RZECZPOSPOLITA POLSKA
PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia 21.12.2017 r.

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY
KANCELARIA
wpł. dnia 22. 12. 2017
L.dz. ..... L. zał. .....

PK VIII TK 45.2017

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 188 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej

wnoszę o stwierdzenie niezgodności:

art. 138 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. - Kodeks wykroczeń (tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r., poz. 1094 ze zmianami) w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny - z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, oraz - rozumianego w ten sposób, że zasady wiary i sumienie nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi - z art. 53 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także - w zakresie dotyczącym osób osobiście prowadzących działalność gospodarczą lub działających w imieniu podmiotu prowadzącego taką działalność - z art. 20 w zw. z art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 i w zw. z art. 31 ust. 2 zd. 2 Konstytucji.

UZASADNIENIE

Art. 138 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. - Kodeks wykroczeń (tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r., poz. 1094 ze zmianami; dalej Kodeks wykroczeń lub k.w.) stanowi:

„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."

Przedmiotem ochrony tego przepisu są interesy osób korzystających z usług, a więc przede wszystkim ich konsumentów (vide - M. Mozgawa, w: M. Mozgawa, *Kodeks wykroczeń*, 2009, s. 483; M. Zbrojewska, w: T. Grzegorczyk, *Kodeks wykroczeń*, 2013, s. 621). W doktrynie przyjmuje się również, że przepis ten chroni także interesy osób, które nabywają usługi w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, w tym nie dla siebie, a więc nabywców, którzy nie są konsumentami. Ochrona dotyczy zarówno interesów finansowych nabywców, które są naruszane przez konieczność płacenia ceny wyższej niż uzasadniona, jak też interesu polegającego na uzyskaniu świadczenia jako takiego, a więc dostępu do usługi (*vide* - *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, C.H. Beck 2016, teza 1 do art. 138).

„Usługą jest działanie podjęte w celu zarobkowym, a polegające na zaspokajaniu 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. (...) [N]ie ma znaczenia, czy usługa wykonywana jest z materiału dostarczonego przez usługobiorcę, czy z własnego materiału

wykonawcy (...), choć niekiedy może to przybrać przecież postać wytworzenia i sprzedaży produktu" (*Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, *op. cit.*, teza 2 do art. 138, *vide* też - powołana tam literatura).

Podmiotem wykroczenia z art. 138 k.w. (w obu postaciach) może być tylko osoba zajmująca się zawodowo świadczeniem usług. Według doktryny pojęcie to należy rozumieć szeroko. „Jest to przede wszystkim osoba, która regularnie, a nie sporadycznie, świadczy usługi danego rodzaju (...). Nie znaczy to jednak, że musi być to osoba, która utrzymuje się wyłącznie z wykonywania usług danego rodzaju, ani że osoba ta musi zajmować się oficjalnie działalnością gospodarczą (...) o zawodowym charakterze czynności świadczy to, czy jest wykonywana odpłatnie i czy - choćby tylko okresowo i częściowo - stanowi źródło utrzymania dla danej osoby" (*Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, *op. cit.*, teza 8 do art. 138, *vide* też - powołana tam literatura).

„Strona przedmiotowa czynu określonego w art. 138 k.w. polega na żądaniu i pobieraniu za świadczenie zapłaty wyższej od obowiązującej albo na odmawianiu świadczenia bez uzasadnionej przyczyny przez sprawcę zajmującego się zawodowo świadczeniem usług. W przypadku gdy zachowanie sprawcy realizuje pierwszy wariant zabronionego zachowania (żądanie i pobieranie zawyżonej zapłaty), wykroczenie ma charakter materialny, do jego dokonania potrzebny jest skutek w postaci poniesienia przez konsumenta szkody majątkowej w wysokości odpowiadającej różnicy między ceną zapłaconą a ceną obowiązującą. Natomiast gdy sprawca realizuje drugi wariant zabronionego zachowania (odmowa świadczenia), wykroczenie ma charakter formalny (...). Do dokonania wykroczenia niezbędne jest nie tylko żądanie, ale i pobranie zapłaty wyższej od obowiązującej. Dlatego samo tylko żądanie zawyżonej zapłaty nie powoduje jeszcze odpowiedzialności sprawcy - zachowanie takie nosi wszelkie cechy usiłowania" (*Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, Wolters Kluwer 2015 r., teza 3 do art. 138, *vide* też - powołana tam literatura).

Żądanie i pobranie zapłaty wyższej niż obowiązująca jest możliwe tylko w sytuacji, kiedy na jakąś usługę obowiązuje cena urzędowa. Obecnie, w realiach gospodarki wolnorynkowej, ceny usług ustalane są w drodze umowy i tylko wyjątkowo przepisy przewidują określenie cen urzędowych. Zgodnie z art. 50a ustawy z 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (tekst jednolity: Dz.U. z 2016 r., poz. 1867 ze zm.) dotyczy to cen za usługi przewozowe w publicznym transporcie zbiorowym w zakresie zadania o charakterze użyteczności publicznej w gminnych przewozach pasażerskich. Z kolei art. 11b ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r., poz. 1907 ze zm.) przewiduje uprawnienie dla rady gminy do określenia cen maksymalnych za przewozy taksówkami. Ponadto zakaz okresowego podwyższania cen na towary lub usługi określonego rodzaju lub nakaz stosowania cen ustalonych na towary lub usługi mające podstawowe znaczenie dla kosztów utrzymania konsumentów przewidują też ustawy o stanach nadzwyczajnych, między innymi ustawa z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej (tekst jednolity: Dz.U. z 2014 r., poz. 333 ze zm.) i ustawa z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym (tekst jednolity: Dz.U. z 2016 r., poz. 886).

Odmowa świadczenia - w rozumieniu art. 138 k.w. - ma miejsce wtedy, gdy sprawca nie podejmuje się wykonania usługi mimo istnienia takiego obowiązku i żądania wykonania usługi przez klienta. Penalizacji podlega odmowa świadczenia, jeżeli następuje wbrew obowiązkowi.

W obowiązującym systemie prawnym nie ma przepisu zawierającego normę bezpośrednio zobowiązującą osobę zajmującą się zawodowo świadczeniem usług do zawarcia umowy z każdym, kto wyrazi wolę skorzystania z usługi.

W doktrynie przyjmuje się, że w przypadku świadczenia usług zasadą jest, iż prowadzący działalność danego typu (szczególnie w lokalu dostępnym dla każdego) powinien świadczyć usługi każdemu, kto gotów będzie zapłacić za nie

umówioną cenę. Odmowa wykonania świadczenia ma więc 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. Zatem, w przypadku gdy potencjalny nabywca żąda wykonania usługi na zasadach ogólnych, oferując zapłatę, której wysokość ustalił usługodawca, ten ostatni ma obowiązek wykonać usługę. Usługodawca nie ma bowiem prawa selekcjonowania klientów (*vide* - *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T Grzegorczyk, wyd. II, LEX 2013, teza 6 do art. 138 oraz *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, op. cit., teza 3 do art. 138 i powołana tam literatura; *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, *op. cit.,* teza 5 do art. 138 oraz powołana tam literatura).

Penalizowana jest ta odmowa świadczenia, która ma miejsce bez uzasadnionej przyczyny, a zatem - w drodze wnioskowania *a contrario* - nie będzie podlegał karze z art. 138 k.w. ten, kto odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany, jednakże czyni to, mając uzasadnioną przyczynę.

Poprzestając na ogólnym określeniu, że przyczyna odmowy świadczenia usługi ma być uzasadniona, ustawodawca nie wskazał, czy odmowa może wynikać jedynie z okoliczności faktycznych, czy też mogą to być również inne przyczyny - niematerialne, wynikające na przykład z przekonań usługodawcy.

