

1444/2019/PSP/JJ

Warszawa, 25 września 2019r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi
II Wydział Karny
ul. G. Narutowicza 64
90-136 Łódź

Dot. sygn. akt: II AKo 91/19

Termin posiedzenia: 27 września 2019 r. godz. 12.45

**OPINIA
PRZYJACIELA SĄDU (AMICUS CURIAE)**

W imieniu Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka (HFPC) pragniemy przedstawić opinię przyjaciela sądu (amicus curiae) w sprawie z wniosku o wznowienie postępowania w sprawie ██████████ obwinionego o czyn z art. 138 Kodeksu wykroczeń¹ (sygn. akt Sądu Apelacyjnego: II AKo 91/19; sygn. akt Sądu Okręgowego w Łodzi: V Ka 557/17) toczącej się przed Sądem Apelacyjnym w Łodzi II Wydział Karny.

I. Uwagi wprowadzające

„Opinia przyjaciela sądu” (amicus curiae) to znana w praktyce sądów zagranicznych i w kilkudziesięciu sprawach także w Polsce forma wyrażania poglądu przez organizacje pozarządowe na sprawę rozpatrywaną przed sądem, któremu taka opinia jest przedstawiana. Opinia ta formułowana jest na podstawie informacji oraz badań uzyskanych przy wykonywaniu działalności statutowej. „Opinia przyjaciela sądu” ma w swoim założeniu pomóc sądowi w kompleksowym rozpatrzeniu sprawy, z uwzględnieniem argumentów oraz poglądów, które niekoniecznie mogą być przedstawione przez strony w postępowaniu. HFPC składała już w przeszłości „opinie przyjaciela sądu” także w sprawach o wykroczenia².

¹ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r., t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 821 z późn. zm.

² Przykładowo opinia przyjaciela sądu w sprawie działaczy obwinionych o znieważenie Znaku Polski Walczącej z dnia 31 lipca 2017 r., dostęp: http://www.obserwatorium.org/index.php?option=com_content&view=article&id=4942:2017-10-09-08-42-35&catid=40:zkraju&Itemid=34.

Helsińska Fundacja Praw Człowieka, przez złożenie niniejszej opinii przyjaciela sądu pragnie zwrócić uwagę Sądu na kwestie skuteczności prawnej wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 czerwca 2019 r. sygn. K 16/17, którego wydanie legło u podstaw sformułowania wniosku o wznowienie niniejszego postępowania. Jednocześnie HFPC chce podkreślić związki niniejszej sprawy z prawem Unii Europejskiej, a także wynikającą z tego możliwość skorzystania z przewidzianych przez ten porządek środków, takich jak mechanizm pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE).

II. Stan faktyczny

Sąd Rejonowy dla Łodzi-Widzewa w Łodzi wyrokiem z dnia 31 marca 2017 r., sygn. akt VII W 1640/16, uznał obwinionego pracownika drukarni za winnego tego, że w dniu 27 maja 2015 r. w Łodzi, zajmując się zawodowo świadczeniem usług, umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmówił świadczenia, do którego był obowiązany na rzecz Fundacji działającej na rzecz osób LGBT, tj. wydruku roll up'u, co stanowiło wykroczenie z art. 138 Kodeksu wykroczeń. Jednocześnie Sąd I instancji odstąpił od wymierzenia kary, a nadto zwolnił obwinionego od kosztów sądowych, którymi obciążył Skarb Państwa. Pracownik drukarni odmówił wykonania roll up'u ze względu na swoje przekonania religijne, które w jego ocenie zabraniały mu przyczyniania się do promocji ruchów LGBT.

Następnie Sąd Okręgowy w Łodzi wyrokiem z dnia 26 maja 2017 r., sygn. akt V Ka 557/17, utrzymał zaskarżony wyrok w mocy. Od tego wyroku kasację wniósł Prokurator Generalny.

Postanowieniem z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt II KK 333/17, Sąd Najwyższy oddalił kasację. Sąd Najwyższy stwierdził, że zarówno sąd I jak i II instancji zasadnie uznały, że art. 138 Kodeksu wykroczeń zyskał walor przepisu antidyskryminacyjnego. Przy czym SN wskazał, że zakaz dyskryminacji znajduje umocowanie w art. 32 Konstytucji RP oraz wiążących Polskę aktach prawa międzynarodowego. Sąd Najwyższy przyjął, że sądy meriti trafnie uznały, że w realiach rozpoznawanej sprawy indywidualny światopogląd czy subiektywne rozumienie wyznawanej religii nie mogą stanowić uzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia w rozumieniu art. 138 Kodeksu wykroczeń.

Jednocześnie SN zaznaczył, że „o ile przy wykonaniu konkretnej usługi powstaje konflikt podstawowych wolności i praw między usługodawcą a konsumentem, to w pojęciu "uzasadnionej przyczyny" użytym w art. 138 k.w. mieszczą się również przekonania religijne, co oznacza, że gdy pozostają one w oczywistej sprzeczności z cechami i charakterem usługi, wolno odmówić wykonania takiego świadczenia, nawet jeżeli pozostają one w konflikcie z innymi wartościami, w tym także konstytucyjnymi, takimi jak zakaz dyskryminacji. Natomiast odmowy wykonania świadczenia nie mogą uzasadniać indywidualne przymioty osób (np. wyznanie religijne, manifestowane

poglądy czy preferencje seksualne), na rzecz których usługę tę określony podmiot zobowiązany jest wykonać”.

Ponadto Prokurator Generalny, oprócz skierowania kasacji, złożył wniosek do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności z Konstytucją art. 138 Kodeksu wykroczeń w następującym zakresie: a) w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, z art. 2 Konstytucji, b) rozumianego w ten sposób, że zasady wiary i sumienia nie są uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi, z art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, c) w zakresie dotyczącym osób osobiście prowadzących działalność gospodarczą lub działających w imieniu podmiotu prowadzącego taką działalność, z art. 20 w związku z art. 22, w związku z art. 31 ust. 3 i w związku z art. 31 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji.

Wyrokiem z dnia 26 czerwca 2019 r., sygn. K 16/17, Trybunał Konstytucyjny uznał, że art. 138 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń w części zawierającej słowa „albo umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany”, jest niezgodny z art. 2 Konstytucji RP, a w pozostałym zakresie umorzył postępowanie. Wyrok został opublikowany w Dzienniku Ustaw dnia 4 lipca 2019 r.³, a Trybunał nie orzekł o odroczeniu utraty mocy obowiązującej zakwestionowanego przepisu.

Wnioskiem z dnia 7 sierpnia 2019 r. Zastępca Prokuratora Okręgowego w Łodzi wniósł o wznowienie przedmiotowego postępowania w związku z wspomnianym wyrokiem TK na podstawie art. 540 § 2 Kodeksu postępowania karnego⁴ w zw. z art. 113 § 1 i 3 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia⁵.

III. Wątpliwości dotyczące skuteczności prawnej wyroku TK z dnia 26 czerwca 2019 r. (sygn. K 16/17)

Należy zaznaczyć, że istnieją poważne wątpliwości, podnoszone także w piśmiennictwie⁶, co do prawidłowości obsadzenia niektórych stanowisk sędziowskich w Trybunale Konstytucyjnym. W tym kontekście należy wskazać, że wspomniany wyrok z dnia 26 czerwca 2019 r., sygn. K 16/17, Trybunał wydał w następującym składzie: Andrzej Zielonacki – przewodniczący, Zbigniew Jędrzejewski, Leon Kieres,

³ Dz. U. poz. 1238.

