

Sygn. akt II KK 333/17

POSTANOWIENIE

Dnia 14 czerwca 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Krzysztof Cesarz (przewodniczący)

SSN Rafał Malarski

SSN Andrzej Ryński (sprawozdawca)

Protokolant Anna Janczak

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej J. Radoniewicza,

w sprawie **A. J.**

obwinionego z art.138 k.w.,

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 7 czerwca 2018 r.,

kasacji, wniesionej przez Prokuratora Generalnego - na korzyść obwinionego

od wyroku Sądu Okręgowego w Ł., z dnia 26 maja 2017 r.,

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w Ł.

z dnia 31 marca 2017 r.,

1. oddala kasację;

2. wydatkami za postępowanie kasacyjne obciąża Skarb

Państwa.

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Ł. wyrokiem z dnia 31 marca 2017 r., uznał obwinionego A. J. za winnego tego, że w dniu 27 maja 2015 r. w Ł., zajmując się zawodowo świadczeniem usług, umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmówił świadczenia Fundacji L., do którego był obowiązany, tj. wykroczenia z art. 138 k.w., i na podstawie art. 39 § 1 k.w. odstąpił od wymierzenia kary, a nadto zwolnił obwinionego od kosztów sądowych, którymi obciążył Skarb Państwa.

Od powyższego wyroku apelacje wnieśli: pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego - Fundacji L. w likwidacji z siedzibą w W., prokurator i obrońca obwinionego.

Pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego zaskarżył przedmiotowy wyrok w części dotyczącej orzeczenia o karze, podnosząc:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 47 § 6 k.w., poprzez jego niewłaściwe zastosowanie,

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na treść wyroku, w postaci błędnego uznania, że stopień społecznej szkodliwości czynu popełnionego przez obwinionego nie jest znaczny, podczas gdy prawidłowa ocena ustalonych przez Sąd okoliczności, tj.:

a) rodzaju i charakteru naruszonego dobra prawnego (w postaci interesu osób korzystających z usług),

b) okoliczności popełnienia czynu (odmowa wykonania roll-up'u bez uzasadnionej przyczyny przez obwinionego zajmującego się zawodowo świadczeniem usług drukarskich),

c) postaci zamiaru (zamiar bezpośredni),

a także, nadanie im właściwego znaczenia, powinny doprowadzić do uznania, że czyn popełniony przez obwinionego charakteryzuje się znacznym stopniem społecznej szkodliwości, co powinno skutkować wymierzeniem obwinionemu kary grzywny w granicach ustawowego zagrożenia, a nie odstąpieniem od wymierzenia kary, co doprowadziło do rażącej niewspółmierności kary przez jej niezastosowanie wobec obwinionego z uwagi na skorzystanie przez Sąd - na zasadzie art. 39 § 1 k.w. - z instytucji odstąpienia od wymierzenia kary,

Powołując się na powyższe, skarżący wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części przez wymierzenie obwinionemu kary grzywny w granicach ustawowego zagrożenia przewidzianych w art. 138 k.w., ewentualnie wydanie innych rozstrzygnięć powodujących dla obwinionego dolegliwość w granicach przewidzianych w art. 39 § 2 lub 4 oraz art. 36 § 1 k.w.

Prokurator zaskarżył powyższy wyrok w całości, zarzucając orzeczeniu Sądu I instancji obrazę prawa materialnego – art. 138 k.w. przez błędną jego wykładnię skutkującą uznaniem, że:

- a) prowadzenie działalności gospodarczej (zawodowej) określonego rodzaju oraz gotowość innej osoby do uiszczenia ceny (wynagrodzenia) powoduje powstanie po stronie prowadzącego działalność obowiązek świadczenia usług na rzecz takiej osoby, podczas gdy wynikająca z art. 353 § 1 Kodeksu cywilnego zasada swobody umów przewidująca uprawnienie do wyboru strony umowy, jak również brak normy prawnej statuującej obowiązek zawarcia umowy oraz świadczenia usług w odniesieniu do usług świadczonych przez A. J. prowadzi do wniosku przeciwnego,
- b) pokrzywdzonym czynem zabronionym spenalizowanym w tym przepisie, polegającym na odmowie spełnienia świadczenia mimo obowiązku, może być również osoba prawna, podczas gdy prawidłowa wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że penalizuje on jedynie czyn popełniony z pokrzywdzeniem konsumenta,
- c) odmowa spełnienia świadczenia polegającego na sporządzeniu stojaka reklamowego zawierającego dane Fundacji L., wynikająca z przekonań religijnych obwinionego A. J. nie stanowi uzasadnionej przyczyny w rozumieniu art. 138 kw.

Podnosząc powyższe zarzuty, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie obwinionego A. J. od dokonania zarzucanego mu czynu oraz określenie, że koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Obrońca obwinionego zarzucił zaskarżonemu orzeczeniu:

– obrazę przepisów postępowania, tj. art. 410 k.p.k. w zw. z art. 82 § 1 k.p.w., art. 5 § 2 k.p.k. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 8 k.p.w, przez przyznanie przez Sąd w niniejszej sprawie Fundacji L. statusu pokrzywdzonego, a wolontariuszce tej Fundacji umocowania do zawierania umów cywilnoprawnych o świadczenie usług drukarskich w imieniu L., art. 25 § 1 k.p.w., art 7 k.p.k. w zw. z art. 8 k.p.w. przez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów z korespondencji poczty elektronicznej między A. H., a J. K. i A. J., zeznań świadka G.N. co do regulaminu usług świadczonych przez M. s.c., poprzez nieobdarzenie walorem wiarygodności zeznań tego świadka dotyczących obowiązywania § 2 pkt 6 regulaminu świadczenia usług drukarskich, dot. zastrzeżenia odmowy wydruku ze względu na jego treść, co miało wpływ na treść wyroku,

