

REFLEKSJE NAD ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ ZA WYKROCZENIE Z TYTUŁU ODMOWY ŚWIADCZENIA USŁUGI (ART. 138 K.W.) W KONTEKŚCIE UNORMOWAŃ CYWILNOPRAWNYCH

MICHAŁ HARA*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.1.2019.07/m.hara

Terminy takie jak „obowiązek świadczenia”, „odmowa spełnienia świadczenia” czy „świadczenie usług” niechybnie nasuwają skojarzenia z prawem cywilnym. Już jednak pierwszy przepis Księgi Trzeciej ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny¹ (dalej: k.c.) dotyczącej zobowiązań wskazuje, że świadczenie jest niczym innym, jak przedmiotem zobowiązania cywilnoprawnego². Tymczasem, jak pokazuje praktyka, pojęcie świadczenia może mieć kluczowe znaczenie także dla innej podstawowej gałęzi prawa, mianowicie prawa wykroczeń. Pewne formy niewywiązania się z obowiązku świadczenia (a zatem w istocie naruszenia cywilnoprawnego zobowiązania) podlegają bowiem także odpowiedzialności na podstawie prawa wykroczeń. Niniejsze opracowanie dotyczy jednej z form tej odpowiedzialności, wynikającej z art. 138 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń³ (dalej: k.w.).

Przepis ten ma następujące brzmienie: „Kto, zajmując się zawodowo świadczeniem usług, żąda i pobiera za świadczenie zapłatę wyższą od obowiązującej albo umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany, podlega karze grzywny”. Przewiduje więc dwie formy popełnienia wykroczenia przez osobę zajmującą się zawodowo świadczeniem usług:

* mgr, adwokat w Okręgowej Izbie Adwokackiej w Warszawie, tłumacz przysięgły języka angielskiego; e-mail: hara.michal@gmail.com

¹ T.j. Dz.U. z 2018 r., poz.1025 ze zm.

² „Art. 353. § 1. Zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić.

§ 2. Świadczenie może polegać na działaniu albo na zaniechaniu.”

³ T.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 618 ze zm.

- 1) żądanie i pobieranie zapłaty wyższej od obowiązującej;
- 2) odmowę, bez uzasadnionej przyczyny, spełnienia świadczenia, do którego jest ona obowiązana.

Pierwsza z form popełnienia tego wykroczenia rzadko jest spotykana w praktyce we współczesnych warunkach społeczno-gospodarczych, zasadą jest bowiem swoboda ustalenia ceny przez strony stosunku prawnego. Aby było możliwe popełnienie wykroczenia z art. 138 k.w. w formie pierwszej, musi zatem obowiązywać urzędowo narzucona cena sztywna lub maksymalna za daną usługę⁴.

O wiele łatwiej współcześnie o wystąpienie drugiej z form popełnienia tego wykroczenia. Wydaje się ona być cokolwiek kontrowersyjna, sprowadza się bowiem w istocie do reakcji należącej do zakresu szeroko rozumianego prawa karnego na zachowanie (a konkretniej: zaniechanie), które w istocie ma na wskroś cywilistyczny charakter. Żeby dobrze przenalizować implikacje tego stanu, niezbędne wydaje się najpierw określenie konkretnie, jakie zachowania mogą wyczerpać znamiona omawianego wykroczenia. Dlatego też rozważania niniejsze podzielone zostały na pięć części, dotyczących: 1) zakresu penalizacji, 2) proporcjonalności, 3) możliwości powołania się usługodawcy na tzw. klauzulę sumienia, 4) ograniczenia swobody działalności gospodarczej przez art. 138 k.w. oraz 5) analizy art. 138 k.w. w świetle art. 42 ust. 1 Konstytucji RP (zasada *nullum crimen sine lege*).

1. ZAKRES OBOWIĄZYWANIA ART. 138 K.W.

Dla ustalenia zakresu obowiązywania tego przepisu kluczowa jest przesłanka istnienia „obowiązku świadczenia”.

O odpowiedzialności z art. 138 k.w. można bowiem mówić jedynie wówczas, gdy na osobie zajmującej się zawodowo działalnością usługową ciąży obowiązek spełnienia określonego świadczenia. Konstatacja ta wynika wprost z samej treści art. 138 k.w. *in fine*: „świadczenia, do którego jest obowiązany”. Obowiązek świadczenia może wynikać z ustawy lub innego aktu normatywnego⁵, czy decyzji uprawnionego organu⁶, lecz co do zasady jego źródłem będzie czynność prawna – umowa zawarta pomiędzy usługodawcą a usługobiorcą.

⁴ Taką możliwość przewidują np. art. 50a ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 2136 ze zm.) oraz art. 11b ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 2200 ze zm.), które upoważniają radę gminy do ustalenia maksymalnych stawek za przejazd, odpowiednio, publicznym transportem zbiorowym i taksówkami na terenie gminy. Ograniczenia swobody kształtowania cen wprowadzają także art. 21 ust. 1 pkt. 4a i 4b ustawy z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie kleski żywiołowej (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1897), art. 21 pkt 1a ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1928) oraz art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy z dnia 29 sierpnia 2002 r. o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1932).

⁵ Np. świadczenie obrony z urzędu albo występowanie w roli biegłego lub tłumacza w postępowaniu sądowym.

⁶ Np. decyzja Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej o wyznaczeniu do świadczenia usługi powszechnej.

Aby ustalić moment powstania tego obowiązku należy odwołać się do przepisów prawa cywilnego. Zgodnie z art. 66 § 1 k.c., umowa jest zawarta w przypadku złożenia przez jedną ze stron oferty oraz oświadczenia o przyjęciu tejże oferty przez stronę drugą. Co ważne, oferta musi obejmować wszystkie istotne postanowienia przyszłej umowy. Samo złożenie oferty jest oświadczeniem woli, a zatem należy dokonywać jego wykładni zgodnie z zasadami określonymi w art. 65 § 1 k.c. (okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje). Należy jednak mieć na uwadze, że w przypadku wątpliwości ogłoszenia, reklamy, cenniki i inne informacje skierowane do ogółu lub do poszczególnych osób, poczytuje się nie za ofertę, lecz jedynie za zaproszenie do zawarcia umowy (art. 71 k.c.). A zatem, jeśli z oświadczenia usługodawcy nie wynika w sposób jednoznaczny, że jego zamiarem było złożenie oferty w rozumieniu art. 66 § 1 k.c., należy zastosować normę określoną w art. 71 k.c. i stwierdzić, że oświadczenie usługodawcy będzie jedynie zaproszeniem do zawarcia umowy⁷.

Samo wystawienie przez usługodawcę ogłoszenia o generalnym świadczeniu usług, bez ich konkretyzacji (nawet zawierającego przykładowe ceny), nie będzie więc co do zasady ofertą. W przypadku świadczenia usług nie znajdzie zastosowania norma przewidziana w art. 543 k.c.⁸, jest to bowiem przepis szczególny odnoszący się jedynie do umowy sprzedaży⁹.

