



ZAKAZ DYSKRYMINACJI A GWARANCJE WOLNOŚCI SUMIENIA PRZEDSIĘBIORCÓW

Opracowanie
Mec. Bartosz Zalewski



SPIS TREŚCI

Główne tezy:	3
1. Uwagi wprowadzające	4
2. Kontekst prawno-porównawczy	5
3. Prawne podstawy zakazu dyskryminacji w Polsce	8
3.1. Zakaz dyskryminacji w Konstytucji	8
3.2. Zakaz dyskryminacji w wiążących Polskę umowach międzynarodowych	9
3.3. Zakaz dyskryminacji w prawie Unii Europejskiej	10
3.4. Polskie regulacje ustawowe: ustawa „antydyskryminacyjna”	13
3.5. Polskie ustawodawstwo krajowe: Kodeks wykroczeń	14
3.6. Przepisy prawa miejscowego – na przykładzie m.st. Warszawy	17
4. Zakaz dyskryminacji a gwarancje wolności sumienia przedsiębiorcy	21
4.1. Pojęcie i podstawy normatywne dla sprzeciwu sumienia oraz ich konsekwencje dla przedsiębiorców	22
4.2. Przestanki sprzeciwu sumienia	24
5. Wnioski	26

Warszawa 2019

GŁÓWNE TEZY:

1. Niepokojące tendencje, związane z próbami dążenia do prawnego ograniczenia wolności sumienia przedsiębiorców w Stanach Zjednoczonych oraz w Wielkiej Brytanii zostały zahamowane na skutek rozstrzygnięć w sprawach *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* oraz *Lee v. Ashers Baking Company Ltd.* Niemniej jednak ciężko jeszcze przesądzać, na ile orzeczenia te zostaną w praktyce uznane za miarodajne dla innych, podobnych spraw.
2. Przyjąć należy, że art. 32 ust. 2 Konstytucji oddziałuje jedynie w stosunkach wertykalnych i nie może być samodzielną podstawą roszczeń między osobami fizycznymi. Niemniej jednak w literaturze podnoszone są również głosy odmienne.
3. Przepisy polskiej ustawy antydyskryminacyjnej przewidują odpowiedzialność odszkodowawczą przedsiębiorcy za odmowę zawarcia umowy lub wykonania świadczenia z uwagi na płeć, rasę, pochodzenie etniczne lub narodowe. Jakkolwiek jest to ograniczenie wolności gospodarczej, to ciężko rozpatrywać je w kategoriach ograniczenia wolności sumienia. Warunkiem dla utrzymania takiego stanu rzeczy jest prawidłowa, ścisła interpretacja przepisów wskazanej ustawy.
4. W Polsce największym zagrożeniem ustawowym dla wolności sumienia przedsiębiorców jest art. 138 Kodeksu wykroczeń. Wprawdzie w orzecznictwie Sądu Najwyższego ostatecznie uznano, że „uzasadnionym powodem” odmowy wykonania świadczenia mogą być względy religijne, niemniej jednak w praktyce doszło do uznania winnym wykroczenia z art. 138 k.w. przedsiębiorcy, który odmówił wydruku plakatu z logiem organizacji LGBT. Zagadnienie konstytucyjności takiego rozumienia omawianego przepisu zostanie rozstrzygnięte wyrokiem zakresowym Trybunału Konstytucyjnego.
5. Akty prawa miejscowego na terenie Warszawy nie dają bezpośrednich podstaw prawnych do formułowania „klausul antydyskryminacyjnych” w umowach najmu zawieranych przez miasto. Budzi to zasadnicze wątpliwości odnośnie do ich legalności. Konstrukcja samych klauzul jest wadliwa, bowiem nakłada na przedsiębiorcę obowiązki nieznane ustawie antydyskryminacyjnej, jednocześnie ograniczając jego wolność prowadzenia działalności gospodarczej (por. art. 22 Konstytucji).
6. Prawo do podnoszenia sprzeciwu sumienia przez przedsiębiorców jest gwarantowane konstytucyjnie (art. 53 ust. 1 Konstytucji). Nie potrzebuje ono dodatkowego potwierdzenia ustawowego dla swojej skuteczności.
7. Sprzeciw sumienia może zostać podniesiony przez przedsiębiorcę w sytuacji poważnego i nie dającego się pokonać konfliktu między obowiązkami wynikającymi z porządku prawa pozytywnego oraz obowiązkami natury religijnej lub moralnej. W takiej sytuacji należy rekomendować przedsiębiorcom, by odmowa wykonania świadczenia dokonywana była w formie pisemnej lub elektronicznej oraz zawierała odwołanie do zasad etyki kościoła, związku wyznaniowego lub nurtu filozoficznego, które stanęły u podstaw odmowy wykonania świadczenia przez przedsiębiorcę.

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Na przestrzeni ostatnich lat w polskim dyskursie publicznym pojawiło się zagadnienie konfliktu dwóch wartości – z jednej strony zakazu dyskryminacji konsumentów, z drugiej zaś wolności sumienia przedsiębiorców, wolności prowadzenia działalności gospodarczej oraz swobody doboru kontrahenta. W istocie rzeczy wydaje się jednak, że pomiędzy tymi dobrami nie istnieje realna kolizja, zaś sytuacje konfliktowe ujawniły się na skutek niezrozumienia pojęcia dyskryminacji oraz jego rozszerzającej, a zarazem nieuprawnionej interpretacji.

Zagadnienie relacji między zakazem dyskryminacji a prawami przedsiębiorców pojawiło się ostatnio w kontekście debaty nad podpisaniem przez Prezydenta m.st. Warszawy, dra Rafała Trzaskowskiego, Deklaracji „Warszawska polityka miejska na rzecz społeczności LGBT+” (dalej jako: Deklaracja LGBT)¹, w której padła zapowiedź szerszego wykorzystywania tzw. klauzul antydyskryminacyjnych w umowach zawieranych z przedsiębiorcami przez m.st. Warszawę. Jak wskazano w dokumencie, naruszenie takich klauzul „będzie mogło skutkować sankcjami”, choć charakter tych sankcji nie został w żaden sposób sprecyzowany.

Charakter tych klauzul pozostaje wyraźnie różny od dotychczasowego sankcjonowania nierównego traktowania ze względu na rasę, narodowość, płeć czy pochodzenie etniczne, a brak ich akceptacji może być istotnym powodem niezawarcia umowy. Taka regulacja rażąco naruszałaby gwarantowaną przez art. 25 ust. 2 Konstytucji RP zasadę zachowywania bezstronności władz publicznych w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych.

Dotychczasowa działalność niektórych organizacji LGBT pozwala sugerować, że postulat wprowadzenia „klauzul antydyskryminacyjnych” może służyć próbom dławienia swobody zawierania umów oraz ograniczania wolności sumienia warszawskich przedsiębiorców. Obawy te formułowane są w oparciu o głośną sprawę „drukarsza z Łodzi”, który został pociągnięty do odpowiedzialności za wykroczenie, polegające na odmowie wydrukowania plakatu promującego jedną z organizacji LGBT². Adam J. został obwiniony o dopuszczenie się czynu z art. 138 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (dalej jako: k.w.)³, a następnie uznany winnym prawomocnym wyrokiem sądu⁴. Pomimo, że w wyroku wydanym w sprawie Adama J. padło wiele niebezpiecznych stwierdzeń, m.in. wskazanie, że „oddanie prawa poszczególnym ludziom do kierowania się w przestrzeni publicznej czy też w obrocie gospodarczym swoim subiektywnym rozumieniem wyznawanej religii nie może być przez państwo akceptowane i usprawiedliwiane”, to spotkał się on z aprobatą niektórych przedstawicieli nauki prawa⁵. Względem krytyków dokonanej przez kolejne instancje interpretacji przepisów w sprawie Adama J. padły nawet zarzuty, że są oni zwolennikami „prawa do dyskryminacji”⁶, co jest dość nietypową formułą sytuowania intelektualnych oponentów, w pewien sposób wykraczającą poza dotychczasowe granice polskiej debaty naukowej, a właściwą raczej dysputom politycznym oraz

1 Dokument „Warszawska polityka miejska na rzecz społeczności LGBT+” można pobrać pod adresem: http://www.um.warszawa.pl/sites/all/files/download_file.php?file=/sites/default/files/attach/aktualnosci/deklaracja_lgbt.pdf (dostęp: 15 kwietnia 2019 r.).

2 Zob. materiały dostępne pod adresem: <https://ordoiuris.pl/wolnosci-obywatelskie/sad-najwyzszy-rozpatrzyl-kasacje-w-sprawie-drukarsza-z-lodzi-odraczajac> oraz <https://www.gosc.pl/doc/4811791.Drukarsz-z-Lodzi-odmowil-druku-plakatow-LGBT-SN-uznal-ze-jest> (dostęp: 26 lutego 2019 r.).

3 Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 618. Art. 138 k.w. stanowi: „Kto, zajmując się zawodowo świadczeniem usług, żąda i pobiera za świadczenie zapłatę wyższą od obowiązującej albo umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany, podlega karze grzywny”.

4 Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 26 maja 2017 r., sygn. akt V Ka 557/17, LEX nr 2301814. Kasację w sprawie Adama J. oddalił Sąd Najwyższy postanowieniem z 14 czerwca 2018 r., sygn. akt II KK 333/17.

5 J. Kulesza, *Głos do wyroku z 26.05.2017 r., V Ka 557/17, „Państwo i Prawo” 1 (2018), s. 132-137.*

6 W. Ciszewski, *Czy wolność uprawnia do dyskryminowania? Rozważania teoretycznoprawne na kanwie sprawy drukarsza z Łodzi*, „Forum Prawnicze” 5/43 (2017), s. 36-53.

publicystycznym. Nadmienić jednak warto, że koncepcja ta wpisuje się w pewien sposób w wyrażony przed laty przez Herberta Marcuse (1898-1979) paradygmat „tolerancji represywnej”, znoszący się najogólniej rzecz ujmując do tego, że niektóre – „konserwatywne i reakcyjne” – środowiska nie zasługują na tolerancję⁷.

Aktualnie do Trybunału Konstytucyjnego złożony został wniosek o stwierdzenie niezgodności art. 138 k.w. w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny – z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, oraz – rozumianego w ten sposób, że zasady wiary i sumienia nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi – z art. 53 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także – w zakresie dotyczącym osób osobiście prowadzących działalność gospodarczą lub działających w imieniu podmiotu prowadzącego taką działalność – z art. 20 w zw. z art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 i w zw. z art. 31 ust. 2 zd. 2 Konstytucji⁸.

Z uwagi na przedmiot niniejszej analizy dotyczyć będzie ona głównie sytuacji przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, chyba że zostanie wyraźnie zastrzeżone, iż uwagi obejmują również osoby prawne lub inne jednostki organizacyjne. Poza powyższym zastrzeżeniem – z uwagi na niejednolitość pojęcia przedsiębiorcy w prawie polskim⁹ – dalsze uwagi odnoszą się do przedsiębiorców w rozumieniu art. 431 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (dalej jako: k.c.)¹⁰.

2. KONTEKST PRAWNO-PORÓWNAWCZY

Problematyka kolizji między zakazem dyskryminacji a prawami przedsiębiorców nie jest kwestią specyficznie polską. Zagadnienie to z jeszcze większą mocą ujawniło się w niektórych krajach europejskich oraz w Stanach Zjednoczonych. Zaobserwować w tym względzie można niepokojące tendencje, które zostały zahamowane dopiero w 2018 r.

W Wielkiej Brytanii do precedensowych wyroków w tym zakresie zaliczyć można rozstrzygnięcia wydane w sprawach *Bull and Bull v. Hall and Preddy* oraz *Black and Morgan v. Wilkinson*. Wyrok w sprawie *Bull and Bull v. Hall and Preddy* wydany został przez Sąd Apelacyjny (*Court of Appeal*) 10 lutego 2012 r.¹¹ Okoliczności faktyczne sprawy dotyczyły odmowy wynajęcia pokoju w hotelu typu *B&B*, prowadzonym przez państwo Bull. Jako wierzący chrześcijanie, pozwani konsekwentnie odmawiali wynajmowania pokoiów z łóżkiem dwuosobowym parom, które nie pozostawały w związku małżeńskim. Informacja na ten temat była dostępna również na witrynie internetowej hotelu. Powodowie, pozostający w relacji jedнопłciowej, sformalizowanej na gruncie prawa brytyjskiego jako tzw. cywilny związek partnerski (*civil partnership*), nie poinformowali o tym pozwanych dokonując telefonicznej rezerwacji pokoju, na skutek czego okoliczność ta ujawniła się dopiero po ich przybyciu

⁷ Zob. H. Marcuse, *Repressive Tolerance*, [w:] R.P. Wolf, B. Moor Jr., H. Marcuse, *A Critique of Pure Tolerance*, Boston 1970, s. 81 i n. (w szczególności s. 115-116). Nawet jednak Marcuse – jak się przynajmniej wydaje – nie postulował rozciągnięcia tego rodzaju „tolerancji” będącej w istocie tolerancją limitowaną do niektórych tylko środowisk, na debatę akademicką – *ibidem*, s. 88.

⁸ Sprawa rozpoznawana pod sygnaturą K 16/17. Opinię *amici curiae* w tej sprawie przedłożył także Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris: B. Lewandowski, M. Majkowska, K. Dyda, *Opinia Fundacji Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris (Amici Curiae) w sprawie K 16/17 (zgodność z Konstytucją art. 138 kodeksu wykroczeń)*, Warszawa 2019, dostępna pod adresem: https://ordoiuris.pl/wolnosc-gospodarcza/opinia-fundacji-instytut-na-rzecz-kultury-prawnej-ordo-iuris-amici-curiae-w#_ftn1 (dostęp: 15 kwietnia 2019 r.).

⁹ Zob. A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2012, s. 20 i n.

¹⁰ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 z późn. zm. Wskazany przepis stanowi: „Przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 331 § 1, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową”.