Przedstawiciele doktryny koncentrują się w tym względzie na okolicznościach faktycznych, podając, jako uzasadnioną przyczynę odmowy świadczenia, przykładowo sytuacje, „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" (*Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. M. Mozgawa, LEX 2009, teza 6 do art. 138) lub gdy „osoba zajmująca się zawodowo świadczeniem usług (...) nie ma narzędzi do wykonania ponadstandardowego zlecenia klienta,

nie dysponuje odpowiednimi częściami lub umiejętnościami" (B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, LexisNexis 2008, teza 5 do art. 138). Według A. Michalskiej – Warias, „[z]a uzasadnioną przyczynę należy uznać te wszystkie sytuacje, w których spełnienie świadczenia nie jest możliwe lub z jakiegoś powodu wiązałoby się dla usługodawcy z uciążliwościami przekraczającymi przyjęte w danym typie działalności rozmiary. Tym samym uzasadniona będzie nie tylko odmowa świadczenia, którego usługodawca nie jest w ogóle w stanie wykonać (np. zepsuła mu się maszyna), ale i np. odmowa przewozu taksówką osoby, której ubranie jest mocno zabrudzone, co powoduje ryzyko trwałego zabrudzenia tapicerki samochodu, czy odmowa świadczenia usług fryzjerskich wobec osoby znajdującej się w stanie nietrzeźwości" (A. Michalska – Warias, [w] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, *op. cit.*, teza 3 do art. 138). Z kolei, według P. Daniluka, „[o]dmowa 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 (...). 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" (*Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, *op. cit.*, teza 5 do art. 138, *vide* też - powołana tam literatura).

Oczywistym jest, że nie będzie podlegał karze z art. 138 k.w. ten, kto odmówi świadczenia usługi, której wykonanie wiązałoby się z popełnieniem czynu zabronionego, polegającej przykładowo na wydrukowaniu polskiego banknotu. W takim bowiem przypadku nie tylko odmowa będzie uzasadniona, ale nie dojdzie do wypełnienia znamienia w postaci zobowiązania do świadczenia usługi.

Brak zastrzeżenia w treści przepisu, że przyczyną - w rozumieniu art. 138 k.w. - mogą być tylko okoliczności faktyczne, pozwala przyjąć, iż może to być też przyczyna niematerialna - intelektualna, emocjonalna lub duchowa, a więc względy natury „wewnętrznej".

Nie ulega przy tym wątpliwości, że dla uznania przyczyny za uzasadnioną nie jest wystarczające subiektywne przekonanie usługodawcy. Zarówno okoliczności faktyczne, jak i względy natury wewnętrznej, na przykład odmowa świadczenia usługi, która według usługodawcy stanowi naruszenie moralności, muszą być uzasadnione, a więc takie, które zasługują na uwzględnienie w ocenach społecznych z punktu widzenia akceptowanych zasad moralnych.

Tak więc w przypadku, gdy w przekonaniu usługodawcy o konserwatywnych poglądach w sprawach obyczajowych, określone przez klienta cechy usługi sprawiają, że jej wykonanie byłoby nieprzyzwoite, a ocena ta nie odpowiada dominującym ocenom społecznym w tym względzie, to usługodawca może albo odmówić wykonania usługi i ponieść odpowiedzialność za

wykroczenie z art. 138 k.w., albo postąpić wbrew swoim poglądom i wykonać usługę, aby uniknąć kary.

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

Przepis ten wyraża trzy odrębne zasady konstytucyjne: państwa demokratycznego, prawnego i sprawiedliwości społecznej. Zasady te są ze sobą ściśle powiązane funkcjonalnie oraz treściowo. Powiązanie to polega przede wszystkim na tym, że zasady te treściowo nie mają w pełni rozłącznego charakteru. W ujęciu art. 2 Konstytucji RP warunkiem koniecznym funkcjonowania państwa prawnego jest jego demokratyczny charakter oraz realizacja zasad sprawiedliwości społecznej. Zasada państwa prawnego mieści w sobie ponadto wiele zasad szczegółowych, które mają wpływ na rozumienie zasady państwa demokratycznego i sprawiedliwości społecznej (*vide* - *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan i L. Bosek, wyd. C. H. Beck 2016 r., s. 217 oraz powołana tam literatura).

„[K]lauzula demokratycznego państwa prawnego stanowi swego rodzaju zbiorcze wyrażenie szeregu reguł i zasad, które wprawdzie nie zostały expressis verbis ujęte w pisanym tekście konstytucji, ale w sposób immanentny wynikają z aksjologii oraz z istoty demokratycznego państwa prawnego" (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 listopada 1997 r., sygn. K. 26/97, OTK ZU nr 5–6/1997, poz. 64).

W doktrynie przyjmuje się, że „[d]la normatywnego kształtu klauzuli państwa prawnego najważniejsza jest idea ograniczenia arbitralnej władzy państwa nad osobą oraz określenia relacji osoba - państwo. W skład klauzuli państwa prawnego wchodzą więc nie tylko wolności i prawa człowieka, ale również zasady określające sposób działania organów władzy publicznej"

(*Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan i L. Bosek, *op. cit.*, s. 222).

Jednym z elementów klauzuli państwa prawnego jest zasada proporcjonalności w ograniczaniu praw.

Trybunał Konstytucyjny rozróżnia podstawy obowiązywania zasady proporcjonalności: z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP - jako warunek ograniczania konstytucyjnych praw i z art. 2 Konstytucji - jako ograniczenie swobody ustawodawcy ze względu na ograniczenie przedmiotowych zasad konstytucyjnych (*vide* - wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 lutego 2012 r., sygn. K 5/11, OTK ZU nr 2/A/2012, poz. 16).

„Co do (...) zasady proporcjonalności jako ograniczenia swobody ustawodawcy ze względu na ograniczenie przedmiotowych zasad konstytucyjnych, zakres ingerencji dopuszczalnej dla ochrony ogólnego interesu publicznego wyznaczać powinien każdorazowo postulat proporcjonalności, który nie znajdując wprost oparcia w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (odnoszącym się ze względu na usytuowanie tego przepisu w rozdz. II Konstytucji RP do osób fizycznych i innych podmiotów prywatnoprawnych), może być poszukiwany w art. 2 Konstytucji RP, ponieważ stanowi istotny komponent zasad, składających się na pojęcie demokratycznego państwa prawa. Gwarancją zachowania proporcjonalności w ograniczaniu praw w celu realizacji interesu publicznego jest za każdym razem właściwe zrównoważenie interesu prywatnego i publicznego" (*Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan i L. Bosek, *op. cit.*., s. 233, *vide* też - powołane tam wyroki Trybunału Konstytucyjnego).

W uzasadnieniu wyroku z dnia 11 lutego 2014 r., sygn. P 24/12, Trybunał Konstytucyjny, po dogłębnej analizie zasady proporcjonalności i wzajemnej relacji art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji, podsumowując wnioski wynikające z wcześniejszego orzecznictwa konstytucyjnego, stwierdził, iż „[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 (...).

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 pozwalającym 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 (...) 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» (...).

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» (...).

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» (...). 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» (...).

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 (...), 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» (...). Tym samym ocenie podlegać będzie, czy zakwestionowana regulacja jest niezbędna, celowa i efektywna, a ponadto czy nie jest nadmiernie dolegliwa (...).

Nie jest oczywiście możliwe przeprowadzenie pełnego testu proporcjonalności, a więc przede wszystkim oceny, czy wartości wskazane w art. 31 ust. 3 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 (...), 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" (OTK ZU nr 2/A/2014, poz. 9).

Trybunał Konstytucyjny, w kontekście wynikającej z art. 2 Konstytucji zasady proporcjonalności, wielokrotnie rozważał też zagadnienie wprowadzenia odpowiedzialności o charakterze karnym.

Ostatnio, w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 czerwca 2017 r., sygn. P 124/15, Trybunał Konstytucyjny wskazał, że problematyka stanowienia przez ustawodawcę sankcji za naruszenie prawa przez jego adresatów, a także łączenia różnych typów odpowiedzialności „musi być rozpatrywana systemowo. Z jednej strony, art. 83 Konstytucji nakłada na każdego obowiązek przestrzegania prawa. Chociaż wymierzenie sankcji stanowi przejaw władczej ingerencji państwa w sferę indywidualnego statusu prawnego jednostek, to nie można zapomnieć o tym, że jest ono reakcją na zachowanie naruszające porządek prawny - wbrew powinności wynikającej z art. 83 Konstytucji (...). Z kolei na ustawodawcy ciąży obowiązek ustanowienia mechanizmów gwarantujących poszanowanie prawa,

których efektywność jest warunkiem sine qua non demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji).

Z drugiej strony, zasada demokratycznego państwa prawnego wyklucza takie rozwiązania, które pozwalałyby organom władzy publicznej ingerować w sposób arbitralny i nieproporcjonalny w sferę wolności i praw objętych ochroną konstytucyjną. Karanie musi być sprawiedliwe oraz odpowiadać szkodliwości czynu z punktu widzenia indywidualnego i społecznego. Kara niesprawiedliwa lub nadmierna jest niedopuszczalna.