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1987 z późn. zm.

⁵ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r., t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1120 z późn. zm.

⁶ M. Szwed, Orzekanie przez wadliwie powołanych sędziów jako naruszenie prawa do sądu. Glosa do wyroku ETPC z dnia 12 marca 2019 r., 26374/18. Europejski Przegląd Sądowy, 2019; P. Radziejewicz, On Legal Consequences of Judgements of the Polish Constitutional Tribunal Passed by an Irregular Panel, „Review of European and Comparative Law” 2017/4, s. 46–56; M.J. Zieliński, Kilka uwag na marginesie sporu o legalność obsady stanowisk sędziowskich w Trybunale Konstytucyjnym w 2015 r., „Przegląd Sądowy” 2017/11–12, s. 7–22, M. Pach, Okoliczności i przejawy utraty konstytucyjnej charakterystyki przez polski Trybunał Konstytucyjny po 19.12.2016 r., [w:] Konstytucja. Praworządność. Władza Sądownicza. Aktualne problemy trzeciej władzy w Polsce, red. Ł. Bojarski, K. Grajewski i in., Warszawa 2019, s. 129-140.

Mariusz Muszyński – sprawozdawca, Wojciech Sych. Zasygnalizowane wątpliwości dotyczą m.in. wyboru i powołania na urząd sędziego TK pana Mariusza Muszyńskiego.

Nieprawidłowości dotyczące powołania pana Mariusza Muszyńskiego wynikają z tego, że został on wybrany przez Sejm VIII kadencji na miejsce sędziego TK, które zostało już prawidłowo obsadzone przez Sejm VII kadencji. O prawidłowości wyboru 3 sędziów TK przez Sejm VII kadencji orzekł TK w wyroku z dnia 3 grudnia 2015 r., sygn. akt K 34/15, uznając za zgodną z Konstytucją regulację ustawową pozwalającą Sejmowi VII kadencji na wybór 3 sędziów TK (na miejsca sędziów TK, których kadencja wygasła jeszcze w trakcie VII kadencji Sejmu). Takie rozumowanie zostało także potwierdzone w kolejnym wyroku TK, w którym m.in. uznano za niezgodną z Konstytucją regulację nakazującą prezesowi TK dopuszczenie do orzekania trzech sędziów wybranych przez Sejm VIII kadencji, bowiem wybór ten został dokonany na miejsca, które nie były opróżnione⁷. Z tego względu Prezydent RP powinien przyjąć ślubowanie od trzech sędziów wybranych przez Sejm VII kadencji, a Sejm VIII kadencji nie powinien wybierać ponownie innych osób, w tym m.in. Mariusza Muszyńskiego na stanowisko sędziego TK. W rzeczywistości doszło bowiem do nieuprawnionego faktycznego odwołania wybranych legalnie trzech sędziów przez Sejm poprzedniej kadencji i zastąpienia ich innymi osobami, co godzi m.in. w zasadę nieusuwalności sędziów, której celem jest zagwarantowanie niezależności sądów i Trybunału⁸. Nieprawidłowości w zakresie wyboru sędziów TK dostrzegły również sądy, w tym Sąd Najwyższy⁹ oraz sądy administracyjne¹⁰. Wobec tego należy uznać, że pan Mariusz Muszyński jest osobą nieuprawnioną do zasiadania w składach orzeczniczych TK, ponieważ został wybrany na miejsce już zajęte.

Rozważenia wymagają skutki obecności w składach orzekających TK osób nieuprawnionych do orzekania. W takiej sytuacji może zachodzić nieważność wyroku (lub używając terminologii z zakresu procedury cywilnej – nieważność postępowania) ze względu na nienależytą obsadę sądu lub „nieistnienie” wyroku, na co zwrócił uwagę Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 20 czerwca 2018 r. (sygn. akt V SA/Wa 459/18, orzeczenie nieprawomocne). Przy czym skutkiem przyjęcia, że mamy do czynienia z wyrokiem nieistniejącym jest uznanie, że nie nastąpiło ostateczne rozstrzygnięcie sprawy, którą zajmował się TK¹¹. Zaznaczenia

⁷ Wyrok TK z dnia 11 sierpnia 2016 r. sygn. akt K 39/16.

⁸ M. Szwed, Orzekanie przez wadliwie powołanych sędziów jako naruszenie prawa do sądu. Głosa do wyroku ETPC z dnia 12 marca 2019 r., 26374/18. Europejski Przegląd Sądowy, 2019.

⁹ Postanowienie SN z 28.03.2019 r., III KO 154/18.

¹⁰ Wyrok WSA w Warszawie z 20.06.2018 r., V SA/Wa 459/18; wyrok NSA z 11.09.2018 r., I FSK 158/18.

¹¹ M. Wolny, „Pracuje tak, jak powinien”? Trybunał Konstytucyjny w 2017 r., raport Helsińskiej Fundacja Praw Człowieka. Warszawa 2018, dostęp: <https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2018/03/HFPC-Pracuje-tak-jak-powinien-raport-TK-2017.pdf>.

wymaga, że w doktrynie¹² i orzecznictwie¹³ prezentowany jest także pogląd przeciwny, który neguje możliwość uznawania za nieistniejące takich wyroków. Jednak takie stanowisko nie przesądza o niedopuszczalności uznawania, że składy orzecznicze TK, w których zasiada osoba nieuprawniona nie są „sądem ustanowionym ustawą” w myśl rozumowania przyjętego m.in. przez Europejski Trybunał Praw Człowieka¹⁴ (dalej: ETPC). W tym kontekście należy zwrócić uwagę na niedawny wyrok ETPC w sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii¹⁵.

W wyroku Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii ETPC uznał, że doszło do naruszenia prawa do rozpoznania sprawy przez sąd ustanowiony ustawą, gwarantowanego art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹⁶ (dalej: EKPC) w sytuacji wydania orzeczenia przez sąd, w składzie którego zasiadał jeden nieprawidłowo wybrany sędzia islandzkiego Sądu Apelacyjnego. Nieprawidłowość ta dotyczyła etapu przedstawiania przez Ministra Sprawiedliwości parlamentowi kandydatur do powołania na urząd sędziego (po zatwierdzeniu przez parlament osoby te miały zostać powołane przez prezydenta). Wcześniej specjalny komitet dokonał oceny zgłoszonych kandydatur i przedstawił Ministrowi listę rankingową. Zgodnie z prawem islandzkim Minister mógł odstąpić od przedstawienia parlamentowi kandydatur z najlepszymi wynikami tylko w uzasadnionych przypadkach. Ostatecznie Minister Sprawiedliwości wskazał parlamentowi 15 osób, z czego kilka z pominięciem osób z wyższymi wynikami. Osoby te zostały ostatecznie zatwierdzone przez parlament i powołane na urząd sędziego przez prezydenta. Główny zarzut, który stał się podstawą stwierdzenia nieprawidłowości i uznania, że sąd apelacyjny nie był sądem ustanowionym ustawą, było to, że Minister odstąpił od listy rankingowej kandydatów bez należytego uzasadnienia i bez przeprowadzenia samodzielnego ustalenia okoliczności faktycznych, w tym porównania kompetencji między kandydatami wskazanymi a pominiętymi. Przy czym na gruncie krajowym sądy islandzkie analizowały tę kwestię i nie uznały, aby wskazane wyżej nieprawidłowości niosły za sobą nieważność aktów powołania na urząd sędziego. Nie przeszkodziło to jednak stwierdzeniu przez ETPC, że naruszenia, których dopuściła się Islandia przy mianowaniu sędziów miały charakter rażący (przy czym dla ETPC nie było istotne, czy w świetle prawa krajowego orzeczenia wydane przez nieprawidłowo wybranych mogą być uznane za nieważne lub nieistniejące). Warto podkreślić, że omawiany wyżej wyrok nie jest pierwszym rozstrzygnięciem ETPC stwierdzającym naruszenie art. 6 ust.