¹¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Londynie z 10 lutego 2012 r. w sprawie *Bull and Bull v. Hall and Preddy*, [2012] EWCA Civ 83, Case No: B2/2011/0313 and B2/2011/0314.

do hotelu, gdzie odmówiono im miejsca noclegowego i zwrócono pieniądze¹². Pomimo, że jak słusznie wskazywała strona pozwana, w tego rodzaju okolicznościach nie może być mowy o dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, ponieważ ograniczenia możliwości wynajęcia miejsca w pokoju z łóżkiem dwuosobowym dotyczyła wszystkich par niepozostających w związku małżeńskim (jedno- oraz dwupłciowych)¹³, to Sąd Apelacyjny uznał, że w sprawie doszło do dyskryminacji bezpośredniej¹⁴. Podstawą rozstrzygnięcia był art. 4-1 ustawy z 2007 r.¹⁵ Jakkolwiek pozwani odwołali się od wyroku Sądu Apelacyjnego, Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa (*Supreme Court*) oddalił ich apelację¹⁶.

Podobne rozstrzygnięcie zapadło w zbliżonej sprawie *Black and Morgan v. Wilkinson*¹⁷. Jeden z powodów, którzy nie pozostają w żadnej sformalizowanej relacji, zarezerwował pokój w hotelu prowadzonym przez S. Wilkinson. Gdy powodowie pojawili się w hotelu, S. Wilkinson odmówiła wynajęcia im pokoju dwuosobowego, proponując nocleg w dwu oddzielnych pokojach¹⁸. Pomimo, że brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do porównania dwójga osób stanu wolnego do małżeństwa, sądy rozpoznające sprawę uznały, iż pozwana dopuściła się dyskryminacji bezpośredniej¹⁹.

Odmienne rozstrzygnięcie zapadło w sprawie *Lee v. Ashers Baking Company Ltd.*²⁰ Rozpatrywana sprawa dotyczyła odmowy wykonania tortu opatrzonego napisem *Support Gay Marriage* przez państwo Colin i Karen McArthur²¹. Jakkolwiek pani McArthur w pierw przyjęła zamówienia oraz pieniądze od aktywisty ruchu LGBT, Gareth Lee, to po konsultacji z mężem zdecydowała o tym, że wykonanie świadczenia wiązałoby się z afirmacją politycznych postulatów środowisk LGBT, o czym poinformowała telefonicznie pana Lee²². Ten zdecydował się złożyć skargę do Komisji ds. Równości dla Irlandii Północnej (*Equality Commission for Northern Ireland*), która orzekła, że doszło do dyskryminacji i nakazała pozwanej spółce 500 funtów jako zadośćuczynienie²³. 24 października 2016 r. apelacja złożona przez pozwaną została oddalona²⁴. Jak podkreślił Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa, państwo McArthur odmówiliby wykonania tortu z tego rodzaju treścią jakiegokolwiek osobie, niezależnie od jej cech osobistych, takich jak preferencje seksualne²⁵. Tym samym w przedmiotowej sprawie brak było podstaw do stwierdzenia, że doszło do dyskryminacji²⁶.

Do podobnych sytuacji dochodziło także w Stanach Zjednoczonych. W sprawie *Elane Photography, LLC v. Willock* wniesiono skargę przeciwko spółce Elane Photography, której właścicielami są Elaine i Jonathan Huguenin²⁷. Odmówili oni wykonania zdjęć ceremonii towarzyszącej sformalizowaniu

12 *Ibidem*, pkt 6.

13 *Ibidem*, pkt 12.

14 *Ibidem*, pkt 66-67. Zob. także: F. Cranmer, *Bull and Bull v. Hall and Preddy*, „Ecclesiastical Law Journal” 14/3 (2012), s. 459-460.

15 *The Equality Act (Sexual Orientation) Regulations 2007*, The National Archives 2007, No. 1263.

16 Wyrok Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa z 27 listopada 2013 r. w sprawie *Bul and another v. Hall and another*, [2013] UKSC 73.

17 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Londynie z 9 lipca 2013 r. w sprawie *Black and Morgan v. Wilkinson*, [2013] EWCA Civ 820, Case No: B2/2012/2896.

18 *Ibidem*, pkt 6.

19 *Ibidem*, pkt 59 i n.

20 Wyrok Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa z 10 października 2018 r. w sprawie *Lee v. Ashers Baking Company Ltd.*, [2018] UKSC 49.

21 *Ibidem*, pkt 12.

22 *Ibidem*.

23 *Ibidem*, pkt 15.

24 *Ibidem*, pkt 16.

25 *Ibidem*, pkt 62. Niezależnie od tego stwierdzono błędy proceduralne, jakich dopuścił się Sąd Apelacyjny w Belfaście – *ibidem*, pkt 90.

26 *Ibidem*.

27 *Constitutional Law – First Amendment – New Mexico Supreme Court Holds that Application of Public Accommodations Law to Wedding Photography Company Does Not Violate First Amendment Speech Protections. – Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013), „Harvard Law Review” 127 (2014), s. 1486; R.K. Vischer, *Conscience and the Common Good: An Introduction*, „Journal of Catholic Legal Studies” 49/2 (2010), s. 293-294.

relacji między Vanessa Willock a jej partnerką²⁸. Nadmienić warto, że pomiędzy powódką a pozwaną spółką nie doszło do zawarcia umowy, ponieważ V. Willock została poinformowana mailowo o tym, że państwo Huguenin wykonują zdjęcia jedynie na ceremoniach ślubnych par dwupłciowych²⁹. W związku z odmową wykonania usługi V. Willock zdecydowała się złożyć skargę do Komisji Praw Człowieka stanu Nowy Meksyk (*New Mexico Human Rights Commission*), która w decyzji stwierdziła, że w sprawie doszło do dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i obciążyła pozwaną spółkę kosztami w wysokości 6600 dolarów³⁰.

Jakkolwiek pozwana odwołała się od decyzji Komisji, powołując się przy tym na naruszenie I poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych (wolność wyznania, słowa i zgromadzeń)³¹, to zarówno Sąd Apelacyjny, jak i Sąd Najwyższy stanu Nowy Meksyk ją podtrzymały³². Sąd Najwyższy Nowego Meksyku wyraził przy tym wątpliwość (choć pozostawił to zagadnienie jako otwarte) odnośnie do tego, czy pozwana, jako osoba prawna w ogóle może korzystać z prawa do ekspresji religijnej³³, podkreślając przy tym, że nie ma ona charakteru organizacji religijnej³⁴. Teza ta rodzi pewnego rodzaju konfuzję, bowiem Sąd doskonale zdawał sobie sprawę z faktu, że w istocie rzeczy chodzi o wolność sumienia osób fizycznych - Elaine i Jonathana Huguenin³⁵. Sąd pominął również okoliczność, że usługa świadczona przez Elane Photography jest ogólnodostępna i mogła zostać wykonana przez jakiekolwiek inne przedsiębiorstwo prowadzące działalność w zakresie fotografii³⁶. Po wydaniu wyroku przez Sąd Najwyższy stanu Nowy Meksyk, organizacja pozarządowa Alliance Defending Freedom zwróciła do Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych o rozpoznanie sprawy³⁷, co jednakże nie nastąpiło z uwagi na decyzję odmowną wydaną 7 kwietnia 2014 r.³⁸

Tego rodzaju groźna tendencja została jednak zahamowana wyrokiem Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, mocą którego uchylona została decyzja Komisji Praw Obywatelskich stanu Kolorado (*Colorado Civil Rights Commission*), stwierdzająca że cukiernik J. Philips dopuścił się dyskryminacji w związku z odmową wykonania tortu weselnego dla dwóch osób tej samej płci³⁹. Wyrok zapadł większością 7 do 2 głosów i wzbudził ogromne emocje zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i poza ich granicami⁴⁰. Sąd Najwyższy orzekł w nim, że decyzja Komisji naruszyła prawa Philipsa wynikające z I Poprawki do

28 Wyrok Sądu Najwyższego stanu Nowy Meksyk z 22 sierpnia 2013 r. w sprawie *Elane Photography, LLC v. Willock*, No. 33, 687, pkt 7.

29 *Ibidem*.

30 *Constitutional Law – First Amendment...*, s. 1486-1487.

31 Zgodnie z treścią I poprawki: „Żadna ustawa Kongresu nie może wprowadzić religii ani zabronić swobodnego praktykowania jej, ograniczać wolności słowa lub prasy ani prawa ludu do spokojnych zgromadzeń lub do składania naczelnym władzom petycji o naprawienie krzywd”.

32 *Constitutional Law – First Amendment...*, s. 1487.

33 Wyrok Sądu Najwyższego stanu Nowy Meksyk z 22 sierpnia 2013 r. w sprawie *Elane Photography, LLC v. Willock*, No. 33, 687, pkt 59.

34 *Ibidem*, pkt 66-68.

35 *Ibidem*, pkt 83. Zob. także: R.K. Vischer, *op. cit.*, s. 295-296.

36 Zwracano na to uwagę jeszcze przed rozpoznaniem sprawy przez Sąd Najwyższy stanu Nowy Meksyk: R.K. Vischer, *op. cit.*, s. 296-297.

37 Informacja dostępna pod adresem internetowym: <https://www.adflegal.org/detailspages/case-details/elane-photography-v-willock> (dostęp: 16 kwietnia 2019 r.).

38 Decyzja Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 7 kwietnia 2014 r. w sprawie *Elane Photography, LLC v. Willock*, 134 S.Ct. 1787, No 13585.

39 Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 4 czerwca 2018 r. w sprawie *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, No. 16-111, 584 U.S. (2018).

40 Zob. przykładowo: T.C. Berg, *Masterpiece Cakeshop: A Romer for Religious Objectors?*, „Cato Supreme Court Review” 139 (2018), s. 140-170; A. Jensen, *Compelled Speech, Expressive Conduct, and Wedding Cakes: A Commentary on Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, „Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy” 13 (2018), s. 147-162; J. McIntosh, *Masterpiece Cakeshop, Ltd v Colorado Civil Rights Commission*, „Oxford Journal of Law and Religion” 7/3 (2018), s. 574-575. Znalazł on oddźwięk również w polskiej literaturze: G. Maroń, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 4 czerwca 2018 r. w sprawie Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, „Przegląd Sejmowy” 6/149 (2018), s. 217-228.

Konstytucji Stanów Zjednoczonych⁴¹. Sąd podkreślił, że w sprawach, które stanowiły niejako antytezę sprawy *Masterpiece Cakeshop*, a dotyczyły odmowy przygotowania przez cukierników tortów, które zawierałyby przekreślony wizerunek dwojga osób tej samej płci i cytaty z Pisma Św. dotyczące grzesznego charakteru aktów homoseksualnych, rozstrzygnięcia Komisji były zupełnie odmienne od decyzji wydanej w rozpoznawanej sprawie⁴². Tym samym Komisji dopuściła się dyskryminacji samego Jacka Philipsa, a uzasadnienie jej decyzji nacechowane było stronnictwą niechęcią (wrogością - *hostility*) do ekspresji poglądów religijnych i religii w ogóle⁴³.

3. PRAWNE PODSTAWY ZAKAZU DYSKRYMINACJI W POLSCE

3.1. Zakaz dyskryminacji w Konstytucji

Zgodnie z art. 32 ust. 2 Konstytucji: „Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny”. Ustanowiony cytowanym przepisem zakaz dyskryminacji stanowi część szerszej zasady równości wobec prawa (art. 32 ust. 1 zd. pierwsze Konstytucji) i jest związany z prawem podmiotowym do równego traktowania przez władze publiczne (art. 32 ust. 1 zd. drugie Konstytucji)⁴⁴. W literaturze przedmiotu podkreśla się również, że wzajemna relacja między zasadą równości a zakazem dyskryminacji znosi się do tego, że „choć każda dyskryminacja stanowi też przejaw nierównego traktowania, to nie każdy przejaw nieuzasadnionego nierównego traktowania jest równoznaczny z dyskryminacją”⁴⁵. Adresatami obowiązku skorelowanego z prawem podmiotowym do równego traktowania – jak wskazuje literalna art. 32 ust. 1 zd. drugie Konstytucji – są wyłącznie władze publiczne, a zatem pozbawiony jest on skutku horyzontalnego⁴⁶.

Wzajemny i ścisły związek między zasadą równości oraz zakazem dyskryminacji został dostrzeżony również w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego⁴⁷. Jak wskazał Trybunał, zakaz dyskryminacji oznacza „zakaz nieuzasadnionego, różnego kształtowania sytuacji podobnych podmiotów prawa, w procesie stanowienia oraz stosowania prawa”⁴⁸. Tak ukształtowane pojęcie dyskryminacji wskazuje, że adresatami zakazu określonego w art. 32 ust. 2 Konstytucji są również podmioty władzy publicznej, odpowiedzialne za stosowanie i stanowienie prawa.

Również w literaturze przedmiotu wskazuje się, że adresatami konstytucyjnego zakazu dyskryminacji są wyłącznie władze publiczne⁴⁹. Krytycznie podchodzi się zatem do tezy o możliwym horyzontalnym

41 Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 4 czerwca 2018 r. w sprawie *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, No. 16-111, 584 U.S. (2018), pkt II C.

42 *Ibidem*, pkt II A. Por. również: G. Maroń, *op. cit.*, s. 220 i n. Obydwie sytuacje różniły się jednak w tym sensie, że J. Philips mógł powołać się na własne przekonania religijne oparte o obiektywny system normatywny, a nie tylko na subiektywny światopogląd – por. w tym względzie uwagi T.C. Berga: *op. cit.*, s. 166.

43 Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 4 czerwca 2018 r. w sprawie *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, No. 16-111, 584 U.S. (2018), pkt II B. W tym kontekście Sąd odwołał się również do rozstrzygnięcia w sprawie *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, zgodnie z którym władze publiczne nie mogą stanowić regulacji wrogich wierzeniom religijnym lub wrogich wierzeniom religijnym obywateli, jak również nie mogą działać w sposób zdeterminowany domniemaniem bezprawności wierzeń i praktyk religijnych – *ibidem*, pkt II C.