W tych ramach, korzystając z ogólnej kompetencji prawodawczej, ustawodawca dobiera sankcje najbardziej adekwatne do charakteru stosunków społecznych i gospodarczych objętych regulacją prawa materialnego. Zasadniczo, każda gałąź prawa powinna mieć instrumenty prawne reagowania na naruszenia nakazów, zakazów lub obowiązków wynikających z norm należących do danej gałęzi. W doktrynie prawnej wymienia się przede wszystkim sankcje cywilne, karne i administracyjne. (...) Istotą kar kryminalnych jest «odpłata» za czyn uznawany za «karygodny» ze względu na społeczną szkodliwość naruszenia dobra podlegającego ochronie. Wiąże się ona z ujemną społeczną oceną sprawcy czynu, stanowiąc tym samym swoisty wyraz społecznego potępienia czynu. Egzekwowanie odpowiedzialności karnej za pomocą kar kryminalnych ma zatem silne konotacje moralne" (OTK ZU A/2017, poz. 50).

Zgodnie z art. 20 Konstytucji, „[s]połeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej".

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

„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 (...). 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» (...). Wolność działalności gospodarczej nie ma charakteru absolutnego (...). Podlega ograniczeniom na zasadach ogólnych (art. 31 ust. 3 konstytucji), zmodyfikowanych treścią art. 22 konstytucji." (L. Garlicki, M. Zubik, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. I. Wstęp, Art. 1-29*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Wydawnictwo Sejmowe, 2016, s. 521 – 522).

Trybunał Konstytucyjny, analizując w wyroku z dnia 19 stycznia 2010 r., sygn. SK 35/08, wcześniejsze orzecznictwo dotyczące wolności gospodarczej i jej ograniczeń, stwierdził, że „system prawny (...) nie kreuje wolności gospodarczej ani też nie przyznaje jej przedsiębiorcom. Ustawodawca zakreśla natomiast granice korzystania z niej oraz potwierdza prawne jej gwarancje. W rezultacie wolność gospodarcza stanowi przedmiotowo wiązkę swobód obejmujących podejmowanie, organizację i wykonywanie działalności w tej sferze. (...)" (OTK ZU nr 1/A/2010, poz. 2; *vide* również wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 grudnia 2016 r., sygn. SK 7/15, OTK ZU z 2016 r., seria A, poz. 100).

„Co do zasady wolność działalności gospodarczej obejmuje możliwość podejmowania i prowadzenia działalności, której zasadniczym celem jest osiągnięcie zysku. Działalność gospodarcza ma bowiem z założenia zarobkowy charakter. Wolność działalności gospodarczej polega zatem na możliwości podejmowania decyzji gospodarczych, w tym przede wszystkim wyboru rodzaju (przedmiotu) działalności i wyboru prawnych form ich realizacji, oraz z natury rzeczy podejmowania różnego rodzaju działań faktycznych (prowadzenie

produkcji, handlu, usług itp.) czy też dokonywania w sposób «zawodowy» określonych czynności" (wyrok pełnego składu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 marca 2015 r., sygn. P 4/14, OTK ZU nr 3/A/2015, poz. 30 oraz powołane tam orzecznictwo)

Art. 31 ust. 2 Konstytucji stanowi: „Każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych. Nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje.".

W doktrynie wskazuje się, że art. 31 ust. 2 wraz z ust. 1 art. 31 Konstytucji wyrażają zasadę ochrony wolności człowieka, przy czym art. 31 ust. 2 wprost definiuje pewien zakres prawnie chronionej wolności (*vide - Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan i L. Bosek, *op. cit.*, s. 752). „Zasada wolności zakłada, że każdemu przysługuje swoboda decydowania o własnym postępowaniu. Tym samym, ingerencje władzy publicznej w tę swobodę następować mogą tylko w sytuacjach i w formach przewidzianych konstytucyjnie. Innymi słowy, zasada wolności formułuje domniemanie swobody decyzji i działań, natomiast dla poddawania ich ograniczeniom konieczna jest zawsze interwencja prawodawcy. (...) w odróżnieniu od godności człowieka - jego wolność nie może mieć charakteru prawa absolutnego (niezbywalnego i nienaruszalnego). Stąd punkt ciężkości w rozważaniach o wolności spoczywa nie tyle na potwierdzeniu jej istnienia, co na wskazaniu przesłanek i trybu jej ograniczania. (...) Artykuł 31 ust. 2 wskazuje dwie przesłanki w tym zakresie. W aspekcie formalnym dozwala na ograniczanie wolności tylko w drodze odpowiedniego unormowania prawnego. Nie zaprzecza to istnieniu innych (zwłaszcza religijnych czy etycznych) ograniczeń wolności, ale wyklucza egzekwowanie takich ograniczeń przez władzę publiczną, bez ich uprzedniego usankcjonowania w przepisach prawa (...). W aspekcie materialnym, art. 31 ust. 2 zdanie drugie wskazuje tylko jedną przesłankę, mianowicie ochronę wolności

i praw innych podmiotów. Pełnego określenia podstaw ograniczania wolności trzeba zaś poszukiwać w art. 31 ust. 3, też zresztą mówiącym o «wolnościach i prawach innych osób»" (L. Garlicki i K. Wojtyczek, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz, II, Art. 30-86*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016, s. 58, 63 - 64 oraz powołana tam literatura).

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.".

W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, wzorzec kontroli, zawarty w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, określa przesłanki dopuszczalności ustanawiania ograniczeń wolności i praw jednostki. W aspekcie formalnym wymaga on, by ograniczenia te były ustanawiane tylko w ustawie, w aspekcie materialnym dopuszcza natomiast ustanawianie ograniczeń tylko wtedy, gdy są one konieczne w demokratycznym państwie dla zachowania wymienionych w tym przepisie wartości (*vide* - wyrok z dnia 5 maja 2004 r., sygn. P 2/03, OTK ZU nr 5/A/2004, poz. 39).

Również w doktrynie przyjmuje się, że przesłankami dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności są: 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 (*vide* - L. Garlicki i K. Wojtyczek, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej*

Polskiej, Komentarz, II, Art. 30-86, op. cit., s. 78 - 98; J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 115-141).

Analizując, określony w art. 31 ust. 3 Konstytucji, wymóg istnienia w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności, Trybunał Konstytucyjny stwierdzał, że przesłanka ta mieści w sobie postulat niezbędności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto* wprowadzonych ograniczeń. Nie ulega wątpliwości, iż spełnienie powyższych postulatów wymaga bliższej analizy w każdym konkretnym przypadku ograniczenia prawa lub wolności, w szczególności przez skonfrontowanie wartości i dóbr chronionych daną regulacją z tymi, które w jej efekcie podlegają ograniczeniu, jak również przez ocenę metody realizacji ograniczenia. Niezależnie jednak od tego, Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie podkreślał, iż ocena spełnienia poszczególnych kryteriów, składających się na zasadę zakazu nadmiernej (nieproporcjonalnej) ingerencji, wymaga pewnego zrelatywizowania, stosownie do charakteru poszczególnych praw i wolności jednostki. Surowsze standardy oceny przykładać należy do praw i wolności osobistych i politycznych niż do praw ekonomicznych i socjalnych (*vide* - wyrok z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. P. 2/98, OTK ZU nr 1/1999, poz. 2 oraz orzeczenie z dnia 17 października 1995 r., sygn. K. 10/95, OTK ZU nr 2/1995, poz. 30).