¹² P. Radziejewicz, On Legal Consequences of Judgements of the Polish Constitutional Tribunal Passed by an Irregular Panel, „Review of European and Comparative Law” 2017/4, s. 46–56; M. Florczak-Wątor, *Glosa do wyroku TK z 16.03.2017 r., Kp 1/17*, LEX/el. 2017; M. Gutowski, P. Kardas, *Spory ustrojowe a kompetencje sądów (Granice bezpośredniego stosowania konstytucji)*, „Palestra” 2017/12, s. 42.

¹³ Wyrok NSA z 11.09.2018 r., I FSK 158/18; postanowienie SN z 28.03.2019 r., III KO 154/18.

¹⁴ M. Szwed, Orzekanie przez wadliwie powołanych sędziów jako naruszenie prawa do sądu. Glosa do wyroku ETPC z dnia 12 marca 2019 r., 26374/18. Europejski Przegląd Sądowy, 2019.

¹⁵ Wyrok ETPC z dnia 12 marca 2019 r., skarga nr 26374/18. Wyrok nie ma charakteru ostatecznego, ponieważ został zaakceptowany wniosek o rozpoznanie sprawy przez Wielką Izbę ETPC.

¹⁶ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

1 EKPC w związku z nieprawidłowościami w zakresie kompozycji sądu, tak w odniesieniu do zasad powoływania osób zasiadających w składzie sędziowskim, jak i nieprawidłowości w wyznaczaniu składu¹⁷. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania należy uznać, że składy orzecznicze TK, w których zasiada osoba wybrana na miejsce już uprzednio zajęte, nie stanowią „sądu ustanowionego ustawą”. Nieprawidłowości, które zaszły podczas obsady stanowisk sędziów TK przez Sejm VIII kadencji są daleko poważniejsze niż te, które stały się podstawą wydania orzeczenia przez ETPC w sprawie islandzkiej. W przypadku TK doszło bowiem m.in. do faktycznego skrócenia kadencji sędziów TK prawidłowo wybranych przez Sejm VII kadencji. Ponadto TK we wspomnianych wyrokach z 2015 i 2016 r. stwierdził, że zdarzenia te nie były zgodne z Konstytucją RP.

Dodatkowo należy wskazać na pozostałe okoliczności, które mogą wpływać na negatywną ocenę co do tego, czy TK spełnia standardy niezależności i niezawisłości. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na sposób wyboru prezesa TK i podnoszone co do tego wątpliwości. Wskazuje się, że doszło do nieprawidłowego zwołania i przeprowadzenia Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK, którego celem miało być dokonanie wyboru Prezesa TK. W szczególności podnosi się, czy w chwili zwoływania Zgromadzenia sędzia Julia Przyłębska miała do tego kompetencję (czy skutecznie powierzono jej obowiązki Prezesa TK, biorąc pod uwagę godzinę udzielenia kontrasygnaty pod postanowieniem Prezydenta RP o powierzeniu obowiązków Prezesa TK). Ponadto nie wszyscy sędziowie TK mieli możliwość wzięcia udziału w zwołanym Zgromadzeniu, a do udziału w Zgromadzeniu dopuszczone zostały 3 osoby, których wybór na urząd sędziego TK został dokonany nieprawidłowo (na miejsca już zajęte). Dodatkowo sędzia Julia Przyłębska przedstawiła Prezydentowi dokument, który zawierał wynik głosowania przeprowadzonego na Zgromadzeniu, jednak nie spełniał on wymogu, który nakładała nowo uchwalona wówczas ustawa - Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego¹⁸. Art. 21 ust. 5 tej ustawy wymagał przedstawieniu uchwały Zgromadzenia, a z dostępnych dokumentów nie wynika, aby taka uchwała – odrębna od aktu głosowania - została przyjęta podczas Zgromadzenia¹⁹.

Kolejnym problemem, który podnosi się w kontekście funkcjonowania TK, jest brak przejrzystości w wyznaczaniu składów orzekających lub dokonywanie zmian osobowych w wyznaczonych już składach. Zasadą, o której mowa w art. 38 ustawy o

¹⁷ Przykładowo wyroki ETPC: z dnia 4 marca 2003 r. w sprawie Posokhova p. Rosji, skarga nr 63486/00, z dnia 13 kwietnia 2006 r. w sprawie Fedotova p. Rosji, skarga nr 73225/01; z dnia 9 lipca 2009 r. w sprawie Ilatovskiy p. Rosji, skarga nr 6945/04; z dnia 20 października 2009 r. w sprawie Gorguiladze p. Gruzji, skarga nr 4313/04, z dnia 25 października 2011 r., w sprawie Richert p. Polsce, skarga nr 54809/07; z dnia 12 kwietnia 2018 r. w sprawie Chim i Przywieczerski p. Polsce, skargi nr 36661/07 i 38433/07.

¹⁸ Ustawa z dnia 13 grudnia 2016 r., Dz. U. poz. 2074 z późn. zm.

¹⁹ M. Wolny, „Pracuje tak, jak powinien”? Trybunał Konstytucyjny w 2017 r., raport Helsińskiej Fundacja Praw Człowieka. Warszawa 2018, dostęp: <https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2018/03/HFPC-Pracuje-tak-jak-powinien-raport-TK-2017.pdf>.

organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym²⁰, jest wyznaczanie składów orzekających w kolejności alfabetycznej uwzględniając przy tym rodzaj, liczbę oraz kolejność wpływu spraw do Trybunału. Przy czym zgodnie z art. 38 ust. 2 tej ustawy Prezes Trybunału w uzasadnionych przypadkach, może wyznaczyć sędziego sprawozdawcę, odstępując od tych kryteriów. Jednak nawet sami sędziowie TK, w liście otwartym z dnia 5 grudnia 2018 r., wskazywali, że wyżej przywołane reguły nie są stosowane, a sposób przydzielania składów orzekających przez Prezesa TK nie jest transparentny i cechuje się dowolnością. Na dowód tego sędziowie TK przywołali dane pokazujące znaczne rozbieżności w przydziale spraw poszczególnym sędziom TK. Podpisani pod listem sędziowie TK podkreślili, że przestrzeganie ustanowionych ustawą zasad wyznaczania składów orzekających ma niebagatelne znaczenie i stanowi jedną z gwarancji bezstronnego rozpoznawania spraw przez TK²¹.