– obrazę przepisów postępowania, tj. art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. w zw. z art. 39 § 2 k.p.w. i art. 193 k.p.w. w zw. z art. 42 § 1 k.p.w., przez oddalenie na rozprawie

w dniu 17 stycznia 2017 r. wniosku obrońcy obwinionego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu religioznawstwa, na okoliczność uzasadnionej przyczyny odmowy zawarcia umowy przez A. J. z Fundacją L. na wykonanie roll-up'u w dniu 27 maja 2015 r., negatywnego stosunku nauczania Kościoła katolickiego do popierania praktyk homoseksualnych oraz promowania ruchów osób o innej orientacji seksualnej, a w szczególności korzystania przez obwinionego z wolności sumienia i wyznania, poręczonej w art. 53 ust. 1 Konstytucji RP oraz wyznawanymi przez niego wartościami, a także faktem każdorazowego znakowania wytworzonych materiałów promocyjnych firmą i adresem M.. s.c. w Ł., co pozwalało na uznanie, że A. J. nie wypełnił znamion wykroczenia z art. 138 k.w., a odmowa świadczenia miała charakter uzasadniony.

Alternatywnie obrońca podniósł zarzut obrazy prawa materialnego, tj. art. 138 k.w., przez jego błędną wykładnię i uznanie, że do wypełnienia znamion wykroczenia z tego przepisu nie jest konieczne uprzednie zawarcie umowy przez osobę zajmującą się zawodowo świadczeniem usług z kontrahentem, podczas gdy prawidłowa wykładnia tego przepisu nakazuje przyjęcie, że do wypełnienia znamion tego wykroczenia konieczne jest uprzednie istnienie „obowiązku świadczenia”, co należy rozumieć jako konieczność istnienia stosunku zobowiązaniowego, wynikającego np. z dokonania czynności prawnej, a w szczególności zawarcia umowy oraz że wykroczenie to może nastąpić w sytuacji naruszenia lub zagrożenia dobra osoby prawnej, podczas gdy wykładnia systemowa tego przepisu nakazuje przyjęcie tezy, że pokrzywdzonym wykroczeniem z art. 138 k.w. może być jedynie „konsument”, a co za tym idzie wyłącznie osoba fizyczna, co w realiach tego postępowania powinno skutkować uniewinnieniem obwinionego od popełnienia zarzucanego mu czynu.

W związku z tym skarżący wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części i uniewinnienie obwinionego od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego w odpowiedzi na apelację oskarżyciela publicznego oraz obrońcy obwinionego wniósł o ich nieuwzględnienie.

Sąd Okręgowy w Ł. wyrokiem z dnia 26 maja 2017 r., utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.

Od powyższego wyroku kasację na korzyść obwinionego w trybie art. 110 § 1 k.p.w. wniósł Prokurator Generalny, który zarzucił orzeczeniu Sądu odwoławczego rażące i mające istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 109 § 2 k.p.w. oraz art. 107 § 3 k.p.w., poprzez zaniechanie należytego rozpoznania podniesionych w złożonych na korzyść A. J. przez prokuratora i obrońcę apelacjach zarzutów oraz przedstawionej w tej mierze argumentacji:

– w zakresie kwestionującym stanowisko Sądu pierwszej instancji co do zaistnienia po stronie obwinionego obowiązku realizacji świadczenia w rozumieniu art. 138 k.w., przy jednoczesnym dokonaniu przez Sąd Okręgowy w Ł., z naruszeniem art. 7 k.p.k. w zw. z art. 8 k.p.w. i art. 410 k.p.k. w zw. z art. 81 § 2 k.p.w., dodatkowych, odmiennych ustaleń co do istotnych okoliczności, mających wskazywać na powstanie zobowiązania, stanowiącego desygnat powyższego wykroczenia,

– w zakresie kwestionującym stanowisko Sądu pierwszej instancji, że odmowa świadczenia przez obwinionego, w tym wynikająca z jego przekonań religijnych, nie była uzasadniona w rozumieniu art. 138 k.w., przy jednoczesnym zaniechaniu rozważenia występowania w przedmiotowej sprawie innych przesłanek, wykluczających wypełnienie tegoż znamienia w postaci nieuzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia, co doprowadziło do utrzymania w mocy wadliwego wyroku Sądu Rejonowego w Ł., na mocy którego uznano obwinionego za winnego popełnienia wykroczenia z art. 138 k.w. w sytuacji, gdy jego zachowanie nie wypełniało znamion tego czynu.

Powołując się na te zarzuty, autor kasacji wniósł o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w Ł. oraz utrzymanego nim w mocy wyroku Sądu Rejonowego w Ł. i uniewinnienie A. J. od popełnienia wykroczenia z art. 138 k.w.

Pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego wniósł o pozostawienie kasacji bez rozpoznania, ewentualnie o jej oddalenie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Prokurator Generalny w wywiedzonej kasacji podniósł, że Sąd odwoławczy w sposób rażący naruszył art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 109 § 2 k.p.w. oraz art. 107 § 3 k.p.w., poprzez zaniechanie należytego rozpoznania zarzutów

ogniskujących dwie grupy zagadnień. Pierwszy zarzut kasacyjny dotyczył braku należytej odpowiedzi na argumenty kwestionujące stanowisko Sądu I instancji o zaistnieniu po stronie obwinionego obowiązku realizacji świadczenia w rozumieniu art 138 k.w., przy jednoczesnym dokonaniu przez Sąd Okręgowy w Ł., z naruszeniem art. 7 k.p.k. w zw. z art. 8 k.p.w. i art. 410 k.p.k. w zw. z art. 81 § 2 k.p.w., dodatkowych, odmiennych ustaleń co do istotnych okoliczności, mających wskazywać na powstanie zobowiązania, stanowiącego desygnat powyższego wykroczenia. Należy jednak zauważyć, że skarżący zarzucając tego rodzaju uchybienie, które miało polegać na poczynieniu nowych niekorzystnych dla obwinionego ustaleń faktycznych mimo apelacji wywiedzionych na korzyść obwinionego, nie podniósł naruszenia przez Sąd Okręgowy zakazu *reformationis in peius* określonego w art. 434 § 1 k.p.k. w zw. z art. 109 § 2 k.p.w., co pozwala stwierdzić, iż wyartykułowany zarzut jest wewnątrznie sprzeczny i także dlatego chybiony.