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, ustawodawca, konstruując przepis, który ingeruje głęboko w sferę prywatności jednostki, musi uwzględnić nie tylko zasady przyzwoitej legislacji (w tym zasadę dookreśloności i konkretności), ale także rozważyć proporcjonalność zastosowanego środka. Nie wystarczy, aby stosowane środki sprzyjały zamierzonym celom, ułatwiały ich osiągnięcie albo były wygodne dla władzy, która ma je wykorzystać do osiągnięcia tych celów. Środki te powinny być godne państwa określanego jako

demokratyczne i prawne. Minimalnym wymogiem konstytucyjnym jest to, aby przeszły one test „konieczności w demokratycznym państwie prawnym". Nie wystarczy zatem sama celowość, pożyteczność, taniość czy łatwość posługiwania się przez władzę - w odniesieniu do użytego środka. Bez znaczenia jest też argument porównawczy, że podobne środki w ogóle bywają stosowane w innych państwach. Tylko bowiem odwołanie się geograficzne i historyczne do środków koniecznych w demokratycznym państwie prawnym może mieć wartość perswazyjną. Chodzi zatem o zastosowanie środków niezbędnych (koniecznych) w tym sensie, że będą one chronić wartości w sposób, bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków, a jednocześnie winny to być środki jak najmniej uciążliwe dla podmiotów, których prawo bądź wolność ulegają ograniczeniu (*vide* - wyrok z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04, OTK ZU nr 11/A/2005, poz. 132 oraz powołane tam orzecznictwo).

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, z zasady proporcjonalności wynika wymóg doboru takiego środka ograniczenia wolności lub praw, który służyłby osiągnięciu zamierzonego celu, z uwzględnieniem postulatu adekwatności. W pojęciu „ograniczenia koniecznego" zawiera się nie tylko materialnoprawne określenie treści ograniczenia, ale też dopuszczalność stosowania środków niezbędnych dla zapewnienia respektowania owego ograniczenia przez adresatów normy ograniczającej (*vide* - wyrok z dnia 11 października 2011 r., sygn. P 18/09, OTK ZU nr 8/A/2011, poz. 81).

W wyroku z dnia 30 października 2001 r., sygn. K. 33/00, Trybunał Konstytucyjny stwierdził: „(...) aby działania ustawodawcy były zgodne z Konstytucją, wprowadzone ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnie poręczonych wolności i praw winny być nie tylko legitymowane przez swój cel, ale dopuszczalne są jedynie w zakresie «koniecznym» dla jego realizacji. Przewidziana w art. 31 ust. 3 zdanie 1 przesłanka konieczności ograniczeń (na

którą zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego składa się przydatność, niezbędność i proporcjonalność) oznacza, że przepisy ingerujące w sferę praw i wolności winny mieć zakres zastosowania adekwatny do realizacji konstytucyjnie dopuszczalnych celów i wprowadzać tylko minimalny stopień dolegliwości dla osoby, której przysługuje ograniczane prawo. Oceniając «konieczność» zaskarżonych ograniczeń trzeba także rozważyć, czy obowiązujące przepisy nie dawały już możliwości realizacji zamierzonego celu (w tym zakresie, w jakim był on konstytucyjnie legitymowany) oraz czy nie było możliwości wprowadzenia innych skutecznych instrumentów prawnych o mniejszym stopniu uciążliwości" (OTK ZU nr 7/2001, poz. 217).

Orzekając o niezgodności art. 45 w związku z art. 7 ust. 2 pkt 1 i pkt 3 oraz w związku z art. 20 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. - Prawo prasowe, w zakresie, w jakim wprowadza odpowiedzialność karną za wydawanie czasopisma drukowanego bez rejestracji, między innymi z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, Trybunał Konstytucyjny stanął na stanowisku, że wprowadzenie odpowiedzialności prawnokarnej w zaskarżonej regulacji stanowi nadmierną, nieproporcjonalną ingerencję, naruszającą zasadę adekwatności i zasadę proporcjonalności *sensu stricto,* stanowiące elementy składowe zasady proporcjonalności, wynikającej z art, 31 ust. 3 Konstytucji (*vide* - wyrok z dnia 14 grudnia 2011 r., sygn. SK 42/09, OTK ZU nr 10/A/2011, poz. 118).

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

Doktryna przyjmuje, że „[w] treści art. 53 w ust. 1 Konstytucji zapewnia się wyraźnie «wolność sumienia i religii». Posłużenie się przez ustrojodawcę spójnikiem (funktorem właściwościowym) «i» wskazuje wyraźnie na koniunkcję. Innymi słowy ustawodawca daje wyraźny sygnał, iż gotów jest chronić jednocześnie wolność sumienia i wolność religii, przy czym spójnik ten zdaje się

wskazywać, że zdaniem ustrojodawcy są to dwie odrębne instytucje prawne. (...) Przyznając, że istotnie w ust. 2 art. 53 Konstytucji określono zakres wolności religii, a w treści tego przepisu nie podjęto próby zdefiniowania wolności sumienia, to jednak można i należy przyjąć, iż wolność ta polega na zakazie zmuszania przez organy państwowe jednostki do ujawnienia swoich przekonań religijnych, filozoficznych i światopoglądowych. Prawo to jest utożsamiane z prawem do wolności psychicznej obejmującej akty myślenia, zastanawiania się oraz podejmowania decyzji w sprawach religii, a ujmując rzecz szerzej, z prawem do samookreślenia w sprawach światopoglądowych. Wolność sumienia - jak zauważa się w literaturze - przejawia się w swobodzie wyboru i zmiany religii, a także rezygnacji z wyznawania wszelkiej religii i przyjęcia światopoglądu ateistycznego" (W. Sobczak, *Finansowanie szkół wyznaniowych ze środków publicznych w Polsce*, [w:] J. Kondratiewa-Bryzik, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Prawne granice wolności sumienia i wyznania, http://lex/lex/content.rpc?reqId=139220138450673&nro=151136282).

Z kolei P. Sarnecki wskazuje, że „[w]olność 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». (...) 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 EKPCz. Wolności wyznawania dowolnej religii odpowiada z kolei wolność przyjęcia światopoglądu ateistycznego, deistycznego lub agnostycznego. (...) Wolność sumienia i religii, prowadząca do pluralizmu światopoglądowego, zakłada w sobie wymóg tolerowania, a nawet znoszenia krytycyzmu przez zwolenników określonego światopoglądu ze strony zwolenników innych. (...) Możliwość przyjęcia dowolnego światopoglądu i dowolnej religii, będąc konstruowana w komentowanym artykule jako «wolność», jest typową «wolnością od», polegającą na uznaniu zasadniczej swobody działania jednostki ludzkiej w tym wymiarze jej osobowości. Dlatego też wyszczególnienie w komentowanym artykule przejawów urzeczywistniania przez ludzi wolności religii nie może być ex definitione pełne, formalnie też winno być co najmniej - jeżeli już zdecydowano się na ich wymienienie - poprzedzone sformułowaniem «w szczególności». Z pewnością też nie wymienia on wszystkich tych przejawów (np. możliwości realizowania religijnego powołania kapłańskiego). Już sama konstytucja uzupełnia te przejawy przez wskazanie możliwości odbycia zastępczej służby wojskowej w sytuacji, gdy wyznawane przez daną osobę przekonania religijne lub wyznawane zasady moralne nie pozwalają na odbywanie służby wojskowej (art. 85 ust. 3). (...) W żadnym razie nie można wyciągać z niego wniosków o wykluczeniu możliwości korzystania z wolności religii w inny jeszcze sposób, oczywiście w granicach prawa. To rozumowanie w oczywisty sposób potwierdzają ust. 5 i 6 art. 53. (...) Bardziej poprawna, z punktu widzenia formalno-logicznego, jest regulacja wolności sumienia bez tej jej «części», która przejawia się w wolności (wyznawania) religii. Brak konkretyzacji jej przejawów oznacza, że z możliwości tej można korzystać w całej pełni, w granicach ustaw. W szczególności w realizacji wolności sumienia dopuszczalne są działania będące pewnym

uogólnieniem zachowań, dopuszczonych wyraźnie, a będących realizacją wolności religii (ust. 2); zdaniem P. Winczorka posiadają one zastosowanie do wolności sumienia *per analogiom*" (P. Sarnecki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz, II, Art. 30-86, op. cit.,* s. 279 - 281).

W odniesieniu do wolności sumienia wskazuje się, że polega ona „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 [...] do sformułowania wstępu do konstytucji - przekonanie co do metafizycznej struktury oraz źródła «prawdy, sprawiedliwości, dobra i piękna»" (P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz, II, Art. 30-86, op. cit.,* s. 279). Z kolei, zdaniem B. Banaszaka, wolność sumienia „oznacza autonomię jednostki w sferze poglądów filozoficznych, aksjologicznych, moralnych, a także politycznych i religijnych umożliwiających jej określenie własnej tożsamości intelektualnej" (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 271; podobnie P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, Warszawa 2008, s. 126). Odmiennie natomiast ujmuje wolność sumienia W. Skrzydło, którego zdaniem wolność sumienia to możliwość przyjęcia innego światopoglądu niż religijny (*vide* - W. Skrzydło, *Komentarz do art. 53 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,* LEX/el.).