44 Zob. W. Borysiak, L. Bosek, komentarz do art. 32, [w:] *Konstytucja RP*, t. I, *Komentarz do art. 1-86*, [red.] M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, nb. 83-84.

45 L. Garlicki, M. Zubik, komentarz do art. 32, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, [red.] L. Garlicki, M. Zubik, Lex 2016, uwaga 27.

46 W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, nb. 99-100.

47 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 15 lipca 2010 r., sygn. akt K 63/07, OTK-A 2010/6/60, pkt III.6.1.

48 *Ibidem*, pkt III.6.3. Por. także: L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, uwaga 32.

49 W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, nb. 116; M. Derlatka, *Konstytucyjność zakazu odmowy świadczenia z art. 138 KW – na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2018 r.*, sygn. II KK 333/17, „Prokuratura i Prawo” 12 (2018), s. 122.

(zachodzącym w stosunkach między jednostkami) oddziaływaniu art. 32 ust. 2 Konstytucji⁵⁰. Niemniej jednak stanowisko doktryny w tej kwestii nie jest jednolite. Wskazuje się zatem, że w literalnej treści przepisu brak jest jakiegokolwiek wskazania adresata, a zatem przyjąć należy, że obowiązek wynikający z art. 32 ust. 2 ustawy zasadniczej wiąże zarówno podmioty publiczne, jak i prywatne, choć zakres ich obowiązków nie jest tożsamy⁵¹.

Trzeba jednak zauważyć, że jakkolwiek Konstytucja rzeczywiście znajduje bezpośrednie zastosowanie zawsze, kiedy tylko nie stanowi ona niczego innego, co znalazło wyraz w treści art. 8 ust. 2 oraz art. 87 ust. 1 Konstytucji, to konstrukcja art. 32 ust. 2 zasadniczo różni się od przepisów, które rzeczywiście oddziaływać mogą w stosunkach horyzontalnych, takich jak choćby art. 33 ust. 3 ustawy zasadniczej. Wskazany przepis stanowi, że: „Kobieta i mężczyzna mają w szczególności równe prawo do kształcenia, zatrudnienia i awansów, do jednakowego wynagradzania za pracę jednakowej wartości, do zabezpieczenia społecznego oraz do zajmowania stanowisk, pełnienia funkcji oraz uzyskiwania godności publicznych i odznaczeń”. Prawodawca konstytucyjny określił w nim *expressis verbis* w jakich stosunkach między jednostkami przepis ma bezpośrednie oddziaływanie. Bardzo ogólny charakter art. 32 ust. 2 ustawy zasadniczej sugeruje, że nie ma on oddziaływać bezpośrednio w stosunkach między podmiotami prywatnymi (nie może być samodzielną podstawą roszczeń). Ewentualny zakaz dyskryminacji w stosunkach horyzontalnych może wynikać zatem z norm określonych przez akty stojące w hierarchii źródeł prawa niżej niż Konstytucja⁵².

3.2. Zakaz dyskryminacji w wiążących Polskę umowach międzynarodowych

Liczne wiążące Polskę umowy międzynarodowe zawierają zakaz dyskryminacji, na ogół ograniczający się jednak do korzystania z praw w nich określonych⁵³. Ogólniejszy charakter ma z pewnością art. 26 Międzynarodowych Paktów Praw Obywatelskich i Politycznych (dalej jako: MPPOP)⁵⁴, zgodnie z którym: „Wszyscy są równi wobec prawa i są uprawnieni bez żadnej dyskryminacji do jednakowej ochrony prawnej. Jakkolwiek dyskryminacja w tym zakresie powinna być ustawowo zakazana oraz powinna być zagwarantowana przez ustawę równa dla wszystkich i skuteczna ochrona przed dyskryminacją z takich względów, jak: rasa, kolor skóry, płeć, język, religia, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, sytuacja majątkowa, urodzenie lub jakiegokolwiek inne okoliczności”. Konstrukcja przepisu wskazuje, że adresatami obowiązku, jaki należy z niego wyprowadzić, są władze publiczne.

Generalny zakaz dyskryminacji ustanowiony został w Protokole 12 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁵⁵. Polska nie jest sygnatariuszem tego Protokołu i nigdy go nie ratyfikowała.

50 L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, uwaga 24. Zob. także: M. Ziółkowski, *Bezpośredni horyzontalny skutek norm konstytucyjnych (analiza krytyczna)*, [w:] *Horyzontalne oddziaływanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, [red.] A. Młynarska-Sobaczewska, P. Radziejewicz, Warszawa 2015, s. 113-135.

51 J. Podkowik, *Konstytucyjna zasada równości i zakaz dyskryminacji w prawie cywilnym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 25/2 (2016), s. 262-264.

52 W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, nb. 100-102.

53 Zob. *ibidem*, nb. 25-36.

54 Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

55 European Treaty Series, No. 177. Art. 1 ust. 1 tego Protokołu stanowi: „The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status”.

3.3. Zakaz dyskryminacji w prawie Unii Europejskiej

Zgodnie z art. 10 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako: TFUE): „Przy określaniu i realizacji swoich polityk i działań Unia dąży do zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną”. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że cytowane postanowienie może odnosić się nie tylko do sfery stosunków pracowniczych, ale również innych obszarów życia społecznego⁵⁶. Jednocześnie jednak podkreśla się, że: „Komentowany przepis nie wywołuje skutku bezpośredniego, a tym samym nie stanowi podstawy do konstruowania jakichkolwiek uprawnień/praw lub obowiązków jednostek, w szczególności prawa do niedyskryminacyjnego traktowania ze względu na wymienione w nim kryteria lub obowiązku niedyskryminacyjnego traktowania”⁵⁷. Art. 10 TFUE statuuje jedynie ogólną zasadę, której realizacja powinna być realizowana przez akty prawa wtórnego, stanowionego przez instytucje Unii Europejskiej. W zakresie zakazu dyskryminacji, zgodnie z art. 19 TFUE, kompetencja taka powierzona została Radzie, stanowiącej jednomyślnie zgodnie ze specjalną procedurą ustawodawczą i po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego.

Zakaz dyskryminacji przewidziany jest również w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej⁵⁸. Zgodnie z art. 21 ust. 1 Karty: „Zakazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną”. Zgodnie ze stanowiącym integralną całość z TFUE protokołem (nr 30) w sprawie stosowania Karty praw podstawowych Unii Europejskiej do Polski i Zjednoczonego Królestwa: „Jeżeli dane postanowienie Karty odnosi się do ustawodawstw i praktyk krajowych, ma ono zastosowanie do Polski lub Zjednoczonego Królestwa wyłącznie w zakresie, w jakim prawa i zasady zawarte w tym postanowieniu są uznane przez ustawodawstwo lub praktyki Polski lub Zjednoczonego Królestwa” (art. 2)⁵⁹. Wynika z tego, że zakaz dyskryminacji określony w art. 21 ust. 1 Karty nie rodzi skutków wykraczających poza polskie prawodawstwo krajowe, a jego wykorzystanie nie może prowadzić do powstania stanu sprzecznego z polskim krajowym porządkiem prawnym, w tym – co oczywiste w przypadku każdej umowy międzynarodowej – z Konstytucją RP.

Zagadnienie zakazu dyskryminacji jest przedmiotem licznych dyrektyw Rady (oraz Parlamentu Europejskiego i Rady)⁶⁰. Jak wiadomo dyrektywy nie wywołują skutku bezpośredniego względem jednostek, bowiem ich głównymi adresatami są państwa członkowskie⁶¹. Stosowanie do art. 288 TFUE

56 A. Wróbel, komentarz do art. 10, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I, [red.] A. Wróbel, N. Półtorak, D. Miąsik, Lex 2012, uwaga 10.1.

57 *Ibidem*, uwaga 10.3.

58 Dz. Urz. UE C Nr 2007.303.1 z dnia 14 grudnia 2007 r.

59 Poza tym Polska złożyła dodatkowe zastrzeżenia w formie jednostronnych deklaracji (nr 61 i 62) – dalsze szczegóły: T. Sieniow, [w:] *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, [red.] A. Kuś, Lublin 2010, s. 315-316.

60 Wskazać zatem należy: dyrektywę Rady 86/613/EWG z dnia 11 grudnia 1986 r. w sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn pracujących na własny rachunek, w tym w rolnictwie, oraz w sprawie ochrony kobiet pracujących na własny rachunek w okresie ciąży i macierzyństwa (Dz. Urz. WE L 359 z 19 grudnia 1986 r.); dyrektywę Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzającą w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz. Urz. WE L 180 z 19 lipca 2000 r.); dyrektywę Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającą ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. WE L 303 z 02 grudnia 2000 r.); dyrektywę Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzającą w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz. Urz. UE L 373 z 21 grudnia 2004 r.); dyrektywę 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. UE L 204 z 26 lipca 2006 r.); dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/54/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie środków ułatwiających korzystanie z praw przyznanych pracownikom w kontekście swobodnego przepływu pracowników (Dz. Urz. UE L 128 z 30 kwietnia 2014 r.).

61 A. Szachon, [w:] *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, [red.] A. Kuś, Lublin 2010, s. 182.

dyrektywy wiążą państwa członkowskie jedynie w zakresie rezultatu, który ma zostać osiągnięty, pozostawiając poszczególnym organom krajowym swobodę wyboru najwłaściwszych środków i formy. Stąd też dyrektywy określane są niekiedy jako dwustopniowy instrument tworzenia prawa⁶². Nie stanowią one podstawy roszczeń w stosunkach horyzontalnych, pomimo że w przyjmuje się, iż w relacji wertykalnej brak implementacji dyrektywy może niekiedy być podstawą do roszczenia odszkodowawczego obywatela względem państwa członkowskiego⁶³.

Zasadnicze wątpliwości w tym kontekście budzi natomiast pojawiająca się w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej tendencja do traktowania dyrektyw, które nie zostały implementowane do porządku krajowego państw członkowskich, jako konkretyzacji zasad lub norm traktatowych⁶⁴. Dochodzi bowiem do odwrócenie reguł wykładni, gdzie normy wyższego rzędu interpretowane są w zgodzie z normami niższego rzędu, podczas gdy powinno być dokładnie na odwrót.

Pamiętać trzeba, że implementacja unijnych przepisów antydyskryminacyjnych generuje konkretne koszty dla przedsiębiorców. Jak wyliczyli naukowcy z Uniwersytetu w Dortmundzie na podstawie badań przeprowadzonych na grupie 501 przedsiębiorstw różnej wielkości (ale zatrudniających przynajmniej 10 pracowników), bezpośrednie i pośrednie koszty implementacji środków unijnych w ramach niemieckiej ustawy antydyskryminacyjnej (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) obciążające ogół niemieckich przedsiębiorców tylko w ciągu jednego roku wyniosły 1,73 miliarda euro⁶⁵. Średni koszt na jednego pracownika wynosił natomiast 72,50 euro rocznie⁶⁶.



BEZPOŚREDNIE I POŚREDNIE KOSZTY IMPLEMENTACJI ŚRODKÓW UNIJNYCH W RAMACH NIEMIECKIEJ USTAWY ANTYDYSKRYMINACYJNEJ (*ALLGEMEINES GLEICHBEHANDLUNGSGESETZ*) OBCIĄŻAJĄCE OGÓŁ NIEMIECKICH PRZEDSIĘBIORCÓW TYLKO W CIĄGU JEDNEGO ROKU WYNIOSŁY 1,73 MILIARDA EURO. ŚREDNI KOSZT NA JEDNEGO PRACOWNIKA WYNOŚIŁ NATOMIAST 72,50 EURO ROCZNIE.



Oczywiście różne przedsiębiorstwa były dotknięte tymi kosztami w zróżnicowany sposób. Koszty te obejmowały szkolenia (31% kosztów ogółem), opracowanie nowych standardów (22% kosztów ogółem) i strategii (35% kosztów ogółem) oraz wydatki na dokumentację (7% kosztów ogółem)⁶⁷. Pozostałe koszty autorzy badania zakwalifikowali jako inne.

62 A. Trubalski, *Wybrane aspekty implementacji dyrektyw Unii Europejskiej do systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej*, „Kwartalnik Prawa Konstytucyjnego” 1/13 (2013), s. 176-178.

63 Zob. J. Maśnicki, *Bezpośredni skutek dyrektywy w stosunkach triangularnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” (marzec 2017), s. 5-6; A. Łazowski, [w:] *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, [red.] M.M. Kenig-Witkowska, Warszawa 2017, s. 329-330; A. Szachon, *op. cit.*, s. 184.

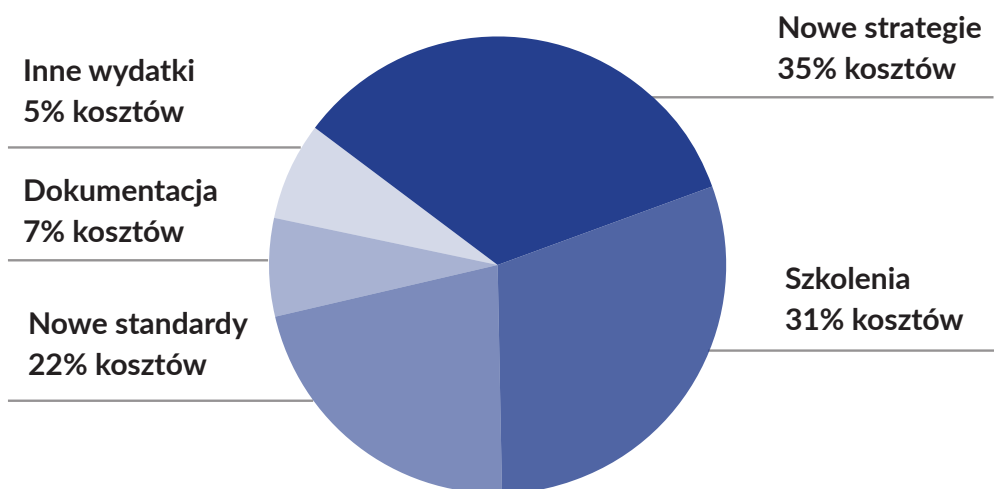
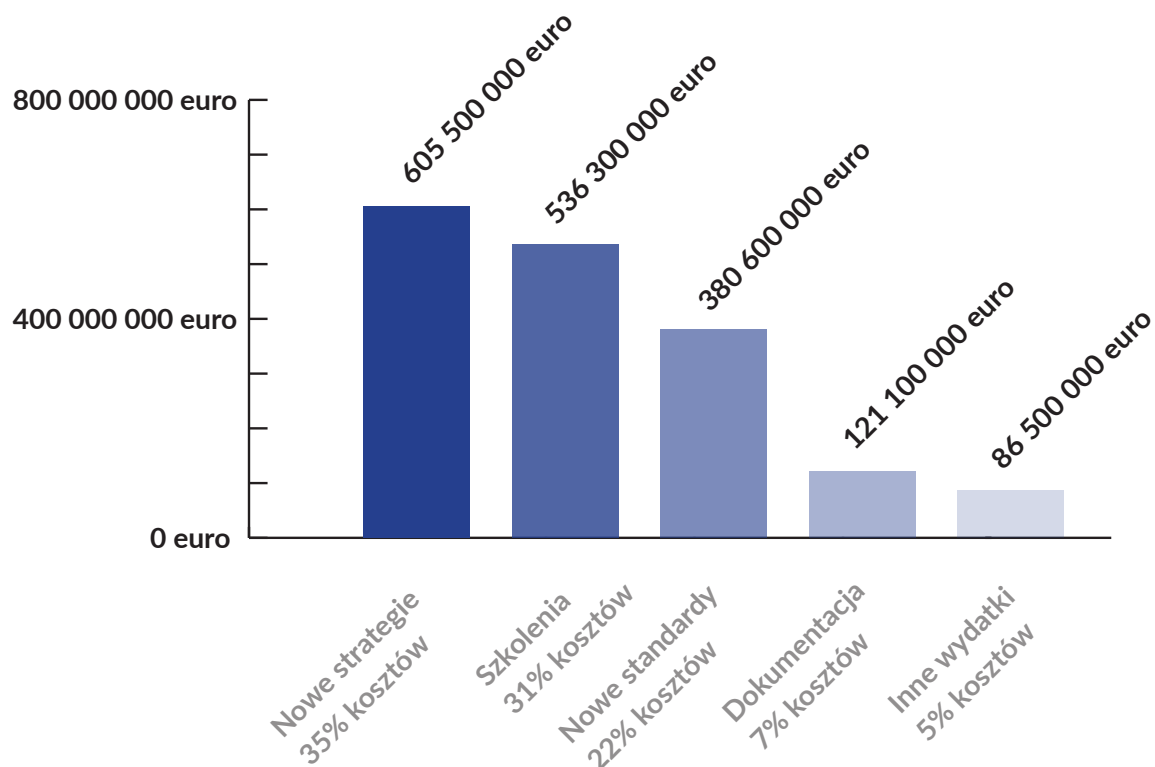
64 J. Maśnicki, *op. cit.*, s. 6-7. W tym względzie zob. przykładowo wyrok Wielkiej Izby Trybunału z 22 listopada 2005 r. w sprawie *Werner Mangold przeciwko Rüdiger Helm*, C-144/04, pkt 74-77. Trybunał uznał, że sąd krajowy ma obowiązek odmowy stosowania przepisów prawa krajowego, które stałyby w sprzeczności z zakazem dyskryminacji (pkt 77), określonym jako „zasada ogólna prawa wspólnotowego” (pkt 76).

65 A. Hoffjan, A. Braman, *Empirische Erhebung der Gesetzesfolgekosten aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz. Lehrstuhl für Unternehmensrechnung und Controlling*, Dortmund 2007, s. III. Dokument dostępny on-line: <https://www.insm.de/fileadmin/insm-dms/text/publikationen/studien/endbericht-antidiskriminierungsgesetz.pdf> (dostęp: 27 maja 2019 r.).

66 *Ibidem*.

67 *Ibidem*, s. 6.

SZACUNKOWE KOSZTY WPROWADZENIA UNIJNYCH DYREKTYW ANTYDYSKRYMINACYJNYCH W NIEMCZACH W 2007 R.



3.4. Polskie regulacje ustawowe: ustawa „antydyskryminacyjna”

Implementacja dyrektyw unijnych związanych z zakazem dyskryminacji do polskiego porządku prawa krajowego nastąpiła w drodze ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (dalej jako: ustawa antydyskryminacyjna)⁶⁸ oraz zmian w ustawie z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy⁶⁹. O ile zmiany w Kodeksie pracy, jako odnoszące się do stosunków pracowniczych, pozostają poza zakresem rozważań podjętym w niniejszej analizie, o tyle treść ustawy antydyskryminacyjnej ma tu kluczowe znaczenie. Zgodnie z art. 1 ust. 1 tej ustawy, określa ona obszary i sposoby przeciwdziałania naruszeniom zasady równego traktowania ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną oraz organy właściwe w tym zakresie. Stosownie do art. 2 ust. 1 ustawę tę stosuje się do osób fizycznych oraz prawnych, jak również do tzw. ułomnych osób prawnych (określanych też niekiedy jako „podmioty ustawowe”).

Zgodnie z art. 4 ust. 4 lit. e ustawa antydyskryminacyjna znajduje zastosowanie w zakresie dostępu i warunków korzystania z usług, w tym usług mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw i energii, jeżeli są one oferowane publicznie. Natomiast spod regulacji objętej przedmiotową ustawą wyłączona jest swoboda wyboru strony umowy, o ile tylko wybór ten nie jest oparty na płci, rasie, pochodzeniu etnicznym lub narodowości. Oznacza to, że w zakresie dotyczącym swobody wyboru kontrahenta, ustawa przewiduje ograniczenie zasady swobody umów⁷⁰, bowiem sankcjonuje odmowę zawarcia przez przedsiębiorcę umowy ze względu na okoliczności stanowiące pewne cechy osobowościowe (przyrodzone i niezmiennie) kontrahenta, wymienione enumeratywnie w art. 4 ust. 4 lit. e, a zatem płeć, rasę, pochodzenie etniczne oraz pochodzenie narodowościowe.

Zgodnie z ogólną zasadą *exceptiones non sunt extendendae* (wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco), przyjmując należy, że dokonane przez prawodawcę wyliczenie cech osobowościowych, z uwagi na które odmowa zawarcia umowy jest prawnie niedozwolona, ma charakter katalogu zamkniętego. W przypadku odmowy zawarcia umowy z uwagi na to, że potencjalny kontrahent jest podmiotem integralnie związanym z jedną z wyliczonych cech objętych ochroną, strona której odmówiono zawarcia umowy może wystąpić z roszczeniem odszkodowawczym (art. 13 ust. 1 ustawy antydyskryminacyjnej). Poniesiona w tym wypadku szkoda znosi się *de facto* do straty spowodowanej odmową zawarcia umowy (*damnum emergens*), nie obejmując potencjalnych utraconych zysków⁷¹. O ile nie została zawarta umowa przedwstępna, poszkodowany nie może wystąpić także z roszczeniem o zawarcie umowy⁷².

W przypadku odmowy wykonania świadczenia na podstawie umowy już zawartej sytuacja przedstawia się podobnie. Wówczas decydujące znaczenie mają dwie okoliczności:

- 1) czy przedmiot umowy dotyczy: świadczenia usług (w tym usług mieszkaniowych), świadczenia rzeczy, nabywania praw i energii;
- 2) czy wymienione powyżej usługi i świadczenia były oferowane publicznie.

68 Tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1219 z późn. zm.

69 Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r. poz. 917.

70 Z tej właśnie zasady wyprowadza się prawo do swobodnego wyboru kontrahenta – wyrok Sądu Najwyższego z 25 maja 2011 r., sygn. akt. II CSK 528/10, LEX nr 794768.

71 M. Kułak, komentarz do art. 5 pkt 3, [w:] *Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz*, [red.] K. Kędziora, K. Śmiszek, Z. Jabłońska, WK 2017.

72 *Ibidem*.

Dodać trzeba, że zgodnie z art. 3 pkt 7 ustawy antydyskryminacyjnej przez usługi należy rozumieć usługi w rozumieniu art. 57 TFUE, a zatem „świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób”. Zgodnie z tym postanowieniem usługi obejmują zwłaszcza działalność o charakterze przemysłowym, handlowym, działalność rzemieślniczą oraz wykonywanie wolnych zawodów.

Zgodnie z art. 6 ustawy antydyskryminacyjnej zakazane jest nierówne traktowanie osób fizycznych ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość w zakresie dostępu i warunków korzystania z zabezpieczenia społecznego, usług, w tym usług mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw lub energii, jeżeli są one oferowane publicznie. Także w tej sytuacji cechy objęte prawną ochroną wyliczone są enumeratywnie, a zatem obejmują jedynie płeć, rasę, pochodzenie etniczne oraz narodowość. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, oznacza to, że ustawa nie obejmuje zakazu nierównego traktowania ze względu na inne okoliczności, jak światopogląd czy preferencje seksualne⁷³.

Docelowo można postulować doprecyzowanie przepisów przedmiotowej ustawy, tak by nie było wątpliwości odnośnie do zamkniętego katalogu cech objętych ochroną. Nikt natomiast nie wzywa do uchylecia ustawy jako takiej, co byłoby zresztą niemożliwe z uwagi na fakt, że implementuje ona regulacje unijne, w związku z tym mogłaby zostać co najwyżej zastąpiona inną ustawą, o tożsamym przedmiocie.

Oznacza to, że poza wspomnianym na wstępie art. 138 k.w., brak jest w prawie polskim normatywnej podstawy do ukarania osoby, która odmawia wykonania świadczenia (a tym bardziej odmawia zawarcia umowy) z uwagi na okoliczności takie, jak choćby krytyczny stosunek do treści, których nośnikiem jest przedmiot świadczenia (jak przykładowo treści zawarte na banerze czy ulotce, która ma być wydrukowana). Ewentualne sankcje mogą mieć charakter cywilnoprawny, o ile doszło do zawarcia umowy lub umowy przedwstępnej, a następnie nie została ona wykonana. Wówczas jednak zasadniczo indyferentna jest okoliczność leżąca u podstaw (pozostająca w adekwatnym związku przyczynowo-skutkowym) niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia, o ile tylko ma ona – najogólniej rzecz ujmując - charakter zawiniony⁷⁴. Brak jest więc potrzeby, by obejmować to zagadnienie przepisami „antydyskryminacyjnymi”.

3.5. Polskie ustawodawstwo krajowe: Kodeks wykroczeń

Najpoważniejszym zatem zagrożeniem dla wolności sumienia przedsiębiorców w polskim prawodawstwie krajowym pozostaje art. 138 k.w. Przepis ten stanowi, że karze grzywny podlega osoba, która zajmując się zawodowo świadczeniem usług, żąda i pobiera za świadczenie zapłatę wyższą od obowiązującej albo umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązana. O ile żądanie i pobieranie opłaty wyższej niż przewidziana ma dziś marginalne znaczenie, w związku z tym, że ingerencja władzy publicznej w wysokość cen usług jest nieporównanie mniejsza niż w okresie dyktatury komunistycznej, o tyle niespodziewaną aktualność zyskał problem kary za odmowę świadczenia bez uzasadnionej przyczyny.

73 K. Kędziora, komentarz do art. 6, w:] *Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz*, [red.] K. Kędziora, K. Śmiszek, Z. Jabłońska, WK 2017, uwaga 1.

74 Zob. szerzej na ten temat: F. Zoll (Młodszy), [w:] *System prawa prywatnego*, t. VI, *Prawo zobowiązań. Część ogólna*, [red.] A. Olejniczak, Warszawa 2018, s. 1178 i n.

Przy omawianym wykroczeniu przedmiotem ochrony są interesy nabywców usług⁷⁵. Strona przedmiotowa – w zakresie istotnym dla prowadzonych rozważań – polega na odmowie zachowania odpowiadającego treści stosunku obligacyjnego łączącego usługodawcę z usługobiorcą, a zatem w takim wypadku wykroczenie ma charakter formalny (bezsukrowy)⁷⁶. Podmiotem (sprawcą) czynu może być wyłącznie osoba, która świadczy określone usługi w sposób zawodowy (profesjonalny)⁷⁷. Nie jest przy tym konieczne, by był to przedsiębiorca w rozumieniu jakiejkolwiek polskiej ustawy oraz by działalność miała charakter legalny⁷⁸. Strona podmiotowa czynu obejmuje zamiar bezpośredni (umyślność) sprawcy⁷⁹.

Dodać należy, że sam przepis pozostaje swego rodzaju anachronizmem, przeżytkiem minionej epoki autorytarnych rządów oraz gospodarki planowej, który ze względów ideologicznych został „wskrzeszony do życia”. Nie przystaje on do realiów wolnego rynku, podobnie zresztą jak niektóre inne wykroczenia „przeciwko interesom konsumentów”, takie jak spekulacja biletami (art. 133 k.w.), czy ukrycie towaru przeznaczonego do sprzedaży (art. 135 k.w.)⁸⁰. Uwzględnienie umiejscowienia przepisu w strukturze Kodeksu wykroczeń oraz treści innych przepisów zebranych we wspólnym rozdziale (art. 133-139b k.w.) pozwala poddać w wątpliwość tezę, jakoby prawodawca celowo pozostawił treść art. 138 k.w. niezmienioną, mimo licznych nowelizacji k.w.⁸¹ W takim kontekście ciężko zaakceptować artykułowane w związku z tym twierdzenie, podnoszone m.in. przez Rzecznika Praw Obywatelskich, jakoby przepis ten – w zmienionych realiach gospodarczych i społecznych – służyć miał przeciwdziałaniu dyskryminacji (*nota bene* prawo Unii Europejskiej nie obliguje państw członkowskich do podejmowania środków karnych lub zbliżonych w tym zakresie)⁸². Zasadne byłoby bowiem zadanie pytania, czy wedle RPO określony w art. 133 k.w. zakaz odsprzedaży biletów na imprezy masowe, również ma w pełniejszy sposób przyczyniać się do ochrony wartości określonych art. 32 ust. 2 Konstytucji, czy być może służy innym racjonalnym celom? Jest to zwykłe przeoczenie ustawodawcze, związane najpewniej z nikłym znaczeniem praktycznym art. 138 k.w. Wszak zasada racjonalności działań prawodawcy niekoniecznie oznacza, że jego bezczynność ma podłoże racjonalne.



ART. 138 KODEKSU WYKROCZEŃ POZOSTAJE SWEGO RODZAJU ANACHRONIZMEM, PRZEŻYTKIEM MINIONEJ EPOKI AUTORYTARNYCH RZĄDÓW ORAZ GOSPODARKI PLANOWEJ, KTÓRY ZE WZGLĘDÓW IDEOLOGICZNYCH ZOSTAŁ „WSKRZESZONY DO ŻYCIA”.



75 T. Bojarski, *Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 223; A. Michalska-Warias, komentarz do art. 138, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, [red.] T. Bojarski, WK 2015, uwaga 1; M. Zbrojewska, komentarz do art. 138, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, [red.] T. Grzegorzczak, Lex 2013, uwaga 1.

76 A. Michalska-Warias, *op. cit.*, uwaga 3. W przypadku żądania zapłaty wyższej niż przewidziana wykroczenie może mieć również charakter materialny (skutkowy) – *ibidem*; T. Bojarski, *op. cit.*, s. 223.

77 A. Michalska-Warias, *op. cit.*, uwaga 3.

78 *Ibidem*, uwaga 4; M. Zbrojewska, *op. cit.*, uwaga 8.

79 M. Mozgawa, komentarz do art. 138, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, [red.] M. Mozgawa, Lex 2009, uwaga 9; T. Bojarski, *op. cit.*, s. 224.

80 Zob. M. Derlatka, *op. cit.*, s. 120.

81 Pojawiła się ona w uzasadnieniu postanowienie Sądu Najwyższego z 14 czerwca 2018 r., sygn. akt II KK 333/17.

82 Zob.: pismo Rzecznika Praw Obywatelskich z 29 marca 2018 r., numer XI.815.6.2018.AM, zawierające uzasadnienie stanowisko RPO w sprawie zawisłej przed Trybunałem Konstytucyjnym pod sygnaturą akt K 16/17, dostępne pod adresem internetowym: <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/view/sprawa.xhtml?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%2016/17> (dostęp: 19 kwietnia 2019 r.).

Podstawowym problemem, który ujawnił się na kanwie sprawy Adama J. jest wykładnia pojęcia „uzasadnionej przyczyny” odmowy wykonania świadczenia. W literaturze przedmiotu podkreślało się na ogół, że przyczyny te powinny mieć techniczny (przykładowo: niemożność wykonania świadczenia z uwagi na uszkodzenie niezbędnych do tego maszyn, brak niezbędnych części) lub organizacyjny (przykładowo: duża ilość zamówień, zaplanowany urlop) charakter, względnie odnosić się do braku pewnych umiejętności po stronie usługodawcy⁸³. Na okoliczność tę wskazywano komentując wyrok w sprawie Adama J.⁸⁴ Sąd Najwyższy – oddalając kasację – stwierdził zarazem, że: „...należy uznać, że o ile przy wykonywaniu 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 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”⁸⁵.

Jakkolwiek zatem do rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego należy odnieść się krytycznie, to przytoczony *in extenso* fragment jego uzasadnienia zasługuje na aprobatę, pomimo że nie jest pozbawiony pewnych mankamentów. Wyraźnie bowiem należy odróżnić dyskryminację, która w omawianym kontekście dotyczy odmowy wykonania świadczenia ze względu na istnienie pewnych cech wrodzonych lub na tyle silnie sprzężonych z ludzką psychiką, że niezwykle trudna byłaby ich zmiana, od braku akceptacji dla angażowania swojej pracy i jej efektów w afirmację wartości, które podmiot (pracownik, przedsiębiorca) uważa za sprzeczne z własnym sumieniem. W tym kontekście oczywiście w istocie nie ma potrzeby bezpośredniego odwoływania się do konstrukcji sprzeciwu sumienia, bowiem zachowanie, które polega na odmowie wykonania świadczenia z przyczyn uzasadnionych nie stanowi wykroczenia, o którym mowa w art. 138 k.w. (nie spełnia znamion czynu)⁸⁶. Sprzeciw sumienia dotyczy natomiast sytuacji, w których podmiot podejmuje działania sprzeczne z prawem pozytywnym, a w świetle art. 138 k.w. (wnioskowanie z przeciwności) działanie takie nie stanowi wykroczenia.

Komentarza wymaga także inna, niezwykle istotna kwestia, która zaważyła na odpowiedzialności Adama J. Otóż, Sąd Najwyższy stwierdził, że „obwiniony nie miał uzasadnionego powodu do odmowy wykonania wydruku” ponieważ jego działanie „było odtwórcze i wiązało się z wykonywaniem czynności technicznych”⁸⁷. W praktyce oznacza to, że w ocenie Sądu Najwyższego przedsiębiorcy, którzy nie świadczą usług wiążących się z działaniem twórczym nie mogą pozostawać w konflikcie sumienia, który uprawniałby ich do skutecznego prawnie podnoszenia sprzeciwu, wyłączającego ciążące na nich obowiązki. Pogląd ten nie może spotkać się z aprobatą i został już skrytykowany w nauce prawa⁸⁸. Trzeba jednak zwrócić uwagę na fakt, że Sąd Najwyższy nie jest w pełni konsekwentny, bowiem w innym miejscu uzasadnienia wskazuje, że „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”⁸⁹. Zagadnienie to ma na tyle istotny charakter, że wymaga odrębnego omówienia (zob. poniżej pkt 4).

83 Zob. A. Michalska-Warias, *op. cit.*, uwaga 3; M. Zbrojewska, *op. cit.*, uwaga 6; M. Mozgawa, *op. cit.*, uwaga 6.

84 J. Kulesza, *op. cit.*, s. 134.

85 Postanowienie Sądu Najwyższego z 14 czerwca 2018 r., sygn. akt II KK 333/17.

86 Zob. M. Mozgawa, *op. cit.*, uwaga 6.

87 Postanowienie Sądu Najwyższego z 14 czerwca 2018 r., sygn. akt II KK 333/17.

88 M. Derlatka, *op. cit.*, s. 123-124.

89 *Ibidem*.

Wydaje się, że do pewnego stopnia Sąd Najwyższy miał świadomość słabości argumentu związanego z odtwórczym charakterem czynności, który miałby wykluczyć możliwość powołania się na przekonania religijne, bowiem w swojej dalszej argumentacji skupił się na okolicznościach faktycznych sprawy, dochodząc do wniosku, że przesłanie zawartej na plakacie, którego wydrukowania odmówił Adam J., grafiki zawierającej logotyp organizacji LGBT „miało charakter neutralny i z tego powodu nie mogła naruszać przekonań religijnych obwinionego”⁹⁰. Jakkolwiek analiza okoliczności faktycznych tej konkretnej sprawy wykracza poza ramy niniejszego opracowania, to zauważyć należy, że postawiona przez Sąd Najwyższy teza jest mocno wątpliwa. Organizacje społeczne – w tym również te kojarzone z ruchem LGBT – na ogół posiadają określony profil ideologiczny, a zatem ich logotyp nigdy nie ma charakteru neutralnego. Wątpliwa jest także kompetencja sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego do dokonywania interpretacji nauczania moralnego związków wyznaniowych i kościołów, jaka miała miejsce w sprawie Adama J. Ustalenia tego rodzaju powinny być przeprowadzone z udziałem biegłego sądowego w zakresie religioznawstwa.

Poza przedmiotem rozważań pozostaje natomiast zagadnienie zgodności art. 138 k.w. z Konstytucją. Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris przedłożył obszerną opinię *amici curiae* w tej sprawie, zgodnie z którą wskazany przepis w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, jest niezgodny z art. 2 Konstytucji; rozumiany w ten sposób, że zasady wiary i sprzeciw sumienia nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi, jest niezgodny z art. 53 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji natomiast w zakresie dotyczącym osób osobiście prowadzących działalność gospodarczą lub działających w imieniu podmiotu prowadzącego taką działalność, jest niezgodny z art. 20 w związku z art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 i w związku z art. 31 ust. 2 zdanie 2 Konstytucji⁹¹. Podobne głosy pojawiają się także w literaturze przedmiotu⁹², a także autor niniejszego opracowania w pełni się do nich przychyła.

3.6. Przepisy prawa miejscowego – na przykładzie m.st. Warszawy

Do czasu przyjęcia Deklaracji LGBT w Warszawie obowiązywał jeden akt prawa miejscowego, który w sposób bezpośredni dotyczył przedmiotowego zagadnienia. Była to uchwała nr LVI/1668/2009 Rady m. st. Warszawy z dnia 28 maja 2009 r. w sprawie zasad najmu lokali użytkowych w domach wielolokalowych na okres dłuższy niż 3 lata i nie dłuższy niż 10 lat oraz wyrażenia zgody na zawarcie, po umowie zawartej na czas oznaczony, kolejnej umowy najmu z tym samym najemcą (dalej jako: uchwała w sprawie najmu lokali)⁹³. Podstawą ustawową wydania przedmiotowej uchwały jest art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. a i art. 40 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (dalej jako: u.s.g.)⁹⁴ oraz art. 37 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (dalej jako: u.g.n.)⁹⁵.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ B. Lewandowski, M. Majkowska, K. Dyda, *op. cit.*

⁹² Zob. M. Derlatka, *op. cit.*, s. 122.

⁹³ Dz. Urz. Województwa Mazowieckiego z 4 lipca 2009 r., Nr 104, poz. 2968.

⁹⁴ Tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r., poz. 506. Zgodnie z art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. a u.s.g. do wyłącznej właściwości rady gminy (miasta) należy podejmowanie uchwał w sprawach majątkowych gminy, przekraczających zakres zwykłego zarządu, dotyczących wynajmowania nieruchomości na czas oznaczony dłuższy niż 3 lata lub na czas nieoznaczony, o ile ustawy szczególne nie stanowią inaczej; uchwała rady gminy jest wymagana również w przypadku, gdy po umowie zawartej na czas oznaczony do 3 lat strony zawierają kolejne umowy, których przedmiotem jest ta sama nieruchomość. Art. 40 ust. 2 pkt 3 u.s.g. stanowi z kolei generalne upoważnienie organów gminy do ustanawiania aktów prawa miejscowego dotyczących zasad zarządu mieniem gminy.

⁹⁵ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 2204 z późn. zm. Art. 37 ust. 1 u.g.n. dotyczy dopuszczalności bezprzetargowego zbywania nieruchomości.

Zgodnie z § 6 uchwały w sprawie najmu lokali: „Umowa najmu lokalu powinna zawierać postanowienia zabezpieczające interesy m.st. Warszawy pod względem przychodów, należytej dbałości o substancję lokalu, a także określać sposób korzystania z lokalu, tryb i warunki rozwiązania umowy, zasady rozliczania nakładów wykonanych za zgodą wynajmującego, o ile nakłady te podwyższają trwale wartość lokalu i zostały potwierdzone protokołem odbioru robót, wysokości kaucji na poczet należności czynszowych, zasady waloryzacji czynszu”. Zgodnie z § 11 przedmiotowej uchwały Prezydent m.st. Warszawy określi w drodze zarządzenia szczegółowy tryb oddawania w najem lokali użytkowych w domach wielolokalowych na okres dłuższy niż 3 lata i nie dłuższy niż 10 lat, zaś stosownie do jej § 13 wykonanie uchwały powierza się Prezydentowi m.st. Warszawy.

Na podstawie przedmiotowej uchwały wydane zostało zarządzenie nr 5923/2014 Prezydenta m.st. Warszawy z dnia 28 maja 2009 r.⁹⁶, zmienione ostatnio zarządzeniem nr 566/2019 Prezydenta m.st. Warszawy z dnia 1 kwietnia 2019 r.⁹⁷

Analiza treści wskazanych aktów: uchwały w sprawie najmu lokali oraz wydanych na jej podstawie zarządzeń, pozwala stwierdzić, że w żaden sposób nie nakładają one obowiązku, ani też nie kreują uprawnienia do umieszczenia w warszawskich umowach najmu zawieranych przez miasto tzw. klauzuli antydyskryminacyjnej. Pomimo tego, klauzula taka została zamieszczona we wzorze umowy najmu, który stanowi załącznik nr 2 do zarządzenie nr 5923/2014 Prezydenta m.st. Warszawy. Zgodnie z § 12 ust. 1 wzorca „Najemca, personel Najemcy, a także wszelkie podmioty i osoby świadczące niezależnie usługi lub sprzedające towary w lokalu Najemcy nie mogą dopuszczać się działań lub zaniedbań noszących znamiona dyskryminacji pośredniej lub bezpośredniej, w szczególności ze względu na takie cechy jak płeć, rasa, pochodzenie etniczne lub narodowość”. Zawarty w przytoczonym postanowieniu zakaz dyskryminacji jest szerszy niż wynikałoby to z art. 6 ustawy antydyskryminacyjnej, bowiem określone w nim cechy prawnie chronione wymienione są jedynie przykładowo.

Co więcej, zgodnie z § 12 ust. 3 wzorca: „W przypadku stwierdzenia rażącego, uporczywego lub niedbałego naruszenia postanowień ust. 1, w szczególności potwierdzonego prawomocnym orzeczeniem sądu lub powtarzającymi się skargami, Wynajmujący ma prawo do wypowiedzenia niniejszej umowy z zachowaniem 1-miesięcznego okresu wypowiedzenia”. Tego rodzaju nakreślenie obowiązku umownego oznacza z kolei, że naruszenie § 12 ust. 1 wcale nie musi być potwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądowym, o czym świadczy zwrot „w szczególności”. Wystarczające będą natomiast „powtarzające się skargi”. Co więcej, naruszenia § 12 ust. 1 mogą być potwierdzone przez organizacje pozarządowe, działające w tym zakresie w porozumieniu z m.st. Warszawa.



NA PRZEDSIĘBIORCĘ ZAWIERAJĄCEGO UMOWĘ NAJMU Z MIASTEM NAŁOŻONE SĄ OBOWIĄZKI, KTÓRE NIE MAJĄ ŻADNEGO OPARCIA W PRZEPISACH POWSZECHNIE OBOWIĄZUJĄCEGO PRAWA. W TEORII ZAWIERAJĄC UMOWĘ PRZEDSIĘBIORCA GODZI SIĘ Z NIMI.



⁹⁶ Tekst jedn.: Biuletyn Informacji Publicznej m. st. Warszawy: https://bip.warszawa.pl/Menu_przedmiotowe/zarzadzania_uchwaly/Zarzadzania/Prezydent_m__st__Warszawy/2019/kwiecien/566_2019.htm (dostęp: 20 kwietnia 2019 r.).

⁹⁷ *Ibidem*.

De facto zatem na przedsiębiorcę zawierającego umowę najmu z miastem nałożone są obowiązki, które nie mają żadnego oparcia w przepisach powszechnie obowiązującego prawa. W teorii zawierając umowę przedsiębiorca godzi się z nimi, a nawet przyjmuje je dobrowolnie (umowa to wszak dwa zgodne oświadczenia woli). W związku z podpisaniem przez prezydenta R. Trzaskowskiego Deklaracji LGBT tego rodzaju tendencja uległa pogłębieniu. Deklaracja LGBT zakłada bowiem rozszerzenie stosowania klauzul na inne niż związane z najmem umowy zawierane przez m.st. Warszawę⁹⁸. Poza umowami najmu, klauzule pojawiły się we wzorcach umów o realizację zadań publicznych, powierzanych przez miasto z podmiotami trzeciego sektora⁹⁹. W „nowych klauzulach” poszerzeniu uległ też katalog cech chronionych. Zgodnie z § 2 pkt 4 wzorca: „Zleceniobiorca nie może dopuszczać się działań lub zaniedbań noszących znamiona dyskryminacji pośredniej lub bezpośredniej, w szczególności ze względu na takie cechy jak płeć, rasa, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. Różnicowanie w traktowaniu osób ze względu na obiektywnie uzasadnione przyczyny nie stanowi przypadku dyskryminacji”. Warto zwrócić uwagę, że klauzula odwraca ciężar dowodu – to zleceniobiorca ma obowiązek wykazać, że nie dopuścił się dyskryminacji.

Taka regulacja rażąco narusza gwarantowaną przez art. 25 ust. 2 Konstytucji RP zasadę zachowywania bezstronności władz publicznych w Rzeczypospolitej Polskiej w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych, przypominaną w postaci zasady bezstronności organów administracji publicznej, zawartej w art. 8 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego¹⁰⁰.

„Klauzule antydyskryminacyjne” wbrew swojej nazwie pozostają w diametralnej sprzeczności z konstytucyjną zasadą równości wobec prawa (zob. art. 32 Konstytucji RP) oraz zasadą wolności działalności gospodarczej (art. 20 Konstytucji RP). Na rynku, przy całkowitym lekceważeniu zasad ustrojowych i gospodarczych państwa polskiego, w wyniku wymogu stosowania owych „klauzul”, doszłoby do ukształtowania się bezprawnie uprzywilejowanego kręgu podmiotów, wyróżnionych ze względu na okazywanie wsparcia wybranym, skrajnym postulatami politycznym i systemowi ideologicznemu obcemu polskiej ustawie zasadniczej.



„KLAUZULE ANTYDYSKRYMINACYJNE” POZOSTAJĄ W DIAMETRALNEJ SPRZECZNOŚCI Z KONSTYTUCYJNĄ ZASADĄ WOLNOŚCI GOSPODARCZEJ I RÓWNOŚCI WOBEC PRAWA. NARUSZAJĄ RÓWNIEŻ ZASADĘ SWOBODY UMÓW.



Zauważyć również należy, że przedmiotowy postulat zawarty w Deklaracji może stać w sprzeczności z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: p.z.p.)¹⁰¹. Zgodnie z art. 7 ust. 1 p.z.p.: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie

98 Tego rodzaju stwierdzenie zostało sformułowane w odpowiedzi na wniosek złożony przez pracowników Instytutu Ordo Iuris w trybie dostępu do informacji publicznej.

99 Zob. zarządzenie nr 339/2019 Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 1 marca 2019 r. w sprawie procedury konkursowej dotyczącej przyznawania dotacji organizacjom pozarządowym i podmiotom wymienionym w art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 roku o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie – dostępne pod adresem internetowym Biuletynu Informacji Publicznej: http://ngo.um.warszawa.pl/sites/ngo2.um.warszawa.pl/files/zalaczniki/artykuly/339_2019.pdf (dostęp: 28 maja 2019 r.).

100 Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 2096.

101 Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1986.

zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”. Art. 6of wskazanej ustawy stanowi z kolei, że: „Zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty może w celu potwierdzenia zobowiązań finansowych lub innych warunków zawartych w ofercie negocjować z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ostateczne warunki umowy, o ile nie skutkuje to zmianami istotnych elementów oferty lub zmianami potrzeb i wymogów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu ani nie prowadzi do zakłócenia konkurencji lub dyskryminacji wykonawców”. W przypadku, gdyby „klausule antydyskryminacyjne” zostały sformułowane w sposób zideologizowany mogłoby dojść do naruszenia zasady równego traktowania, w stosunku do przedsiębiorców, którzy odmawiają ich zaakceptowania. Nadmienić warto, że tego rodzaju sformułowanie zdarza się niekiedy w praktyce podmiotów funkcjonujących w Stanach Zjednoczonych. Przykładowo University of California-Davis przyjął, że dyskryminacja ze względu na religię dotyczyć może jedynie osób, które nie wyznają religii dominującej w danej kulturze, za którą uznano chrześcijaństwo¹⁰². Szczęśliwie kalifornijski uniwersytet szybko wycofał się z oburzającej regulacji¹⁰³.

Podobne wątpliwości rodzi postulat współpracy z tzw. tęczowymi sieciami pracowniczymi, który oznacza *de facto* preferencyjne traktowanie przez władze publiczne (władze m. st. Warszawy) określonych podmiotów, które wspierają konkretne inicjatywy polityczne, przede wszystkim związane z działalnością ruchów LGBT, w tym w szczególności sprzeczny z art. 18 Konstytucji RP postulat redefinicji pojęcia małżeństwa w prawie polskim. Jest to niedopuszczalne, motywowane ideologicznie, premiowanie określonej grupy przedsiębiorców ze środków publicznych. Stowarzyszenie MNW zupełnie wprost wskazuje na taki charakter „Tęczowych sieci pracowniczych” w sprawozdaniu merytorycznym z 2017 r.: „Wspieramy nieformalne zrzeszenia osób LGBT+, które w swoich miejscach pracy animują działania skierowane zarówno do wewnątrz firmy: przeciwdziałanie dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową, integrację społeczności osób LGBT+, **budowanie poparcia dla idei równości małżeńskiej** [podkreślenie – O.I.], jak i na zewnątrz firmy: **wsparcie merytoryczne, rzeczowe i finansowe dla organizacji LGBT+, zwiększanie widoczności podczas Parady i marszy równości** [podkreślenie – O.I.]. **Wsparcie sieci pracowniczych polega na prowadzeniu w firmach specjalnych prelekcji i spotkań poświęconych sytuacji osób LGBT+ w Polsce oraz naszej pracy na rzecz wprowadzenia równości małżeńskiej** [podkreślenie – O.I.]. Ponadto oferujemy firmom dostosowane do ich potrzeb szkolenia z różnorodności oraz wiedzy o potrzebach pracowników i pracowniczek LGBT+”. Oznacza to oczywistą agitację polityczną prowadzoną wśród pracowników, która może doprowadzić do zastraszania i dyskryminacji osób, które nie zgadzają się z postulatami ruchów LGBT, zwłaszcza w zakresie redefinicji pojęcia małżeństwa.



POSTULAT WSPÓŁPRACY Z TZW. TĘCZOWYMI SIECIAMI PRACOWNICZYMI OZNACZA PREFERENCYJNE TRAKTOWANIE PRZEZ WŁADZE PUBLICZNE (WŁADZE M. ST. WARSZAWY) OKREŚLONYCH PODMIOTÓW, KTÓRE WSPIERAJĄ KONKRETNE INICJATYWY POLITYCZNE, PRZEDĘ WSZYSTKIM ZWIĄZANE Z DZIAŁALNOŚCIĄ RUCHÓW LGBT.



¹⁰² Zob. materiały Alliance Defending Freedom pod adresem: <https://www.adflegal.org/detailspages/blog-details/allianceedge/2017/10/18/uc-davis%27s-discriminatory-non-discrimination-policy> (dostęp: 21 maja 2019 r.).

¹⁰³ *Ibidem*.

Każdy pracodawca ma obowiązek respektować przepisy kodeksu pracy oraz innych aktów, w tym aktów prawa europejskiego, służące zabezpieczeniu pracownika m.in. przed mobbingiem (art. 943 k.p.) czy dyskryminacją (art. 113 k.p.). Zauważyć przy tym trzeba, że jak wykazały badania Polskiego Towarzystwa Antydyskryminacyjnego, współfinansowane przez Fundację im. Stefana Batorego, w orzecznictwie sądów powszechnych najczęściej spotyka się sprawy pracownicze dotyczące dyskryminacji ze względu na wiek, płeć oraz przynależność związkową, natomiast orientacja seksualna czy pochodzenie narodowe dotyczą mniej niż 1% spraw¹⁰⁴. Wskazane badania przytaczały również orzeczenie jednego z polskich sądów powszechnych (niestety pozbawione sygnatury i innych danych umożliwiających jego identyfikację), w którym słusznie zauważono, iż „miejsce pracy [...] nie jest miejscem odpowiednim do prowadzenia rozmów o szczegółach życia, takich jak orientacja seksualna czy sposób realizacji potrzeb seksualnych”¹⁰⁵. Omawiany fragment Deklaracji uznać zatem należy za niedopuszczalną polityczną presję na środowisko pracodawców, który w żadnym wypadku nie może być akceptowany w demokratycznym państwie prawnym (art. 2 Konstytucji RP), które ma być dobrem wspólnym wszystkich obywateli (art. 1 Konstytucji RP). Z całą mocą podkreślić trzeba, że nie na tym polega zasada solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych, o której mowa w art. 20 Konstytucji RP. Realizacja tego postulatu stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej.

Zarówno aktualny stan rzeczy, jak i deklaracje zawarte w Karcie LGBT są sprzeczne z prawem. Niezależnie bowiem od wszelkich okoliczności merytorycznych, podkreślić należy, że kryterium formalnym ograniczenia wolności gospodarczej, zgodnie z art. 22 oraz 31 ust. 3 Konstytucji, jest jego nałożenie jedynie w drodze ustawowej. Ogólne upoważnienia zawarte w przepisach u.s.g. oraz u.g.n. nie są w tym wypadku wystarczające. Co więcej, zarządzenia prezydenta miasta nie są w ogóle aktami prawa powszechnie obowiązującego, więc tym bardziej nie powinny ograniczać praw i nakładać obowiązków na obywateli.

4. ZAKAZ DYSKRYMINACJI A GWARANCJE WOLNOŚCI SUMIENIA PRZEDSIĘBIORCY

Dokonany przegląd aktów normatywnych zawierających w swojej treści adresowany do przedsiębiorców zakaz dyskryminacji, pozwala sformułować tezę, że generalny zakaz dyskryminacji przy wykonywaniu usług, wynikający z przepisów ustawy antydyskryminacyjnej, dotyczy jedynie czterech okoliczności: płci, rasy, przynależności narodowej oraz przynależności etnicznej. Dalej idące konsekwencje niesie za sobą art. 138 k.w. Zakaz dyskryminacji w szerszej formule bywa też w praktyce narzucany przez władze samorządowe, w formie klauzuli umownej, którą przedsiębiorca musi zaakceptować, o ile chce podpisać umowę. Potrzeba skorzystania ze sprzeciwu sumienia może więc w praktyce zaistnieć w związku z art. 138 k.w. lub klauzulą antydyskryminacyjną zawartą w umowie.

¹⁰⁴ D. Pudziałowska, *Komentarz do wyników monitoringu stosowania przepisów antydyskryminacyjnych z zakresu prawa pracy*, [w:] *Prawo antydyskryminacyjne w praktyce polskich sądów powszechnych. Raport z monitoringu*, [red.] M. Wieczorek, K. Bogatko, Warszawa 2013, s. 65

¹⁰⁵ M. Wieczorek, K. Bogatko, A. Szczerba-Zawada, *Stosowanie przepisów antydyskryminacyjnych z zakresu prawa pracy – wyniki monitoringu*, [w:] *Prawo antydyskryminacyjne w praktyce polskich sądów powszechnych. Raport z monitoringu*, [red.] M. Wieczorek, K. Bogatko, Warszawa 2013, s. 50. Z pewnym zaskoczeniem odnotować jednak można, że autorki badań, komentując ten wyrok dochodzą do przeciwnych niż sąd wniosków, stwierdzając, że „stanowisko sądu może również prowadzić do utrwalania i sankcjonowania homofobicznych postaw oraz uprzedzeń względem homoseksualnych pracowników”, a zatem uważając zapewne, iż miejsce pracy powinno służyć afiszowaniu się ze swoimi potrzebami seksualnymi, a zadaniem pracodawcy jest afirmacja postulatów sprzecznych z polską Konstytucją.

4.1. Pojęcie i podstawy normatywne dla sprzeciwu sumienia oraz ich konsekwencje dla przedsiębiorców

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazuje się, że wolność sumienia „nie oznacza jedynie prawa do reprezentowania określonego światopoglądu, ale przede wszystkim prawo do postępowania zgodnie z własnym sumieniem, do wolności od przymusu postępowania wbrew własnemu sumieniu”¹⁰⁶. Trybunał wskazuje również, że: „Instytucją stojącą na straży tej wolności jest tzw. klauzula sumienia, rozumiana jako możliwość niepodejmowania działania zgodnego z prawem i powinno, a jednocześnie sprzecznego ze światopoglądem (przekonaniami ideologicznymi czy religijnymi) danej osoby”¹⁰⁷. W literaturze przedmiotu podkreśla się natomiast, że sprzeciw sumienia „to indywidualny sprzeciw podmiotu wobec jakiejś formalnie obowiązującej go normy prawnej”¹⁰⁸. Nie ma wątpliwości, że tak pojmowany sprzeciw sumienia jest w istocie prawem podmiotowym, które – jak zauważył L. Bosek – ma charakter bezwzględny i skutkuje *erga omnes*¹⁰⁹.

Sprzeciw sumienia, jako integralna część wolności sumienia, znalazł swoje umocowanie w art. 53 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którym: „Każdemu zapewnia się wolność sumienia i religii”¹¹⁰. Błędem byłoby zatem ograniczać pojęcie sprzeciwu sumienia do odmowy służby wojskowej, o czym mowa w art. 85 ust. 3 ustawy zasadniczej. Prawo podmiotowe do podnoszenia sprzeciwu sumienia jest chronione na gruncie konstytucyjnym, czego nie zmienia sytuacja, w której prawodawca zdecydował się na jego potwierdzenie w aktach prawnych niższego rzędu, co jest zresztą pożądane ze względów praktycznych¹¹¹.



SPRZECIW SUMIENIA JEST INTEGRALNĄ CZĘŚCIĄ WOLNOŚCI SUMIENIA I ZNALAZŁ SVOJE UMOCOWANIE W ART. 53 UST. 1 KONSTYTUCJI, ZGODNIE Z KTÓRYM: „KAŻDEMU ZAPEWNIĄ SIĘ WOLNOŚĆ SUMIENIA I RELIGII”. POTWIERDZIŁ TO W SWOIM ORZECZNICTWIE TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY.



Prawo podmiotowe do korzystania z instytucji sprzeciwu sumienia jest również chronione na gruncie prawa międzynarodowego. Zgodnie z art. 18 ust. 1 MPPOP: „Każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania. Prawo to obejmuje wolność posiadania lub przyjmowania wyznania lub przekonań według własnego wyboru oraz do uzewnętrzniania indywidualnie czy wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swej religii lub przekonań przez uprawianie kultu, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie”. Z kolei ust. 2 cytowanego postanowienia stanowi, że: „Nikt nie może podlegać przymusowi, który stanowiłby zamach na jego wolność posiadania lub

¹⁰⁶ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 15 stycznia 1991 r., sygn. akt U 8/90, OTK 1991/1/8.

¹⁰⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14, OTK 143/9/A/2015, pkt III.4.2.4. W tym kontekście nadmienić należy, że Trybunał użył sformułowania „klauzula sumienia” jako zamiennego w stosunku do „sprzeciwu sumienia”. Na temat rozróżnień terminologicznych (gdzie klauzula sumienia jest pojęciem węższym, bowiem zawsze opartym o podstawę ustawową, która nie jest wymagana przy sprzeciwie sumienia), zob. M. Skwarzyński, *op. cit.*, s. 66-67.

¹⁰⁸ K. Orzeszyna, *Klauzula sumienia jako gwarancja realizacji prawa do wolności sumienia*, „Medyczna Wokanda” 9 (2017), s. 18.

¹⁰⁹ Zob. L. Bosek, *Prawo osobiste do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem – na przykładzie lekarza*, „Forum Prawnicze” 1 (2014), s. 16-17.

¹¹⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14, OTK 143/9/A/2015, pkt III.4.2.3. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego potwierdził poglądy, które pojawiały się już wcześniej w literaturze, zob. przykładowo: J. Sobczak, M. Gołda-Sobczak, *Wolność sumienia i wyznania jako prawo człowieka*, „Annales UMCS” Sectio K, Politologia, 19/1 (2012), s. 48.

¹¹¹ *Ibidem*, III.4.4-5.

przyjmowania wyznania albo przekonań według własnego wyboru”. Dopuszczalne jest ograniczenie wolności, o której mowa w art. 18 ust. 1 możliwe jest jedynie przez ustawę i tylko w takim zakresie, w jakim jest to konieczne dla ochrony bezpieczeństwa publicznego, porządku, zdrowia lub moralności publicznej albo podstawowych praw i wolności innych osób (art. 18 ust. 3 MPPOP).

Na gruncie Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Europejskiej konwencji praw człowieka, dalej jako: EKPC)¹¹² prawo do sprzeciwu sumienia aktualnie wywodzi się z treści art. 9, który stanowi, że: „1. Każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania; prawo to obejmuje wolność zmiany wyznania lub przekonań oraz wolność uzewnętrzniania indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swego wyznania lub przekonań przez uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne. 2. Wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać jedynie 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”¹¹³. Obecnie zagadnienie sprzeciwu sumienia podejmowane jest głównie w kontekście odmowy służby wojskowej¹¹⁴.

W wyroku z dnia 7 lipca 2011 r., w sprawie *Bayatyan przeciwko Armenii* Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że sprzeciw taki musi być motywowany poważnym i niemożliwym do pokonania konfliktem między wynikającym z przepisów prawa obowiązkiem i sumieniem danej osoby albo jej głębokimi i autentycznymi przekonaniem religijnymi lub innymi, jak przykładowo filozoficznymi¹¹⁵. Obiektywna weryfikacja tego, czy sprzeciw sumienia jest „uzasadniony” nastąpi zatem z uwzględnieniem systemu wartości, do którego odwołuje się dana jednostka – ETPC wskazał bowiem, że sprzeciw nie powinien być motywowany własną wygodą, lecz wynikać z przekonań religijnych (względnie filozoficznych i temu podobnych), które osoba powołująca się na klauzulę sumienia wyznaje i realnie praktykuje¹¹⁶.

Nadmienić należy, że sprzeciw sumienia nie potrzebuje żadnej podstawy ustawowej¹¹⁷, choć ustawodawstwo powinno być ukształtowane tak, by takową zagwarantować¹¹⁸. Jak trafnie ujął to K. Orzeszyna: „Wolność sumienia i prawo do postępowania zgodnie z własnym sumieniem nie wymaga wyrażonej podstawy ustawowej. Takiej podstawy wymaga ograniczenie prawa do postępowania zgodnie z własnym sumieniem. To nie wolność zachowania się zgodnie z własnym sumieniem może podlegać kontroli z punktu widzenia jej zgodności z Konstytucją. Takiej kontroli powinny podlegać, wynikające z normy zawierającej klauzulę sumienia, ograniczenia prawa do zachowania się zgodnego z własnym sumieniem”¹¹⁹. Ograniczenie prawa do korzystania ze sprzeciwu sumienia następować musi z uwzględnieniem treści art. 30 oraz 31 ust. 3 ustawy zasadniczej¹²⁰. Dodać należy, że sprzeciw sumienia stanowi pewnego rodzaju manifestację wolności sumienia (materializuje się w sferze *forum externum*), stąd też wyjątkowe nakładanie ograniczeń prawnych ze strony władz publicznych jest możliwe¹²¹.

112 Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

113 Zob. M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2017, s. 741-742.

114 *Ibidem*, s. 742.

115 Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 7 lipca 2011 r., w sprawie *Bayatyan przeciwko Armenii*, skarga nr 23459/03, pkt 111.

116 *Ibidem*, pkt 124.

117 K. Orzeszyna, *op. cit.*, s. 17; M. Skwarzyński, *op. cit.*, s. 67-73. Por. także: R. Sztuchmiller, *Spór o klauzulę sumienia w Polsce*, „Kościół i Prawo” 4/17 (2015), s. 187.

118 M. Olszówka, komentarz do art. 53, [w:] *Konstytucja RP*, t. I, *Komentarz do art. 1-86*, [red.] M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, nb. 50.

119 K. Orzeszyna, *op. cit.*, s. 17. Zob. także: M. Olszówka, *op. cit.*, nb. 50.

120 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14, OTK 143/9/A/2015, pkt III.4.4.5.

121 Zob. w tym względzie: M. Skwarzyński, *op. cit.*, s. 71.

Najbardziej miarodajne w kwestii źródeł normatywnych statuujących gwarancje dla sprzeciwu sumienia pozostaje orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, który wskazał, że wolność sumienia, będąca źródłem prawa do wyrażenia sprzeciwu sumienia, tkwi w „samej naturze człowieka, stąd określa się ją jako przyrodzoną, a przez to – niezbywalną”, a jednocześnie stanowi „podstawowe prawo człowieka”¹²². Prawo do odmowy podejmowania określonego działania lub zaniechania z uwagi na istniejący sprzeciw sumienia jest więc naturalnym prawem człowieka, pierwotnym względem państwa. Motyw konfliktu między prawem pozytywnym a nakazem prawego sumienia od stuleci przewija się przez kulturę i sztukę, a próby tłamszenia wolności ludzkiego sumienia stanowią przejaw despotyzmu i opresji państwa względem jednostki¹²³.

Z uwagi na jednoznaczne wskazanie przez Trybunał Konstytucyjny, że pierwszorzędym źródłem normatywnym dla sprzeciwu sumienia pozostaje w porządku normatywnym art. 53 ust. 1 Konstytucji¹²⁴, niedopuszczalne jest ograniczanie prawa do jego podnoszenia jedynie do przedstawicieli wybranych grup zawodowych¹²⁵. Z całą pewnością mogą z niego korzystać wszyscy przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że dotyczy to także osób prawnych i wszelkich innych jednostek organizacyjnych (przykładowo szpital niezależnie od formy organizacyjnej w jakiej funkcjonuje)¹²⁶. Odnośnie do osób prawnych typu korporacyjnego stwierdzić należy, że w tego rodzaju sytuacjach sprzeciw sumienia dotyczy w istocie osób fizycznych, które są zrzeszone w danej jednostce organizacyjnej (przykładowo członkowie stowarzyszenia prowadzącego działalność wydawniczą)¹²⁷. Niemniej jednak zauważyć należy, że Europejski Trybunał Praw Człowieka uznaje, że na gruncie EKPC osoby inne niż fizyczne nie mogą być podmiotem wolności sumienia¹²⁸.

4.2. Przesłanki sprzeciwu sumienia

Sprzeciw sumienia powstaje zatem w sytuacji kolizji między nakazem sumienia, a obowiązkiem podjęcia lub zaniechania konkretnego działania, który znajduje swoje oparcie w obowiązującym prawie¹²⁹. Pierwszą zatem przesłanką, by w ogóle mówić o sprzeciwie sumienia jest istnienie normy prawa pozytywnego, która nakłada na podmiot określony obowiązek. Charakter tego obowiązku pozostaje zasadniczo indyferentny, a zatem może chodzić zarówno o obowiązek wynikający z przepisów prawa publicznego, jak i prywatnego. Nie ma też żadnych podstaw, by wykluczyć z tego zakresu obowiązki umowne.

Prowadzi to do wniosku, że często odmowa zawarcia umowy – w świetle standardów prawa polskiego – nie wymaga sięgnięcia do konstrukcji sprzeciwu sumienia, z uwagi na generalną zasadę swobody umów. Istotnym wyjątkiem w tym względzie będzie sytuacja, gdy usługa oferowana jest w ramach

¹²² *Ibidem*, pkt III.4.1.1.

¹²³ Zob. przykładowo: Sofokles, *Antygona*, 445-468, [w:] *idem*, *Antygona. Król Edyp. Elektra*, tłum. K. Morawski, Wrocław 2004, s. 165-166. W sytuacji konfliktu sumienia stawiali prześladowani chrześcijanie, którzy mogli ocalić życie poprzez złożenie ofiar bóstwom pogańskim, zob. B. Kumor, *Historia Kościoła*, t. I, *Starożytność chrześcijańska*, Lublin 1973, s. 60. Wiele uwagi zagadnieniu konfliktu między prawem pozytywnym a nakazami sumienia poświęcił św. Tomasz More, którego zagadnienie dotyczyło bezpośrednio: W. Medwid, *Kontrowersje wokół rozstrzygnięć sumienia Tomasza More'a*, „*Analecta Cracoviensia*” 45 (2013), s. 180-181. Synteza zagadnienia z punktu widzenia filozoficznego: M. Piechowiak, *Sumienie a wolność*, „*Zeszyty Naukowe KUL*” 47 (2004), s. 3-23.

¹²⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14, OTK 143/9/A/2015, pkt III.4.2.3.

¹²⁵ Szeroko na ten temat: M. Skwarzyński, *op. cit.*, s. 73 i n.

¹²⁶ M. Olszówka, *op. cit.*, nb. 51.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ K. Orzeszyna, *op. cit.*, s. 18-19; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14, OTK 143/9/A/2015, pkt III.4.2.4. Zob. także: M. Olszówka, *op. cit.*, nb. 50; M. Skwarzyński, *op. cit.*, s. 64; R. Szttychmiller, *op. cit.*, s. 187-188.

działalności zawodowej danego podmiotu, ponieważ wówczas odmowa stanowi wykroczenie określone w art. 138 k.w. W tym jednak względzie można zgłosić dość istotne wątpliwości związane z wielokrotnie już cytowanym postanowieniem Sądu Najwyższego w sprawie łódzkiego drukarza. Jeżeli bowiem „w pojęciu «uzasadnionej przyczyny» użytym w art. 138 k.w. mieszczą się również przekonania religijne”¹³⁰, to nie ma mowy o ciążącym na przedsiębiorcy (usługodawcy) prawnym obowiązku zawarcia umowy. Żaden inny przepis w polskim systemie prawnym tego rodzaju obowiązku nie nakłada, a uznać należy, że w aktualnym stanie prawnym jest wprost przeciwnie – każdy podmiot niepubliczny podejmuje samodzielnie decyzję o tym z kim i czy w ogóle zawiera umowę. Wynika to z fundamentalnej dla prawa prywatnego zasady autonomii woli stron. Brak obowiązku oznacza jednocześnie, że podnoszenie sprzeciwu sumienia nie jest ani możliwe, ani też potrzebne.

Praktyczna doniosłość tej konstatacji jest jednak znikoma, bowiem wykazanie, że u podstaw odmowy wykonania świadczenia spowodowana była względami religijnymi będzie wymagała przeprowadzania dowodu analogicznego, do tego, który należałoby przeprowadzić w przypadku sprzeciwu sumienia¹³¹. Stąd też dalsze uwagi można co do zasady potraktować jako wspólne dla obydwu sytuacji.

Po ustaleniu istnienia normy prawa pozytywnego nakładającej obowiązek określonego zachowania (działania lub zaniechania) na podmiot, następuje osąd sumienia¹³². Podmiot identyfikuje normę religijną lub moralną pozostającą w związku z obowiązkiem wynikającym z prawa pozytywnego. Dokonuje oceny, czy pomiędzy obowiązkami wynikającymi z różnych porządków normatywnych istnieje konflikt, który powinny znamionować dwie cechy: powinien on być poważny oraz niemożliwy do pokonania¹³³. Konflikt poważny rozumieć należy jako dotyczący kwestii istotnych, ważnych, zasadniczych. Niemożliwość pokonania konfliktu zachodzi natomiast wtedy, gdy dwie normy (prawno-pozytywna oraz religijna lub moralna) wykluczają się wzajemnie. Wówczas osoba znajdująca się w sytuacji konfliktu sumienia musi rozstrzygnąć, która norma ma prymat¹³⁴. W sytuacji, gdy zgodnie z sumieniem danej osoby pierwszeństwo ma norma religijna lub moralna, w związku z czym wykonanie obowiązku określonego prawem pozytywnym godzi w integralność podmiotu zainteresowanego, wówczas dochodzi do sprzeciwu sumienia, który powinien zostać uzewnętrzniony poprzez odmowę wykonania lub po prostu niewykonanie obowiązku.

W świetle aktualnego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wydaje się, że najistotniejszym zagadnieniem jest możliwość wskazania obiektywnej podstawy dla skonkretyzowanego w danej sytuacji faktycznej obowiązku motywowanego względami religijnymi lub moralnymi, która ma być wyznacznikiem postępowania wiążącego sumienie danej osoby¹³⁵. Jak wskazał z kolei Europejski

130 Postanowienie Sądu Najwyższego z 14 czerwca 2018 r., sygn. akt II KK 333/17.

131 Jak wskazuje R. Sztymchmiller, klauzula sumienia przysługuje „każdej osobie, która **potrafi wykazać** (podkreślenie O.I.), że dana czynność jest sprzeczna z jej przekonaniem” – R. Sztymchmiller, *op. cit.*, s. 187.

132 Zob. św. Tomasz z Akwinu, *Summa Theologiae*, I, q. 79, a. 13. Uwagi św. Tomasza można uznać za uniwersalne i miarodajne, bez względu na to, kto – niezależnie od wyznania lub jego braku – powołuje się na sprzeciw sumienia.

133 Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 7 lipca 2011 r., w sprawie *Bayatyan przeciwko Armenii*, skarga nr 23459/03, pkt 111.

134 M. Piechowiak ujmując to zagadnienie w następujący sposób: „Człowiek nie tylko wybiera między dobrem a złem, ale wybiera spośród różnych dóbr, nadając swemu życiu jedyny, niepowtarzalny kształt” – M. Piechowiak, *op. cit.*, s. 21.

135 Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14, OTK 143/9/A/2015, stwierdził: „Dostrzegając problemy związane z określeniem konsekwencji wolności sumienia, w szczególności niebezpieczeństwo akceptacji relatywizmu w sferze etyki, które miałyby być skutkiem subiektywnego charakteru sumienia, Trybunał zwraca uwagę, że przedmiot rozpoznawanej sprawy nie wymagał wypowiedzi o charakterze generalnym, odnoszących się do tych kwestii. W sprawie chodziło wszak o zakres korzystania z klauzuli sumienia przez lekarzy, których status prawny pozwala wyeliminować szereg wątpliwości i ograniczyć ryzyko subiektywizmu” (pkt III.4.2.4). Jakkolwiek teza o „subiektywnym charakterze sumienia” może być poddana w wątpliwość (sumienie może być wadliwie ukształtowane, ciężko jednak zakładać, że ma ono charakter subiektywny, subiektywne mogą być sądy sumienia), to stanowisko Trybunału może mieć duże znaczenie w praktyce, o czym świadczy choćby sprawa Adama J., który odwoływał się do norm zobiektywizowanych, a mimo tego, na skutek ich – w opinii autora niniejszego opracowania – błędnej interpretacji, uznano go winnym wykroczenia z art. 138 k.w. – zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 14 czerwca 2018 r., sygn. akt II KK 333/17.

Trybunał Praw Człowieka, poglądy stojące u podstaw sytuacji konfliktu sumienia powinny rodzić „przekonanie lub wierzenie o wystarczającej mocy przekonywania, powadze, spójności i istotności”¹³⁶. W związku z tym, w praktyce rekomendować należy, by odmowa wykonania świadczenia potwierdzona była w formie pisemnej i zawierała motywy, które jej przyświecają¹³⁷. Nie wynika to wprawdzie z żadnego przepisu dotyczącego przedsiębiorców i – co należy podkreślić – wynikać nie może, niemniej jednak wydaje się to przydatne na wypadek ewentualnego sporu sądowego¹³⁸. Dodać należy, że w takiej sytuacji sąd powinien dokonywać oceny współmierności dóbr, które mają być chronione na skutek materializacji obowiązków stojących ze sobą w kolizji (na gruncie omawianych zagadnień byłoby to przykładowo: prawo do domagania się świadczenia stojące w sprzeczności z zakazem afirmacji zachowań uznawanych za grzeszne w świetle nauczania Kościoła Katolickiego)¹³⁹. W żadnym wypadku sąd nie powinien dokonywać oceny samej religii czy światopoglądu danej osoby¹⁴⁰.

5. WNIOSKI

Dokonana analiza prowadzi do następujących konstatacji:

1. Niepokojące tendencje, związane z próbami dążenia do prawnego ograniczenia wolności sumienia przedsiębiorców w Stanach Zjednoczonych oraz w Wielkiej Brytanii zostały zahamowane na skutek rozstrzygnięć w sprawach *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* oraz *Lee v. Ashers Baking Company Ltd.* Niemniej jednak ciężko jeszcze przesądzać, na ile orzeczenia te zostaną w praktyce uznane za miarodajne dla innych, podobnych spraw.
2. Przyjąć należy, że art. 32 ust. 2 Konstytucji oddziałuje jedynie w stosunkach wertykalnych i nie może być samodzielną podstawą roszczeń między osobami fizycznymi. Niemniej jednak w literaturze podnoszone są również głosy odmienne.
3. Przepisy polskiej ustawy antydyskryminacyjnej przewidują odpowiedzialność odszkodowawczą przedsiębiorcy za odmowę zawarcia umowy lub wykonania świadczenia z uwagi na płeć, rasę, pochodzenie etniczne lub narodowe. Jakkolwiek jest to ograniczenie wolności gospodarczej, to ciężko rozpatrywać je w kategoriach ograniczenia wolności sumienia. Warunkiem dla utrzymania takiego stanu rzeczy jest prawidłowa, ścisła interpretacja przepisów wskazanej ustawy.

¹³⁶ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 7 lipca 2011 r., w sprawie *Bayatyan przeciwko Armenii*, skarga nr 23459/03, pkt 110. Zob. także: M. Skwarzyński, *op. cit.*, s. 72.

¹³⁷ Przykładowo poprzez bezpośrednie powołanie się na zasady etyki danego kościoła lub związku wyznaniowego.

¹³⁸ Dokonując oceny zgodności z Konstytucją wynikającego z art. 39 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza denty (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r., poz. 537) obowiązku lekarza, by sporządzać uzasadnienie wstrzymania się od czynności sprzecznych z jego sumieniem, Trybunał Konstytucyjny stwierdził: „Trybunał nie podzielił wskazanych wątpliwości, a w każdym razie nie uznał, by ich ranga decydowała o niezgodności z Konstytucją, nawet gdyby został powołany i uzasadniony właściwy wzorzec kontroli – wynikająca z art. 2 Konstytucji zasada prawidłowej legislacji. Uwzględniając cel przepisu, Trybunał stwierdził, że wymagane przez art. 39 zdanie pierwsze u.z.l. uzasadnienie przyczyn odmowy wykonania świadczenia powinno mieć charakter medyczny, nie zaś służyć wyjaśnieniu światopoglądu lekarza czy też wskazaniu zasady moralnej leżącej u podstaw jego zachowania. Celem prowadzenia dokumentacji medycznej nie jest bowiem utrwalanie na piśmie poglądów filozoficzno-prawnych lekarza, lecz utrwalenie danych medycznych (na przykład wyników przeprowadzonych badań, analiz lub pomiarów) świadczących o tym, że w chwili odmowy wykonania świadczenia nie zachodziło niebezpieczeństwo utraty życia pacjenta czy też ciężkiego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia pacjenta. Nieporozumieniem jest wymaganie, by w dokumentacji medycznej lekarz wyjaśniał, jakim światopoglądem kieruje się w swym życiu i pracy zawodowej” - wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 2015 r., sygn. akt K 12/14, OTK 143/9/A/2015, pkt III.8.2.3.

¹³⁹ M. Skwarzyński, *op. cit.*, s. 72.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

4. W Polsce największym zagrożeniem ustawowym dla wolności sumienia przedsiębiorców jest art. 138 Kodeksu wykroczeń. Wprawdzie w orzecznictwie Sądu Najwyższego ostatecznie uznano, że „uzasadnionym powodem” odmowy wykonania świadczenia mogą być względy religijne, niemniej jednak w praktyce doszło do uznania winnym wykroczenia z art. 138 k.w. przedsiębiorcy, który odmówił wydruku plakatu z logiem organizacji LGBT. Zagadnienie konstytucyjności takiego rozumienia omawianego przepisu zostanie rozstrzygnięte wyrokiem zakresowym Trybunału Konstytucyjnego.
5. Akty prawa miejscowego na terenie Warszawy nie dają bezpośrednich podstaw prawnych do formułowania „klausul antydyskryminacyjnych” w umowach najmu zawieranych przez miasto. Budzi to zasadnicze wątpliwości odnośnie do ich legalności. Konstrukcja samych klausul jest wadliwa, bowiem nakłada na przedsiębiorcę obowiązki nieznane ustawie antydyskryminacyjnej, jednocześnie ograniczając jego wolność prowadzenia działalności gospodarczej (por. art. 22 Konstytucji).
6. Prawo do podnoszenia sprzeciwu sumienia przez przedsiębiorców jest gwarantowane konstytucyjnie (art. 53 ust. 1 Konstytucji). Nie potrzebuje ono dodatkowego potwierdzenia ustawowego dla swojej skuteczności.
7. Sprzeciw sumienia może zostać podniesiony przez przedsiębiorcę w sytuacji poważnego i nie dającego się pokonać konfliktu między obowiązkami wynikającymi z porządku prawa pozytywnego oraz obowiązkami natury religijnej lub moralnej. W takiej sytuacji należy rekomendować przedsiębiorcom, by odmowa wykonania świadczenia dokonywana była w formie pisemnej lub elektronicznej oraz zawierała odwołanie do zasad etyki kościoła, związku wyznaniowego lub nurtu filozoficznego, które stanęły u podstaw odmowy wykonania świadczenia przez przedsiębiorcę

WSPARCIE DARCYŃCÓW

Instytut Ordo Iuris jest fundacją i zakres naszej aktywności jest ściśle uzależniony od funduszy, które pozyskamy na działalność statutową. Ceniąc sobie niezależność, nie korzystamy ze środków publicznych i grantów, których pozyskanie mogłoby ją ograniczać. Naszą działalność prowadzimy tylko dzięki hojności naszych Darczyńców, zwłaszcza tych, którzy wspierają nas regularnie co miesiąc w ramach Kręgu Przyjaciół (więcej na: www.przyjaciele.ordoiuris.pl)

RAZEM MOŻEMY REALNIE WPŁYWAĆ NA RZECZYWISTOŚĆ!

DAROWIZNĘ MOŻNA PRZEKAZAĆ NA KONTO

32 1160 2202 0000 0002 4778 1296

Fundacja Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris
oraz za pomocą przelewów internetowych Tpay i PayPal
(szczegóły na stronie www.ordoiuris.pl).

Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris
ul. Zielna 39 00-108 Warszawa
biuro@ordoiuris.pl
tel. 22 404 38 50, fax 22 127 91 25

Square de Meeus 35,
1000 Brussels
Belgium



ordoiuris.pl



[/ordoiuris](https://www.facebook.com/ordoiuris)



[@Ordoluris](https://twitter.com/Ordoluris)



[/ordoiuris](https://www.youtube.com/ordoiuris)