Wskazane wyżej okoliczności są podstawą uzasadnionych wątpliwości co do tego, czy TK orzekający w składach z udziałem osób wybranych przez Sejm VIII kadencji na miejsca już uprzednio zajęte spełnia kryteria wskazane dla „sądu ustanowionego ustawą”. Warto zaznaczyć, że w ostatnim czasie ETPC zakomunikował rządowi polskiemu sprawę dotyczącą tej kwestii. Jedna z polskich spółek wnosząc skargę do ETPC zarzuciła, że doszło do naruszenia jej prawa do rzetelnego procesu (art. 6 EKPC), ponieważ skargę konstytucyjną spółki rozpoznawał skład TK, w którym zasiadała osoba wybrana na miejsce sędziego już uprzednio zajęte²². Przy czym w doktrynie wskazuje się, że TK orzekając w składzie z osobami nieprawidłowo wybranymi w sprawach ze skarg konstytucyjnych i pytań prawnych dopuszcza się naruszenia art. 6 EKPC²³.

IV. Ocena wyroku TK z perspektywy unijnej zasady praworządności

Jednocześnie nie można pominąć oceny omawianej sytuacji dotyczącej wspomnianego wyroku TK z perspektywy prawa Unii Europejskiej, w tym zasady praworządności. Unia Europejska opiera się bowiem na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości, o czym stanowi art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej²⁴ (dalej: TUE). Dodatkowo przepis ten zastrzega, że wartości te są wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie

²⁰ Ustawa z dnia 30 listopada 2016 r., Dz. U. poz. 2072 z późn. zm.

²¹ List siedmiorga sędziów TK (Leona Kieresa, Piotra Pszczółkowskiego, Małgorzaty Pyziak-Szafnickiej, Stanisława Rymara, Piotra Tulei, Sławomiry Wronkowskiej – Jaśkiewicz, Marka Zubika) z dnia 5 grudnia 2019 r., dostęp: http://doc.rmf.pl/rmf_fm/store/List_Sedziow_TK_5.12.2018_r..pdf.

²² XERO FLOR Sp. z o.o. p. Polsce, skarga nr 4907/18, zakomunikowana 2 września 2019 r., dostęp: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-195994>.

²³ M. Szwed, Orzekanie przez wadliwie powołanych sędziów jako naruszenie prawa do sądu. Glosa do wyroku ETPC z dnia 12 marca 2019 r., 26374/18. Europejski Przegląd Sądowy, 2019.

²⁴ Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30 z późn. zm.

opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn.

W art. 2 TUE upatruje się źródła zasady praworządności. Konkretyzacja tej zasady dokonuje się w art. 19 TUE, który odnosi się do zasady skutecznej ochrony sądowej praw, jakie jednostki mogą wywodzić z prawa UE. Jak wskazał TSUE w wyroku dotyczącym zmian ustawodawczych odnoszących się do polskiego Sądu Najwyższego, zasada ta: „stanowi (...) zasadę ogólną prawa Unii, wynikającą z tradycji konstytucyjnych wspólnych państwom członkowskim, wyrażoną w art. 6 i 13 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r., oraz obecnie potwierdzoną w art. 47 karty praw podstawowych”²⁵. Jednocześnie TSUE we wspomnianym wyroku przypomniał, że organizacja struktur wymiaru sprawiedliwości jest zastrzeżona dla kompetencji państw członkowskich UE, to jednak wykonując tę kompetencję państwa mają obowiązek dotrzymywania zobowiązań, które wynikają dla nich z prawa wspólnotowego, w tym w szczególności z art. 19 ust 1 akapit 2 TUE²⁶. Przy czym: „każde państwo członkowskie powinno na podstawie art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE zapewnić, by organy należące – jako „sąd” w rozumieniu prawa Unii – do systemu środków odwoławczych w dziedzinach objętych prawem Unii odpowiadały wymogom skutecznej ochrony sądowej”²⁷. TSUE oceniając czy powyższe rozważania mogą być aplikowane do oceny sytuacji dotyczącej Sądu Najwyższego stwierdził, że sąd ten w określonych przypadkach może orzekać w sprawach, w których stosowane jest lub dokonuje się wykładni prawa UE i jest on częścią systemu środków odwoławczych „w dziedzinach objętych prawem Unii” i z tego powodu sąd ten powinien odpowiadać wymogom skutecznej ochrony sądowej²⁸. Analogiczny pogląd wyraził również Rzecznik Generalny TSUE w opinii z dnia 27 czerwca 2019 r. do spraw dotyczących pytań prejudycjalnych SN odnoszących się do powstania Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego oraz zmian w składzie Krajowej Rady Sądownictwa²⁹. Podkreślenia wymaga, że wskazane wyżej zasady praworządności i skutecznej ochrony sądowej powinny być postrzegane z uwzględnieniem orzecznictwa ETPC wydanego na gruncie art. 6 ust. 1 EKPC, które zostało omówione powyżej w pkt. III pisma. Bowiem TUE w art. 6 ust. 3 zastrzega, że prawa podstawowe, zagwarantowane w EKPC stanowią część

²⁵ Wyrok TSUE dnia 24 czerwca 2019 r., Komisja p. Polsce (Niezależność Sądu Najwyższego), C-619/18, EU:C:2019:531, pkt. 49; podobnie wyrok TSUE z dnia 27 lutego 2018 r., Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C 64/16, EU:C:2018:117, pkt 35.

²⁶ Wyrok TSUE dnia 24 czerwca 2019 r., Komisja p. Polsce (Niezależność Sądu Najwyższego), C 619/18, EU:C:2019:531; podobnie wyrok z dnia 27 lutego 2018 r., Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, pkt 40, także z dnia 13 listopada 2018 r., Raugevicius, C-247/17, EU:C:2018:898, pkt 45; a także z dnia 26 lutego 2019 r., Rimšēvičs i EBC p. Łotwie, C-202/18 i C-238/18, EU:C:2019:139, pkt 57.

²⁷ Wyrok TSUE dnia 24 czerwca 2019 r., Komisja p. Polsce (Niezależność Sądu Najwyższego), C 619/18, EU:C:2019:531; podobnie wyroki: z dnia 27 lutego 2018 r., Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, pkt 37; z dnia 25 lipca 2018 r., Minister for Justice and Equality (Nieprawidłowości w systemie sądownictwa), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, pkt 52.

²⁸ Wyrok TSUE dnia 24 czerwca 2019 r., Komisja p. Polsce (Niezależność Sądu Najwyższego), C 619/18, EU:C:2019:531.

