, sprawiedliwości, dobra i piękna». Swoboda przyjęcia każdego

światopoglądu zawarta jest również w tych sformułowaniach niezartykułowanej części konstytucji. Znajdziemy tam stwierdzenie i deklarację możliwości funkcjonowania w obrębie narodu polskiego ludzi o różnych światopoglądach.

Wolność religii jest jedną z sytuacji realizowania się wolności sumienia; ma ona miejsce w przypadku przyjęcia światopoglądu uznającego istnienie Boga, naturalnie niezależnie od tego, jak bardzo zróżnicowana jest wizja Boga w rozmaitych religiach. Właściwie więc wolność religii, traktując rzecz czysto formalnie, mogłaby nie być regulowana odrębnie od wolności sumienia. Jednak ze względów historycznych, pamiętając o wielu funkcjonujących w przeszłości, a także aktualnie państw «wyznaniowych» lub z «religią państwową» (*cuius regio eius religio*) konstytucje powszechnie mówią o obu tych wolnościach. Identyczne podejście znajdziemy również w art. 9 EKPC" (P. Sarnecki, *Artykuł 53* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, s. 278-279).

5.3. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wypowiadał się na temat wolności sumienia. Już w początkowym okresie swej działalności orzeczniczej wyraził pogląd, że: „Wolność sumienia nie oznacza jedynie prawa do reprezentowania określonego światopoglądu, ale przede wszystkim prawo do postępowania zgodnie z własnym sumieniem, do wolności od przymusu postępowania wbrew własnemu sumieniu. Tak rozumiana wolność sumienia znajduje potwierdzenie w ratyfikowanych przez Polskę w dniu 3 marca 1977 r. (Dz. U. Nr 38, poz. 167 i 168) Paktem Praw Obywatelskich i Politycznych uchwalonych przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 16 grudnia 1966 r. Artykuł 18 ust. 2 tych Paktów stanowi: «Nikt nie może podlegać przymusowi, który stanowiłby zamach na jego wolność posiadania lub przyjmowania wyznania albo przekonań według własnego wyboru»" (orzeczenie TK z 15 stycznia 1991 r., sygn. akt U 8/90).

Cytowany wyżej pogląd Trybunału został potwierdzony w wyroku z 7 października 2015 r., w którym Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „wolność sumienia nie oznacza jedynie prawa do reprezentowania określonego światopoglądu, ale przede wszystkim prawo do postępowania zgodnie z własnym sumieniem, do wolności od przymusu postępowania wbrew własnemu sumieniu. Instytucją stojącą na straży tej wolności jest tzw. klauzula sumienia, rozumiana jako możliwość niepodejmowania działania zgodnego z prawem i powinnego,

a jednocześnie sprzecznego ze światopoglądem (przekonaniami ideologicznymi czy religijnymi) danej osoby. W wymiarze etycznym konstrukcja ta może dowodzić prymatu sumienia nad wymaganiami prawa stanowionego, zaś na płaszczyźnie jurydycznej – zapewnia realizację wolności sumienia i eliminuje kolizję norm prawa stanowionego z normami etycznymi, umożliwiając jednostce zachowanie godziwe – spójne z własnymi przekonaniami" (wyrok TK z 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14).

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego: „Wolność sumienia – tradycyjnie wymieniana łącznie ze swobodą wyznania, a w art. 53 ust. 1 Konstytucji wraz z wolnością religii – zajmuje szczególne miejsce wśród praw i wolności człowieka. Dla niektórych autorów pozycja wolności sumienia i religii wynika przede wszystkim z jej chronologicznego pierwszeństwa i merytorycznej wagi. Przyjmują oni, że «z punktu widzenia praw człowieka wolność sumienia i wyznania jest chronologicznie pierwszą, wręcz rudymentarną wolnością, kluczową dla całego systemu praw i wolności» (zob. J. Szymanek, *Wolność sumienia i wyznania w Konstytucji RP*, „Przegląd Sejmowy" nr 2/2006, s. 39). Jest wolnością tkwiącą w samej naturze człowieka, stąd określa się ją jako przyrodzoną, a przez to – niezbywalną. Wolność sumienia, sama będąc podstawowym prawem człowieka, jest jednocześnie źródłem wielu innych praw i wolności, jest swoistym «prawem praw». Wynika to z przyjętej w Konstytucji personalistycznej koncepcji praw i wolności, której świadectwem jest szereg jej przepisów (zob. J. Szymanek, *Wolność sumienia i wyznania*..., s. 41, 42). Inni autorzy, nie przypisując wolności sumienia i religii aż takiej rangi, wiążą ją jednak bezpośrednio ze statuowaną w art. 30 Konstytucji godnością człowieka, która stanowi źródło wolności i praw. Godność człowieka wyraża się m.in. we wrodzonym (immanentnym) poszukiwaniu i przeżywaniu przez niego pewnych wartości transcendentnych, do czego wyraźnie nawiązuje preambuła do Konstytucji, tworząc tym samym podstawę uznania wolności zawartych w art. 53 Konstytucji (zob. P. Sarnecki, komentarz do art. 53 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, pkt 4, s. 2). O wolności religii Trybunał wypowiedział się, że jest ona «nie tylko wolnością jednostki o charakterze osobistym, lecz także zasadą ustrojową, co odpowiednio zwiększa wagę tej wolności» (zob. wyrok z 10 grudnia 2014 r., sygn. K 52/13, OTK ZU nr 11/A/2014, poz. 118, cz. III, pkt 5.2 uzasadnienia).

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

Trybunał w swym orzecznictwie przyjmuje, że godność człowieka jest «aksjologiczną podstawą i przesłanką całego porządku konstytucyjnego», stanowi wartość «o centralnym znaczeniu dla zbudowania aksjologii obecnych rozwiązań konstytucyjnych» (por. M. Granat, *Godność człowieka z art. 30 Konstytucji RP jako wartość i jako norma prawna*, „Państwo i Prawo" z. 8/2014, s. 3 i nast., i cytowane przez autora wyroki TK z: 9 lipca 2009 r., sygn. SK 48/05, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 108 oraz 30 września 2008 r., sygn. K 44/07, OTK ZU nr 7/A/2008, poz. 126). Jednocześnie Trybunał dostrzega związek godności człowieka z konkretnymi prawami lub wolnościami i na ogół przyjmuje, że ich naruszenie «wywiera swój refleks w stosunku do godności człowieka»" (wyrok TK z 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14).

Powołując się na poglądy doktryny Trybunał Konstytucyjny argumentuje, że prawo do sprzeciwu sumienia ma swoją normatywną podstawę w art. 53 ust. 1 Konstytucji, gwarantującym każdemu wolność sumienia i religii. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, „w demokratycznym państwie prawnym wyrazem prawa do postępowania zgodnie z własnym sumieniem, a w konsekwencji także wyrazem wolności od przymusu postępowania wbrew własnemu sumieniu, jest klauzula sumienia (por. J. Pawlikowski, *Prawo do wyrażania sprzeciwu sumienia...*, s. 29). Wolność sumienia musi bowiem przejawiać się także w możliwości odmowy wykonania obowiązku nałożonego zgodnie z prawem z powołaniem się na przekonania naukowe, religijne lub moralne. Pogląd, że prawo do sprzeciwu sumienia znajduje podstawę w wyrażonej w art. 53 ust. 1 Konstytucji wolności

sumienia i religii, podzielany jest niemal powszechnie w doktrynie (por. m.in. K. Szczucki, *Klauzula sumienia – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Studia Iuridica" nr 50/2009, s. 168-169; R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2014, s. 155-156, M. Skwarzyński, *Sprzeciw sumienia w adwokaturze*, [w:] *Standardy bezstronności światopoglądowej władz publicznych*, red. A. Mezglewski, A. Tunia, Lublin 2013, s. 219; A. Zoll, *Charakter prawny klauzuli sumienia*, „Medycyna Praktyczna" nr 1/2014, s. 100-101). Podziela go również Rzecznik Praw Obywatelskich (por. wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich z 21 lipca 2014 r. skierowane do Ministra Zdrowia, nr I.812.8.2014.AM; dalej: pismo RPO z 21 lipca 2014 r.). W. Johann i B. Lewaszkiewicz-Petrykowska stwierdzają, że: «na straży tej 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 powołania się na klauzulę sumienia uznawana jest za prawo o charakterze fundamentalnym, którego ograniczenie nastąpić może zupełnie wyjątkowo» (por. W. Johann, B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wolność sumienia i wyznania w orzecznictwie konstytucyjnym*..., s. 21). 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" (wyrok TK z 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14).

Odnosząc się krytycznie do prezentowanego w doktrynie poglądu, zgodnie z którym „możliwość powołania się na klauzulę sumienia stanowi sytuację wyjątkową", stanowiącą „przywilej" lekarzy, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „pogląd ten pozostaje w oczywistej sprzeczności z przedstawionymi wyżej standardami ukształtowanymi na podstawie aktów prawa międzynarodowego, a także z rangą, jaką powszechnie przyznaje się wolności wynikającej z art. 53 ust. 1 Konstytucji. W ich świetle prawo do sprzeciwu sumienia powinno być uznane za prawo pierwotne względem jego ograniczeń. Taka też wykładnia prezentowana była w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który przyjął istnienie w polskim systemie prawnym konstrukcji klauzuli sumienia – w odniesieniu do lekarzy zobowiązanych do wydania orzeczenia o dopuszczalności przerwania ciąży

oraz wykonania zabiegu przerwania ciąży – jeszcze przed jej oficjalnym skodyfikowaniem w przepisach rangi ustawowej (por. orzeczenie TK z 15 stycznia 1991 r., sygn. U 8/90; zob. także postanowienie TK z 7 października 1992 r., sygn. U 1/92). W orzeczeniu Trybunału o sygn. U 8/90 istnienie takiej klauzuli w odniesieniu do lekarzy wyprowadzono zarówno z art. 82 ust. 1 konstytucji z 1952 r. (zapewniającego obywatelom wolność sumienia i wyznania), jak i art. 18 MPPOiP. W świetle uzasadnienia tego orzeczenia nie ulega wątpliwości, że art. 39 u.z.l. nie kreuje przywileju dla lekarza, gdyż wolność sumienia każdego człowieka jest kategorią pierwotną i niezbywalną, którą prawo konstytucyjne oraz regulacje międzynarodowe jedynie poręczają. Wolność sumienia – w tym ten jej element, którym jest sprzeciw sumienia – musi być więc respektowana niezależnie od tego, czy istnieją przepisy ustawowe ją potwierdzające. [...] W ocenie Trybunału, prawo lekarza, jak każdej innej osoby, do powstrzymania się od działań sprzecznych z własnym sumieniem wypływa wprost z wolności gwarantowanej przez Konstytucję, a zatem także w braku unormowania w art. 39 u.z.l. [ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 125 – uwaga własna] lekarz mógłby odmówić świadczenia z powołaniem się na sprzeciw sumienia" (wyrok TK z 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14).

IV. Analiza zgodności

1. Analiza zgodności art. 138 k.w. w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, z art. 2 Konstytucji

1.1. Dokonując analizy zgodności art. 138 k.w. ze wskazanym wzorcem konstytucyjnym należy najpierw wskazać, że przepis ten „ma na celu ochronę interesów konsumentów przed nieuzasadnionym żądaniem i pobieraniem wyższej od obowiązującej zapłaty za wykonanie usługi bądź też przed nieuzasadnioną odmową świadczenia usługi" (M. Bojarski, *Artykuł 138* [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016, Legalis nb.1). Zadaniem tego przepisu jest ochrona konsumentów, poprzez zapewnianie im właściwej ceny oraz dostępności usług.

1.2. Pojęcie usługi zostało określone w doktrynie jako „działanie podjęte w celu zarobkowym, a polegające na zaspakajaniu potrzeb innego człowieka, czy to materialnych, czy niematerialnych w różnych dziedzinach życia [...] jako przykłady typowych usług można podać usługi fryzjerskie, szewskie, krawieckie, kosmetyczne, zegarmistrzowskie, ślusarskie, hydrauliczne, taksówkarskie, hotelarskie. Niekiedy usługa polega na wytworzeniu jakiegoś dobra" (M. Kulik, *Artykuł 138* [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2016, Legalis nb. 2).

1.3. Odmowa świadczenia usługi stanowi wykroczenie, jeżeli jest podjęta bez uzasadnionej przyczyny. „W literaturze przyjmuje się, że odmowa wykonania świadczenia ma miejsce właściwie w każdym przypadku, kiedy osoba zajmująca się 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 przewidzianą zapłatą [...] Choć współcześnie takie stawianie sprawy może budzić pewne wątpliwości, przyjmuje się, że osoba świadcząca usługi nie ma prawa do selekcjonowania klientów [...]. Oznacza to, że prowadzący działalność danego typu (zwłaszcza jeżeli dzieje się to w oznaczonym lokalu, dostępnym dla klientów) powinien świadczyć usługi każdemu, kto spełni wymagania, w szczególności będzie gotów uiścić cenę [...]. Zatem, w przypadku gdy potencjalny nabywca żąda wykonania usługi na zasadach ogólnych, oferując zapłatę, wysokość ustalił usługodawca, ten ostatni ma obowiązek wykonać usługę" (M. Kulik, *Artykuł 138*, *op. cit.*, nb. 5).

1.4. W kontekście rozważanej sprawy interesującą wątpliwość wyartykułowano w doktrynie w odniesieniu do kwestii niewykonania usługi, pomimo braku odmowy jej wykonania. Stwierdzono mianowicie: „Wątpliwa jest sytuacja, w której sprawca oświadcza, że wykona usługę, po czym do niej nie przystępuje. Będzie to kwestia trudna do oceny pod kątem dowodowym, jednak być może niekiedy da się ustalić, że sprawca taki od początku nie miał zamiaru wykonać usługi. Warto wszakże zauważyć, że nie odmówił jej wykonania, lecz jej nie wykonał. Tymczasem czynność wykonawcza została określona jako odmówienie wykonania usługi. Dlatego wydaje się, że w takim wypadku można mówić o ewentualnej odpowiedzialności cywilnej, jednak nie o odpowiedzialności za wykroczenie.

To bowiem polega na odmowie wykonania usługi, która w danym wypadku nie ma przecież miejsca" (M. Kulik, *Artykuł 138*, *op. cit.*, nb. 5).

W odniesieniu do wyrażonej wątpliwości uwidacznia się brak proporcji pomiędzy celem a środkiem, polegający na tym, że w sytuacji, w której osoba zajmująca się zawodowo świadczeniem usług odmówiła świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny ponosi odpowiedzialność karną, podczas gdy w sytuacji, w której taka sama osoba wprawdzie nie odmówiła świadczenia usługi, ale tej usługi *de facto* nie wykonała, nie ponosi odpowiedzialności karnej, lecz ewentualnie odpowiedzialność cywilną.

Uzasadniając określenie jako „odpowiedzialność karna" odpowiedzialności na podstawie przepisów k.w. należy zaakcentować, że w doktrynie podkreśla się, że „*de lege lata* mamy do czynienia ze znacznym podobieństwem zachodzącym między prawem wykroczeń i odpowiedzialnością za wykroczenie a prawem karnym *sensu stricto* i odpowiedzialnością za przestępstwo. Podobieństwo to wynika przede wszystkim z analogicznych zasad odpowiedzialności, zbieżnych funkcji i zbliżonych środków reakcji na popełniony czyn zabroniony. Dlatego też uprawnione jest mówienie o prawie wykroczeń jako o prawie karnym *sensu largo* i o odpowiedzialności za wykroczenie jako o odpowiedzialności karnej *sensu largo* (mimo że art. 1 § 1 KW stanowi o «odpowiedzialności za wykroczenie», nie zaś o «odpowiedzialności karnej», jak art. 1 § 1 KK, bądź też o «odpowiedzialności karnej za wykroczenie»). Natomiast pojęcia prawa karnego *sensu stricto* i odpowiedzialności karnej *sensu stricto* zarezerwowane są dla przestępstw" (P. Daniluk, *Artykuł 1* [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2016, Legalis nb. 1).

Przedstawiony wyżej stan rzeczy prowadzi do paradoksalnego wniosku, że osoba zajmująca się zawodowo świadczeniem usług, aby uniknąć odpowiedzialności karnej, może nie odmówić świadczenia usługi, a następnie *de facto* jej nie wykonać. Chociaż dla konsumenta skutek braku wykonania świadczenia usługi jest często bardziej dolegliwy niż sama odmowa świadczenia usługi, to jedynie za tę odmowę przewidziana jest odpowiedzialność karna, a za brak wykonania świadczenia – jedynie ewentualna odpowiedzialność cywilna.

Zatem w sytuacji, gdy osoba zainteresowana uzyskaniem świadczenia usługi spotka się z odmową, może bez trudu – w warunkach gospodarki wolnorynkowej, w której występuje konkurencja pomiędzy podmiotami świadczącymi usługi – znaleźć

inny podmiot, który podejmie się wykonania usługi. Natomiast w sytuacji, gdy osoba ta nie spotka się z odmową, oczekuje wykonania usługi, tracąc tylko czas, który często ma istotne znaczenie dla konsumenta, który jako autonomiczna istota planuje swoje działania i przedsięwzięcia. Te zaś mogą zostać zniweczone poprzez niewykonanie usługi, którego konsument nie mógł przewidzieć, ponieważ nie spotkał się z odmową świadczącego usługi. Zatem niewykonanie usługi, pomimo braku odmowy, często może cechować się większym stopniem społecznej szkodliwości niż sama odmowa wykonania usługi. Zgodnie bowiem z 1 § 1 k.w.: „Odpowiedzialności za wykroczenie podlega ten tylko, kto popełnia czyn społecznie szkodliwy, zabroniony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia pod groźbą kary aresztu, ograniczenia wolności, grzywny do 5000 złotych lub nagany".

1.5. Dostrzeżenie tego paradoksu wzmacnia – zdaniem Sejmu – przekonanie o słuszności podnoszonego przez wnioskodawcę zarzutu, którego istotę stanowi stwierdzenie, że „art. 138 k.w., w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi, jest niezgodny z wynikającą z art. 2 Konstytucji zasadą proporcjonalności, z uwagi na nadmierną ingerencję i represyjność, która nie jest w tym przypadku niezbędna, gdyż wystarczające dla zapewnienia prawidłowej realizacji zarówno pierwotnego celu wprowadzenia tej regulacji, jak i funkcji, które zaczęła faktycznie pełnić w późniejszym okresie, są środki cywilnoprawne" (wniosek, s. 30).

Sejm uznaje za uzasadniony zarzut wnioskodawcy, że efekty zaskarżonej regulacji nie pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów i ograniczeń nakładanych na osobę zawodowo zajmującą się świadczeniem usług. Wnioskodawca słusznie podnosi, że pierwotny cel wprowadzenia art. 138 k.w., a mianowicie uzyskanie usługi po ustalonej przez władze cenie, obecnie zdezaktualizowany, może być osiągnięty za pomocą mniej dolegliwych środków, przede wszystkim w drodze powództwa cywilnego m.in. o naprawienie szkody, do której doszłoby na skutek odmowy wykonania usługi; argument ten wzmacnia fakt, że spekulacja usługami praktycznie nie występuje obecnie jako zjawisko społeczne, a zatem nieuzasadnione jest dalsze utrzymywanie, „w celu przeciwdziałania jej negatywnym następstwom dla konsumentów, najsurowszego środka w postaci odpowiedzialności o charakterze represyjnym" (wniosek, s. 36).

Zdaniem Sejmu, wnioskodawca trafnie podnosi, że również pozostałe funkcje, które obecnie pełni w praktyce przewidziana w art. 138 k.w. penalizacja odmowy

świadczenia usługi motywowanej uprzedzeniami wobec określonych cech osoby zainteresowanej uzyskaniem usługi lub motywowanej złośliwością i chęcią szykanowania określonej grupy klientów, mogą zostać zrealizowane za pomocą środków cywilnoprawnych, w szczególności na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, chroniących dobra osobiste. Ponadto sankcje prywatnoprawne za naruszenie zasady równego traktowania przewidziane są w ustawie antydyskryminacyjnej, której art. 4 pkt 4 litera e stanowi: „Ustawę stosuje się w zakresie: dostępu i warunków korzystania z: usług, w tym usług mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw i energii, jeżeli są one oferowane publicznie". Natomiast art. 5 pkt 3 tej ustawy stanowi: „Ustawy nie stosuje się do: swobody wyboru strony umowy, o ile tylko nie jest oparty na płci, rasie, pochodzeniu etnicznym lub narodowości". Jak słusznie podkreśla wnioskodawca, unormowane w ustawie antydyskryminacyjnej ograniczenia, które wynikają z zasady swobody umów, wolności decydowania o zawarciu umowy oraz swobody wyboru kontrahenta „obejmują więc znacznie węższy zakres, niż art. 138 k.w., pomimo nieporównanie łagodniejszej sankcji, jaką są, przewidziane w rozdziale 2. tej ustawy, środki prawne dla ochrony zasady równego traktowania" (wniosek, s. 37).

Zatem – jak przekonująco argumentuje wnioskodawca - „także te funkcje, pełnione obecnie w praktyce przez zagrożenie odmowy świadczenia usługi karą grzywny, mogą być realizowane innymi, skutecznymi środkami i brak jest uzasadnienia do dodatkowego utrzymywania, służącemu temu samemu celowi, surowszego środka w postaci odpowiedzialności wykroczeniowej" (wniosek, s. 36), „nawet w zakresie ograniczonym do ewidentnych przypadków dyskryminacji, dla przeciwdziałania temu zjawisku przy świadczeniu usług wystarczające są środki cywilnoprawne" (wniosek, s. 37).

2. Analiza zgodności art. 138 k.w., rozumianego w ten sposób, że zasady wiary i sumienie nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi, z art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji

2.1. W poglądach doktryny uznaje się, że „odmowa świadczenia jest uzasadniona wówczas, kiedy istnieje rozsądny powód, dla którego sprawca nie wykonuje świadczenia. Przyczyny odmowy mogą być różne – choroba, brak materiałów, narzędzi, planowany urlop, nieumiejętność wykonania żądanej usługi,

zachowanie klienta, wykraczanie usługi poza zakres tych, które realizuje zwykle usługodawca, przeciążenie pracą, a nawet zmęczenie (M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa, *Kodeks wykroczeń*, 2009, s. 484; M. Zbrojewska [w:] T. Grzegorczyk, *Kodeks wykroczeń*, 2013, s. 623). Sprawca musi jednak podać powód, a powód ten musi być obiektywnie racjonalny. Wątpliwe jest, czy stanowi racjonalny powód odmowy wykonania świadczenia stwierdzenie, że praca, która ma być wykonana, stanowi zlecenie zbyt mało wartościowe dla wykonawcy (np. jubiler poproszony o zlutowanie pękniętej stalowej oprawki okularów stwierdza, że musiałby pobrać za to kwotę kilku złotych, co jest dla niego nieopłacalne). Wydaje się, że można obronić pogląd, że tak właśnie jest. Wykonawca usług ma bowiem chyba prawo zastrzec, że będzie wykonywał tylko takie prace, które uzna za atrakcyjne ekonomicznie. Takie oświadczenie mogłoby zostać potraktowane przez potencjalnego nabywcę usługi jako zaproszenie do negocjacji. Nie jest jednak racjonalnym powodem odmowy wykonania świadczenia kłamliwe oświadczenie, że praca jest niewykonalna (np. w opisanej wyżej sytuacji jubiler, zamiast stwierdzić, że wykonanie pracy go nie interesuje z powodu niskiej ceny, oświadcza wbrew oczywistym faktom, że pokazana mu oprawka jest plastikowa, co sprawia, że nie będzie jej w stanie naprawić bez uszkodzenia). W takim wypadku zachodzi oczywiście bezpodstawna odmowa wykonania usługi" (M. Kulik, *Artykuł 138*, *op. cit.*, nb. 6).

Wśród przyczyn uzasadniających odmowę świadczenia wymienia się również takie przyczyny, jak: „choroba, zaplanowany urlop, brak narzędzi, materiałów, surowców, żądana usługa przekracza umiejętności osoby, stan, w jakim znajduje się klient (odmowa przez taksówkarza przewiezienia osoby nietrzeźwej). Nie jest odmową świadczenia podanie odległego terminu realizacji świadczenia z uwagi na terminarz zamówień" (M. Zbrojewska, *Komentarz do art.138 Kodeksu wykroczeń* [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Grzegorczyk, Lex 2013, teza 6). Ponadto wskazuje się, że „uzasadniona przyczyna odmowy świadczenia będzie miała miejsce na przykład wtedy, gdy rzemieślnik odmawia wykonania usługi naprawy jakiegoś sprzętu, ponieważ nie ma do tego potrzebnych części, albo też krawiec zajmujący się wyłącznie szyciem ubrań damskich odmawia uszycia ubrania męskiego" (M. Mozgawa, *Komentarz do art.138 Kodeksu wykroczeń* [...] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Lex 2009, teza 6).

Na temat zasad wiary i sumienia jako uzasadnienia przyczyny odmowy świadczenia usługi w doktrynie nie były wyrażane poglądy z wyjątkiem aprobującej glosy do wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z 26 maja 2017 r., sygn. akt V Ka 557/17 autorstwa J. Kuleszy („Państwo i Prawo" 2018, z. 1, s. 132-137). Autor ten w pełni zaaprobował zarówno wyrok sądu, jak i podniesioną argumentację.

2.2. We wspomnianym wyroku sąd odnosząc się do zarzutu, którego istotą było twierdzenie, że przekonania religijne danej osoby, mogą być uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia w rozumieniu art. 138 k.w., nie zgodził się z tym twierdzeniem, uzasadniając, że: „Na świecie funkcjonują tysiące wyznań, ideologii i światopoglądów. Pomijając te oczywiście zbrodnicze czy nieakceptowalne i tak wachlarz możliwych systemów wartości jest niezwykle szeroki. W prawach stanowionych przez świecką władzę ustawodawczą nie jest dopuszczane wartościowanie tych wyznań i światopoglądów i przyznawanie prymatu jednych, kosztem drugich. Mało tego, nawet w ramach jednego wyznania zdarzają się krańcowo różne interpretacje. Wystarczy tu wspomnieć islam, pod sztandarami którego, w imię boga dokonuje się okrutnych zamachów. Historia wskazuje, że i w chrześcijaństwie zdarzały się takie interpretacje doktryny wiary, które prowadziły do wojen religijnych, wypraw krzyżowych, świętej inkwizycji i palenia ludzi na stosie, a w niedawnej historii żołnierze hitlerowscy mieli na klamrach pasów zawołanie «bóg jest z nami». Oddanie prawa poszczególnym ludziom do kierowania się w przestrzeni publicznej czy też w obrocie gospodarczym swoim subiektywnym rozumieniem wyznawanej religii nie może być przez państwo akceptowane i usprawiedliwiane. Mogłoby to doprowadzić do niezwykle groźnych precedensów, a w skrajnych przypadkach do kompletnego chaosu. Trafnie zatem w literaturze wskazuje się, że «uzasadnione przyczyny», w rozumieniu art. 138 k.w. to przyczyny dotyczące z reguły przyczyn technicznych czy obiektywnych". Sąd podkreślił, że: „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 k.w." (wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 26 maja 2017 r., sygn. akt V ka 557/17).

W odniesieniu do wyrażonego w cytowanym orzeczeniu sądu stwierdzenia, że uzasadnione przyczyny w rozumieniu art. 138 k.w. „to przyczyny dotyczące z reguły przyczyn technicznych czy obiektywnych" należy zauważyć, że w treści tego przepisu

nie ma żadnych określeń uściślających charakter uzasadnienia przyczyn odmowy świadczenia usługi. Przepis ten brzmi następująco: „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". Zatem z samego brzmienia przepisu nie wynika, jakiego rodzaju przyczyny należy uznać za uzasadnione.

2.3. Zastosowane przez prawodawcę wyrażenie: „uzasadniona przyczyna" należy do kategorii nieostrych zwrotów szacunkowych, występujących także m.in. w przepisach prawa podatkowego (zob. M. Münnich, *Nieostre zwroty ocenne w polskim prawie podatkowym*, Lublin 2017, s. 124-126). Sięgając do słownikowego określenia znaczenia wyrazu: „uzasadniony", uzyskujemy informację, że w znaczeniu przymiotnikowym wyraz ten znaczy: „oparty na obiektywnych racjach, podstawach; słuszny, usprawiedliwiony" (*Słownik języka polskiego*, red. M. Szymczak, t. 3, Warszawa 1994, s. 640). Zatem uzasadniona przyczyna, to zarówno przyczyna oparta na obiektywnych racjach, jak i słuszna, usprawiedliwiona przyczyna. Analiza językowa wyrażenia „uzasadniona przyczyna" nie pozwala na zawężenie jego zakresu znaczeniowego jedynie do „przyczyn technicznych czy obiektywnych" w sensie faktów możliwych do stwierdzenia w świecie fizycznym za pomocą zmysłów. Uzasadniona przyczyna może mieć także charakter duchowy i jako taka także może być obiektywna, a zarazem słuszna i usprawiedliwiona. Odpowiada to obiektywnej prawdzie o człowieku, że jest on istotą duchowo-fizyczną, obdarzoną przyrodzoną i niezbywalną godnością, a więc i autonomią moralną. Z tego właśnie względu nikt nie może być traktowany instrumentalnie. Potwierdza to art. 30 Konstytucji, zgodnie z którym: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych". Zagwarantowana każdemu w art. 53 ust. 1 Konstytucji wolność sumienia i religii jest nierozerwalnie związana z poszanowaniem godności człowieka.

2.4. Wnioskodawca zarzuca, że „art. 138 k.w. nie przewiduje możliwości odmowy świadczenia usługi nie tylko z tego powodu, że usługodawca nie akceptuje celu, któremu usługa ma służyć, ale również wtedy, gdy według usługodawcy świadczeniu usługi sprzeciwiają się względy religijne lub sumienia, gdyż w jego

ocenie wykonanie usługi stanowiłoby złamanie bezwzględnego zakazu, wynikającego z zasad wyznawanej wiary lub innego światopoglądu" (wniosek s. 38).

Za uzasadnioną przyczynę nie jest uznawany bowiem sprzeciw sumienia. W takiej sytuacji art. 138, w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi ogranicza – zdaniem wnioskodawcy – wynikającą z art. 53 Konstytucji wolność sumienia i religii.

2.5. W kontekście przytoczonych poglądów doktryny i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego Sejm zgadza się z argumentacją wnioskodawcy, w szczególności z zasadnością zarzutu, że w przypadku, gdy nie uznaje się za uzasadnioną przyczynę odmowy świadczenia usługi odmowy motywowanej względami religijnymi i względami sprzeciwu sumienia, art. 138, w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi ogranicza wynikającą z art. 53 Konstytucji wolność sumienia i religii. Jak bowiem trafnie podkreśla się w doktrynie, „sprzeciw sumienia jest pozytywnym korelatem prawa człowieka do wolności sumienia i wyznania, bez którego nie da się w pełni realizować tego prawa człowieka" (M. Skwarzyński, *Korzystanie ze sprzeciwu sumienia w kontekście zasady równouprawnienia i kryterium zawodu*, „Studia z Prawa Wyznaniowego" 2016, t. 19, s. 81-82). Cytowany autor słusznie zauważył, że „kwestia zakazu dyskryminacji i równouprawnienia samodzielnie wyklucza różnicowanie jednostek w możliwości powoływania się na klauzulę sumienia z uwagi na zawód. [...] Sama zasada równouprawnienia i zakazu dyskryminacji jest wystarczająca dla zakazania różnicowania z uwagi na zawód" (tamże, s. 82). Następnie cytowany autor logicznie wywodzi, że niezależnie od wykonywanego zawodu godność osobowa jest taka sama, zatem każdy człowiek korzysta z tego samego prawa do wolności sumienia i wyznania. „Państwo zaś oceniając zasadność sprzeciwu sumienia nie może przy ocenie wprowadzać kryterium zawodu, bowiem oznaczałoby to różnicowanie na poziomie wolności sumienia i wyznania z uwagi na wykonywany zawód. Przyznawanie zatem innego zakresu ochrony prawu człowieka do wolności sumienia i religii z uwagi na wykonywaną pracę i zawód jest dyskryminujące. [...] Podkreślić trzeba, że zawód nie może być negatywną przesłanką różnicującą. łamie to wprost zakaz dyskryminacji, który także obejmuje dyskryminację z uwagi na konkretną pracę czy zawód. Wniosek taki można odnaleźć w orzecznictwie ETPCz [Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – uwaga własna], jak i można go wywieść z polskiego konstytucyjnego

modelu zasady równouprawnienia i zakazu dyskryminacji. Tym samym granice sprzeciwu sumienia chroni także zakaz dyskryminacji związany z zasadą równouprawnienia, a nie wyłącznie prawo człowieka do wolności sumienia i religii" (tamże, s. 82-83).

Odnosząc argumentację przedstawioną w cytowanym poglądzie do osób świadczących zawodowo usługi, należy stwierdzić, że osoby takie mają równe w stosunku do wszystkich innych osób prawo do powoływania się na sprzeciw sumienia, co bezpośrednio jest związane z jednakową dla wszystkich ludzi godnością osobową.

Wynikające z godności człowieka prawo do odmowy dyktowanej sumieniem jest przedmiotem licznych wypowiedzi doktryny, w tym w pracach naukowych o tak utrwalonej i niekwestionowanej pozycji w nauce światowej, jak np. *Teoria sprawiedliwości* autorstwa J. Rawlsa. Autor ten zdefiniował pojęcie odmowy dyktowanej sumieniem, stwierdzając, że odmowa ta „jest niestosowaniem się do jakiegoś mniej lub bardziej bezpośredniego nakazu czy polecenia administracyjnego. Jest to odmowa, gdyż skierowano do nas jakiś nakaz i naturalną koleją rzeczy władze wiedzą, czy stosujemy się do niego" (J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994, s. 506). Jako przykłady odmowy dyktowanej sumieniem J. Rawls podaje: odmowę pierwszych chrześcijan wykonywanie pewnych czynności kultowych nakazanych przez pogańskie państwo, odmowę salutowania flagi praktykowaną przez świadków Jehowy, brak gotowości pacyfisty do służby w siłach zbrojnych czy żołnierza do posłuszeństwa rozkazowi, który uważa za jawnie sprzeczny z prawem moralnym, odmowa zapłacenia określonego podatku na tej podstawie, że gdyby odmawiający go zapłacił, stałby się pośrednim sprawcą wielkiej niesprawiedliwości wobec innych (por. tamże).

Słusznie podkreśla się także, iż „prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem trzeba przyporządkować do praw osobistych bezwzględnych – skutecznych względem wszystkich (*erga omnes*)" (L. Bosek, *Prawo osobiste do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem – na przykładzie lekarza*, „Forum Prawnicze" 2014, nr 1, s. 17). Cytowany autor trafnie podkreśla, że jeśli „światopogląd jednostki jest systemem – jest spójny – to efektywna ochrona wolności sumienia staje się koniecznym warunkiem ochrony integralności moralnej jednostki oraz jej godności" (tamże, s. 18). Natomiast „do naruszenia integralności moralnej człowieka dochodzi zawsze wtedy, gdy jest on zmuszany do czynów uznawanych

przez niego w sposób przemyślany i głęboki za niemoralne. Zmuszanie człowieka do działania sprzecznego z jego sumieniem jest z reguły traktowaniem go przedmiotowym, rodzi urazy psychiczne i może prowadzić do prób samobójczych. Wprowadzenie przymusu aktywnego wykonywania czynności głęboko niemoralnej jest prostą instrumentalizacją osoby, jej uprzedmiotowieniem, rażącym naruszeniem jej godności chronionej bezwzględnie na podstawie art. 30 konstytucji. W związku z tym nie tylko wewnętrzną wolność wyboru dobra i zła, lecz przede wszystkim wolność postępowania zgodnie z własnym sumieniem trzeba uznać za dobro prawne w znacznym stopniu składające się na pojęcie integralności i godności osoby ludzkiej. Można w konsekwencji uznać, że zobowiązywanie i egzekwowanie działania wbrew sumieniu i religii stanowi naruszenie istoty wolności sumienia i godności człowieka" (tamże, s. 19). W konkluzji swoich wywodów cytowany autor podkreślił, że „prawo osobiste do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem jest prawem chronionym nie tylko przez prawo cywilne, prawo pracy i prawo karne, lecz także przez Konstytucję RP i prawo międzynarodowe" (tamże, s. 25).

W przekonaniu Sejmu osobiste prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem nie stanowi „przywileju" osób wykonujących tylko niektóre zawody, jak np. zawód lekarza, lecz stanowi podstawowe prawo każdego człowieka, ugruntowane w jego osobowej godności. Zatem także osobom zajmującym się zawodowo świadczeniem usług nie można tego prawa odmówić. W konsekwencji odmowa świadczenia usługi motywowana sprzeciwem sumienia powinna być uznawana za uzasadnioną przyczynę na gruncie art. 138 k.w. W przeciwnym wypadku zachodzi ograniczenie określonej w art. 53 ust. 1 Konstytucji wolności sumienia i religii.

2.6. Następnie należy się odnieść do zarzutu wnioskodawcy, że ograniczenie wolności sumienia i religii, które wprowadza art. 138 k.w., w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi jest niezgodne z zasadą proporcjonalności wynikającą z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny analizował problem proporcjonalności ograniczenia wyrażonej w art. 53 ust. 1 wolności sumienia i religii. Stwierdził mianowicie: „W ślad za regulacjami międzynarodowymi i powszechnie akceptowaną interpretacją przepisów Konstytucji, Trybunał przyjął, że wyrażona w art. 53 ust. 1 Konstytucji

wolność sumienia może podlegać ograniczeniom, które jednak muszą być odpowiednio proporcjonalne, tj. spełniać kryteria (przesłanki) art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wobec jednolitego i utrwalonego w orzecznictwie Trybunału rozumienia tego przepisu wystarczy przypomnieć, że zasada proporcjonalności umożliwia rozstrzyganie w sytuacji, gdy pojawia się kolizja kilku praw chronionych konstytucyjnie albo gdy ingerencja ustawodawcy dokonana w celu ochrony jednej wartości konstytucyjnej powoduje nadmierne ograniczenie innej wartości należącej do tej kategorii. Art. 31 ust. 3 Konstytucji określa uniwersalne kryteria, których spełnienie jest konieczne do wprowadzenia ograniczeń praw i wolności konstytucyjnych jednostki. Zasada proporcjonalności postrzegana jest w dwóch aspektach. Aspekt formalny to wymaganie ustawowej formy wprowadzonego ograniczenia prawa podmiotowego. Aspekt materialny polega na ocenie, czy – prawidłowe od strony formalnej – ograniczenie praw jednostki jest uzasadnione chociaż jednym z celów wymienionych enumeratywnie w treści art. 31 ust. 3 Konstytucji. Jeżeli ten sam cel prawodawczy możliwy jest do osiągnięcia za pomocą innego unormowania, które nakłada mniejsze ograniczenia praw i wolności, zastosowanie przez prawodawcę regulacji bardziej dolegliwej dla podmiotu tych praw wykracza poza to, co jest konstytucyjnie konieczne (por. wyrok TK z 23 listopada 2009 r., sygn. P 61/08, OTK ZU nr 10/A/2009, poz. 150, oraz powołane tam orzecznictwo). Ocena proporcjonalności wymaga zbadania danej normy pod kątem:

– kryterium jej przydatności, a więc tego, czy jest ona w stanie doprowadzić do zamierzonych przez ustawodawcę skutków,

– kryterium jej konieczności, a więc tego, czy jest ona niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana,

– kryterium jej proporcjonalności *sensu stricto*, a więc badania, czy jej efekty pozostają w odpowiedniej proporcji do nałożonych przez nią na obywatela ciężarów lub ograniczeń" (wyrok TK z 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14).

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, „pierwszym krokiem, jaki należy wykonać, aby zastosowanie testu proporcjonalności w ogóle było możliwe i miało sens, jest ustalenie wartości, ze względu na którą ustawodawca wprowadził oceniane ograniczenie konstytucyjnej wolności lub prawa. Z art. 31 ust. 3 Konstytucji wynika przy tym, że mogą być brane pod uwagę tylko enumeratywnie wskazane wartości, a mianowicie: bezpieczeństwo i porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowie i moralność publiczna, wolności i prawa innych osób. Dopiero po

stwierdzeniu, że oceniane ograniczenie prawa lub wolności konstytucyjnej służy ochronie jednej z tych wartości, można prowadzić dalszą analizę, tj. ustalić, czy ograniczenie było przydatne i konieczne do osiągnięcia celu oraz czy została zachowana proporcjonalność *sensu stricto*, tj. czy korzyść osiągnięta w wyniku poświęcenia pierwszego dobra przewyższa dobro poświęcone" (wyrok TK z 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14).

Wnioskodawca, zdaniem Sejmu, przekonująco wywodzi, że „w wypadku art. 138 k.w., w części penalizującej odmowę świadczenia usługi, nie jest możliwe jednoznaczne ustalenie konstytucyjnie chronionych wartości, ze względu na które ogranicza się wolność sumienia i religii, w każdym przypadku, w którym przepis ten może mieć zastosowanie. Wynika to z, sygnalizowanego wcześniej w uzasadnieniu niniejszego wniosku, faktu późniejszego objęcia dyspozycją art. 138 kw. nowych powodów odmowy świadczenia usługi, rodzajowo odmiennych od tych, które stanowiły *ratio legis* wprowadzenia tej regulacji" (wniosek, s. 41).

O ile bowiem w zakresie funkcji, jaką art. 138 k.w. zaczął pełnić w późniejszym okresie jako regulacja antydyskryminacyjna, można zidentyfikować chronione wartości jako prawo do równego traktowania i bycia niedyskryminowanym (art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji) oraz godność człowieka (art. 30 Konstytucji), o tyle „nie sposób [...] określić, jakie konkretne wolności i prawa innych osób lub ewentualnie inne wartości konstytucyjne, wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji, chroni art. 138 k.w. w tych wypadkach, gdy przyczyną odmowy świadczenia usługi będą takie cechy usługi, określone przez klienta, które według usługodawcy naruszają zasady wyznawanej przez niego religii lub innego światopoglądu" (wniosek, s. 42).

Sejm podziela pogląd wnioskodawcy, że „nie można z przewidzianych konstytucyjnie wolności i praw przysługujących osobom zainteresowanym uzyskaniem usługi wywieść generalnego, ogólnego obowiązku innych osób – zajmujących się zawodowo świadczeniem usług – wykonania każdej czynności mającej służyć realizacji wolności i praw potencjalnych klientów, w tym podjęcia działań, których celu lub efektów nie akceptują. W związku z tym ustalanie chronionej konstytucyjnie wartości czy praw konstytucyjnych, wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, musiałoby się odbywać w każdym przypadku indywidualnie" (wniosek, s. 42-43).

Konsekwentnie Sejm uznaje za uzasadniony zarzut wnioskodawcy, że „skoro tylko w niektórych stanach faktycznych objętych zakresem stosowania art. 138 k.w.,

w części penalizującej odmowę świadczenia usługi, możliwe jest jednoznaczne zidentyfikowanie konstytucyjnie chronionych wartości, nie sposób skutecznie przeprowadzić testu proporcjonalności w odniesieniu do tej regulacji w ogólności. Niemożność stwierdzenia, czy wynikające z art. 138 k.w. ograniczenie swobody sumienia i wyznania służy ochronie jednej z wartości wymienionych enumeratywnie w art. 31 ust. 3 Konstytucji, nie pozwala wykluczyć, że kwestionowany przepis nakłada na osobę zajmującą się zawodowo świadczeniem usług obowiązek działania wbrew sumieniu lub wyznaniu - pod rygorem poniesienia odpowiedzialności za wykroczenie - także wtedy, gdy żadne prawa konstytucyjne konsumenta nie uzasadniają poświęcenia przysługującej usługodawcy wolności" (wniosek, s. 43).

Argumentację wnioskodawcy wzmacnia przykład tzw. sprawy łódzkiego drukarza, będącej przedmiotem wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z 26 maja 2017 r. (sygn. akt V ka 557/17). W kontekście m.in. tej sprawy wniesiono do Sejmu pisma, których autorzy zwracają uwagę, że „za sprawą Adama Bodnara, łódzki drukarz, który odmówił produkcji materiałów promujących organizację LGBT, został skazany wyrokiem Sądu Rejonowego dla Łodzi – Widzewa". Wywodzą w tym kontekście, że „ofiara propagandowej akcji radykalnych działaczy homoseksualnych, zamiast wsparcia w realizacji swych praw sumienia i wolności gospodarczej, spotkała się z atakiem urzędującego Rzecznika Prawa Obywatelskich" (zob. J. Wyrembak, *Opinia prawna dotycząca pism w sprawie odwołania Pana dr. Adama Bodnara z zajmowanego stanowiska Rzecznika Praw Obywatelskich – z powodu wielokrotnego sprzeniewierzenia się złożonemu ślubowaniu*, BAS-WAL-2606/16). Autor opinii wyraził trafny pogląd, że pozbawione legitymacji prawnej jest działanie RPO, motywowane przyjęciem założenia, że „miał miejsce akt dyskryminacji z uwagi na orientację seksualną w odniesieniu do podmiotu, który nie jest osobą fizyczną, i któremu - w związku z tym właśnie faktem - żadnej orientacji seksualnej przypisać nie można" (tamże). Niedozwolona dyskryminacja oznacza bowiem nierówne traktowanie podmiotu ze względu na jego cechy osobowe. Natomiast sprzeciw drukarza, który odmówił zawarcia umowy, był motywowany treścią nadruku na *roll-upie*, a nie cechami osoby, która wystąpiła z propozycją zawarcia umowy w tej sprawie.

Zatem wnioskodawca w przekonaniu Sejmu trafnie podnosi, że art. 138 k.w., w części penalizującej odmowę świadczenia usługi, rozumiany w ten sposób,

że zasady wiary i sumienie nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi, jest niezgodny z art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

3. Analiza zgodności art. 138 k.w., w zakresie dotyczącym osób osobiście prowadzących działalność gospodarczą lub działających w imieniu podmiotu prowadzącego taką działalność, z art. 20 w związku z art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 i w związku z art. 31 ust. 2 zdanie 2 Konstytucji

3.1. Wnioskodawca formułuje zarzut, którego istota sprowadza się do stwierdzenia, że „art. 138 k.w., w części penalizującej odmowę świadczenia usługi, nieproporcjonalnie ogranicza – określoną w art. 20 i art. 22 Konstytucji – wolność gospodarczą, gdyż tylko w niektórych stanach faktycznych objętych zakresem stosowania kwestionowanego przepisu możliwe jest jednoznaczne zidentyfikowanie chronionych wartości, co uniemożliwia skuteczne przeprowadzenie testu proporcjonalności w ogólności – stosownie do art. 31 ust. 3 Konstytucji – i nie pozwala wykluczyć, że zaskarżony przepis nakłada na osobę zajmującą się zawodowo świadczeniem usług - wbrew treści art. 31 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji – przymus kontraktowy także wtedy, gdy ani ważny interes publiczny, ani żadne prawa konstytucyjne nie uzasadniają poświęcenia przysługującej usługodawcy wolności" (wniosek, s. 44).

Jak argumentuje wnioskodawca, chociaż art. 20 i art. 22 Konstytucji gwarantują wolność gospodarczą jako samodzielne prawo podstawowe jednostki, to art. 138 k.w. poprzez zakaz odmowy świadczenia usługi, a więc nakaz zawarcia umowy z każdym, kto wyrazi wolę skorzystania z usługi, chyba że zachodzi przyczyna uzasadniająca odmowę, wolność tę ogranicza. Należy zatem rozważyć, czy ograniczenie to spełnia standardy konstytucyjne, a w szczególności czy zachowana została odpowiednia proporcja pomiędzy celem ograniczenia a środkiem prawnym to ograniczenie wprowadzającym.

3.2. W odniesieniu do art. 22 Konstytucji Trybunał Konstytucyjny rozważał problem relacji tego przepisu do art. 31 ust. 3 Konstytucji. W jednym z wyroków wyraził pogląd, że „ograniczenie wolności działalności gospodarczej podlega szczególnej regulacji art. 22 Konstytucji. Usprawiedliwić ingerencję w konstytucyjnie gwarantowaną wolność działalności gospodarczej może tylko «ważny interes

publiczny» przy zachowaniu ustawowej formy tej ingerencji. Art. 22 Konstytucji jako *lex specialis* nie wyłącza jednak zupełnie stosowania art. 31 ust. 3 Konstytucji, przynajmniej w tym zakresie, w jakim «Ważny interes publiczny» może być odniesiony odpowiednio do zasady proporcjonalności, wynikającej z art. 31 ust. 3 Konstytucji" (wyrok TK z 11 marca 2015 r., sygn. akt P 4/14).

Trybunał Konstytucyjny stwierdził również, że „w orzecznictwie konstytucyjnym wyrażono [...] pogląd, że zakres znaczeniowy pojęcia «ważny interes publiczny» jest szerszy niż zakres normowania art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zarazem jednak Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że ocena, czy zakwestionowany akt normatywny został wprowadzony ze względu na «ważny interes publiczny» nie może abstrahować od zasady proporcjonalności oraz zakazu naruszenia istoty konstytucyjnego prawa podmiotowego.

Trybunał Konstytucyjny przypomina, że «z istoty konstytucyjnych zasad jako norm nakazujących realizację określonych wartości, jak również [...] z samej zasady demokratycznego państwa prawnego, prawodawca zobowiązany jest uwzględniać w każdym wypadku konstytucyjny zakaz nadmiernej ingerencji w prawa i wolności [...] Z zakazu nadmiernej ingerencji, jako źródła ogólnej formuły proporcjonalności Trybunał Konstytucyjny na zasadzie logicznego wynikania wyprowadza trzy wymogi stanowiące jej części składowe, a mianowicie: przydatności, niezbędności oraz proporcjonalności w wąskim znaczeniu. Przydatność, niezbędność oraz proporcjonalność w wąskim znaczeniu nie mają przy tym charakteru optymalizacyjnego, a w konsekwencji nie pozostają w relacji pierwszeństwa przed innymi normami, ale mogą zostać albo zrealizowane albo niezrealizowane, ni mniej, ni więcej» (wyrok z 25 lipca 2013 r., sygn. P 56/11 [...]). Ocena zgodności aktu normatywnego z art. 20 w związku z art. 22 Konstytucji wymaga zatem uwzględnienia wymogów testu dozwolonych konstytucyjnie ograniczeń praw i wolności. [...] Należy zauważyć, co następuje:

Po pierwsze, interpretacja pojęcia «ważnego interesu publicznego» nie może abstrahować od wartości chronionych zasadą demokratycznego państwa prawnego. Przyjmując, że konsekwencją najwyższej mocy obowiązującej Konstytucji, hierarchicznej struktury polskiego systemu prawnego i materialno-kompetencyjnego charakteru regulacji konstytucyjnej jest istnienie takich treści systemu prawa, które z perspektywy konstytucyjnej mogą zostać uznane za niedopuszczalne albo dopuszczalne, za naruszenie art. 22 Konstytucji należałoby uznać wprowadzenie

ograniczeń wolności działalności gospodarczej, których przydatność została ograniczona do realizacji celu ustawowego i nie znajduje uzasadnienia w zasadzie demokratycznego państwa prawnego i chronionych przez nie wartościach.

Po drugie, nie będą naruszać art. 22 Konstytucji jedynie te – spośród uznanych za przydatne – ograniczenia wolności działalności gospodarczej, które służą zarazem ochronie bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź ochronie środowiska, zdrowia publicznego albo wolności i praw innych osób. Konstytucyjnie wyeksponowana doniosłość («ważność») chronionego interesu publicznego powoduje, iż konieczne jest uwzględnienie treści wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Nie każdy bowiem interes publiczny uzasadnia ograniczenie wolności działalności gospodarczej, lecz jedynie taki, który konstytucyjnie można uznać za «ważny». Spośród obowiązujących przepisów konstytucyjnych, art. 31 ust. 3 Konstytucji zawiera pełną wypowiedź preferencyjną prawodawcy konstytucyjnego o najważniejszych przejawach interesu publicznego, które mogą uzasadniać ustawowe ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności. Konstytucja w ten sposób ustala podstawowe warunki kolizji zasad, z których co najmniej jedna chroni wartość konstytucyjną będącą zarazem uzasadnieniem celu, w jakim wprowadza się ograniczenia wolności działalności gospodarczej, i co najmniej jedna formułuje optymalizacyjny wymóg ochrony praw i wolności.

Po trzecie, interpretacja pojęcia «ważnego interesu publicznego» jest nierozerwalnie związana z wewnętrzną hierarchią wartości konstytucyjnych. W orzecznictwie konstytucyjnym przyjmuje się, że im cenniejsze jest dobro ograniczane i wyższy jest stopień tego ograniczenia, tym cenniejsza musi być wartość uzasadniająca ograniczenia. Już w orzeczeniu z 26 kwietnia 1995 r. (sygn. K 11/94 [...]) Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że surowsze standardy oceny znajdują zastosowanie w wypadku ograniczenia praw osobistych i politycznych. W późniejszym orzecznictwie dyrektywę tę odniesiono w szczególności do ograniczeń art. 42 Konstytucji. W tym kontekście istotne jest również, że normy konstytucyjne formułują także bezwzględne zakazy ograniczeń (zob. np. zakaz depersonalizacji pasażerów i załogi samolotu – wyrok z 30 września 2008 r., sygn. K 44/07 [...] oraz zakaz stosowania tortur – uwagi na marginesie wyroku z 26 maja 2008 r., sygn. SK 25/07 [...]).

Po czwarte, z uwagi na doniosłość wolności działalności gospodarczej, potwierdzoną systematyką Konstytucji, wynikający z art. 22 Konstytucji warunek,

ze względu na który dopuszczalne jest ustawowe ograniczenie, nie podlega interpretacji rozszerzającej" (wyrok TK z 16 października 2014 r., sygn. akt SK 20/12).

3.3. W kontekście zaprezentowanych poglądów doktryny i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego Sejm uznaje za uzasadnioną argumentację wnioskodawcy, który twierdzi, że: „W przypadku art. 138 k.w., w zakresie, w jakim penalizuje odmowę świadczenia usługi, nie jest możliwe - jak wskazano wcześniej w uzasadnieniu niniejszego wniosku w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji - skuteczne przeprowadzenie testu proporcjonalności. Pierwotny cel wprowadzenia tego przepisu uległ bowiem praktycznie dezaktualizacji, a jednocześnie w okresie późniejszym dyspozycja art. 138 objęła nowe powody odmowy świadczenia usługi, rodzajowo odmienne od tych, które stanowiły *ratio legis* wprowadzenia tej regulacji. W związku z tym nie w każdym wypadku objętym dyspozycją zaskarżonego przepisu jest obecnie możliwe jednoznaczne określenie chronionych wartości, ze względu na które ogranicza się, mającą konstytucyjne umocowanie, wolność umów tym podmiotom, które w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zajmują się zawodowo świadczeniem usług. Niemożność stwierdzenia, czy wynikający z art. 138 k.w. przymus kontraktowania zawsze następuje ze względu na - wskazany w art. 22 Konstytucji - ważny interes publiczny i służy ochronie jednej z wartości wymienionych enumeratywnie wart. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, nie pozwala wykluczyć, że zaskarżony przepis ogranicza osobie zajmującej się, w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, świadczeniem usług swobodę wyboru sposobu własnego postępowania przy składaniu oświadczeń woli kierowanych do innych osób także wtedy, gdy żadne konstytucyjnie chronione wartości me uzasadniają poświęcenia przysługującej usługodawcy wolności umów.

W tych warunkach należy stwierdzić, że, wynikający z art. 138 k.w., przymus świadczenia usługi zawsze, gdy usługobiorca się o nią zwróci, także wbrew woli usługodawcy, narusza jednocześnie art. 31 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji, w myśl którego nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje" (wniosek, s. 49-50).

W odniesieniu do problematyki dopuszczalności ograniczania wolności gospodarczej należy ponadto podkreślić, że „wolność gospodarcza zakłada istnienie

wolności ontycznej człowieka [...]. Mimo że wolność gospodarcza to zaledwie jeden z aspektów autonomii osoby ludzkiej, to jednak [...] jest to «logiczna konsekwencja ludzkiej wolności», o czym we współczesnym myśleniu rzadko się pamięta. Niesłusznie zatem przyjmuje się postulat, by nie tylko nie rozwijać wolności, lecz [...] wprowadzać jak najwięcej ograniczeń, bo tylko w ten sposób zbuduje się dobre i wartościowe społeczeństwo, co jest charakterystyczne dla wszelkich kolektywistycznych nurtów myślenia, które pod pozorem przezwyciężania niesprawiedliwości społecznej dążą do eliminacji wolności prowadzenia działalności gospodarczej. [...] Człowiek potrzebuje wolności gospodarczej, by wchodzić w interakcje z otaczającym go środowiskiem, by się twórczo spełniać jako także istota społeczna w działaniu z innymi i dla innych. [...] Rozważania te potwierdzają konieczność [...] ostrożności we wprowadzaniu ograniczeń w wolność gospodarczą. Każde bowiem ograniczenie niejako zakłóca wolność, zaburza harmonię gospodarczą, dlatego powinno być delikatne i wprowadzane wyjątkowo, dla koniecznej regulacji rynku" (J. Ablewicz, *Istota wolności gospodarczej w ujęciu filozoficznoprawnym*, Warszawa 2014, s. 1-14).

W odniesieniu do cytowanego poglądu można postawić retoryczne pytanie, czy ograniczenia wolności działalności gospodarczej, które przewiduje art. 138 k.w., stanowią w realiach społecznej gospodarki rynkowej, o której mowa w art. 20 Konstytucji, konieczną regulację rynku?

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że „nie należy wolności podmiotów w sferze działalności gospodarczej odrywać od mechanizmów społecznej gospodarki rynkowej. W rezultacie nie należy odrywać zagadnienia swobody umów (i ich ograniczeń) podmiotów działalności gospodarczej, jako elementu wolności działalności gospodarczej, od mechanizmów społecznej gospodarki rynkowej, jeżeli rozpatruje się to zagadnienie w ogólnospołecznym wymiarze" (wyrok TK z 21 listopada 2005 r., sygn. akt P 10/03).

Trybunał Konstytucyjny słusznie zauważył, że w pewnym zakresie zasada swobody umów jest związana z zasadą społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji). „Oczywiste 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" (wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02).

V. Konkluzja

Powyższe argumenty uzasadniają wniosek Sejmu o stwierdzenie, że art. 138 k.w.:

1) w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, **jest niezgodny** z art. 2 Konstytucji;

2) rozumiany w ten sposób, że zasady wiary i sumienie nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi, **jest niezgodny** z art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

3) w zakresie dotyczącym osób osobiście prowadzących działalność gospodarczą lub działających w imieniu podmiotu prowadzącego taką działalność, **jest niezgodny** z art. 20 w związku z art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 i w związku z art. 31 ust. 2 zdanie 2 Konstytucji.

MARSZAŁEK SEJMU

Marek Kuchciński