Przyjmowany przez poszczególnych komentatorów zakres pojęciowy wolności sumienia determinuje relację, w jakiej omawiana wolność konstytucyjna pozostaje do wolności religii. Można w tym wypadku mówić, że wolność religii jest jednym z przejawów wolności sumienia (*vide* - P. Sarnecki, [w:] *Konstytucja..., op. cit.* s. 279; B. Banaszak, *Konstytucja..., op. cit.*, s. 271), albo przyjąć, że wolność sumienia stanowi niejako „drugą stronę" wolności religii (*vide* - W. Skrzydło, *Komentarz..., op. cit.*).

W wyroku z dnia 2 grudnia 2009 r., w sprawie o sygn. akt U 10/07, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „[n]a władzach publicznych, w myśl art. 25 ust. 2 Konstytucji, spoczywa obowiązek zapewnienia każdemu swobody przekonań i swobody ich wyrażania w życiu publicznym, a także związanej z tym swobody podejmowania odpowiednich decyzji. Bezstronność władz publicznych oraz respektowanie równouprawnienia kościołów i związków wyznaniowych przez władze publiczne wiąże się więc ściśle, co Trybunał podkreśla, z respektowaniem wolności przekonań religijnych i światopoglądowych oraz wolności ich wyrażania w życiu publicznym. Interpretacja treści normatywnych art. 25 ust. 1 i 2 Konstytucji winna być więc dokonywana w ścisłym związku z art. 53 ust. 1 Konstytucji, w którym mowa o zapewnieniu każdemu (przez władze publiczne) wolności religii (i wolności sumienia) oraz w związku z art. 53 ust. 2 Konstytucji. (...) Art. 53 ust. 2 Konstytucji wyraża sfery wolności religijnej: wyznawanie religii, przyjmowanie religii według własnego wyboru oraz jej uzewnętrznianie, posiadanie świątyń i innych miejsc kultu, korzystanie z pomocy religijnej; a także określa prawa każdego wynikające z wolności religijnej: uprawianie kultu, modlitwa, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie, nauczanie. Wymienione wyżej prawa każdego, wynikające z wolności religii, mogą być uzewnętrzniane indywidualnie lub zbiorowo, publicznie lub prywatnie, a władze publiczne RP, zgodnie z art. 25 ust. 2 w związku z art. 53 ust. 1 Konstytucji, winny te prawa zapewnić każdemu na zasadzie dobrowolności" (OTK ZU nr 11/A/2009, poz. 163).

Analizując normatywną treść wolności sumienia, Trybunał Konstytucyjny już w orzeczeniu z dnia 15 stycznia 1991 r., sygn. U. 8/90, stwierdził: „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) Paktach Praw Obywatelskich i Politycznych uchwalonych przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 16 grudnia 1956 r." (OTK w 1991 r., poz. 8).

Stanowisko, że na wolność sumienia składa się nie tylko swoboda przyjmowania określonego światopoglądu i wynikających z niego zasad, ale również postępowania zgodnie z tymi zasadami, Trybunał Konstytucyjny podtrzymał w wyroku z dnia 7 października 2015 r., w którym, dokonując kompleksowej analizy art. 53 ust. 1 Konstytucji, stwierdził: „(...) choć nie dysponujemy prawniczą definicją, możliwe jest wskazanie warunków niezbędnych do tego, by mówić o poszanowaniu wolności sumienia przez porządek prawny. Z jednej strony, jest to zapewnienie wolności przyjmowania przez daną osobę zespołu poglądów i reguł moralnych, filozoficznych, religijnych i społecznych oraz postępowania zgodnie z nimi; zmuszanie do działań sprzecznych z sumieniem stanowiłoby naruszenie niezbywalnej godności człowieka. Z drugiej strony, warunkiem realizacji wolności sumienia jest zapewnienie, że nikt nie będzie zmuszał innych do podporządkowania się nakazom, które - w swoim sumieniu - każda z tych osób uznaje za obowiązujące" (sygn. K 12/14, OTK ZU nr 9/A/2015, poz. 143).

W wyroku tym Trybunał Konstytucyjny wskazał również, że „[w]olność 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 (...). 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. (...) W ocenie Trybunału, pogląd ten [zgodnie z którym możliwość powołania się na klauzulę sumienia stanowi sytuację wyjątkową -

przyp. wł.] 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 (...) 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. (...) Podsumowując, Trybunał uznał, że prawo lekarza do powołania się na klauzulę sumienia w obrębie stosunków prawa medycznego wynika (...) bezpośrednio z przepisów konstytucyjnych i aktów prawa międzynarodowego. Nie ma zatem podstaw do formułowania odrębnego prawa do «klauzuli sumienia», a - w konsekwencji - nie ulega wątpliwości, że ustawodawca nie może dowolnie kształtować tego «przywileju» albo go znosić, lecz musi respektować konstytucyjne warunki ustanawiania ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela (...) W ocenie Trybunału, prawo lekarza, **jak każdej innej osoby** (podkr. wł.), do powstrzymania się od działań sprzecznych z własnym sumieniem wypływa wprost z wolności gwarantowanej przez Konstytucję" (powołany wcześniej wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. K 12/14, *op.cit.*).

Mając na uwadze przedstawioną wykładnię zaskarżonego przepisu oraz wzorców kontroli konstytucyjnej, za uprawnione należy uznać sformułowanie wskazanych w *petitum* wniosku zarzutów niekonstytucyjności.

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.

Art. 138 k.w. obowiązuje - w niezmienionym brzmieniu - od dnia 1 stycznia 1972 r., to jest od wejścia w życie Kodeksu wykroczeń. Przepis ten stanowi przy tym - niemal dosłowne - powtórzenie art. 15, uchylonej ustawą z dnia 20 maja 1971 r. - Przepisy wprowadzające Kodeks wykroczeń (Dz U. z 1971 r. Nr 12, poz. 115 ze zm.), ustawy z dnia 13 lipca 1957 r. o zwalczaniu spekulacji i ochronie interesów nabywców oraz producentów rolnych w obrocie handlowym (Dz. U. z 1957 r. Nr 39, poz. 171 ze zm). Ów art. 15 tej ustawy brzmiał bowiem następująco:

„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.”.

Z kolei, zacytowany przepis ustawy z 1957 r. jest niemal kalką art. 3 dekretu z dnia 4 marca 1953 r. o ochronie nabywców w obrocie handlowym (Dz. U. z 1953 r. Nr 16, poz. 64), który miał następującą treść:

„Art. 3. 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.".

Ratio legis penalizacji odmowy świadczenia usługi, w realiach centralnie planowanej i sterowanej gospodarki socjalistycznej, charakteryzującej się totalną reglamentacją działalności gospodarczej w warunkach permanentnego niedoboru towarów i usług, głównie konsumpcyjnych, zwłaszcza w okresie powojennym i w czasach późniejszych kryzysów w tym zakresie, było przeciwdziałanie spekulacji deficytowymi towarami i usługami i umożliwienie równego dostępu do tych dóbr, po ustalonych odgórnie cenach.

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.

W doktrynie wskazuje się, że „[w] warunkach poprzedniego systemu gospodarczego zakaz odmowy świadczeń przez usługodawców miał na celu wymuszenie świadczenia przez nich usług po cenach urzędowych - obecnie artykuł ten będzie raczej służył zwalczaniu zapewne dość rzadkich przypadków złośliwego, mającego na celu np. poniżenie czy szykanowanie konsumenta,

odmawiania świadczenia usług" (*Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, *op. cit.*, teza 3 do art. 138).

Aktualnie przepis art. 138 k.w. w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi, zarówno w piśmiennictwie (*vide* - W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, LEX, teza 2 do art. 138), jak i w orzecznictwie sądów powszechnych (*vide* - uzasadnienie, niepublikowanego, wyroku Sądu Rejonowego dla Łodzi - Widzewa w Łodzi sygn. akt VII W 1640/16 z dnia 31 marca 2017 r. przeciwko obwinionemu o wykroczenie z art. 138 k.w. polegające na odmowie świadczenia usługi obejmującej wykonanie stojaka reklamowego oraz, utrzymującego to orzeczenie w mocy, niepublikowanego, wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi, sygn. akt V Ka 557/17 z dnia 26 maja 2017 r.) ma znaczenie antydyskryminacyjne i służy zwalczaniu przypadków odmowy świadczenia usługi motywowanej uprzedzeniami wobec określonych cech osoby zainteresowanej uzyskaniem usługi lub złośliwością i szykanowania w ten sposób określonej grupy klientów.

Nie sposób przy tym nie zauważyć, 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. Rozwój technologiczny i przemiany obyczajowe, które miały miejsce w okresie po uchwaleniu Kodeksu wykroczeń, spowodowały bowiem - z jednej strony - pojawienie się i spopularyzowanie całego szeregu zindywidualizowanych usług, których istotne cechy lub sposób wykonania określa usługobiorca i których realizacja nie sprowadza się do wykonania standardowych czynności w sposób ustalony z góry przez podmiot oferujący daną usługę, a z drugiej strony - rozpowszechnienie tendencji do uzewnętrzniania i publicznego prezentowania poglądów kontrowersyjnych, a

nawet skrajnych, oraz demonstrowania osobistych preferencji, które nie są powszechnie akceptowane w społeczeństwie.

Zgodnie z regułami wypracowanymi przez Trybunał Konstytucyjny, „[r]ozpatrując 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" (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 2015 r., sygn. P 32/12, OTK ZU nr 9/A/2015, poz. 148; *vide* też - powołane w uzasadnieniu tego wyroku wcześniejsze orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego).

W pierwszej kolejności należy więc rozważyć, czy cele regulacji z art. 138 k.w. są celami konstytucyjnie legitymizowanymi.

Nie budzi wątpliwości, że pierwotny cel wprowadzenia tego przepisu, którym była ochrona interesu osoby nabywającej usługę, polegającego na uzyskaniu świadczenia, jako takiego, a więc dostępu do usługi po cenie urzędowej jest legitymizowany i został wprost wyrażony w art. 76 Konstytucji, który stanowi „[w]ładze publiczne chronią konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi. Zakres tej ochrony określa ustawa". Również 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, zgodnie z którym „[n]ikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny".

Odmiennie natomiast należy ocenić ochronę, 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 - w rozumieniu art. 138 k.w. (jak już bowiem wcześniej zaznaczono w uzasadnieniu niniejszego wniosku, do uznania przyczyny za uzasadnioną nie jest wystarczające subiektywne przekonanie usługodawcy). W odniesieniu do obowiązku świadczenia tego rodzaju usług nie sposób znaleźć bezpośredniego odzwierciedlenia w przepisach Konstytucji. 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.".

Rozważając następnie, czy wprowadzenie odpowiedzialności wykroczeniowej za odmowę świadczenia usługi pozostaje w racjonalnym związku z *ratio legis* zaskarżonego przepisu, którym była ochrona interesu konsumenta, polegającego na uzyskaniu usługi, należy dojść do wniosku, że przewidziana w art. 138 k.w. penalizacja może pozwolić na realizację zarówno pierwotnego celu ustanowienia tej regulacji, choć sam cel uległ dezaktualizacji., jak i późniejszych funkcji tego przepisu. Zagrożenie karą zawsze działa, przynajmniej potencjalnie, odstraszająco.

Nie można jednak uznać, że efekty zaskarżonej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów i ograniczeń nakładanych na tego, kto zawodowo zajmuje się świadczeniem usług.

Jak niejednokrotnie podkreślał Trybunał Konstytucyjny, „ustawodawca uprawniony jest do stanowienia prawa odpowiadającego m.in. założonym celom politycznym, a więc - także celom kryminalnopolitycznym. (...) ustawodawca zobligowany jest do stanowienia norm merytorycznych odnoszących się do ochrony wartości konstytucyjnych. Ustawodawca powinien ponadto określać sposób egzekwowania takich norm, a to poprzez konstruowanie procedur ich egzekwowania oraz ustalanie konsekwencji prawnych ich nieprzestrzegania; przy czym ustawodawca ma obowiązek takiego ukształtowania stanowionych przepisów, ażeby zapewnić chronionym dobrom prawnym dostateczną ochronę. (...) ustawodawca może suwerennie decydować o tym, czy konkretne prawo lub wolność winno być chronione za pomocą środków o charakterze prawnokarnym, czy też - za pomocą środków o charakterze cywilnoprawnym. (...) Wolność ustawodawcy w badanym zakresie nie ma charakteru absolutnego. Spoczywający na nim obowiązek dostatecznej ochrony wartości konstytucyjnych obliguje go do ustanowienia odpowiednich uregulowań, a ponadto - takich środków ochrony, które stworzą wystarczające gwarancje ich przestrzegania i egzekwowania. Gwarancje te zaś mogą mieć rozmaity charakter - cywilny, administracyjny, w ostateczności zaś również i karny (...). Trzeba bowiem pamiętać o tym, że prawo karne w zwalczaniu zachowań społecznie niepożądanych musi stanowić *ultima ratio*. Oznacza to, że sięganie do instrumentów prawnokarnych uzasadnione jest wtedy tylko, gdy pożądanego celu nie można osiągnąć w żaden inny sposób. Z punktu widzenia uregulowań zawartych w Konstytucji ustanowiona ochrona musi być proporcjonalna, adekwatna do wagi chronionych praw i wolności" (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 października 2001 r., sygn. SK 8/00, OTK ZU nr 7/2001, poz. 211; *vide* też - powołane tam wcześniejsze orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i literatura).

Nie ulega wątpliwości, że pierwotny cel, któremu służyło wprowadzenie odpowiedzialności wykroczeniowej za odmowę świadczenia usługi, to jest

uzyskanie usługi po ustalonej przez władze cenie, niezależnie od jego dezaktualizacji, może być osiągnięty innymi skutecznymi środkami, przede wszystkim w drodze powództwa cywilnego między innymi o naprawienie szkody, gdyby do niej doszło na skutek odmowy wykonania usługi. Ponadto w sytuacji, gdy spekulacja usługami nie tylko od dawna nie stanowi problemu społecznego, lecz praktycznie nie występuje jako zjawisko, brak jest uzasadnienia do dalszego utrzymywania, w celu przeciwdziałania jej negatywnym następstwom dla konsumentów, najsurowszego środka w postaci odpowiedzialności o charakterze represyjnym.

Również pozostałe funkcje, które współcześnie zaczęła praktycznie pełnić, przewidziana w art. 138 k.w., penalizacja odmowy świadczenia usługi, polegające na przeciwdziałaniu przypadkom odmowy świadczenia usługi z powodu uprzedzeń wobec określonych cech osoby zainteresowanej uzyskaniem usługi lub złośliwością i szykanowania w ten sposób określonej grupy klientów, mogą zostać zrealizowane przy pomocy środków cywilnoprawnych, w szczególności na podstawie przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r., poz. 459 ze zm.) chroniących dobra osobiste. Ponadto sankcje prywatnoprawne za naruszenie zasady równego traktowania przewiduje też ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r., poz. 1219; dalej: ustawa antydyskryminacyjna). Tak więc także te funkcje, pełnione obecnie w praktyce przez zagrożenie odmowy świadczenia usługi karą grzywny, mogą być realizowane innymi, skutecznymi środkami i brak jest uzasadnienia do dodatkowego utrzymywania, służącemu temu samemu celowi, surowszego środka w postaci odpowiedzialności wykroczeniowej.

Ze względów oczywistych Trybunał Konstytucyjny nie bada zgodności „poziomej" norm zawartych w aktach normatywnych tej samej rangi, a więc między innymi zgodności regulacji zawartych w jednej ustawie z regulacjami

zawartymi w innej ustawie. Tym niemniej nie można nie zauważyć, że przepisy ustawy antydyskryminacyjnej stanowią swoisty kontekst normatywny dla funkcji antydyskryminacyjnej, jaką współcześnie pełni penalizacja odmowy świadczenia usługi, przewidziana w art. 138 k.w.

Zgodnie z art. 4 pkt 4 lit. e ustawy antydyskryminacyjnej, „[u]stawę 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". Z kolei art. 5 pkt 3 ustawy antydyskryminacyjnej stanowi, że [u]stawy nie stosuje się do: swobody wyboru strony umowy, o ile tylko nie jest oparty na płci, rasie, pochodzeniu etnicznym lub narodowości". Przewidziane w ustawie antydyskryminacyjnej ograniczenia, wynikającej z zasady swobody umów, swobody decydowania o zawarciu lub niezawarciu 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. Taka dysproporcja - poza tym, że może wskazywać, iż utrzymywanie obowiązywania, w niezmienionym kształcie, przepisu art. 138 k.w., pomimo opisanej wcześniej radykalnej zmiany rodzaju zachowań objętych praktycznym stosowaniem tego przepisu, wynika ze swoistego „niedopatrzenia" ustawodawcy, a nie woli objęcia tą regulacją wszystkich „nowych" funkcji, jaką zaczęła pełnić - przede wszystkim dodatkowo potwierdza, że, nawet w zakresie ograniczonym do ewidentnych przypadków dyskryminacji, dla przeciwdziałania temu zjawisku przy świadczeniu usług wystarczające są środki cywilnoprawne.

Reasumując, należy uznać, 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.

Istotą drugiego zarzutu niniejszego wniosku 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.

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.

O tym, czy przyczyna odmowy jest uzasadniona, decyduje bowiem w każdym przypadku panująca ocena społeczna, która może znacząco odbiegać od przekonań i oceny usługodawcy.

Nie ulega więc wątpliwości, że art. 138 k.w., w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi, ogranicza wynikającą z art. 53 Konstytucji wolność sumienia i wyznania.

Jak już wcześniej wskazano w uzasadnieniu niniejszego wniosku, Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie przyjmuje, że na wolność sumienia i religii składa się nie tylko swoboda przyjmowania określonego światopoglądu i wynikających z niego zasad, ale również postępowania zgodnie z tymi zasadami.

Tożsame stanowisko prezentowane jest też powszechnie w literaturze przedmiotu, gdzie wskazuje się, że „wolność sumienia obejmuje również sferę zewnętrzną, czyli wolność człowieka do postępowania zgodnie z własnym sumieniem oraz wolność od przymusu postępowania wbrew własnemu sumieniu. Zatem realizacja wolności sumienia z konieczności przejawia się w konkretnych zachowaniach, które jako takie mogą stanowić przedmiot regulacji prawnej. Absurdem byłoby twierdzenie, że jednostka dysponowałaby wolnością przyjmowania i kształtowania własnego światopoglądu, lecz nie miałaby jednocześnie wolności realizowania jego założeń i pryncypiów, czyli postępowania «dobrze» i «właściwie», «słusznie» i «godziwie», a więc respektowania wyznawanych przez siebie kryteriów moralnych, które tym samym umożliwiają człowiekowi rozwój jako istocie moralnej. Takie rozumowanie sprzeniewierzałoby się przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka" (*Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan i L. Bosek, *op. cit.*, s. 1262).

Opisana w art. 53 ust. 1 Konstytucji wolność sumienia i wyznania nie jest prawem absolutnym i może podlegać ograniczeniom.

Art. 53 Konstytucji zawiera - w ust. 5 - klauzulę limitacyjną. W realiach niniejszej sprawy przepis ten nie będzie miał jednak zastosowania, gdyż dotyczy jedynie ograniczeń w uzewnętrznianiu religii.

W związku z tym do stwierdzenia, czy ograniczenie wolności sumienia i wyznania, które wprowadza art. 138 k.w., w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi, jest zgodne z Konstytucją, zastosowanie będzie miał art. 31 ust. 3 Konstytucji, który dotyczy wszystkich konstytucyjnych wolności i praw.

Wzorzec kontroli, zawarty w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, określa przesłanki dopuszczalności ustanawiania ograniczeń wolności i praw jednostki. W aspekcie formalnym wymaga on, by ograniczenia te były ustanawiane tylko w ustawie, w aspekcie materialnym dopuszcza natomiast ustanawianie ograniczeń tylko wtedy, gdy są one konieczne w demokratycznym państwie dla zachowania wymienionych w tym przepisie wartości, to jest bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób.

„Wartości czy też dobra wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, jako wartości usprawiedliwiające ograniczanie konstytucyjnych praw i wolności, mają charakter enumeratywny (zamknięty). Nie jest w związku z tym prawnie dopuszczalne powoływanie się na inne jeszcze wartości w celu usprawiedliwienia ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności, chyba że przepis szczególny Konstytucji RP wyraźnie na to dozwala" (*Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan i L. Bosek, *op. cit.*, s. 786).

W związku z tym, jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w powołanym wcześniej wyroku o sygn. K 12/14, „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 Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r., *op. cit.*).

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 k.w. nowych powodów odmowy świadczenia usługi, rodzajowo odmiennych od tych, które stanowiły *ratio legis* wprowadzenia tej regulacji.

Pierwotny cel wprowadzenia tego przepisu, którym było zapewnienie usługobiorcom dostępu do usług po urzędowej cenie, służył przeciwdziałaniu, występującemu wtedy, zjawisku spekulacji deficytowymi dobrami, a więc chronił konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi - w rozumieniu art. 76 obecnej ustawy zasadniczej. Przepis art. 76 Konstytucji „ujęty jest w formę zasady polityki państwa, wynikają dlań z niego określone obowiązki, które jednak muszą dopiero zostać skonkretyzowane w ustawach zwykłych. Przepis Konstytucji nie tworzy bezpośrednio praw podmiotowych ani roszczeń po stronie obywatela (konsumenta, najemcy, użytkownika), nie kreuje też określonego poziomu ochrony, nakłada jednak na władze publiczne obowiązek ochrony przed działaniami zagrażającymi pewnym dobrom (zdrowiu, prywatności i

bezpieczeństwu) oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi; wynika też z niego uprawnienie do ingerencji w stosunki cywilnoprawne i w prawo własności. Trybunał Konstytucyjny zwrócił już uwagę, że koncepcja ochrony konsumenta opiera się na umożliwieniu mu rzeczywiście wolnego i swobodnego własnego działania przy dokonywaniu wyborów konsumpcyjnych, a udział konsumenta w procesach rynkowych powinien być kształtowany w taki sposób, aby mógł on swobodnie i w zgodzie z własnym interesem zaspokajać swe uświadomione potrzeby, na podstawie dostarczonej wiedzy i informacji" (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 grudnia 2008 r., sygn. K 37/07, OTK ZU nr 10/A/2008, poz. 172; *vide* też - powołane w nim orzecznictwo). Również w doktrynie art. 76 Konstytucji nie jest powszechnie uznawany za źródło prawa podmiotowego beneficjentów wyrażonej w nim normy (*vide* - *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan i L. Bosek, *op. cit.*, s. 1724-1725 oraz powołana tam literatura).

W zakresie funkcji, jaką art. 138 k.w. zaczął pełnić w późniejszym okresie jako regulacja antydyskryminacyjna, przepis ten chroni prawo do równego traktowania i bycia niedyskryminowanym - określone w art. 31 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji - oraz godność człowieka, o której mówi art. 30 Konstytucji.

Nie sposób natomiast 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. Jak już bowiem wcześniej zaznaczono w uzasadnieniu niniejszego wniosku, 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, musiałaby się odbywać w każdym przypadku indywidualnie.

W tych warunkach, 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 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.

Tak też orzekł Trybunał Konstytucyjny w sprawie o sygn. K 12/14, w której za niezgodne z art. 2 i art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji uznał art. 39 zdanie pierwsze w związku z art. 30 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (aktualny tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r., poz. 125 ze zm.) w zakresie, w jakim regulacja ta nakładała na lekarza obowiązek wykonania niezgodnego z jego sumieniem świadczenia zdrowotnego w „innych przypadkach niecierpiących zwłoki", gdyż nie można było ustalić konstytucyjnie chronionej wartości, ze względu na którą ustawodawca ograniczył wolność

sumienia lekarzy (*vide* - powołany wcześniej wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r., *op. cit.*).

Istotą trzeciego zarzutu niniejszego wniosku 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.

Sprawcą wykroczenia z art. 138 k.w. może być tylko osoba zajmująca się zawodowo świadczeniem usług. Zawodowe świadczenie usług odbywa się zazwyczaj w ramach prowadzonej przez dany podmiot działalności gospodarczej. Jak już bowiem wcześniej wskazano w uzasadnieniu niniejszego wniosku, według stanowiska doktryny, o zawodowym charakterze czynności świadczy to, czy jest wykonywana odpłatnie i czy - choćby tylko okresowo i częściowo - stanowi źródło utrzymania dla danej osoby.

Przepisy art. 20 i art. 22 Konstytucji gwarantują i chronią wolność działalności gospodarczej jako samodzielne prawo podstawowe jednostki. W ramach tej wolności mieści się m.in. zawieranie umów na potrzeby prowadzonej działalności gospodarczej. Obejmuje to zwłaszcza podjęcie decyzji, czy zawrzeć umowę i kto ma być kontrahentem, jaka będzie treść oraz forma umowy, a nadto

- w jakim trybie oraz formie ma zostać zawarta (*vide* - J. Podkowik, *3.4. Przepisy Konstytucji RP będące podstawą normy prawnej wyrażającej wolność umów; 3.6. Wolność umów jako wolność prawnie chroniona*, [w:] *Wolność umów i jej ograniczanie w świetle Konstytucji RP*. LEX/el.).

Z przepisu art. 138 k.w. wynika natomiast zakaz odmowy świadczenia usługi, a więc nakaz zawarcia umowy, z każdym, kto wyrazi wolę skorzystania z usługi, chyba że zachodzi przyczyna uzasadniająca odmowę.

W doktrynie wskazuje się, że przymus kontraktowania, rozumiany jako zakaz odmowy zawarcia umowy, ogranicza swobodę umów (*vide* - *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan i L. Bosek, *op. cit.*., s. 542, *vide* też - powołana tam literatura). Ograniczeniem wolności umów jest bowiem norma prawna ustanawiająca bezpośrednio bądź pośrednio nakaz (zakaz) określonego zachowania albo przyznająca uprawnienie kształtujące, której naruszenie rodzi dla adresata ujemne konsekwencje prawne (*vide* - J. Podkowik, *Wnioski końcowe*, [w:] *Wolność umów i jej ograniczanie w świetle Konstytucji RP.*, *op. cit.*). Właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku art. 138 k.w., który penalizuje odmowę zawarcia umowy bez uzasadnionej przyczyny.

Zasada wolności umów nie została wyrażona wprost w Konstytucji. Nie ulega jednak wątpliwości, że swoboda umów jest wartością chronioną konstytucyjnie, chociaż zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego prezentowane są różne poglądy co do jej konstytucyjnej podstawy. Konstytucyjna zasada wolności umów traktowana jest jako pochodna ogólnej zasady wolności każdego człowieka, wiązana też jest z zasadą wolności gospodarczej. Jej istota polega na możliwości swobodnego wyboru sposobu własnego postępowania przy składaniu oświadczeń woli kierowanych do innych osób, a więc w sferze stosunków umownych.

Obszerną analizę konstytucyjnych podstaw wolności umów przeprowadził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 29 kwietnia 2003 r., w sprawie o sygn.

SK 24/02, w którym wskazał, że „[z]godnie 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" (OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 33).

Trybunał Konstytucyjny wiąże też swobodę umów z wolnością działalności gospodarczej. W uzasadnieniu wyroku z dnia 21 listopada 2005 r., w sprawie o sygn. P 10/03, Trybunał zwrócił uwagę, że „analiza treści normatywnych art. 22 Konstytucji ujawnia, iż zamieszczone w tym przepisie wyrażenie «wolność działalności gospodarczej» oznacza nie tylko zasadę ustrojową, lecz także zasadę wolności podmiotów w sferze działalności gospodarczej, której istotnym elementem jest zasada swobody (wolności) podmiotów w zakresie stosunków umownych. Z umieszczenia «wolności

działalności gospodarczej» w rozdziale I Konstytucji dotyczącym zasad ustrojowych wynika natomiast dyrektywa, 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" (OTK ZU nr 10/A/2005, poz. 116). W wyroku z dnia 23 czerwca 2009 r., w sprawie o sygn. K 54/07, Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „[w] działalności gospodarczej w obrębie sektora prywatnego obowiązuje zasada swobody działalności gospodarczej, której korelatem jest swoboda kształtowania stosunków umownych" (OTK ZU nr 6/A/2009, poz. 86).

Z kolei w wyroku z dnia 13 września 2005 r., w sprawie o sygn. K 38/04, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „[n]akaz szanowania autonomii woli w stosunkach prywatnoprawnych wraz z zasadą swobody umów znajdują swoje oparcie konstytucyjne. Poszukiwać go można z jednej strony w konstytucyjnej zasadzie wolności każdego człowieka (art. 31 ust. 1), z drugiej w zasadzie wolności gospodarczej (art. 22). Oba podejścia są w stosunku do siebie komplementarne i każde z osobna nie wystarcza samodzielnie dla oddania znaczenia i istoty tej sfery aktywności uczestników obrotu prawnego. O ile bowiem fundament aksjologiczny zasady swobody umów wspiera się silnie na zasadzie wolności, o tyle zasada swobody gospodarczej wyznacza bardzo wyraźnie konieczną konstytucyjnie sferę zastosowania zasady wolności umów, obejmując nią stosunki gospodarcze. Ograniczenia wolności gospodarczej mogą nastąpić tylko ze względu na ważny interes publiczny. Komplementarność obu zasad wynika z innych jeszcze racji. Wolność jednostki, przejawiająca się w wolności umów, na gruncie stosunków gospodarczych będzie zawsze silnie determinowana przez przyjęty w danym systemie model gospodarczy. Gwarancje

konstytucyjne udzielane modelowi społecznej gospodarki rynkowej (art. 20) oraz wolności gospodarczej (art. 22) stanowią więc tym samym naturalne zabezpieczenie wolności umów realizowanej w ramach stosunków prywatnoprawnych. Nie istnieje bowiem możliwość urzeczywistnienia wolności gospodarczej bez wolności umów. (...) Trzeba zarazem jednak pamiętać, że wolność umów wykracza poza sferę stosunków gospodarczych i dla tego poszukiwanie ogólnego oparcia dla tej zasady w art. 31 ust. 1 (wolność człowieka) jest także mocno uzasadnione" (OTK ZU nr 8/A/2005, poz. 92).

W niniejszej sprawie za adekwatny wzorzec kontroli zgodności art. 138 k.w. z zasadą wolności umów należy uznać art. 20 i art. 22 Konstytucji, gdyż 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.

Swoboda działalności gospodarczej i związana z nią wolność umów może podlegać ograniczeniom, koniecznym dla zapewnienia realizacji innych wartości konstytucyjnych. W myśl art. 22 Konstytucji, ograniczenie swobody działalności gospodarczej może nastąpić jedynie ze względu na ważny interes publiczny i tylko w drodze ustawy. „Ponadto przy ograniczaniu korzystania z wolności gospodarczej należy brać pod uwagę ogólne reguły stosowania ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, przewidziane w art. 31 ust. 3 Konstytucji" (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. K 54/07, *op. cit.*). Trybunał Konstytucyjny zwracał bowiem uwagę, 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 Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 marca 2015 r., sygn. P 4/14, *op. cit.* oraz powołane tam orzecznictwo).

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 w art. 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.

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.

Podkreślić również należy, że w doktrynie za uzasadniony konstytucyjnie uważa się obowiązek zawarcia umowy w odniesieniu do działalności, której celem jest zaspokojenie podstawowych potrzeb obywateli, w tym w szczególności w ramach świadczenia tzw. usług publicznych - pocztowych, telekomunikacyjnych, dostaw gazu, energii elektrycznej (*vide - Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan i L. Bosek, *op. cit.*, s. 542). Prezentowany jest też pogląd, że nawet konstytucyjny zakaz dyskryminacji nie odnosi się do całego obrotu umownego, gdyż podważałoby to znaczenie wolności umów polegającej na nieuchronnie subiektywnych wyborach kontrahentów i że konstytucyjny zakaz dyskryminacji wyznacza granicę wolności umów w zakresie nabywania dóbr i świadczenia usług masowych, a także w ramach stosunków pracy (*vide* - J. Podkowik, *4.3. Zakaz dyskryminacji*, [w:] *Wolność umów i jej ograniczanie w świetle Konstytucji RP.*, *op. cit.*).

W tej sytuacji należy stwierdzić, że art. 138 k.w., w części penalizującej odmowę świadczenia usługi, jest niezgodny także z art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 i w związku z art. 31 ust. 2 Konstytucji.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie.

Zbigniew Ziobro