²⁹ Opinia w sprawach połączonych rozpoznawanych przez TSUE: C-585/18, C-624/18 i C-625/18.

prawa Unii jako zasady ogólne prawa, a ponadto Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej³⁰(dalej: KPP) w art. 52 ust. 3 również odwołuje się do standardów EKPC jako właściwych do interpretacji praw zawartych w Karcie.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że powyższe rozważania mogą znaleźć analogiczne zastosowania w odniesieniu do Trybunału Konstytucyjnego. TK także może w określonych sytuacjach orzekać o kwestiach związanych ze stosowaniem prawa UE, o czym przykładowo świadczy to, że TK kierował w przeszłości pytania prejudycjalne do TSUE i zostały one uznane za dopuszczalne i merytorycznie rozpoznane³¹. Przy czym obecnie w piśmiennictwie formułuje się pogląd, że aktualnie składy TK, w których zasiadają osoby nieprawidłowo wybrane na miejsca sędziowskie, nie zostałyby uznane przez TSUE za „sąd”, który zgodnie z Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³² (dalej: TFUE) ma prawo zwrócić się z pytaniem prejudycjalnym właśnie ze względu na nieprawidłowości, które dotknęły tę instytucję³³. Ponadto należy zaznaczyć także, że wyrok TK z dnia 26 czerwca 2019 r., sygn. K 16/17, będący podstawą sformułowania wniosku o wznowienie postępowania w niniejszej sprawie, jest związany z zasadą niedyskryminacji, która także jest jedną z zasad ogólnych prawa UE (co zostanie rozwinięte w dalszej części pisma). Wobec tego należy uznać, że TK wchodzi w skład systemu ochrony sądowej praw wynikających z porządku unijnego, tym bardziej, że jego orzeczenia mogą wywierać skutek dla innych postępowań toczących się przed sądami powszechnymi, gdzie roztrząsane są kwestie związane z prawem europejskim. Dlatego też uzasadnione jest stanowisko, że postępowanie przed TK powinno spełniać wymogi dotyczące skutecznej ochrony sądowej, tak jak wymaga tego prawo UE.

Jak podkreśla TSUE koniecznym do zagwarantowania skutecznej ochrony sądowej jest to, aby organ sądowy cechował się niezależnością, czego wymaga także art. 47 KPP mówiący o prawie do rozpoznania sprawy przez „niezwisły” sąd³⁴. Zdaniem TSUE „wymóg niezawisłości sędziowskiej, stanowiącej integralny element sądenia, wchodzi w zakres istoty prawa do skutecznej ochrony sądowej oraz prawa podstawowego do rzetelnego procesu sądowego, które ma fundamentalne znaczenie jako gwarancja ochrony wszystkich praw, jakie podmioty prawa wywodzą z prawa Unii, oraz zachowania wartości wspólnych państwom członkowskim określonych w art. 2 TUE, w szczególności wartości państwa prawa”³⁵. Jednocześnie, jak wskazuje unijny Trybunał dla zagwarantowania niezawisłości i bezstronności sądu niezbędne jest

³⁰ Dz. U. UE. C. z 2007 r. Nr 303, str. 1 z późn. zm.

³¹ Wyrok TSUE z dnia 7 marca 2017 r., Rzecznik Praw Obywatelskich, C 390/15, EU:C:2017:174.

³² Dz. Urz. UE C 326, 26/10/2012 P. 0001 – 0390.

³³ I. C. Kamiński, Unijna zasada praworządności (rządów prawa) i uprawnienia sądów, [w:] Konstytucja. Praworządność. Władza Sądownicza. Aktualne problemy trzeciej władzy w Polsce, red. Ł. Bojarski, K. Grajewski i in. Warszawa 2019, s. 51.

³⁴ Wyrok TSUE dnia 24 czerwca 2019 r., Komisja p. Polsce (Niezależność Sądu Najwyższego), C 619/18, EU:C:2019:531; podobnie wyroki: z dnia 27 lutego 2018 r., Associação Sindical dos Juízes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, pkt 41; a także z dnia 25 lipca 2018 r., Minister for Justice and Equality (Nieprawidłowości w systemie sądownictwa), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, pkt 53.

³⁵ Wyrok TSUE dnia 24 czerwca 2019 r., Komisja p. Polsce (Niezależność Sądu Najwyższego), C 619/18, EU:C:2019:531, pkt 58.

aby istniały zasady co do składu organu, powoływania jego członków, okresu trwania ich kadencji oraz powodów ich wyłączenia lub odwołania, co ma pozwolić na to, że w odczuciu uczestników postępowania nie będą istniały uzasadnione wątpliwości co do niezależności sądu od czynników zewnętrznych, a także zachowania dystansu i bezstronności w stosunku do stron postępowania³⁶. Z tej perspektywy należy krytycznie ocenić sytuację panującą w TK. Wskazane wyżej nieprawidłowości w zakresie obsady stanowisk sędziowskich i wyznaczania składów orzekających wskazują, że zostały złamane zasady, które TSUE postrzega jako gwarantujące niezależność organu sądowego. Krytyczną ocenę zmian w TK przedstawiła również Komisja Europejska w „Uzasadnionym wniosku zgodnie z art. 7 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej dotyczącym praworządności w Polsce”, którego złożenie stanowiło jeden z elementów procedury ochrony praworządności³⁷. Wobec tego, obecnej kondycji TK nie da się pogodzić w wartościami, o których mowa w art. 19 TUE oraz art. 47 KPP.

V. Ocena wyroku TK z perspektywy unijnej ogólnej zasady niedyskryminacji

Jak zostało to zasygnalizowane powyżej wyrok TK z 26 czerwca 2019 r. może być rozpatrywany w kontekście unijnej ogólnej zasady niedyskryminacji. Artykuł 2 TUE oprócz zasady praworządności wskazuje, że UE opiera się na poszanowaniu równości i niedyskryminacji. Dodatkowo, jak stwierdza art. 10 TFUE, przy określaniu i realizacji swoich polityk i działań Unia Europejska dąży do zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. Ponadto art. 21 ust. 1 KPP (która ma moc równą Traktatom unijnym) stanowi, że „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”.

Względy te skłoniły TSUE do uznania, że w prawie europejskim mamy do czynienia z ogólną zasadą prawa – zasadą niedyskryminacji. Początkowo unijny Trybunał potwierdził jej istnienie w stosunku do zakazu dyskryminacji ze względu na wiek³⁸. W jednym z orzeczeń TSUE (wówczas jeszcze ETS) uznał, że „dyrektywa 2000/78 nie ustanawia zasady równego traktowania w dziedzinie zatrudnienia i pracy, lecz jedynie ją konkretyzuje, a po drugie, że zasada niedyskryminacji ze względu na

³⁶ Wyrok TSUE dnia 24 czerwca 2019 r., Komisja p. Polsce (Niezależność Sądu Najwyższego), C-619/18, EU:C:2019:531, pkt 74, podobnie wyrok z dnia 19 września 2006 r., Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, pkt 53 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 25 lipca 2018 r., Minister for Justice and Equality (Nieprawidłowości w systemie sądownictwa), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, pkt 66.

³⁷ Wniosek z dnia 20 grudnia 2017 r., COM(2017) 835 final, dostęp: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/PL/COM-2017-835-F1-PL-MAIN-PART-1.PDF>.

³⁸ wyrok TSUE (ETS) z 22 listopada 2005 r., Mangold, C-144/04 EU:C:2005:709.

wiek jest zasadą ogólną prawa Unii, gdyż stanowi konkretne zastosowanie ogólnej zasady równości traktowania³⁹. TSUE podkreślił także, że „zasada niedyskryminacji ze względu na wiek przyznaje jednostkom prawo podmiotowe, które może być powoływane jako takie, a które – nawet w sporach pomiędzy jednostkami – nakazuje sądom krajowym odstąpić od stosowania przepisów prawa krajowego, które naruszają tę zasadę⁴⁰. Przy czym należy podkreślić, że TSUE w ostatnim czasie rozwinął swój pogląd wskazując, że należy mówić o ogólnej zasadzie niedyskryminacji, która może dotyczyć także innych cech, nie tylko wieku. Przykładowo w wyroku w sprawie Petya Milkova⁴¹ TSUE zastosował zasadę ogólną niedyskryminacji do sytuacji osób z niepełnosprawnościami. Podobnie TSUE uznał istnienie zasady ogólnej niedyskryminacji ze względu na religię lub przekonania w wyroku sprawie Egenberger⁴². Oznacza to, że nie ma przeszkód do tego, aby sformułować także zasadę ogólną niedyskryminacji ze względu na orientację seksualną, skoro jest to jedna z cech, co do której UE podjęła się zwalczania nierównego traktowania. Przy czym należy zaznaczyć, że zasady ogólne prawa UE, w tym właśnie zasada ogólna niedyskryminacji, uważane są za część unijnego prawa pierwotnego⁴³.