Dla wykazania zasadności zarzutu prokurator obszernie analizował, czy korespondencja mailowa między A. H. a „M. s.c.” w Ł. doprowadziła do zawarcia umowy o dzieło w rozumieniu art. 627 k.c., wywodząc, że do tego nie doszło, albowiem korespondencja ta zakończyła się w fazie negocjacji.

Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Sąd Okręgowy nie poczynił w sprawie nowych ustaleń faktycznych, lecz, jak sam stwierdził, dokonał odmiennej od Sądu I instancji oceny prawnej skutków korespondencji mailowej między A. H. i przedstawicielami firmy M. w Ł. oraz przytoczonych fragmentów wyjaśnień obwinionego i świadka G. N., konkludując, że w istocie doszło do zawarcia umowy o wykonanie plakatu reklamowego w formie roll-up'u (uzasadnienie SO). Takie stanowisko Sądu odwoławczego nie pozostaje w sprzeczności z argumentacją Sądu I instancji, ponieważ w sposób poprawny odtworzył on okoliczności faktyczne, które doprowadziły do zawarcia umowy, jednak bliżej nie zajmował się tym zagadnieniem, uznając, że fakt zawarcia umowy nie ma znaczenia dla realizacji znamion wykroczenia z art. 138 k.w. Sądy ustaliły, że uzgodniona została cena usługi i wszystkie parametry techniczne wyrobu, który miał wykonać usługodawca oraz została przyjęta oferta przez osobę zamawiającą. Zarazem mail obwinionego z dnia 27 maja 2015 r. określał, w jakim formacie należy przygotować pliki do

wydruku, co oznacza, że w sposób dorozumiany obwiniony potwierdził zamiar wykonania usługi. Trzeba również zaakcentować, że do tego momentu przedstawiciele drukarni nie żądali przedstawienia projektu wydruku pod rygorem odstąpienia od umowy. Jednocześnie Sądy obu instancji ustaliły, iż strona internetowa M. w Ł. w trakcie zawierania przedmiotowej umowy o dzieło nie informowała kontrahentów o § 2 pkt 6 regulaminu drukarni, pozwalającego na odmowę realizacji zamówienia w przypadku dostarczenia materiałów mogących świadczyć między innymi o zaangażowaniu lub braku zaangażowania zleceniodawcy w promocję jakichkolwiek ideologii, orientacji, ruchów, partii, grup, związków wyznań czy religii, uznając, że do publikacji internetowej tego przepisu doszło po 27 maja 2015 r. (uzasadnienie SR, uzasadnienie SO). Należy podkreślić, że te ustalenia Sądów obu instancji nie mogły być i nie były kwestionowane w postępowaniu kasacyjnym z uwagi na ograniczenia podstaw kasacyjnych wynikające z art. 523 § 1 k.p.k. Dlatego fakt zawarcia umowy o dzieło oraz towarzyszących mu, wskazanych wyżej okoliczności, pozostaje poza obszarem kontroli Sądu Najwyższego. Dlatego umowa ta stanowiła źródło obowiązku świadczenia usług drukarskich przez obwinionego, jako pracownika „M. s.c.” w Ł..

Należy podkreślić, że w przypadku internetowego oferowania usług lub towarów zawieranie umów ma uproszczony charakter i opiera się głównie na realizowaniu publicznej oferty usługodawcy po jej akceptacji przez zamawiającego usługę. Z tego powodu do zawierania tak oferowanych umów zazwyczaj upoważnieni są pracownicy podmiotów gospodarczych świadczących te usługi. Umowa o dzieło zaliczana jest do kategorii umów o świadczenie usług i stosuje się do niej ogólne zasady dotyczące zawierania umów konsensualnych. Nie wymaga ona zachowania formy szczególnej. Do zawarcia umowy może zatem dojść drogą elektroniczną, ustnie, a nawet w sposób dorozumiany. Obowiązek świadczenia rodzi się, gdy potencjalny nabywca zaakceptuje publiczną ofertę i wyrazi wolę zapłacenia ceny. Przy tego rodzaju typowych i powszechnych umowach uproszczony jest także sposób reprezentacji umawiających się stron, albowiem nie jest konieczne dysponowanie przez osoby negocjujące warunki umowy posiadanie specjalnych pełnomocnictw i sprowadza się do przyjęcia domniemania, iż osoby

uczestniczące w tych negocjacjach są do tego uprawnione. Skarżący twierdził, że w rozpatrywanej sprawie wystąpiła sytuacja, w której zawarcie umowy negocjowały osoby nieumocowane przez strony umowy do wyrażania skutecznego oświadczenia woli, jednak nie wykazał, na jakim ustaleniu opiera to twierdzenie, w sytuacji gdy właściciele drukarni i decydenci Fundacji L. akceptowali te działania. Sąd odwoławczy odpowiedział na ten zarzut, wskazując, że A. H. była wolontariuszką Fundacji L., działała na jej rzecz zgodnie z jej interesem, na polecenie członka zarządu. Warto przypomnieć, że zawarcie umowy o dzieło w rozumieniu art. 627 k.c. następuje z chwilą złożenia przez strony zgodnych oświadczeń woli określających przyszłe dzieło oraz wartość wynagrodzenia, przy czym nawet wysokość należnego wynagrodzenia nie należy do istotnych warunków tego rodzaju umowy. W braku takiego postanowienia, zgodnie z regułą interpretacyjną z art. 628 § 1 k.c. należy przyjąć, że strony miały na myśli zwykłe wynagrodzenie (zob. też orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 10 grudnia 2003 r. I ACa 1144/03, OSA 2005/3/14, LEX nr 148266). W realiach tej sprawy przedstawione wyżej minimalne wymogi zostały spełnione.