Jak wynika z powyższych rozważań, co do zasady do ważnego zawarcia umowy świadczenia usług, a tym samym powstania obowiązku świadczenia po stronie usługodawcy, konieczne jest złożenie oświadczeń woli zarówno przez usługodawcę, jak i przez usługobiorcę, obejmujących istotne postanowienia umowy, a także porozumienie co do kwestii będących przedmiotem negocjacji (art. 72 § 1 k.c.).

Powyższe stanowisko może wydawać się nieoczywiste dla prawnika-karnisty. Zarówno bowiem w doktrynie prawa¹⁰, jak i w orzecznictwie sądów¹¹ wskazuje się niejednokrotnie, że obowiązek świadczenia, o którym mowa w art. 138 k.w.

⁷ M. Wojewoda, [w:] P. Książek, M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, LEX/el 2014, komentarz do art. 71 k.c.

⁸ „Art. 543. Wystawienie rzeczy w miejscu sprzedaży na widok publiczny z oznaczeniem ceny uważa się za ofertę sprzedaży.”

⁹ Spostrzeżenie to jest istotne dla ustalenia zakresu stosowania przepisu art. 135 k.w., który przewiduje analogiczną formę popełnienia wykroczenia, lecz w odniesieniu właśnie do umowy sprzedaży („Art. 135. Kto, zajmując się sprzedażą towarów w przedsiębiorstwie handlu detalicznego lub w przedsiębiorstwie gastronomicznym, ukrywa przed nabywcą towar przeznaczony do sprzedaży lub umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia sprzedaży takiego towaru, podlega karze grzywny”). Zakres tego wykroczenia będzie więc w istotny sposób szerszy niż omawianego art. 138 k.w., bowiem do ważnego zawarcia umowy sprzedaży dochodzić będzie w sytuacji, w której nie miałyby to miejsce w przypadku świadczenia usług, tj. przez wskazanie przez kupującego przedmiotu wystawionego na sprzedaż z oznaczeniem ceny i oświadczeniu woli nabycia go.

¹⁰ Np. T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2015 r., s. 534; P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 877.

¹¹ Np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2018 r. (sygn. akt II KK 333/17); wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26 maja 2017 r. (sygn. V Ka 557/17). Zob. też głosę do ww. wyroku autorstwa J. Kuleszy (Państwo i Prawo 1/2018, s. 134), w której Autor wskazuje, że w jego ocenie znamię „obowiązku świadczenia” należy odczytywać w oderwaniu od przepisów prawa cywilnego.

należy odczytywać jako pozostawianie do dyspozycji każdego potencjalnego kontrahenta. W efekcie, zgodnie z tymi poglądami, na podmiocie zawodowo zajmującym się świadczeniem usług ciąży generalny obowiązek świadczenia na rzecz każdego, kto wyrazi taką chęć. Wydaje się jednak, że spostrzeżenia te koncentrują się w zbytnim stopniu na prawnokarnej stronie przedmiotowego wykroczenia, pomijając cywilnoprawny jego aspekt wyrażony właśnie w przesłance „obowiązku świadczenia”. Może się wydawać, że stanowią one konsekwencje cokolwiek automatycznego powielania stanowiska wyrażonego przez komentatorów Kodeksu wykroczeń przed transformacją ustrojową Polski¹². Tymczasem można argumentować, że stanowisko to w obecnych warunkach społeczno-gospodarczych straciło aktualność wobec przyjęcia modelu gospodarki wolnorynkowej i wprowadzeniu przepisów gwarantujących swobodę działalności gospodarczej (zwłaszcza art. 20 w zw. z art. 22 Konstytucji RP). Swoboda wyboru kontrahenta jest gwarantowana nie tylko na poziomie ustawodawstwa cywilnego (zwłaszcza art. 353¹ k.c.), ale także na poziomie konstytucyjnym¹³.

Tym samym trudno zgodzić się z poglądem, jakoby z samego faktu prowadzenia zawodowej działalności usługowej wynikał obowiązek spełnienia każdego świadczenia, którego od usługodawcy żądać będzie inna osoba lub podmiot. Stanowisko, zgodnie z którym obowiązek świadczenia należałoby definiować jako pozostawianie do dyspozycji każdego, kto żąda świadczenia za przewidzianą zapłatą, nie znajduje oparcia w ww. przepisach prawa cywilnego i wydaje się być sprzeczne z konstytucyjnymi zasadami wolności każdej osoby (art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji RP) oraz wolności działalności gospodarczej (art. 20 w zw. z art. 22 Konstytucji RP)¹⁴. Obowiązek świadczenia, jeśli nie wynika z aktu prawa lub decyzji uprawnionego organu, musi mieć zatem swoje źródło w umowie między usługodawcą a usługobiorcą¹⁵.

Konstatacja ta ma kluczowe znaczenie dla dalszych rozważań nad zakresem obowiązywania art. 138 k.w., oraz dla rozstrzygnięcia wątpliwości, które może nasuwać stosowanie tej normy.

¹² Zob. J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *Kodeks Wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 1974, s. 407. Zarówno A. Michalska-Warias (T. Bojarski (red.), *op. cit.*), jak i M. Kulik (P. Daniluk (red.), *op. cit.*) wprost odwołują się do tego stanowiska jako uzasadnienia prezentowanych twierdzeń.

¹³ Tak też: L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LEX/el 2016, komentarz do art. 22 Konstytucji RP. Patrz też: orzecznictwo TK powołane w cz. 4 poniżej.

¹⁴ Tak też: M. Iwański, *Odpowiedzialność za odmowę świadczenia usługi (art. 138 Kodeksu wykroczeń) na tle kolizji norm konstytucyjnych. Rozważania na kanwie przypadku łódzkiego drukarza o styku prawa karnego sensu largo oraz prawa konstytucyjnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 7/2018 (preprint), s. 33–34, <http://www.czpk.pl/preprinty/odpowiedzialnosc-za-odmowe-swiadczenia-uslugi-art-138-kodeksu-wykroczen-na-tle-kolizji-zasad-konstytucyjnych-rozważania-na-kanwie-kazusu-lodzkiego-drukarza-o-styku-prawa-karnego-sensu-largo-oraz-prawa-konstytucyjnego> (dostęp: 5.07.2018).

¹⁵ Podkreślić należy, że, z zastrzeżeniem odpowiednich przepisów prawa cywilnego przewidujących wymogi szczegółowe, umowa ta może mieć dowolną formę, np. ustną lub elektroniczną (zob. art. 66¹ k.c.).

2. PROPORCJONALNOŚĆ

Pierwszą z wątpliwości, które można kierować względem art. 138 k.w. jest zastrzeżenie co do proporcjonalności tego przepisu, mając na uwadze fakt, że przewiduje on sankcję z zakresu prawa karnego *sensu largo*. Jak wynika z powyższych rozważań, zasadne wydaje się jednak odrzucenie rozumienia zakresu „obowiązku świadczenia” sprowadzającego się do przyjęcia, że usługodawca musi świadczyć na rzecz każdego usługobiorcy, który tego zażąda i przyjęcie, że obowiązek świadczenia, o którym mowa w tym przepisie, powstaje co do zasady jedynie w sytuacji, gdy usługodawca sam go na siebie przyjmie poprzez zawarcie umowy z usługobiorcą.

Można co prawda podnieść wątpliwość, czy nawet w takim przypadku sankcja wykroczeniowa jest odpowiednim instrumentem reakcji na naruszenie zobowiązań umownych; czy niewystarczająca byłaby cywilnoprawna odpowiedzialność za niewykonanie zobowiązania. Wskazać jednak należy, że o ile przedmiotem ochrony art. 138 k.w. są przede wszystkim interesy konsumentów rozumianych szeroko (zob. cz. 4 poniżej), pełni on obecnie także dodatkowe, drugorzędne funkcje, takie jak ochrona pewności obrotu gospodarczego. Niewykonywanie zobowiązań umownych, w szczególności przez podmioty profesjonalne zajmujące się zawodowo świadczeniem usług, może prowadzić do spadku zaufania społecznego i osłabienia dynamiki gospodarki. Nie można też tracić z pola widzenia faktu, że w pewnych przypadkach cywilnoprawna droga dochodzenia spełnienia świadczenia może być dla usługobiorcy niedostępna (z uwagi na brak świadomości prawnej) lub nieopłacalna (z uwagi na nieproporcjonalnie niską wartość usługi w porównaniu do kosztów związanych z dochodzeniem jej wykonania na drodze powództwa cywilnego). W takich przypadkach zasługujące na potępienie zachowanie usługodawcy pozostawałoby w istocie bezkarne.

Artykuł 138 k.w. nie jest w żadnym wypadku odosobnioną normą z zakresu prawa karnego *sensu largo* spełniającą opisaną wyżej rolę w polskim systemie prawnym. Kodeks wykroczeń przewiduje bowiem szereg przepisów chroniących w podobny sposób interesy konsumentów i zasady obrotu gospodarczego (pozostałe wykroczenia z rozdz. XV k.w., art. 121 § 1 i 2 k.w.). Zaznaczyć też należy, że wykroczenie z art. 138 k.w. zagrożone jest karą grzywny, której wysokość określa się na podstawie zasad ogólnych obowiązujących w prawie wykroczeń, a zatem mieszcząca się w przedziale od 20 do 5000 zł (art. 24 § 1 k.w.). Kara ta jest relatywnie łagodna w porównaniu do sankcji za inne wykroczenia z rozdz. XV k.w., z których wiele przewiduje karę aresztu (art. 133, art. 134 § 1 i 2, art. 136 § 1, art. 137 § 1) lub karę ograniczenia wolności (art. 133, art. 134 § 1 i 2, art. 136 § 1, art. 138d § 1, art. 139a § 1). Ponadto łagodniejszą rodzajowo sankcją w systemie wykroczeniowym jest jedynie kara nagany (art. 18 pkt 4 k.w.), lecz jest to kara co do zasady stosowana w stosunku do tzw. wykroczeń „porządkowych”; żaden z czynów stypizowanych w rozdz. XV k.w. nie jest nią zagrożony.

Warto nadmienić także, że organ prowadzący postępowanie ma możliwość (biorąc pod uwagę charakter i okoliczności czynu lub właściwości i warunki osobiste sprawcy) odstąpić od wymierzenia kary, co może wiązać się z zastosowaniem środka oddziaływania społecznego (art. 39 § 1 i 4 k.w.), lub poprzestać na pouczeniu albo zastosowaniu innego środka działania wychowawczego (art. 41 k.w.).

Sankcja przewidziana za wykroczenie z art. 138 k.w. nie wydaje się zatem być nieproporcjonalna w stosunku do wagi tego czynu, nie wiąże się z pozbawieniem, czy nawet ograniczeniem wolności obwinionego. Można wręcz pokusić się o stwierdzenie, że ma ona w istocie charakter wychowawczy, kładący raczej nacisk na cele związane z prewencją generalną. W tym sensie funkcję sankcji za wykroczenie z art. 138 k.w. można odczytywać bardziej jako narzędzie kształtowania pożądanych społecznie postaw, niż wyrządzenie dolegliwości obwinionemu.

Zasadne wydaje się zatem stwierdzenie, że uregulowanie sankcji za odmowę świadczenia bez ważnej przyczyny w prawie wykroczeń, niezależnie od ewentualnej odpowiedzialności cywilnoprawnej usługodawcy, znajduje swoje uzasadnienie, zarówno pod względem systemowym, jak i celowościowym.

3. „KLAUZULA SUMIENIA”

Koncepcja „klauzuli sumienia” w ostatnich latach zdaje się nabierać coraz większego znaczenia zarówno w teoretycznych rozważaniach nad prawem, jak i w jego praktycznym zastosowaniu. Najprościej rzecz ujmując, sprowadza się ona do możliwości powstrzymania się od określonego zachowania z powodu nakazów wiary lub sumienia danej osoby. Skoro zatem art. 138 k.w. dotyczy kwestii odmowy świadczenia, warto rozważyć jaki wpływ na jego stosowanie wywierać będzie ta koncepcja.

Swoista „popularność” tzw. klauzuli sumienia ma niewątpliwie przynajmniej częściowo swoje źródło w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r. w sprawie o sygn. akt K 12/14. W orzeczeniu tym Trybunał stwierdził niekonstytucyjność art. 39 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry¹⁶ w zakresie, w jakim nakłada na lekarza obowiązek wykonania niezgodnego z jego sumieniem świadczenia zdrowotnego w „innych przypadkach niecierpiących zwłoki” oraz w jakim nakłada na lekarza powstrzymującego się od wykonania świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jego sumieniem obowiązek wskazania realnych możliwości uzyskania takiego świadczenia u innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym. Trybunał stwierdził w tym wyroku, że prawo do skorzystania z tzw. klauzuli sumienia, a zatem powstrzymania się od określonych działań sprzecznych z sumieniem, wynika bezpośrednio z art. 53 ust. 1 Konstytucji RP i przysługuje nie tylko lekarzom (w stosunku do których zostało uregulowane na poziomie ustawowym), lecz także „każdej innej osobie”.

Orzeczenie to podlega jednak zasadnej krytyce w doktrynie, z jednej strony z powodu wątpliwych ustaleń dotyczących wymogów wypływających z prawa międzynarodowego, z drugiej zaś z powodu faktycznego pominięcia przez Trybunał znaczenia innych norm rangi konstytucyjnej, w szczególności art. 83 oraz art. 31 ust. 2 Konstytucji RP¹⁷.

¹⁶ T.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 125 ze zm.

¹⁷ W. Brzozowski, *Prawo lekarza do sprzeciwu sumienia (po wyroku Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo” nr 7/2017, s. 23 i nast. Zob. też zdania odrębne sędziów S. Biernata i A. Wróbla do wyroku w sprawie K 12/14, którzy wprost kwestionują przyjęty w tym orzeczeniu prymat wolności sumienia nad innymi konstytucyjnymi zasadami.