Co więcej we wspomnianej sprawie Egenberger TSUE wyraźnie stwierdził, że zasada niedyskryminacji ma skutek bezpośredni horyzontalny, czyli może być powoływana przed sądem krajowym przez jednostkę w sporze z inną jednostką. Jednocześnie Trybunał zaznaczył, że: „[z] uwagi na swój bezwzględnie wiążący charakter art. 21 karty co do zasady nie różni się od poszczególnych postanowień traktatów założycielskich zakazujących dyskryminacji z różnych względów, nawet jeżeli owe przypadki dyskryminacji wynikają z umów zawieranych przez jednostki⁴⁴.

Uwagi te mają istotne znaczenie, ponieważ niniejsza sprawa objęta wnioskiem o wznowienie dotyczyła dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w dostępie do dóbr i usług. Sądy obu instancji, jaki i Sąd Najwyższy orzekające w tej sprawie uznały, że odmowa wykonania roll up'u na rzecz organizacji zajmującej się prawami osób LGBT stanowiła przejaw nierównego traktowania. Pokazuje to, że art. 138 Kodeksu wykroczeń, w zakresie, w jakim penalizuje odmowę wykonania usług bez uzasadnionej przyczyny, może być postrzegany w kontekście sankcji za dyskryminacyjne zachowanie. Takie stanowisko zaprezentował także np. Sejm⁴⁵ i Prokurator

³⁹ wyrok TSUE (ETS) z 19 stycznia 2010 r., *Küçükdeveci*, C-555/07, EU:C:2010:21.

⁴⁰ wyrok z dnia 19 kwietnia 2016 r., *DI*, C-441/14, EU:C:2016:278, pkt 36; podobnie wyrok TSUE z 15 stycznia 2014 r., *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, wyrok TSUE (ETS) z 19 stycznia 2010 r., *Küçükdeveci*, C-555/07, EU:C:2010:21, pkt 51.

⁴¹ Wyrok ETPC z dnia 9 marca 2017 r., *Petya Milkova*, C-406/15, EU:C:2017:198, pkt 50-51.

⁴² Wyrok TSUE z 17 kwietnia 2018 r., *C-414/16*, EU:C:2018:257.

⁴³ A. Zawidzka-Łojek, *Źródła Prawa antydyskryminacyjnego Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo antydyskryminacyjne Unii Europejskiej*, red. A. Zawidzka-Łojek, A. Szczerba-Zawada, Warszawa 2015, s. 57.

⁴⁴ Wyrok TSUE z 17 kwietnia 2018 r., *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257, pkt. 77; podobnie wyroki TSUE: z dnia 8 kwietnia 1976 r., *Defrenne*, 43/75, EU:C:1976:56, pkt 39; z dnia 6 czerwca 2000 r., *Angonese*, C 281/98, EU:C:2000:296, pkt 33–36; z dnia 3 października 2000 r., *Ferlini*, C 411/98, EU:C:2000:530, pkt 50; a także z dnia 11 grudnia 2007 r., *International Transport Workers' Federation i Finnish Seamen's Union*, C 438/05, EU:C:2007:772, pkt 57–61.

⁴⁵ Postępowanie przed TK w sprawie sygn. K 17/16, stanowisko z dnia 7 marca 2017 r., s. 14-17.

Generalny⁴⁶ w postępowaniu przed TK w sprawie zbadania zgodności z Konstytucją postanowień ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania⁴⁷, uznając art. 138 Kodeksu wykroczeń za jeden z instrumentów ochrony zasady równego traktowania. Warto wskazać, że możliwość korzystania z art. 138 Kodeksu wykroczeń w kontekście sankcji za dyskryminacyjne postępowanie potwierdzona została także w orzecznictwie sądów. Sądy uznawały, że dochodziło do popełnienia tego wykroczenia w następujących sytuacjach: odmowy obsłużenia klientki na wózku (wyrok Sądu Rejonowego w Tarnobrzegu z 8 marca 2013 r., sygn. akt II W 13/13); zakazania wchodzenia do sklepu osobom z wózkami dziecięcymi (wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Woli w Warszawie z 5 grudnia 2016 r., sygn. akt V W 4937/16); odmowy wpuszczenia na koncert w klubie osobie na wózku (wyrok Sądu Rejonowego Warszawa Śródmieście w Warszawie z 26 lutego 2018 r., sygn. akt XI W 5001/17, nieprawomocny); odmowy przeprowadzenia szkolenia z samoobrony dla organizacji działającej na rzecz praw osób LGBT (wyrok Sądu Rejonowego Poznań-Nowe Miasto i Wilda z 20 marca 2018 r., sygn. akt VI W 1441/17, nieprawomocny)⁴⁸.

Jednocześnie należy wskazać, że art. 138 Kodeksu wykroczeń może być uznany za implementację prawa unijnego dotyczącego zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług⁴⁹. Mowa jest o Dyrektywie Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne⁵⁰ i dyrektywie Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług⁵¹. Wskazane dyrektywy zobowiązują bowiem do zakazania dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług (w odniesieniu do określonych w dyrektywach cech) i ustanowienia skutecznych i odstraszcających sankcji za naruszenie tego zakazu. Dlatego należy uznać, że wyrok TK z 26 czerwca 2019 r. stwierdzający niekonstytucyjność art. 138 Kodeksu wykroczeń osłabił ochronę przed dyskryminacją, do której wprowadzenia i utrzymywania w Polsce zobowiązywało prawo UE. Oznacza to również, że wyrok TK wchodzący w materię prawa unijnego może być oceniany także z perspektywy tego porządku prawnego, a w tym z perspektywy zasad ogólnych, takich jak zasada praworządności (i wynikająca z niej zasada skutecznej ochrony sądowej) i zasada niedyskryminacji.

⁴⁶ Postępowanie przed TK w sprawie sygn. K 17/16, stanowisko z dnia 28 marca 2017 r., s. 11.

⁴⁷ Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r., t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1219.

⁴⁸ Na podstawie informacji zamieszczonych na stronie internetowej Biura Rzecznika Praw Obywatelskich, dostęp: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/tk-uchylil-artykul-chroniacy-przed-dyskryminacja>.

⁴⁹ Tak np. stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich w postępowaniu przed TK w sprawie o sygn. K 16/17; W. Burek, Zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług świadczonych publicznie w prawie polskim – uwagi wokół implementacji dyrektywy rasowej (2000/43/WE), Praca i Zabezpieczenie Społeczne 2007, nr 12.

⁵⁰ Dz. Urz. WE L 180 z 19.07.2000, str. 22; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 20, t. 1, str. 23.

⁵¹ Dz. Urz. UE L 373 z 21.12.2004, str. 37.