Omawiany zarzut kasacyjny jest nietrafny również dlatego, że przepis art. 138 k.w. nie wymaga, aby obowiązek świadczenia usługi wynikał z umowy. Zatem dla realizacji znamion tego wykroczenia nie jest konieczne uprzednie zawarcie umowy. W konsekwencji Sąd Najwyższy w tym składzie akceptuje pogląd, że źródłem obowiązku wynikającego z treści art. 138 k.w. jest już fakt zawodowego świadczenia usług. Taka interpretacja analizowanego przepisu pozwala objąć jego dyspozycją również osoby zobowiązane do zawodowego świadczenia usług, będące pracownikami podmiotu gospodarczego wykonującego takie usługi, tak jak to było w analizowanym przypadku. W odniesieniu do takiego podmiotu zamawiający usługę nie może korzystać z ochrony, jaką w zakresie realizacji umów zapewniają przepisy prawa cywilnego, ponieważ podmiotem odpowiedzialnym w zakresie ewentualnych roszczeń odszkodowawczych w przypadku spółki cywilnej są wspólnicy, a nie ich pracownicy. Dlatego w realiach tej sprawy okoliczność, że Sąd pierwszej instancji nie koncentrował się na zagadnieniach związanych z kwestią zawarcia umowy o dzieło, nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (uzasadnienie SO), skoro oprócz zawartej umowy o dzieło źródłem zobowiązania

obwinionego do świadczenia, był już fakt, że jako pracownik „M. s.c.” w Ł. oferował i wykonywał zawodowo usługi poligraficzne.

Kolejna grupa zagadnień podnoszona w kasacji wiąże się z zarzutem, że rażące i mające istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 109 § 2 k.p.w. oraz art. 107 § 3 k.p.w., polegało na zaniechaniu należytego rozpoznania podniesionych w apelacjach zarzutów w zakresie kwestionującym stanowisko Sądu I instancji, że odmowa świadczenia przez obwinionego, w tym wynikająca z jego przekonań religijnych, nie była uzasadniona w rozumieniu art. 138 k.w., przy jednoczesnym zaniechaniu rozważenia występowania w przedmiotowej sprawie innych przesłanek, wykluczających wypełnienie tegoż znamienia w postaci nieuzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia”. Z treści uzasadnienia tego zarzutu wynika, że Sąd odwoławczy w realiach tej sprawy nie rozważył:

1. czy jakiegokolwiek normy stanowionej przez polskiego ustawodawcę prawa, w tym nie nowelizowany od roku 1972 anachroniczny w swej treści i wymowie art. 138 k.w., mogą w istocie ograniczać prawo usługodawcy do wyrażenia sprzeciwu wobec postępowania sprzecznego z jego sumieniem, niezgodnego z wyznawanym przezeń systemem wartości,

2. czy odmowa wydrukowania reklamowego roll – up'u była uzasadniona, w sytuacji gdy obwiniony nie działał złośliwie, z zamiarem szykanowania i poniżania konsumenta, zaś postrzeganie ruchów L. było wyrazem dokonania przez niego jego własnej oceny, podyktowanej względami religijnymi – światopoglądem katolickim - mającymi zasadniczy wpływ na wyznawane wartości, a zatem nawiązującej do konfliktu sumienia w ramach gwarantowanej konstytucyjnie wolności sumienia i religii przez art. 53 ust. 1 Konstytucji RP.

Faktem jest, że przepis art. 138 k.w. wszedł w życie w 1972 r., a zatem wtedy, gdy występował w Polsce deficyt towarów i usług. Wskazany przepis miał zwalczać patologie związane z tym deficytem. Jednak patologie tego rodzaju zanikły w życiu gospodarczym z uwagi na wprowadzenie gospodarki wolnorynkowej z dominującą zasadą swobody zawierania umów. Trzeba zauważyć, że chociaż Kodeks wykroczeń był wielokrotnie nowelizowany, a kolejne zmiany, dokonywane na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat, miały na celu dostosowanie

jego przepisów do zachodzących zmian społeczno – gospodarczych, to jednak ustawodawca od daty wejścia w życie art. 138 k.w. nie zdecydował się na jego modyfikację. Dlatego też przy interpretacji tego przepisu należy stosować wykładnię celowościową i analizować znamiona art. 138 k.w. pod kątem współczesnych tendencji cywilizacyjnych i potrzeb społecznych, także w zakresie ochrony interesu konsumentów usług i praw usługodawców (wykładnia dynamiczna).

Sąd odwoławczy, dokonując oceny prawnej czynu obwinionego, słusznie więc nie odnosił się do realiów gospodarczych, w których przepis art. 138 k.w. został wprowadzony do porządku prawnego, lecz do uwarunkowań współczesnych. Powodem takiego postąpienia Sądu Okręgowego był fakt, że zastosował on wspomnianą wykładnię dynamiczną. Sądy obu instancji trafnie uznały, że art. 138 k.w. zyskał walor przepisu antydyskryminacyjnego i w ochronie tej wolności, która ma również wymiar konstytucyjny (art. 32 ust.2 Konstytucji RP), upatrywały ograniczenie prawa usługodawcy do powołania się na przekonania religijne jako podstawy sprzeciwu sumienia. Zakaz dyskryminacji wynikający wprost z konstytucyjnej zasady równości określonej w art. 32 ust. 1 został wyrażony w wielu aktach prawa międzynarodowego ratyfikowanych przez Polskę, np.: w art. 14 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz.284), który stanowi, że *„Korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn.”*, w art. 2 ust. 1 i art. 26 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167), w art. 2 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 169) oraz w art. 21 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE. C 2007, nr 303, poz.1).

Należy zauważyć, że również Prokurator Generalny, przedstawiając Trybunałowi Konstytucyjnemu w dniu 28 marca 2017 r., w sprawie K 17/16, swoje stanowisko w przedmiocie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich skierowanego do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją

określonych przepisów ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, podniósł, że „Polska może poszczycić się również licznymi uregulowaniami równościowymi i antydyskryminacyjnymi wprowadzonymi do szeregu aktów niższego rzędu, które regulują szczegółowo różne dziedziny życia społecznego”. Jako jeden z przykładów takiej regulacji podał właśnie przepis art. 138 k.w. Podobne stanowisko w tej sprawie przyjął Sejm RP.

Wbrew stanowisku autora kasacji, Sądy obu instancji wypowiedziały się co do tego, czy odmowa wydrukowania plakatu Fundacji L. z uwagi na przekonania religijne pracownika drukarni, wobec faktu, że uznał on, iż treść tego roll-up'u promowała ruchy homoseksualne, które są niezgodne z jego sumieniem i nauką Kościoła katolickiego, była uzasadniona w rozumieniu art. 138 k.w. Sąd Rejonowy, powołując się na poglądy doktryny, przyjął, że uzasadnioną podstawę odmowy świadczenia w rozumieniu tego przepisu stanowią tylko te sytuacje, w których spełnienie świadczenia nie jest możliwe lub z jakiegoś powodu wiązałoby się dla usługodawcy z uciążliwościami przekraczającymi przyjęte w danym rodzaju działalności rozmiary. Jednocześnie Sąd ocenił treść zamówionego roll-up'u w kontekście uzasadnienia odmowy świadczenia usługi, którą obwiniony przesłał mailem - *„Witam, Odmawiam wykonania roll-up'u z otrzymanej grafiki, Nie przyczyniamy się do promocji ruchów L. nasza pracą”*. Sąd uznał tę odmowę za irrelevantną w kontekście takiej jej podstawy. W konsekwencji doszedł do przekonania, że u podłoża takiej decyzji obwinionego leżało negatywne postrzeganie L. jako ruchu na rzecz osób o innej orientacji seksualnej (uzasadnienie SR). Stanowisko to zaakceptował Sąd odwoławczy (uzasadnienie SO), który uznał, że przekonania religijne danej osoby nie mogą stanowić uzasadnionej podstawy odmowy wykonania usługi, ponieważ mogłoby to doprowadzić do kompletnego chaosu w stosunkach gospodarczych.

Sąd odwoławczy rzeczywiście nie rozważył znaczenia braku nacechowania zachowania obwinionego złośliwością czy też dążeniem do poniżania lub szykanowania klienta dla oceny uznania, czy odmowa świadczenia była uzasadniona (uzasadnienie kasacji). Rzecz jednak w tym, że Sąd ten nie był obowiązany do rozważenia sygnalizowanej okoliczności, ponieważ nie ujawniła się

ona w sprawie i nie była przedmiotem zarzutów odwoławczych. Podstawą oceny Sądów o braku uzasadnienia odmowy wykonania świadczenia była treść przesłanego przez obwinionego maila, która jest wystarczająca do odczytania jego intencji w kontekście dyspozycji art. 138 k.w.

Dlatego nie można uznać, że w obszarze tych zagadnień Sąd odwoławczy naruszył art. 433 § 2 w zw. z art. 7 i 410 k.p.k. i to w sposób rażący, skoro odpowiedział na zarzuty odwoławcze.

Trzeba podzielić stanowisko Sądu Okręgowego, że indywidualny światopogląd czy subiektywne rozumienie wyznawanej religii nie mogą stanowić uzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia w rozumieniu art. 138 k.w. wtedy, gdy tezę tę odniesiemy do ocenianych w sposób zbiektywizowany realiów zdarzenia będącego przedmiotem rozpoznania w sprawie niniejszej.

W tym miejscu wypada poczynić następujące uwagi natury ogólnej.

Przekonań religijnych, które legły u podstaw odmowy świadczenia przez obwinionego, nie należy utożsamiać z konfliktem sumienia, który jest pojęciem szerszym. Konflikt sumienia może wystąpić także u osób o poglądach ateistycznych i jego podłożem mogą być nie tylko powody religijne. Jednak działanie podjęte wbrew przekonaniom religijnym zazwyczaj powoduje konflikt sumienia i wkracza w konstytucyjną wolność sumienia określoną w art. 53 ust 1 Konstytucji RP. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 7 października 2015 r. K 12/15 (OTK-A 2015/9/143) uznał wyrażoną w art. 53 ust. 1 Konstytucji RP wolność sumienia za wartość ponadpozytywną, aksjologicznie związaną z samą naturą człowieka, będącą istotnym elementem jego godności. Należy dodatkowo podkreślić, że za prymatem wolności sumienia przemawiają również regulacje zawarte w; art. 25 ust. 2, art. 48 ust. 1, art., 53 ust.3, art. 85 ust. 3 i art. 233 ust. 1 Konstytucji RP, które podkreślają znaczenie prawne roli sumienia.

W orzeczeniu tym Trybunał uznał, że wolność sumienia może podlegać ograniczeniom, które jednak muszą być odpowiednio proporcjonalne, tj. spełniać kryteria (przesłanki) art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a zatem 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 sytuacji,

gdy pojawia się kolizja kilku praw chronionych konstytucyjnie albo gdy ingerencja ustawodawcy dokonana w celu ochrony jednej wartości konstytucyjnej powoduje nadmierne ograniczenie innej wartości należącej do tej kategorii, rozstrzygnięcie tej kolizji umożliwia zasada proporcjonalności.

Klauzula sumienia jest rozwiązaniem prawnym rozstrzygającym konflikt między nakazem wyznaczonym przez obowiązujące normy prawne a głosem sumienia określonej osoby wzywającym ją do niewykonania obowiązku, nadając prymat wolności sumienia, przed innymi prawami i wolnościami przewidzianymi w Konstytucji RP i w ustawach szczególnych, a także obowiązujących w Polsce aktach prawa międzynarodowego. Zgodnie z treścią art. 31 ust. 3 i art. 53 ust. 5 Konstytucji RP, art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (Dz.U. z 2005 r. Nr 231, poz.1965 ze zm.) oraz art. 9 ust. 2 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, wymagana jest ustawowa forma wprowadzonego klauzulą sumienia ograniczenia prawa podmiotowego. Również art. 10 ust. 2 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej wprost stanowi, że „Uznaje się prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa”.

Przepis art. 53 ust. 2 określa, na czym polega wolność religii, stwierdzając, że obejmuje ona wolność wyznawania lub przyjmowania religii według własnego wyboru oraz uzewnętrzniania indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie, swojej religii przez uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. Wolność religii obejmuje także posiadanie świątyn i innych miejsc kultu w zależności od potrzeb ludzi wierzących oraz prawo osób do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie się znajdują. Przepis ten nie wskazuje, aby wolność religii pozwalała na ograniczenia w prowadzeniu działalności gospodarczej.

Konstytucja RP przewiduje rodzaj klauzuli sumienia w związku z odmową pełnienia służby wojskowej ze względu przekonania religijne lub wyznawane zasady moralne (art. 85 ust. 3 Konstytucji RP). Nadto klauzulę sumienia zamieszczono w art. 39 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz. U. z 2015 r. poz. 464). Analiza tych przepisów pozwala stwierdzić, że tego rodzaju klauzule służą do rozwiązywania głębokich konfliktów

moralnych, które są udziałem lekarzy czy też osób zobowiązanych wbrew ich przekonaniom do pełnienia służby wojskowej. Możliwość powoływania się na klauzulę sumienia nie przewidziano w całym pakiecie ustaw regulujących działalność gospodarczą.

Od klauzuli sumienia umożliwiającej legalne zaniechanie zrealizowania wyznaczonego obowiązku należy odróżnić sytuację określaną niekiedy jako sprzeciw sumienia - akt odmowy zrealizowania obowiązku wyznaczonego przez normy prawne, podejmowany wszakże nie z wykorzystaniem przewidzianych rozwiązań prawnych (np. klauzuli sumienia właśnie), lecz w warunkach ryzyka, że nie zostanie uznany za mieszczący się w granicach konstytucyjnej wolności sumienia, i z gotowością poniesienia za ten akt odpowiedzialności prawnej (zob. zdanie odrębne sędziego TK Sławomiry Wronkowskiej – Jaśkiewicz od wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r. w sprawie K 12/14, odnoszącego się do lekarskiej klauzuli sumienia). Zatem w przypadku obwinionego odmowa świadczenia usługi z uwagi na przekonania religijne stanowiła co najwyżej rodzaj tak rozumianego sprzeciwu sumienia.

Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w jej art. 9, choć wymienia kilka form manifestowania religii i przekonań (np. poprzez uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne), to jednak nie zawsze gwarantuje prawo do publicznego zachowania się w sposób kierowany wiarą. Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z dnia 2 października 2001 r., w sprawie Picho i Sajous p. Francji, nr 49853/99, wszczętej w związku z odmową przez właścicieli apteki sprzedaży środków antykoncepcyjnych przepisanych przez lekarza, motywowaną ich przekonaniem religijnym, podkreślił, że główną sferą chronioną przez art. 9 Konwencji są przekonania osobiste i religijne oraz działania blisko związane z tymi kwestiami, takiej jak modlitwa czy akty pobożności stanowiące element praktykowania religii i wiary w powszechnie akceptowanej formie. Nadto wskazał, że użyte w tym przepisie słowo „praktykowanie” nie obejmuje każdego aktu lub formy zachowania motywowanego lub inspirowanego przez religię lub wiarę i stosownie do treści art. 9 ust. 2 Konwencji może podlegać takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego,

ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób. Trybunał uznał, że jak długo sprzedaż takich środków jest legalna i może mieć miejsce - na skutek wypisania recepty- tylko w aptece, skarżący nie mogą uznać pierwszeństwa swoich przekonań religijnych i narzucić je innym jako usprawiedliwienie dla odmowy sprzedaży takich produktów, ponieważ skarżący mogą manifestować swoją religię na wiele innych sposobów poza sferą swojej profesji. Zatem, w realiach tej sprawy Trybunał doszedł do przekonania, że powołanie się na sprzeciw sumienia nie stanowiło powszechnie przyjętej w kanonach wyznania właścicieli apteki formy jego praktykowania, co uzasadniało niemożność skorzystania z ochrony, którą zapewnia art. 9 Konwencji. Problem sprzeciwu sumienia pojawia się również w orzecznictwie ETPCz w kontekście aborcji, odmowy służby wojskowej, w zakresie świadczenia usług poufnej terapii, obowiązku prowadzenia przez urzędnika ceremonii zawarcia związku partnerskiego przez pary homoseksualne. Trzeba jednak stwierdzić, że mimo zbliżonych co do istoty rozstrzygnięć w tych sprawach nie sposób mówić o ukształtowaniu się linii orzecznictwa ETPCz w zakresie sprzeciwu sumienia przedsiębiorcy, bowiem orzeczenia w tym zakresie są nieliczne.

Odnosząc powyższe uwagi do realiów niniejszej sprawy, użyty w art. 138 k.w. termin „uzasadniona przyczyna odmowy świadczenia” jest terminem o nieostrym zakresie – tzw. terminem niedookreślonym, ponieważ nie sposób opracować zamknięty katalog przyczyn, dla których odmowa świadczenia jest uzasadniona. Dlatego też należy uznać, że znamię to ma charakter otwarty, albowiem mieści w sobie szerokie *spectrum* przyczyn. Nie ma ono charakteru ocenego w ścisłym znaczeniu, albowiem zawiera bardzo szeroki zbiór kryteriów bez określenia wzajemnych relacji między rolą każdego z tych kryteriów. W konsekwencji należy uznać, że sformułowanie „uzasadniona przyczyna” w rozumieniu art. 138 k.w., jako okoliczność usprawiedliwiająca odstępianie zobowiązanego od wykonania świadczenia, stanowi rodzaj klauzuli generalnej, która przy ocenie motywacji zobowiązanego pozwala na porównywanie różnych wartości, które legły u podstaw odmowy, w tym także praw i wolności konstytucyjnych. Klauzula ta umożliwia również stosowanie kryteriów pozaprawnych, w postaci norm moralnych, obyczajowych i religijnych. [zob. Z.

Ziemiński, S. Wronkowska, Zarys teorii prawa, Poznań 2001, s. 223, 225, 226, R. Piszko, Odesłania, klauzule generalne, luzy decyzyjne, R P i S z. 2001, z. 1-2, s. 221 – 227, M. Iwański, Odpowiedzialność za odmowę świadczenia usługi (art. 138 Kodeksu wykroczeń) na tle kolizji zasad konstytucyjnych, CPKiNP preprint nr 7/2018, www.czpk.pl/preprinty s. 42 - 43].

Dlatego też prawo do postępowania zgodnie z własnym sumieniem, rozumianym jako moralna samoświadomość człowieka i do wolności od przymusu postępowania wbrew własnemu sumieniu, nie doznaje ograniczenia, jeżeli wykonanie usługi w sensie obiektywnym nie pozostaje w oczywistym konflikcie ze wskazanymi wyżej wartościami, przy czym ewentualne wystąpienie takiego konfliktu powinno być oceniane w realiach faktycznych konkretnej sprawy.

W indywidualnych przypadkach powód odmowy, stanowiący podlegające ograniczeniom uzewnętrznienie subiektywnych opinii i poglądów (*forum externum*) osoby zobowiązanej do wykonania świadczenia, należy oceniać według kryteriów obiektywnych [zob. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 stycznia 1991 r., sygn. U 8/90, OTK w 1991/1/8, w którym wyróżnił on dwie sfery wolności podlegające ochronie: *forum internum* - absolutne prawo do tworzenia i posiadania własnych opinii i poglądów oraz *forum externum* - podlegające pewnym ograniczeniom prawo do ich uzewnętrzniania (zob. analogicznie wyrok ETPCz z 25 maja 1993 r., Kokkinakis przeciwko Grecji, skarga nr 14307/88)]. Obwiniony poruszał się w tej drugiej sferze - *forum externum*.

Z powyższych względów należy uznać, że o ile przy wykonaniu konkretnej usługi powstaje konflikt podstawowych wolności i praw między usługodawcą a konsumentem, to **w pojęciu „uzasadnionej przyczyny” użytym w art. 138 k.w. mieszczą się również przekonania religijne, co oznacza, że gdy pozostają one w oczywistej sprzeczności z cechami i charakterem usługi, wolno odmówić wykonania takiego świadczenia, nawet jeżeli pozostają one w konflikcie z innymi wartościami, w tym także konstytucyjnymi, takimi jak zakaz dyskryminacji. Natomiast odmowy wykonania świadczenia nie mogą uzasadniać indywidualne przymioty osób (np. wyznanie religijne, manifestowane poglądy czy preferencje seksualne), na rzecz których usługę tę określony podmiot zobowiązany jest wykonać.**

Nie jest zatem wykluczona sytuacja, w której osoba zobowiązana do świadczenia usługi wykonująca prace artystyczne, np. malarz czy rzeźbiarz, manifestująca swoją przynależność do określonej wspólnoty religijnej i żyjąca według jej kanonów, mając bezpośredni wpływ na ostateczny kształt usługi poprzez zaangażowanie swojej wrażliwości oraz norm moralnych czy obyczajowych, które respektuje, może odmówić wykonania tej pracy, gdy jej przekonania religijne i godność twórcy w konkretnym przypadku są wartością wyższą od innych, które zostałyby naruszone, np. od zakazu dyskryminacji. Tym samym będą stanowiły uzasadnioną przyczynę odmowy świadczenia takiej usługi w rozumieniu art. 138 k.w. Podobna argumentacja była jedną z przyczyn rozstrzygnięcia w wyroku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki z dnia 4 czerwca 2018 r. Nr 16-111 w sprawie *Masterpiece Cakeshop, LTD., ET AL. v. Komisja Praw Obywatelskich Colorado ET AL.* dotyczącego cukiernika z Kolorado, który to Sąd uznał go za twórcę manifestującego w swojej pracy poglądy chrześcijańskie (zob. uzasadnienie sędziego J. Thomasa). Jednak powody, dla których Sąd ten akceptował postawę cukiernika, a tym samym zakwestionował orzeczenie Komisji Praw Obywatelskich Kolorado, były szersze i wywodzone na podstawie innego systemu prawnego i konkretnego stanu faktycznego. Dlatego sędzia A. Kennedy w swoim uzasadnieniu podkreślił, że to rozstrzygnięcie nie gwarantuje wydania podobnych wyroków w sprawach o zbliżonym charakterze.

Uzasadniona odmowa w rozumieniu art. 138 k.w. mogłaby np. wystąpić także w sytuacji drukarza, który jako katolik otrzymuje zlecenie na wydrukowanie reklamy propagującej treści oczywiście sprzeczne z zasadami jego wiary. Podobna sytuacja może dotyczyć wyznawców innych religii czy też ateistów, reprezentujących różne rzemiosła, o ile rodzaj usługi spowoduje rzeczywisty i dramatyczny konflikt ich powszechnie akceptowalnych przekonań z prawami i wolnościami konsumenta. W większości przypadków przy usługach wykonywanych w drobnych bieżących sprawach życia codziennego, taki konflikt sumienia nie występuje, albowiem poza tym konfliktem są właściwości i warunki osobiste konsumenta, o ile swoim zachowaniem nie uniemożliwia on w sensie obiektywnym wykonania usługi (np. osoba nietrzeźwa żąda ostrzyżenia w zakładzie fryzjerskim).

Jako przykład uzasadnionej i zobiektywizowanej odmowy świadczenia podaje się względy natury technicznej czy ekonomicznej, o ile wystąpią one po podjęciu się przez usługodawcę wykonania świadczenia. Zobowiązany do wykonania świadczenia może także odmówić jego wykonania, gdy okaże się, że będzie się to wiązało z akceptacją działań sprzecznych z prawem - np. w razie zlecenia drukarzowi wydrukowania materiałów pornograficznych czy też pochwalających faszyzm lub komunizm.

Odnosząc się znów do realiów niniejszej sprawy, należy stwierdzić, że obwiniony nie miał uzasadnionego powodu do odmowy dokonania wydruku według dostarczonego przez fundację L. projektu roll – up'u. Jego działanie było odtwórcze i wiązało się z wykonywaniem czynności technicznych. Nadto treść projektu wskazywała, że roll – up miał informować o istnieniu Fundacji L., poprzez zamieszczenie jej nazwy oraz adresu internetowego. Choć grafika obejmowała również barwny logotyp tej Fundacji, to jej przesłanie miało charakter neutralny i z tego powodu nie mogła naruszać przekonań religijnych obwinionego (zob. projekt).

[...]

Z informacji internetowych wynika, że celem działania tej Fundacji było wprowadzenie zasady równego traktowania osób L. w miejscu pracy. Zgodnie z ideą zarządzania różnorodnością, Fundacja starała się przekonywać firmy działające w Polsce o znaczeniu dostrzegania różnorodności wśród pracowniczek i pracowników oraz wykorzystywania tej różnorodności dla dobra firmy. Fundacja promowała również zasady równouprawnienia i niedyskryminacji w miejscu pracy oraz otwarte podejście do konsumentek i konsumentów L. Jeżeli te cele zestawimy z poglądami Kościoła katolickiego dotyczącymi traktowania osób o innej orientacji seksualnej – homoseksualistów - to Katechizm Kościoła Katolickiego z 1992 r. w kontekście szóstego przykazania (nie cudzołóż) nakazuje traktowanie tych osób przez członków wspólnoty katolickiej z szacunkiem, współczuciem i delikatnością, przy unikaniu wobec nich jakichkolwiek oznak niesłusznej dyskryminacji (pkt 2358). Należy zaznaczyć, że Katechizm ów wyklada oficjalną doktrynę wiary i zasady moralne Kościoła katolickiego. To najbardziej w tym zakresie miarodajny dokument.

W tych okolicznościach faktycznych powołanie się przez obwinionego na przekonania religijne w oparciu o jego subiektywne odczucia dotyczące głównie osób

L. przez stwierdzenie „*Nie przyczyniamy się do promocji ruchów L. naszą pracą*”, w zestawieniu z treścią roll – up’u, który miał charakter informacyjny i nie propagował treści sprzecznych z doktryną Kościoła katolickiego, nie stanowiło uzasadnionej przyczyny odmowy wykonania świadczenia. Bowiem w tym wypadku wartością wyższą był konstytucyjny zakaz dyskryminacji w życiu gospodarczym, także osób LGBT, określony w art. 32 ust.2 Konstytucji RP, oraz połączony z prawem tych osób do godności – art. 30 Konstytucji RP. W kontekście tych wartości preferowanie takich zasad, jak swoboda zawierania umów czy wolność gospodarcza, prowadzi do wniosku, że w realiach tej sprawy nie mogły one stanowić uzasadnienia odmowy wykonania usługi poligraficznej przez zobowiązanego drukarza, ponieważ odmowę poprzedziła umowa o dzieło zawarta w ramach wolności gospodarczej i swobody zawierania umów, między M. s.c. w Ł. a Fundacją L. reprezentowaną przez wolontariuszkę, przy czynnym udziale obwinionego, który uczestniczył w korespondencji mailowej. Wprawdzie wynegocjowana usługa nie była deficytowa (bowiem Fundacja mogła uzyskać do niej dostęp w innej drukarni i tak też się stało po odmowie wykonania wydruku przez obwinionego), jednak wolontariuszka wybrała tego konkretnego usługodawcę, ponieważ uznała jego ofertę za najkorzystniejszą. Dlatego również powszechna dostępność tego rodzaju usługi nie mogła usprawiedliwiać odmowy jej wykonania przez obwinionego.

Z tych względów Sąd Najwyższy na podstawie art. 112 k.p.w. w zw. z art. 537 § 1 k.p.k. oddalił kasację. Orzeczenie o kosztach oparto na podstawie art. 121 § 1 k.p.w. w zw. z art. 638 k.p.k.

kc