Po pierwsze trudno zgodzić się ze spostrzeżeniami Trybunału, jakoby możliwość korzystania z tzw. klauzuli sumienia w każdym przypadku wynikała z przepisów prawa międzynarodowego, w szczególności z art. 9 EKPC. Jak wskazuje W. Brzozowski¹⁸, cytowany przez Trybunał wyrok ETPC w sprawie *Bayatan p. Armenii* dotyczy ściśle zagadnienia zastępczej służby wojskowej i nie zawiera stwierdzeń ogólnych, które nadałyby się do zastosowania do innych stanów faktycznych. Trybunał pomija zaś całkowicie inne rozstrzygnięcia ETPC, w szczególności to wydane w sprawie *Eweida i in. p. Wielkiej Brytanii*¹⁹. Z wyroku tego wynika, że skorzystanie z „klauzuli sumienia” nie ma charakteru nieograniczonego i może dotyczyć jedynie kwestii bezpośrednio i silnie związanych z treścią przekonań jednostki²⁰. Ponadto, przy ocenie zasadności skorzystania z niej należy brać pod uwagę inne wartości prawne, w szczególności zakaz dyskryminacji i zasadę równości²¹.

Po drugie zaś, podążając za rozumowaniem przedstawionym przez Trybunał w wyroku w sprawie K 12/14 należałoby dojść do wniosku, że art. 53 ust. 1 Konstytucji ma prymat nad wszelkimi innymi normami prawnymi, także konstytucyjnymi, zaś jednostka może uwolnić się od dowolnego obowiązku prawnego jedynie poprzez powołanie na swoje zasady sumienia. Konstatacja taka prowadzi do oczywiście absurdalnych wniosków, w szczególności do całkowitego zanegowania obowiązku przestrzegania prawa (art. 83 Konstytucji RP) oraz obowiązku poszanowania praw i wolności innych osób (art. 31 ust. 2 Konstytucji RP)²².

Stwierdzić więc należy, że spostrzeżenia Trybunału Konstytucyjnego wyrażone w wyroku w sprawie o sygn. K 12/14 traktować należy, pomimo ogólnego języka, w jakim zostały ujęte, jako odnoszące się do konkretnej i szczegółowej kwestii będącej przedmiotem rozważań TK w tejże sprawie. Nie powinny one jednak stanowić przyczynku do ustaleń generalnych, możliwych do zastosowania w innych sprawach.

Przypomnieć tu należy, że, jak wskazano powyżej, usługodawca ma swobodę w zakresie decyzji o zawieraniu umowy, a także o wyborze kontrahenta. Z kolei treść zawartej umowy (nawet jeśli ma ona formę jedynie ustną) powinna obejmować

¹⁸ *Ibidem*, s. 25–26.

¹⁹ Wyrok z dnia 15 stycznia 2013 r., skargi nr 48420/10, 59842/10, 51671/10 i 36516/10.

²⁰ Na analogiczne okoliczności zwraca uwagę A. Wróbel w swym zdaniu odrębnym do orzeczenia TK w sprawie K 12/14, wskazując, że „art. 53 ust. 1 Konstytucji nie chroni każdego przekonania moralnego osoby, lecz wyłącznie moralny zakaz lub nakaz albo dozwoleństwo, jako wewnętrznie i nieodparcie zobowiązujące do określonego – w danych okolicznościach – zaniechania lub działania; w związku z tym zwykła niechęć, uprzedzenie, awersja, resentment, odraza, wstręt, pogarda, wzgarda, obrzydzenie, niesmak, nieżyczliwość, nieprzychylność czy antypatia w stosunku do pewnych zachowań nie są chronione art. 53 ust. 1 Konstytucji. Więcej, [...] zachowanie sprzeczne z sumieniem to nie jest zwykłe zachowanie sprzeczne z jakimkolwiek przekonaniem moralnym, lecz tylko takie, które zagraża – uformowanym przez sumienie – tożsamości i integralności osoby”.

²¹ Warto tu przywołać też inne orzeczenia ETPC dotyczące wykładni art. 9 EKPC, w których Trybunał uznał za niedopuszczalne skargi osoby, której zasiłek dla bezrobotnych został zawieszony po odmowie podjęcia pracy w charakterze recepcjonisty w centrum konferencyjnym należącym do kościoła (postanowienie z dnia 20 września 2007 r. w sprawie *Dutuij p. Szwajcarii*) czy też osoby, która została skazana za odmowę sprzedaży środków antykoncepcyjnych (postanowienie z dnia 2 października 2001 r. w sprawie *Pichon i Sajous p. Francji*).

²² W. Brzozowski, *op. cit.*, s. 31.

wszystkie istotne cechy usługi. Usługodawca może zatem podjąć decyzję o niezawieraniu umowy z daną osobą lub na dany typ usług jeszcze przed związaniem się stosunkiem prawnym z klientem. Na tym właśnie etapie ma sposobność przesądzić, czy nakazy jego wiary lub sumienia pozwalają mu taką umowę zawrzeć.

Trudno jest zatem zgodzić się ze stanowiskiem, że kiedy już dojdzie do zawarcia umowy i powstanie obowiązek świadczenia, usługodawca mógłby jednostronnie uwolnić się od niego, powołując się jedynie na własne zasady wiary lub sumienia. Warto jednak rozważyć kilka szczególnych sytuacji, by zbadać, czy usługodawca zawsze ma faktyczną możliwość postąpienia zgodnie z zasadami swej wiary lub sumienia, nie naruszając jednocześnie swojego obowiązku świadczenia.

Przede wszystkim nie można nie odnieść się do szczególnego typu umów, rozpowszechnionego w dzisiejszym obrocie gospodarczym, jakimi są umowy adhezyjne. Specyfiką tych umów jest to, że ich treść jest z góry ustalana i niejako narzucana usługobiorcy przez usługodawcę²³. Usługobiorca ma bardzo ograniczoną możliwość wpływania na treść umowy lub wręcz jest takiej możliwości zupełnie pozbawiony. Jego swoboda zawierania umów sprowadza się do przystąpienia do umowy przygotowanej przez usługodawcę lub zrezygnowania z usługi, ewentualnie do wyboru spośród kilku wzorców umowy przygotowanych przez usługodawcę²⁴. W takim przypadku pozycja usługodawcy jest jeszcze silniejsza, niż w przypadku umów negocjowanych indywidualnie, bowiem może on ustalić korzystne dla siebie warunki, które usługodawca musi przyjąć. Do zawarcia takiej umowy w dalszym ciągu jest niezbędne zgodne oświadczenie woli obu stron. Wszystkie powyższe spostrzeżenia zachowują więc aktualność – o ile obowiązek zawarcia umowy nie wynika z powszechnie obowiązującego aktu prawa, na usługodawcy nie ciąży obowiązek zawierania takiej umowy.

Rozważyć można także przypadek, w którym usługodawca kieruje ofertę do nieokreślonej grupy usługobiorców. Taką ofertę usługobiorca może przyjąć, i przez to ważnie zawrzeć umowę, w drodze jednostronnego oświadczenia woli, które może wynikać także z czynności faktycznej (np. nabycia biletu na przejazd). W takiej jednak sytuacji trzeba stwierdzić, że usługodawca sam pozbawia się możliwości doboru kontrahenta właśnie przez fakt kierowania oferty do kogokolwiek, kto byłby gotów ją przyjąć. Kiedy oferta zostanie przyjęta, usługodawca nie może już uwolnić się od obowiązku świadczenia, chyba że zachodzą okoliczności po temu wynikające z przepisów prawa cywilnego (np. oświadczenie woli obciążone było wadą). Jeśli nie spełni świadczenia, podlegać więc będzie odpowiedzialności wykroczeniowej przewidzianej w art. 138 k.w. (oczywiście z zastrzeżeniem wskazanej tam uzasadnionej przyczyny).

Pochylić się trzeba wreszcie nad sytuacją osoby zatrudnianej przez usługodawcę, która sama wszak umowy nie zawarła, nie miała więc wpływu ani na jej treść, ani na dobór kontrahenta, bierze jednak udział w jej wykonaniu. W sytuacji pracownika, źródłem obowiązku świadczenia jest stosunek prawny (zatrudnienie)

²³ Umowy takie są stosowane powszechnie np. w usługach bankowych, ubezpieczeniowych, przewozie osób itd.

²⁴ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 141 i 147.

łącający go z pracodawcą²⁵. W takim przypadku należy jednak całkowicie podzielić spostrzeżenia Sądu Okręgowego w Łodzi, który stwierdził, że pracownik „nie chcąc z przyczyn światopoglądowych realizować zamówienia, winien powiadomić o tym pracodawcę, poprosić go o zwolnienie z tego obowiązku, a gdyby dalej był do tego zmuszany, mógł zwolnić się z pracy. Nie ma bowiem w naszym systemie prawnym pracy przymusowej – z wyjątkiem pracy w ramach prawomocnych wyroków sądowych – i każda osoba, która subiektywnie uważa, że wykonywanie określonej pracy nie daje się pogodzić z wyznawanym przez nią systemem wartości, może z takiej pracy zrezygnować. Na tym właśnie polega wolność sumienia i wyznania”²⁶.

W każdej z tych konfiguracji prawnych usługodawca ma więc możliwość uwzględnienia zasad swego sumienia lub wiary.

Nie tracąc z pola widzenia faktu, że zasadą jest niemożność uwolnienia się od obowiązku świadczenia powołując się jedynie na zasady sumienia lub wyznania, należy w końcu postawić pytanie, czy możliwe jest w wyjątkowych przypadkach skuteczne powołanie się na te zasady już po powstaniu obowiązku świadczenia. Artykuł 138 k.w. przewiduje karę dla osoby, które odmawia świadczenia, do którego jest obowiązana bez uzasadnionej przyczyny – *a contrario*, jeśli takie przyczyny istnieją, nie ma karalności. Przepis ten nie precyzuje jednak, jakiej natury muszą być te przyczyny, aby można je uznać za uzasadnione. W literaturze wskazuje się co do zasady, że są to okoliczności o charakterze zewnętrznym wobec sprawcy, takie jak brak materiałów, awaria sprzętu, choroba, urlop, czy nawet zachowanie usługobiorcy²⁷. Przepis ten, jak się zdaje, nie wyklucza jednak sytuacji, w której za uzasadnioną zostanie poczytana odmowa świadczenia podyktowana okolicznościami „wewnętrznymi” odmawiającego, np. właśnie nakazami jego wiary lub sumienia. Z sytuacją taką mogliśmy potencjalnie mieć do czynienia, gdyby żądana usługa wiązała się z drastycznym i istotnym naruszeniem nakazów wiary, czego usługodawca nie mógł przewidzieć na etapie zawierania umowy. Ocena, czy ma to miejsce zależeć będzie jednak od indywidualnych okoliczności każdej sprawy i pozostanie w wyłącznej gestii sądu ją rozpoznającego²⁸. Nie jest możliwe aprioryczne i ogólne stwierdzenie, że okoliczności danego typu zawsze będą stanowiły uzasadnioną przyczynę – gdyby bowiem taki był zamysł ustawodawcy, niechybnie wpisałby takie okoliczności wprost do treści art. 138 k.w. (np. używając kwalifikatora „w szczególności”). Termin „uzasadnione przyczyny”, podobnie jak każda inna klauzula generalna, musi doznawać odpowiedniego uściślenia i doprecyzowania w każdym indywidualnym przypadku²⁹.

²⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2018 r. (sygn. akt II KK 333/17).

²⁶ Wyrok z dnia 26 maja 2017 r. (sygn. V Ka 557/17).

²⁷ P. Daniluk (red.), *op. cit.*, s. 878; T. Bojarski (red.), *op. cit.*, s. 534.

²⁸ Tak też: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2018 r. (sygn. akt II KK 333/17).

²⁹ Zob. też: M. Iwański, *op. cit.*, s. 44.

4. SWOBODA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

Kolejnym zagadnieniem poruszonym w niniejszym tekście jest kwestia zgodności art. 138 k.w. z zasadą swobody działalności gospodarczej, tj. ocena, czy obowiązywanie tego przepisu nie narusza lub nie ogranicza tej swobody.

Istnieje bogate orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego dotyczące zasady swobody zawierania umów. Na szczególną uwagę zasługują tu wyroki TK z dnia 23 czerwca 2009 r. (sygn. akt K 54/07) oraz z dnia 21 listopada 2005 r. (sygn. akt P 10/03), w których Trybunał stwierdził wprost, że swoboda kształtowania stosunków umownych jest korelatem konstytucyjnej zasady swobody działalności gospodarczej (art. 20 Konstytucji RP). Jak wynika z kolei z wyroku z dnia 29 kwietnia 2003 r. (sygn. akt SK 24/02), swobodę zawierania umów wywodzi się także z art. 31 ust. 2 Konstytucji RP statuującego wolność osobistą każdej osoby i wprowadzającego zakaz zmuszania kogokolwiek „do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje” W orzeczeniu tym Trybunał wprost wskazał między innymi, że nikomu nie można narzucać wyboru konkretnego kontrahenta³⁰.

Ustalwszy istnienie i zakres konstytucyjnej zasady swobody zawierania umów, warto w następnej kolejności rozważyć cel, jakiemu służy istnienie w systemie prawnym normy art. 138 k.w. Podkreślić należy, że przepis ten nie uległ zmianie od czasu przyjęcia go, wraz z całym Kodeksem wykroczeń, w 1971 r. Skoro po transformacji ustrojowej ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie doń jakichkolwiek zmian, skonstatować należy, że podstawowy cel istnienia tej normy uznał za zasługujący na ochronę w dalszym ciągu. Celem tym zaś, od początku istnienia art. 138 k.w., była ochrona interesów osób korzystających z usług – konsumentów³¹. Na tę podstawową funkcję omawianej normy wskazuje choćby tytuł rozdz. XV k.w., w którym został umieszczony („Wykroczenia przeciwko interesom konsumentów”). Należy jednak ponownie zgodzić się z Sądem Okręgowym w Łodzi³², że w obecnych warunkach gospodarczych konstytucyjna zasada równości przemawia za tym, aby za podlegających ochronie uznać nie tylko konsumentów określonych ściśle zgodnie z definicją z art. 221 k.c., lecz każdy podmiot korzystający z usług, w tym

³⁰ Jak zaznaczył Trybunał, „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 „częstkę” całej sfery wolności człowieka, podlega ochronie konstytucyjnej”.

³¹ J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *op. cit.*, s. 390 i 406. Autorzy wskazują, że wykroczenie określone w art. 138 k.w. stanowi swoistą postać „przygotowania” do oszukania konsumenta lub stworzenie sytuacji ułatwiającej działanie na jego szkodę. Zaznaczyć też warto, że art. 138 k.w. stanowi niemal dosłowne powtórzenie (różnicą jest tylko wymiar kary) art. 15 ustawy z dnia 13 lipca 1957 r. o zwalczaniu spekulacji i ochronie interesów nabywców oraz producentów rolnych w obrocie handlowym (Dz.U. Nr 39, poz. 171 ze zm.). Jak można wywnioskować z samego tytułu tejże ustawy, już wówczas przepis ten miał na celu ochronę interesów nabywców w obrocie handlowym (bowiem jego treść nie dotyczy zwalczania spekulacji, czy też ochrony producentów rolnych).

³² Wyrok z dnia 26 maja 2017 r. (sygn. V Ka 557/17).

osoby prawne³³. Jak wskazano powyżej, oprócz tego podstawowego celu obowiązywania normy art. 138 k.w., można doszukiwać się celów drugorzędnych, takich jak ochrona obrotu gospodarczego w ogólności.

Realizacja powyższych celów może w istocie polegać na pewnym ograniczeniu swobody działalności gospodarczej. Ewentualne ograniczenie tej swobody musi być wprowadzone ustawą i zmierzać do realizacji ważnego interesu publicznego (art. 22 Konstytucji RP), a ponadto spełniać wymogi dotyczące proporcjonalności wypływające z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Przepisy k.w., co oczywiste, mają rangę ustawy, zaś ochrona konsumentów, a także inne ww. cele można uznać za „ważny interes publiczny”. Do rozważenia pozostawałaby więc kwestia ewentualnej proporcjonalności.

Badając to zagadnienie należy ponownie przywołać rozważania z części 1 niniejszego tekstu. Gdyby bowiem art. 138 k.w. penalizował odmowę spełnienia usługi na żądanie potencjalnego usługobiorcy, jeszcze przed powstaniem (umownego) stosunku prawnego, w istocie można by mieć wątpliwości co do tego, czy nie narusza on zasady swobody umów, a tym samym – Konstytucji RP. Przepis ten penalizuje jednak odmowę spełnienia świadczenia, do którego sprawca jest już obowiązany. Przed zawarciem umowy, usługodawcy pozostawiona jest możliwość zdecydowania, czy wykona daną konkretną usługę dla konkretnego usługobiorcy. W tym momencie ma on sposobność skorzystania ze swego prawa swobody umów będącego, jak wskazano, korelatem zasady swobody gospodarczej. Jeśli usługodawca uzna, że zawarcie umowy nie jest dla niego korzystne (np. ekonomicznie nieopłacalne, bowiem koszt wykonania usługi przewyższałby wynagrodzenie, które usługobiorca jest gotów zapłacić) może tego nie robić. Warto zaznaczyć, że jest to ten sam moment, w którym, jak wskazano w części 3, usługodawca może także skorzystać ze swego prawa wolności sumienia. Dopiero po ważnym zawarciu umowy powstaje obowiązek świadczenia obwarowany m.in. sankcją z art. 138 k.w.³⁴.

W istocie więc w ogóle nie zachodzi konieczność przeprowadzenia testu proporcjonalności, którego art. 31 ust. 3 Konstytucji wymaga dla wprowadzenia ograniczeń konstytucyjnych praw, bowiem art. 138 k.w. nie wprowadza ograniczenia zasady swobody gospodarczej, której jedną z emanacji jest swoboda zawierania umów. Ewentualny test proporcjonalności mógłby jedynie dotyczyć przepisów szczególnych, które przewidują ustawowy obowiązek świadczenia³⁵. Ustalenie, czy w ich przypadku spełniony został warunek proporcjonalności wymagałoby jednak odrębnej analizy, która wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

³³ Potwierdził to Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 2 grudnia 2008 r. (sygn. K 37/07) stwierdzając, że zawarte w art. 76 Konstytucji pojęcie konsumenta jest szersze od definicji wskazanej w art. 22¹ k.c. Zaznaczyć należy także, że sama treść art. 138 k.w. nie przewiduje zawężenia swego zakresu jedynie do konsumentów, podmiotem ochrony mogą zatem być też inne kategorie usługobiorców.

³⁴ Nadmienić należy, że powołane wyżej orzeczenia TK jedynie wspierają takie rozumienie zakresu art. 138 k.w., jako prokonstytucyjne.

³⁵ Np. art. 84 § 2 k.p.k. w zw. z art. 21 ust. 3 w zw. z art. 28 ust. 2 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1184 ze zm.), art. 15 ustawy z dnia 25 listopada 2004 r. o zawodzie tłumacza przysięgłego (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1505 ze zm.), art. 82 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1954).

5. ART. 138 K.W. W ŚWIETLE ART. 42 UST. 1 KONSTYTUCJI RP

W świetle powyższych rozważań warto odnieść się w kilku słowach do poglądów M. Iwańskiego, który podnosi, że w jego przekonaniu umowa w ogóle nie może być źródłem obowiązku świadczenia, o którym mowa w art. 138 k.w. Autor ten wskazuje, że takie rozumienie tego obowiązku musiałoby prowadzić do wniosku, że omawiany przepis stanowi sankcję za niewykonanie umowy, co zaś stanowiłoby nieproporcjonalną ingerencję prawa karnego w stosunki cywilnoprawne³⁶. Jak wynika jednak ze spostrzeżeń przedstawionych w częściach 1 i 2 niniejszego tekstu, zasadne jest przyjęcie, że sankcja za wykroczenie stypizowane w art. 138 k.w. jest jednak proporcjonalna i uzasadniona, zaś sam przepis ten przewiduje karę właśnie za zawinoną, nieuzasadnioną odmowę wykonania umowy.

M. Iwański wskazuje dalej, że w jego przekonaniu źródłem „obowiązku świadczenia” każdorazowo będzie zatem przepis ustawy³⁷. Odnajduje je w szczególności w ustawie z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania³⁸ (dalej: „ustawa antydyskryminacyjna”), a konkretnie jej art. 6, który zakazuje dyskryminacji m.in. w dostępie do usług³⁹, a także bezpośrednio w normie art. 32 Konstytucji RP. Autor przytacza obszernie rozumowanie, które miałyby skłaniać do interpretacji norm art. 138 k.w. oraz art. 6 ustawy antydyskryminacyjnej w taki sposób, że ten pierwszy stanowi normę sankcjonującą, ten drugi zaś normę sankcjonowaną. W przekonaniu Autora takie rozumienie zakresu art. 138 k.w. ma charakter prokonstytucyjny.

Wykładnia przepisów ustawowych powinna mieć zawsze charakter prokonstytucyjny, organ stosujący prawo jest wręcz zobowiązany do sięgnięcia do metod wykładni takich, jak celowościowa czy funkcjonalna, jeśli literalne brzmienie przepisu nastęrcza wątpliwości. Tylko w ten sposób można zapewnić spójność systemową (aksjologiczną) prawodawstwa. Nie można jednak pominąć faktu, że Konstytucja RP zawiera różne rodzaje norm prawnych, chroniących wartości, które czasem, w konkretnych stanach faktycznych i prawnych, mogą pozostawać w konflikcie. Z taką sytuacją mamy do czynienia najczęściej, jeśli następuje konfrontacja dwóch podmiotów, z których oba powołują się na swoje konstytucyjnie zagwarantowane prawa.

Podobny przypadek występuje przy analizie zakresu art. 138 k.w. M. Iwański powołuje się w szczególności na art. 32 (nakaz równego traktowania) i 30 (nakaz poszanowania godności człowieka) Konstytucji RP. Pomija jednak art. 42 ust. 1 Konstytucji, który stanowi, że odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Szczególnego znaczenia w niniejszych rozważaniach nabiera aspekt tej zasady wyrażony paremią *nullum crimen sine lege certa*. Zasada określoności prawa, choć odnosi się do wszystkich jego gałęzi na zasadach ogólnych wynikających

³⁶ M. Iwański, *op. cit.*, s. 35.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ T.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1219.

³⁹ M. Iwański, *op. cit.*, s. 37.

z art. 2 Konstytucji RP, nabiera bowiem szczególnego znaczenia na gruncie prawa karnego *sensu largo*, do którego należy też prawo wykroczeń⁴⁰.

Żaden fragment art. 138 k.w. nie odwołuje się do ustawy antydyskryminacyjnej, nie zawiera on też pośród swych przesłanek nawiązań do równego traktowania, zakazu dyskryminacji czy ochrony równości. Jak już wskazano w części 4 niniejszego tekstu, nawet struktura k.w. wskazuje, że podstawową i główną funkcją normy art. 138 jest ochrona konsumentów (lub szerzej – obrotu gospodarczego). Uznanie zatem, że przepisy ustawy antydyskryminacyjnej lub wręcz bezpośrednio art. 32 Konstytucji RP stanowią dla usługodawców źródło obowiązku świadczenia w każdej, abstrakcyjnej sytuacji oznaczałoby, że zastrzeżenie „do którego jest obowiązany” byłoby w istocie normatywnie bez znaczenia, bowiem usługodawca zawsze byłby obowiązany do świadczenia. Włączenie tego zastrzeżenia do treści art. 138 k.w. przesądza zaś o tym, że usługodawca musi świadczyć, pod groźbą kary za wykroczenie, tylko w sytuacji istnienia skonkretyzowanego obowiązku. Zatem uznanie, że źródłem obowiązku jest zawsze ustawa, stanowiłoby w istocie stosowanie wykładni rozszerzającej zakres wykroczenia z art. 138 k.w. względem jego treści literalnej na niekorzyść sprawcy. W przypadku norm prawno Karnych taki zabieg jest zaś niedozwolony⁴¹.

Odwołanie do przyrodzonej godności ludzkiej nie jest wystarczające, aby uzasadnić odejście od stosowania zasady *nullum crimen sine lege certa*, bowiem również zakaz karania bez podstawy prawnej sam w sobie stanowi emanację ogólniejszej zasady poszanowania godności człowieka wyrażonej w art. 30 Konstytucji RP⁴².

Tym samym, o ile docenić należy starania M. Iwańskiego o wypełnienie niedoskonałości ustawy antydyskryminacyjnej w zakresie sankcji za jej naruszenie⁴³ poprzez twórczą interpretację art. 138 k.w., stwierdzić należy, że zaproponowana przez tego Autora wykładnia tego przepisu jest nie do pogodzenia z gwarancjami konstytucyjnymi, a tym samym trudno też przypisać jej charakter prokonstytucyjny.

⁴⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 czerwca 2010 r. (sygn. akt SK 25/08). Jak podkreślił Trybunał, „zasada określoności czynów zabronionych, wynikająca z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji, stanowi szczególną formułę ogólnej zasady określoności przepisów prawnych, odniesioną do wymogów prawa karnego. Na obszarze szeroko rozumianego prawa karnego (represyjnego) zasada określoności przepisów prawnych ma wyjątkowe znaczenie. Obwarowany sankcją karną, sformułowany w normie prawnokarnej zakaz lub nakaz winien być sformułowany w przepisie, który jest podstawą konstruowania takiej normy, w sposób szczególnie precyzyjny i ścisły, w myśl zasady *nullum delictum sine lege certa*. Nakaz określoności czynów zabronionych, wynikający z art. 42 ust. 1 Konstytucji, wyrażony przez wspomnianą paremię *nullum crimen, nulla poena sine lege*, jest nakazem maksymalnej określoności tworzonych w drodze ustawy, typów przestępstw. W sferze stosowania prawa oznacza to zakaz stosowania analogii i wykładni rozszerzającej”.

⁴¹ M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, Tom I. Komentarz. Art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 1039–1040.

⁴² *Ibidem*, s. 1010.

⁴³ Ustawa ta bowiem przewiduje jedynie możliwość dochodzenia odszkodowania w wypadku naruszenia jej przepisów (art. 13 ust. 1).

PODSUMOWANIE

Podsumowując, warto ponownie podkreślić, że kontrowersje związane z obowiązkiem art. 138 k.w. wydają się w dużej mierze wypływać z rozumienia zakresu tego przepisu w niewłaściwy sposób – jako penalizującego nie odmowę spełnienia świadczenia, lecz raczej jako odmowę uczynienia zadość jednostronnemu żądaniu innej osoby (usługobiorcy). Tymczasem ani brzmienie tego przepisu, ani kontekst legislacyjny nie potwierdzają takiego rozumienia.

Choć można zastanawiać się, czy utrzymywanie w systemie prawa sankcji z zakresu prawa karnego *sensu largo* w przypadku naruszenia obowiązków wynikających ze stosunku (co do zasady) umownego jest we współczesnych warunkach społeczno-gospodarczych uzasadnione⁴⁴, jak wskazuje powyższa analiza, właściwie rozumiany art. 138 k.w. nie wydaje się być sprzeczny z Konstytucją RP.

Ewentualna zmiana obecnego stanu prawnego powinna odbywać się na drodze rzetelnie przeprowadzonego procesu legislacyjnego, z zastosowaniem należytej rozważliwości i przeprowadzeniem szerokich konsultacji. Ewentualne uchylene art. 138 k.w. musiałoby się bowiem wiązać z głębszą refleksją nad rolą prawa wykroczeń we współczesnym społeczeństwie oraz stanowić element bardziej kompleksowej reformy obejmującej szereg innych norm z rozdz. XV k.w., w szczególności art. 135 k.w., który stanowi niemal lustrzane odzwierciedlenie normy art. 138 k.w., z tą jedynie różnicą, że dotyczy umowy sprzedaży. Nie wydaje się, aby uzasadnione było zaś wybiórcze kwestionowanie art. 138 k.w., bez podnoszenia podobnych zastrzeżeń względem innych przepisów k.w.⁴⁵

BIBLIOGRAFIA

- Bafia J., Egierska D., Śmietanka I., *Kodeks Wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 1974.
Bojarski T. (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2015.
Brzozowski W., *Prawo lekarza do sprzeciwu sumienia (po wyroku Trybunału Konstytucyjnego)*, Państwo i Prawo nr 7/2017.
Czachórski W., Brzozowski A., Safjan M., Skowrońska-Bocian E., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009.
Daniluk P. (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016.

⁴⁴ Podobne wątpliwości prezentowane są także wobec innych przepisów k.w., np. art. 58 § 1 k.w. penalizującego zebraństwo publiczne (zob. np. wystąpienie generalne Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 listopada 2017 r., sygn. II.501.7.2017. VV, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-czas-usunac-zebractwo-z-kodeksu-wykroczen> (dostęp: 5.07.2018).

⁴⁵ Tym samym z zaskoczeniem można przyjąć skierowanie przez Prokuratora Generalnego w dniu 21 grudnia 2017 r. wniosku do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności art. 138 k.w. z ustawą zasadniczą (sygn. akt K 16/17). Analizując wniosek ten stwierdzić można, że także Prokurator Generalny w niewłaściwy sposób odczytuje zakres obowiązywania omawianej normy, rozumiejąc obowiązek świadczenia jako pozostawianie usługodawcy do dyspozycji każdej osoby. Jak wskazano w części 1 niniejszego tekstu, taka wykładnia art. 138 k.w. nie znajduje oparcia w świetle przepisów Konstytucji RP oraz zasad prawa cywilnego.

- Garlicki L., Zubik M. (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LEX/el 2016.
- Iwański M., *Odpowiedzialność za odmowę świadczenia usługi (art. 138 Kodeksu wykroczeń) na tle kolizji norm konstytucyjnych. Rozważania na kanwie kazusu łódzkiego drukarza o styku prawa karnego sensu largo oraz prawa konstytucyjnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 7/2018 (preprint).
- Książek P., Pyziak-Szafnicka M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, LEX/el 2014.
- Kulesza J., Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26 maja 2017 r. (sygn. akt V Ka 557/17), „Państwo i Prawo” 2018, 1.
- Safjan M., Bosek L. (red.), *Konstytucja RP, Tom I. Komentarz. Art. 1–86*, Warszawa 2016.

REFLEKSJE NAD ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ ZA WYKROCZENIE ODMOWY ŚWIADCZENIA USŁUGI (ART. 138 K.W.) W KONTEKŚCIE UNORMOWAŃ CYWILNOPRAWNYCH

Streszczenie

Celem opracowania jest krytyczna analiza uregulowania art. 138 Kodeksu wykroczeń, który przewiduje odpowiedzialność usługodawcy za odmowę spełnienia świadczenia, do którego jest obowiązany. Przedstawione rozumowanie zmierza do określenia faktycznego zakresu penalizacji wskazując, że o odpowiedzialności z art. 138 k.w. można mówić dopiero wówczas, jeśli na usługodawcy ciąży obowiązek świadczenia w rozumieniu prawa cywilnego. Obowiązek ten może wynikać z przepisów prawa, lecz co do zasady jego źródłem będzie umowa pomiędzy usługodawcą i usługobiorcą.

Usługodawca nie może co do zasady uwolnić się od obowiązku świadczenia jedynie powołując się na nakazy wiary lub sumienia (tzw. „klauzula sumienia”). Jeśli bowiem stwierdziłby, że wykonanie danej usługi jest sprzeczne z jego wiarą lub sumieniem, ma możliwość niezawierania danej umowy. Opracowanie przedstawia kilka szczególnych typów umów wskazując jak w przypadku każdej z nich chroniona jest wolność sumienia (art. 53 Konstytucji RP).

Opracowanie odnosi się także do podnoszonych wątpliwości wobec konstytucyjności art. 138 k.w., wskazując, m.in. dzięki porównaniu z innymi normami kodeksu wykroczeń, że przepis ten nie jest nieproporcjonalny oraz że nie narusza konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej. Ewentualną jego zmianę lub uchylenie należy zatem rozważać w kontekście kształtowania polityki karnej na drodze legislacyjnej, nie zaś w drodze kwestionowania jego zgodności z ustawą zasadniczą.

Przy tworzeniu opracowania zastosowano w szczególności metodę formalno-dogmatyczną oraz metodę prawno-porównawczą.

Słowa kluczowe: prawo karne, prawo wykroczeń, prawo cywilne, zobowiązania, świadczenie, klauzula sumienia, wolność działalności gospodarczej

REFLECTIONS ON LIABILITY FOR THE MISDEMEANOUR OF REFUSAL
TO PROVIDE A SERVICE (ARTICLE 138 MISDEMEANOUR CODE)
IN THE CONTEXT OF CIVIL LAW REGULATIONS

Summary

The article aims to provide a critical analysis of the regulation of Article 138 Misdemeanour Code, which stipulates a service provider's liability for refusal to render a service that he or she is obliged to provide. The presented arguments aim to determine the actual scope of penalisation by indicating that liability under Article 138 MC can be considered only when a service provider is obliged to provide a service within the meaning of civil law. The obligation may result from an act of law but, as a rule, it's source will be a contract between a service provider and a customer.

In general, a service provider cannot free himself from the obligation to provide a service solely on grounds of religious convictions or conscience (the so-called conscience clause). If he deems the provision of the service to be contrary to the principles of his religion or conscience, he can refrain from entering into the contract. The article presents several specific types of contracts and indicates the way in which the freedom of conscience is protected in each case (Article 53 of the Constitution of the Republic of Poland).

The article also discusses doubts raised in connection with the constitutionality of Article 138 MC and indicates, *inter alia* through a comparison with other norms of the Misdemeanour Code, that the provision is not disproportional and does not violate the constitutional principle of economic liberty. Therefore, any potential change or repealing should be considered in the context of shaping criminal law policy through comprehensive legislation rather than by individually questioning its compliance with the Constitution. Working on the article the author employed in particular a formal-dogmatic method as well as a legal-comparative method.

Keywords: criminal law, misdemeanour law, civil law, liabilities, provision of services, conscience clause, economic liberty

Cytuj jako:

Hara M., *Refleksje nad odpowiedzialnością za wykroczenie z tytułu odmowy świadczenia usługi (art. 138 k.w.) w kontekście unormowań cywilnoprawnych* [Reflections on liability for the misdemeanour of refusal to provide a service (Article 138 Misdemeanour Code) in the context of civil law regulations], „Ius Novum” 2019 (Vol. 13) nr 1, s. 116–131. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.1.2019.07/m.hara

Cite as:

Hara, M. (2019) 'Reflections on liability for the misdemeanour of refusal to provide a service (Article 138 Misdemeanour Code) in the context of civil law regulations'. *Ius Novum* (Vol. 13) 1, 116–131. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.1.2019.07/m.hara