Przy czym należy zaznaczyć, że na chwilę obecną nie ma w prawie Unii Europejskiej prawa pochodnego (dyrektyw, rozporządzeń), które wprost odnosiły się do zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w dostępie do dóbr i usług. Jednocześnie na marginesie należy zauważyć, że także wzgląd na unijną swobodę przepływu usług, o której mowa w rozdziale trzecim TFUE (art. 56 i nast.), może nie być obojętny dla oceny wspomniany wyrok TK z dnia 26 czerwca 2019 r. sygn. K 16/17, ponieważ uszczuplenie ochrony usługobiorców przed dyskryminacją w korzystaniu z usług może być postrzegane także jako przeszkoda w realizacji tej swobody. Z tego powodu zasadne może być zwrócenie się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym o wykładnię prawa UE w tym zakresie, by wyjaśnić, czy prawo UE stoi na przeszkodzie usunięciu z krajowego porządku prawnego regulacji, która stanowiła jedyne efektywne i skuteczne narzędzie ochrony przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną w dostępie do dóbr i usług. W tym miejscu należy stwierdzić, że korzystanie z reżimu przewidzianego przez prawo cywilne, w tym z mechanizmów odpowiedzialności z tytułu naruszenia dóbr osobistych w tego typu sprawach nie może być uznane za adekwatny i efektywny środek ochrony przed dyskryminacją. Przede wszystkim wynika to z rygorów procesowych, jakie niesie ze sobą wszczynanie tego typu postępowań, szczególnie w zakresie dowodowym. W tych sprawach nie znajduje zastosowania odwrócony ciężar dowodu, tak jak przewiduje to Kodeks pracy⁵² czy wspomniana ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, wobec czego nie jest wystarczające uprawdopodobnienie faktu dyskryminacji. Należy zaznaczyć, że wprowadzenie zasady odwróconego ciężaru dowodu stanowi właśnie implementację unijnych rozwiązań w tym zakresie⁵³. W postępowaniach dotyczących naruszenia dóbr osobistych domniemaniem objęto jedynie bezprawność naruszenia⁵⁴, a dodatkowo w sytuacji dochodzenia naprawienia szkody majątkowej konieczne jest wykazanie także szkody, zawinienia i związku przyczynowego między działaniem sprawcy a powstałą szkodą⁵⁵. Ponadto w przypadku wszczynania postępowania cywilnego ciężar prowadzonego postępowania obciąża w całości osobę, która doświadczyła nierównego traktowania, natomiast w przypadku postępowania o wykroczenie, to organy publiczne zobowiązane są do jego prowadzenia, w tym gromadzenia dowodów. Wobec tego podkreślenia wymaga, że cywilnoprawne mechanizmy dochodzenia roszczeń nie mogą być uznane za efektywny i szybki środek ochrony naruszenia zakazu dyskryminacji, a innych rozwiązań w tym zakresie polskie ustawodawstwo nie przewiduje (ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania nie znajduje

⁵² Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1040 z późn. zm.).

⁵³ Por. art. 10 dyrektywy 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy; art. 9 dyrektywy Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług; art. 8 dyrektywy Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne.

⁵⁴ S. Kalus. Art. 24. W: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1-125). Wolters Kluwer Polska, 2018.

⁵⁵ S. Dmowski, R. Trzaskowski. Art. 24. W: J. Gudowski (red.). Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część Ogólna. Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2014.

zastosowania do sytuacji odmowy świadczenia usług ze względu na orientację seksualną).

VI. Potrzeba zwrócenia się z pytaniami prejudycjalnymi do TSUE

W ocenie Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w niniejszej sprawie zasadne jest rozważenie potrzeby zwrócenia się z pytaniami prejudycjalnymi do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na podstawie art. 267 TFUE. Jak wskazano powyżej dla oceny skutków prawnych wyroku TK z dnia 26 czerwca 2019 r. istotne jest sięgnięcie do prawa unijnego. W szczególności chodzi o zasadę praworządności (i wynikającą z nią zasadę skutecznej ochrony sądowej), a także zasadę ogólną niedyskryminacji. Wobec tego istotną kwestią występującą w niniejszej sprawie jest to, czy względ na unijną zasadę praworządności i ogólną zasadę niedyskryminacji będzie uzasadniał możliwość, a nawet obowiązek, po stronie orzekającego sądu do odstąpienia od zastosowania art. 540 § 2 Kodeksu postępowania karnego w zw. z art. 113 § 1 i 3 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia obligującego do wznowienia postępowania na skutek wydania wyroku przez TK i w rzeczywistości pominięcia skutków prawnych wyroku TK ze względu na nieprawidłowości, które dotyczą tego organu, a które zostały omówione w niniejszym piśmie. Należy zaznaczyć, że w obecnej sprawie wyrok TK z dnia 26 czerwca 2019 r. w zasadzie ma charakter przedsądu, a nieprawidłowości, które dotyczą ten wyrok, w sposób faktyczny przeniosłyby się do niniejszego postępowania – skoro u podstaw rozstrzygnięcia niniejszej sprawy znajduje się wadliwy wyrok TK, to wadliwością dotknięte byłoby także rozstrzygnięcie oparte na wyroku TK. W efekcie to właśnie na skutek zastosowania w konkretnej sprawie wyroku TK dotkniętego wadami doszłoby do naruszenia wartości i zasad wynikających z prawa UE.

Przy czym ugruntowane orzecznictwo TSUE wskazuje, że „sąd krajowy, do którego należy w ramach jego kompetencji stosowanie przepisów prawa Unii, zobowiązany jest zapewnić pełną skuteczność tych norm, w razie konieczności z własnej inicjatywy nie stosując wszelkich sprzecznych z nimi przepisów prawa krajowego, także późniejszych, bez potrzeby zwracania się o ich uprzednie usunięcie w drodze ustawodawczej lub w ramach innej procedury konstytucyjnej ani oczekiwania na usunięcie wspomnianych przepisów”⁵⁶. Wobec tego sąd krajowy jest uprawniony do „uczynienia, w momencie stosowania tego prawa, wszystkiego, co niezbędne do pominięcia krajowych przepisów ustawowych stojących na przeszkodzie, nawet tymczasowo, pełnej skuteczności prawa Unii”⁵⁷. Orzecznictwo to zostało zapoczątkowane wyrokiem TSUE (wówczas ETS) z 19 czerwca 1990 r., w sprawie

⁵⁶ Wyrok TSUE z dnia 22 czerwca 2010 r., sprawy połączone Aziz Melki i Sélim Abdeli, C-188/10 oraz C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, pkt 43-44.

⁵⁷ Wyrok Trybunału z dnia 22 czerwca 2010 r. w sprawach połączonych C-188/10 oraz C-189/10, Aziz Melki (C-188/10) i Sélim Abdeli (C-189/10), ECLI:EU:C:2010:363 (pkt 43-44), podobnie wyrok TSUE z dnia 9 marca 1978 r., Simmenthal, C-106/77, EU:C:1978:49 pkt 22; a także wyrok TSUE z dnia 19 czerwca 1990 r. Factortame i in., C-213/89. EU:C:1990:257.

Factortame i in.⁵⁸, w którym podkreślono, że w pewnych sytuacjach zapewnienie przestrzegania zasady skutecznej ochrony sądowej wymaga wykreowania środków prawnych służących tej ochronie nieprzewidzianych wprost w prawie krajowym.

Jednak w niniejszej sprawie odstępianie od stosowania przepisu Kodeksu postępowania karnego i Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia byłoby także połączone z oceną skuteczności prawnej wyroku TK, którego orzeczenia zgodnie z art. 190 Konstytucji RP są wiążące i ostateczne. Zgodnie z polskim prawem sądy (a w zasadzie także żaden inny organ) formalnie nie są uprawnione do podejmowania takich działań. Dlatego należy uznać, że jest to środek dalej idący niż odstępianie od przepisu, który stoi na drodze zagwarantowania skuteczności prawu unijnemu. Z tego względu, a także biorąc pod uwagę wagę omawianej kwestii, zdaniem HFPC zasadne jest zwrócenie się z pytaniami prejudycjalnymi do TSUE o następującej treści:

„1. Czy art. 2 (zasada praworzędności), art. 6 ust. 1 i 3 oraz art. 19 ust. 1 drugi akapit Traktatu o Unii Europejskiej w związku z art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej i z art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a także w związku art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej (zasada niedyskryminacji i równego traktowania) w związku z art. 10 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i art. 21 ust. 1 Karty Praw Podstawowych należy interpretować w ten sposób, że sąd rozpoznający wniosek o wznowienie postępowania zakończony prawomocnym wyrokiem skazującym za popełnienie wykroczenia w związku z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego stwierdzającym niezgodność z Konstytucją przepisu, na podstawie którego doszło do skazania (a przepis ten za wykroczenie uznawał nieuzasadnioną odmowę świadczenia usług i znajdował zastosowanie w sytuacji odmowy świadczenia usługi ze względów dyskryminacyjnych), jest uprawniony do nieuwzględnienia wniosku i pominięcia skutków prawnych wyroku Trybunału Konstytucyjnego z uwagi na to, że w składzie orzekającym Trybunału Konstytucyjnego zasiadała osoba nieuprawniona do orzekania (wybrana na miejsce sędziego Trybunału już zajęte), a dodatkowo zachodzą nieprawidłowości w zakresie wyznaczania składów orzekających Trybunału Konstytucyjnego, a ponadto Prezes Trybunału został obsadzony w nieprawidłowy sposób?

2. Czy art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej w związku z art. 10 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i art. 21 ust. 1 Karty Praw Podstawowych i związana z tymi przepisami zasadę niedyskryminacji ze względu na orientację seksualną należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie odmowie zastosowania przepisu prawa wykroczeń, który przewidywał ochronę przed dyskryminacją w dostępie do usług, uznanego za niekonstytucyjny przez Trybunał Konstytucyjny w okolicznościach takich jak te opisane w pytaniu 1., a w prawie krajowym brak jest innych efektywnych, szybkich i skutecznych środków ochrony przed dyskryminacją w dostępie do dóbr i usług ze względu na orientację seksualną?”

⁵⁸ Sygn. C-213/89, EU:C:1990:257.

Uzyskanie odpowiedzi na tak zadane pytania pozwoli rozwiązać wątpliwości, czy sąd powszechny jest władny do dokonywania takich ocen i w oparciu o prawo UE zyskuje on kompetencję do odmawiania skuteczności prawnej wyrokowi TK. Jednocześnie należy zaznaczyć, że w piśmiennictwie podkreśla się, że przegląd doczasowego dorobku judykacyjnego TSUE wskazuje na dopuszczalność zadawania pytań prejudycjalnych odnoszących się do sytuacji dotyczących funkcjonowania innych sądów⁵⁹. Warto też wskazać, że w ostatnim czasie Sąd Najwyższy skierował do TSUE kilka pytań prejudycjalnych dotyczących podobnych kwestii, jak w niniejszym postępowaniu, tj. oceny z perspektywy prawa unijnego powołania na stanowisko sędziów Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego⁶⁰ oraz Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych⁶¹. Jednocześnie jak wskazuje się w piśmiennictwie wyrok TSUE z dnia 27 lutego 2018 r., w sprawie *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*⁶², pokazał, że „europejskim łącznikiem” uruchamiającym możliwość korzystania z unijnych mechanizmów, w tym z możliwości zadania pytania prejudycjalnego jest art. 19 TUE, odnoszący się do skutecznej ochrony sądowej prawa UE⁶³. Dodatkowo istnienie „europejskiego łącznika” uzasadnia to, że materialny spór leżący u podstaw sprawy – tj. odmowa świadczenia usługi ze względów dyskryminacyjnych – znajduje się w zakresie prawa Unii Europejskiej.

VII. Podsumowanie

Przedstawione wyżej argumenty wskazują na poważny kryzys, który dotyka Trybunału Konstytucyjnego. Jedną z okoliczności, która wpływa na tę sytuację jest to, że w skład Trybunału wchodzi osoby, które nie są uprawnione do orzekania w tym organie, ze względu na wadliwość powołania ich do pełnienia tej funkcji. W składzie orzekającym, który wydał wyrok z dnia 26 czerwca 2019 r., sygn. akt K 16/17, zasiadała jedna osoba nieuprawniona do orzekania w Trybunale z tych właśnie względów. Powoduje to, że podnoszone są istotne wątpliwości co do skuteczności prawnej takiego wyroku. Jednocześnie sytuacja taka może być oceniana jako stojąca w sprzeczności z unijną zasadą praworządności, a przy tym z zasadą skutecznej ochrony sądowej praw wynikających z prawa UE, a także z zasadą ogólną niedyskryminacji. Z tego względu, w ocenie HFPC, zasadne jest zwrócenie się z pytaniami prejudycjalnymi do TSUE, które będzie dotyczyło tego, czy z prawa unijnego wynika kompetencja i obowiązek ciążyący na sądzie do oceny skuteczności prawnej wspomnianego wyroku TK, a w konsekwencji do odmowy jego zastosowania. Zdaniem HFPC powinno być taka

⁵⁹ I. C. Kamiński, Unijna zasada praworządności (rządów prawa) i uprawnienia sądów, [w:] Konstytucja. Praworządność. Władza Sądownicza. Aktualne problemy trzeciej władzy w Polsce, red. Ł. Bojarski, K. Grajewski i in. Warszawa 2019, s. 49.

⁶⁰ Postanowienie SN z dnia 12 czerwca 2019 r. sygn. akt II PO 3/19.

⁶¹ Postanowienie SN z dnia 21 maja 2019 r. sygn. III CZP 25/19.

⁶² C 64/16, EU:C:2018:117.

⁶³ I. C. Kamiński, Unijna zasada praworządności (rządów prawa) i uprawnienia sądów, [w:] Konstytucja. Praworządność. Władza Sądownicza. Aktualne problemy trzeciej władzy w Polsce, red. Ł. Bojarski, K. Grajewski i in. Warszawa 2019, s. 63.


stanowi realizację zobowiązań międzynarodowych, które przyjęła na siebie Polska przystępując do Unii Europejskiej, opartej na wartościach takich, jak poszanowanie rządów prawa, równości i niedyskryminacji.

W imieniu Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka,

Helsińska Fundacja Praw Człowieka
SEKRETARZ ZARZĄDU

Piotr Kładoczny



Helsińska Fundacja Praw Człowieka
PRZESZKESZANZĄDU

Danuta Przywara

Załączniki:

1. Informacja odpowiadająca odpisowi w aktualnemu z Krajowego Rejestru Sądowego dla Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka.