

RÓŻNI, ALE RÓWNI

**Prawo a równe traktowanie
cudzoziemców w Polsce**

**pod redakcją
Witolda Klause**

Warszawa 2013

Redakcja naukowa: dr Witold Klaus

Recenzja: dr Aleksandra Gliszczyńska-Grabias, dr Anna Śledzińska-Simon

Redakcja językowa: Barbara Jędraszko

Projekt okładki: Krzysztof Łagodziński



INSTITUT SPRAW
PUBLICZNYCH

Publikacja powstała w ramach wspólnego projektu Stowarzyszenia Interwencji Prawnej i Instytutu Spraw Publicznych pt. „Różni, ale równi – badania nad równym traktowaniem cudzoziemców w Polsce” współfinansowanego ze środków **Europejskiego Funduszu na rzecz Integracji Obywateli Państw Trzecich oraz Budżetu Państwa**.

Za treść publikacji odpowiada Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, poglądy w niej wyrażone nie odzwierciedlają w żadnym razie oficjalnego stanowiska Unii Europejskiej.

ISBN 978-83-60720-15-8

Wydanie I, Warszawa 2013

Wydawca:

Stowarzyszenie Interwencji Prawnej
ul. Siedmiogrodzka 5 lok. 51, 01-204 Warszawa
tel./fax 22 621-51-65
e-mail: biuro@interwencjaprawna.pl
www.interwencjaprawna.pl

Realizacja:

Ośrodek Wydawniczo-Poligraficzny „SIM”
ul. Emilii Plater 9/11, 00-669 Warszawa
tel. 22 629 80 38, fax 22 629 80 36
e-mail: owpsim@post.pl

Spis treści

Witold Klaus <i>Prawo jako instrument mający zapewnić równość w społeczeństwie</i>	5
Katarzyna Sękowska-Kozłowska <i>Międzynarodowe prawo antydyskryminacyjne – między tworzeniem standardów a skuteczną ochroną ofiar</i>	21
Wojciech Burek <i>Najważniejsze przyczyny problemów ze stosowaniem przepisów antydyskryminacyjnych w Polsce</i>	41
Monika Szulecka <i>(Nie)funkcjonowanie prawa antydyskryminacyjnego w odniesieniu do cudzoziemców w praktyce</i>	59
Katarzyna Bogatko, Monika Wieczorek <i>Sędziowie wobec dyskryminacji</i>	109
Karolina Kędziora, Monika Wieczorek <i>Komentarz do przepisów antydyskryminacyjnych na podstawie praktyki stosowania wybranych regulacji prawa krajowego</i>	125
Katarzyna Wencel <i>Polska dla Polaków? Prawo antydyskryminacyjne wobec migrantów w praktyce Stowarzyszenia Interwencji Prawnej</i>	177
Patrycja Mickiewicz, Katarzyna Wencel <i>Godne życie dla wszystkich – wykluczenie społeczne migrantów jako skutek złych warunków mieszkaniowych</i>	205

Katarzyna Wencel <i>Dyskryminacja cudzoziemców w dostępie do usług mieszkaniowych w Polsce. Między teorią a praktyką</i>	243
Katarzyna Wencel <i>Dowodzenie w sprawach o dyskryminację. Możliwości i ograniczenia udowodnienia nierównego traktowania</i>	273
Noty o autorach	311

Prawo jako instrument mający zapewnić równość w społeczeństwie

1. Wstęp

Opisując różne koncepcje prawa, można zauważyć, że „prawo może być wykorzystywane jako środek rewolucyjny lub zachowawczy, a także jako element społecznej równowagi”¹. Leon Petrażycki zwracał uwagę jednak na kolejną jego funkcję – edukacyjną i wychowawczą, prowadzącą do modyfikacji zarówno zachowań, jak i w dalszej perspektywie, postrzegania pewnych zjawisk przez obywateli. Widział on przemożną rolę prawa w osiągnięciu „postępu moralnego” przez społeczeństwo². Myśl tę rozwinęła Maria Łoś, opisując relacje między prawem i moralnością. Stwierdziła, że „choć zmiana treści prawa nie wpływa w sposób automatyczny na postawy i przekonania, to jednak samo istnienie prawnie usankcjonowanej segregacji sprzyja przesadnemu postrzeganiu różnic międzygrupowych, wzmacnia usprawiedliwienie dla izolacji i potwierdza przekonania ludzi, że przesady nie są naganne”³. Autorka swoje wnioski sformułowała na podstawie doświadczeń w walce o zniesienie dyskryminacji rasowej w Stanach Zjednoczonych, ale wydaje się, że jej twierdzenie ma szersze zastosowanie – wobec wszystkich wykluczanych prawnie grup. Trudno bowiem uważać jakąś instytucję czy osobę za „wynaturzoną” i ją odrzucać, jeśli ona sama lub jej zachowanie znajduje akceptację i ochronę w przepisach prawa⁴.

¹ A. Podgórecki, *Prawo i sprawiedliwość: główne pojęcia i problemy*, [w:] J. Kurczewski (red.), *Prawo w społeczeństwie*, Warszawa 1975, s. 491.

² D. Bunikowski, *Podstawowe kontrowersje dotyczące ingerencji prawa w sferę moralności*, Toruń 2010, s. 372.

³ M. Łoś, *Prawo i więzi społeczne*, [w:] J. Kurczewski (red.), *Prawo w społeczeństwie...*, *op. cit.*, s. 284.

⁴ Dla przykładu można wskazać obecnie na dyskusję o związkach osób tej samej płci. W społeczeństwach, w których są one prawnie dozwolone, wzrasta akceptacja dla osób homoseksu-

Prawo może być zatem narzędziem państwa, które przez swoje regulacje niejako wymusza tolerancję. Jest to bowiem jedyna możliwość w miarę pokojowego koegzystowania na jednym terytorium osób i grup o różnych światopoglądach, religiach, kulturach, zachowaniach. Tolerancja jest zatem niezbędną państwu jako organizacji do sprawowania władzy nad obywatelami. Jednocześnie jednak Michael Walzer zauważa, że idea tolerancji nie jest przejawem równości. Wręcz przeciwnie – istnieje między nierównymi stronami – „tolerowanie kogoś jest oznaką siły; bycie tolerowanym to zaakceptowanie własnej słabości”⁵. O tej relacji nie można zapominać, kiedy pisze się o prawie antydyskryminacyjnym czy, szerzej, o zapewnieniu przez prawo równości. Jego celem jest bowiem z założenia ochrona grup mniejszościowych przed większościami społeczeństwem. Samo prawo jest przecież wynikiem woli większości i chęci zagwarantowania sobie przez nią (lub pewne jej uprzywilejowane grupy) utrzymania władzy. Pisał o tym dobitnie już John Stuart Mill: „Podobnie jak inne rodzaje tyranii, tak też tyrania większości od samego początku i nadal jest powszechnie czymś przerażającym, głównie ponieważ przejawia się w aktach władz publicznych. [...] Skoro społeczeństwo jako całość jest tyranem – zbiorność wobec pojedynczych osób, które ją tworzą – to jej sposoby tyranizowania nie ograniczają się do aktów, które może ona realizować rękami swoich politycznych funkcjonariuszy. [...] Dlatego ochrona przed tyranią władzy nie wystarczy, potrzebna jest bowiem ochrona również przed tendencją społeczeństwa do narzucania – nie tylko za pomocą kar – swoich idei i praktyk jako reguł postępowania tym, którzy im nie ulegają”⁶. Tu przychodzą z pomocą prawa człowieka, które mają nas jako jednostki chronić przed upokorzeniem i zamachem na naszą wolność ze strony państwa i tworzonych przez nie regulacji, w demokracji będących przecież emanacją większościowego społeczeństwa.

alnych – por. np. S.M. Brumbaugh, L.A. Sanchez, S.L. Nock, J.D. Wright, *Attitudes Towards Gay Marriage in States Undergoing Marriage Law Transformation*, „Journal of Marriage and Family” 2008, vol. 70, issue 2, s. 345–346.

⁵ M. Walzer, *O tolerancji*, Warszawa 2013, s. 99, 66. Zwraca on jednak uwagę, że obecnie (w „ponowoczesności”) w związku z powstawaniem coraz bardziej różnorodnych i wielokulturowych społeczeństw zmienia się także tolerancja, która pojawia się w sferze domowej, np. w rodzinach mieszanych, w których małżonkowie wywodzą się z różnych kultur (*ibidem*, s. 157–161).

⁶ Cyt. za: C.R. Sunstein, *Sprzeciw w życiu społeczeństw*, Warszawa 2006, s. 235. Do podobnej narracji – postrzegania społeczeństwa jako tyranów wraca się także obecnie, opisując sytuację migrantów w państwach przyjmujących. Michael Walzer porównuje ich sytuację do ateńskich metojskich – którzy w przeciwieństwie do obywateli nie posiadali żadnych praw – por. M. Walzer, *Sfery sprawiedliwości. Obrona pluralizmu i równości*, Warszawa 2007, s. 97–104.

2. Sprawiedliwość a równość

Równość jest często utożsamiana ze sprawiedliwością – sprawiedliwie dla wielu osób znaczy „po równo”. Relacje między tymi pojęciami są jednak bardziej skomplikowane. Równość za jeden z kluczowych elementów pojęcia sprawiedliwości uważał czołowy polski filozof – Tadeusz Kotarbiński. Pytał on: „czego domaga się sprawiedliwość? Domaga się ona świadczenia wedle jakiejś równej miary, spełnienia tego, co było obiecane (wyraźnie lub domyślnie, *explicite* lub *milcząco*), obrony tych, których pokrzywdzono lub którym grozi pokrzywdzenie w dziedzinie dostępnej naszej interwencji” i dalej mówił: „ważne tu są: równość, dotrzymywanie zapowiedzi, obrona”⁷. John Rawls sprawiedliwość zestawia z bezstronnością. Uważa, że skoro nikt nie może być pewny swojego statusu społecznego oraz na wstępie (przy urodzeniu) nie wie, w jakie umiejętności życiowe będzie wyposażony, to wszyscy powinniśmy dążyć do stworzenia równego społeczeństwa, które nie wyklucza żadnego ze swoich członków⁸. Dlatego wszyscy ludzie powinni korzystać z równej wolności i równych swobód, które mogą być ograniczone jedynie dla obrony wolności i interesów innych osób. Nasza wolność kończy się więc tam, gdzie zaczyna się wolność innej osoby, i wówczas w jej obronie mogą wkroczyć prawo oraz przymus, który ono ze sobą niesie.

Myśl Rawlsa rozwinął Ronald Dworkin, pisząc o równości społecznej. Składają się na nią „prawo do *równego traktowania*, czyli do równego rozłożenia szans, zasobów czy obciążeń [...] [oraz] prawo do *traktowania jako równego inny*m, a zatem prawo nie do ponoszenia takiej samej części pewnego obciążenia lub otrzymywania takich samych korzyści, jak inni, ale do poszanowania równego temu, jakie okazuje się każdemu innemu człowiekowi”⁹. Pierwsze z nich oznacza, że w procesie kształtowania różnych instytucji decydenci mają obowiązek z równą troską dbać o wszystkich członków społeczeństwa, a ci ostatni mogą oczekiwać poszanowania ich praw i potrzeb¹⁰. Drugie prawo natomiast, wypływające z samego człowieczeństwa, urodzenia i niezależne od jakichkolwiek dodatkowych cech czy zasług jednostki, jest podobne pojęciu godności

⁷ T. Kotarbiński, *Drogowskazy etyki niezależnej*, [w:] T. Kotarbiński, *Pisma etyczne*, red. J. Smoczyński, Ossolineum, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź 1987, s. 182.

⁸ J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 2009, s. 41–42. Rawls jest krytykowany za nadmierną naiwność przejawiającą się w jego głębokiej wierze w przywiązanie każdego człowieka do własnej wolności jako naczelną zasady postępowania – por. np. A. Kojder, *Wykluczenie prawne jako fakt społeczny*, [w:] A. Turska (red.), *Prawo i wykluczenie społeczne. Studium empiryczne*, Warszawa 2010, s. 26–27; A. Kojder, *Godność i siła prawa. Szkice socjologiczno-prawne*, Warszawa 1995, s. 364.

⁹ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 407 (wyróżnienia w oryginale).

¹⁰ *Ibidem*, s. 331.

w znaczeniu niezbywalnej i niezaprzeczalnej godności osobowej przysługującej każdemu człowiekowi i leżącej u podstaw idei praw człowieka¹¹.

Pojęcie sprawiedliwości funkcjonuje także w prawie pozytywnym. Wprowadza je Konstytucja RP w artykule 2., mówiąc o sprawiedliwości społecznej. Polski Trybunał Konstytucyjny w swojej interpretacji tego terminu łączy go z pojęciem równości, stwierdzając, że „sprawiedliwość jest przeciwieństwem arbitralności, wymaga bowiem, aby zróżnicowanie poszczególnych ludzi pozostawało w odpowiedniej relacji do różnic w sytuacji tych ludzi”. Trybunał podkreśla także, że równość nie oznacza tożsamości praw i obowiązków dla wszystkich. Rozumie ją raczej jako traktowanie dwóch podmiotów (grup), które znajdują się w takiej samej sytuacji faktycznej, według jednakowej miary, bez dyskryminacji i nadmiernego uprzywilejowania któregokolwiek z nich¹². W kolejnych orzeczeniach Trybunał rozwija swoje stanowisko, pozwalając jednak w pewnych sytuacjach na „różnicowanie sytuacji prawnej podmiotów podobnych. Musi to być jednak uzasadnione (usprawiedliwione) – dopiero gdy takiego uzasadnienia brakuje, to zróżnicowanie nabiera charakteru dyskryminacji (uprzywilejowania) i staje się sprzeczne z art. 32 ust. 2 Konstytucji. Aby odpowiedzieć na pytanie, czy dane kryterium może stanowić podstawę różnicowania podmiotów prawa, charakteryzujących się wspólną cechą istotną, należy rozstrzygnąć, czy kryterium to pozostaje w racjonalnym związku z celem i treścią danej regulacji; czy waga interesu, któremu różnicowanie ma służyć pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku wprowadzonego różnicowania; czy kryterium różnicowania pozostaje w związku z innymi wartościami, zasadami, czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych”¹³.

¹¹ Por. np. M. Nowicki, *Co to są prawa człowieka?*, [w:] *Szkoła praw człowieka. Teksty wykładów, zeszyt 1*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 1998, s. 11; A. Kojder, *Godność i siła prawa. Szkice socjologiczno-prawne...*, op. cit., s. 361–362. Do pojęcia godności, mającej charakter prawa fundamentalnego, i zakazu wprowadzania przepisów lub praktyki ich stosowania, które w jakikolwiek sposób mogłyby ją ograniczać, nawiązał także Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 15 listopada 2000 r. (sygn. akt P 12/99) – „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego” 2000, nr 7, poz. 260.

¹² Por. orzeczenie z dnia 22 sierpnia 1990 r., sygn. akt K 7/90, czy orzeczenie z dnia 11 grudnia 1996 r., sygn. akt K 11/96 – za B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009 (por. teza nr 10 do art. 2). Choć, jak zauważa Wojciech Sadurski, w swoich wczesnych orzeczeniach Trybunał nieco inaczej interpretował równość. Wiązał ją bowiem z możliwością skorzystania przez każdego obywatela z określonych praw przyznanych przepisami – por. W. Sadurski, *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, Warszawa 2008, s. 275.

¹³ Wyrok z dnia 7 kwietnia 2003 r., sygn. akt P 7/02. Na to, że wyznaczone przez Trybunał reguły *de facto* wcale nie przybliżają nas do lepszego rozumienia zasady równości i w dużym stopniu pozostają arbitralne, zwraca uwagę Andrzej Kojder – por. A. Koj-

Obecnie za Dworkinem uważa się, że pojęcie „równość” zawiera w sobie dwa elementy: równość w prawie i równość wobec prawa. Odwołują się one do dwóch sfer działania prawa – jego tworzenia i stosowania. Równość w prawie (zwana także równością formalną) oznacza takie formułowanie przepisów, by w jednakowy sposób kształtowały sytuację prawną podmiotów jednakowych. Zasadę tą sformułował już Arystoteles w *Etyce Nikomachejskiej*, zgodnie z którą podobne rzeczy powinny być traktowane podobnie, tymczasem niepodobne – różnie, jednak proporcjonalnie do ich zróżnicowania. Podobieństwo rzeczy (osób czy grup) powinno być określane ze względu na pewną istotną cechę, którą się one odznaczają. Oczywiście problem pojawia się, gdy przychodzi do zdefiniowania podobieństwa, a zatem do wyboru owej cechy. Wówczas to słuszność oraz sprawiedliwość powinny stanowić podstawę do określenia, kto powinien być (lub jest) równy. W sukurs może tu przyjść z pewnością także pojęcie godności i równości każdego człowieka. Druga zasada – równości wobec prawa – oznacza natomiast, że prawo powinno być jednakowo, równo stosowane wobec wszystkich członków społeczeństwa mających określoną, istotną cechę wspólną. Należy zauważyć, że takie sformułowanie zasady równości wobec prawa dopuszcza odmienne traktowanie podmiotów różnych. Jak już wyżej wspomniano, samo różnicowanie w uprawnieniach jest dopuszczalne, o ile towarzyszy mu odpowiedni cel¹⁴. Równość jest często utożsamiana z równym traktowaniem. Tymczasem, jak wskazano powyżej, aby zapewnić równość, nierzadko należy stosować nierówne traktowanie. Tylko ono bowiem pozwala na wprowadzenie w życie ideału równości między różnymi podmiotami¹⁵.

Nakaz równego traktowania oraz zakaz dyskryminowania z jakiegokolwiek przyczyny formułuje art. 32 Konstytucji RP. Ustrojodawca wprowadził zatem otwarty katalog cech, ze względu na które zabronione jest nierówne traktowanie¹⁶. Jest

der, *Wykluczenie prawne w świetle konstytucyjnej zasady równości wobec prawa*, [w:] J. Majchrowski (red.), *Państwo, prawo, polityka w przestrzeni konstytucyjnej*, Warszawa 2007, s. 126–127.

¹⁴ W. Sadurski, *Równość wobec prawa*, „Państwo i Prawo” 1978, nr 8–9, s. 53–59. Autor ten uważa, że równość w prawie ma jednak charakter materialny, a nie formalny, bowiem zawsze w procesie uchwalania prawa dochodzi do wyboru jakiegoś kryterium różnicującego, który to wybór wynika z przyjętego systemu wartości (*ibidem*, s. 59). Por. także: M. Wandzel, *Równe traktowanie kobiet i mężczyzn*, Kraków 2003, s. 12–13; L. Garlicki, *Zasada równości i zakaz dyskryminacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Obywatel – jego wolności i prawa. Zbiór studiów przygotowany z okazji 10. lecia urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 1998, s. 65–66.

¹⁵ H. Collins, *Discrimination, Equality and Social Inclusion*, „The Modern Law Review” 2003, vol. 66, s. 16–17.

¹⁶ Na marginesie można zauważyć, że polski ustawodawca, formułując przepisy ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz. U. z 2010 r., Nr 254, poz. 1700), w artykule 1 oraz w przepisach rozdziału 2. wprowadza

to zgodne z dorobkiem prawa międzynarodowego. Przepisy wszystkich najważniejszych aktów prawnych dotyczących ochrony praw człowieka podchodzą do tego zestawu równie szeroko – np. art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (i art. 1 Protokołu nr 12 do niej), art. 26 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, art. 20 i 21 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej. W tym ostatnim przypadku katalog, choć szeroki, jest jednak zamknięty. Zasadniczo większość z opisanych powyżej przepisów, poza sformułowaniem ogólnego nakazu równego traktowania, zawiera jednak również przykładowy katalog cech, ze względu na które zabroniona jest dyskryminacja. Mieszczą się w nim m.in.: wiek, płeć, rasa, pochodzenie narodowe lub etniczne, wyznanie, przekonania polityczne, orientacja seksualna, język, pochodzenie społeczne, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, cechy genetyczne. Większość z tych cech – przynajmniej w początkowym okresie formułowania wykazów – charakteryzowało to, że dana osoba nie mogła się ich wyzbyć, gdyż były jej przyrodzone (np. płeć, wiek, rasa, pochodzenie narodowe lub etniczne, orientacja seksualna, niepełnosprawność) lub też wyzbycie się ich powodowałoby znaczne naruszenie tożsamości jednostki (np. religia, poglądy polityczne). Katalog ten jest stale poszerzany przez orzecznictwo sądów międzynarodowych, które dodały do niego takie cechy, jak np. status małżeński, status zawodowy, obywatelstwo, pozbawienie wolności, sytuację materialną. Także same akty prawa międzynarodowego, w zależności od czasu ich powstania, zawierają różniące się między sobą katalogi cech (np. zakaz dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej pojawia się dopiero w przepisach Unii Europejskiej)¹⁷.

Dyskryminowanie z powodu wymienionych powyżej cech uznaje się za niedopuszczalne w dzisiejszych systemach prawnych państw europejskich. Należy jednak pamiętać, że katalog ten jest płynny i sukcesywnie rozszerzany o kolejne grupy – prawo jest bowiem elementem kultury i wraz z nią podlega zmianom. Celem wprowadzenia prawa antydyskryminacyjnego nie jest zresztą zniesienie wszelkich różnic (nie jest to bowiem przecież możliwe), a jedynie ich określo-

zamknięty katalog cech, ze względu na które zakazuje dyskryminacji. Rodzi to wątpliwości co do konstytucyjności tych przepisów. Zwracały na to uwagę organizacje pozarządowe skupione w Koalicji na rzecz Równych Szans w swojej opinii do projektu ustawy (do pobrania na stronie: http://ptpa.org.pl/public/files/19_06_2010_STANOWISKO_KOALICJI.pdf, dostęp: 11.11.2013), jednak ich argumenty nie zostały wzięte pod uwagę w procesie prac legislacyjnych.

¹⁷ W. Burek, W. Klaus, *Definiowanie dyskryminacji w prawie polskim w świetle prawa Unii Europejskiej oraz prawa międzynarodowego*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2013, vol. XI; A. Wyrozumska, *Umocnienie ochrony praw podstawowych*, [w:] J. Barcz (red.), *Traktat z Lizbony. Główne reformy ustrojowe Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 199–200; M. Korzewski, *O tolerancji w społeczeństwie i prawie holenderskim*, Kraków 2005, s. 60; M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2009, s. 536.

nego zestawu, który jest zmienny zarówno w czasie, jak i w przestrzeni, czyli w różnych społeczeństwach będzie on inny. Samo istnienie różnic bowiem nie prowadzi wprost do nierówności. Prowadzi do niej chęć dominacji osób odznaczających się pewną cechą (urodzenie, majątek, rasę, płeć) nad tymi, którzy jej nie posiadają – chęć wykorzystania jednych przez drugich. Rolą prawa i procedur jest właśnie niedopuszczanie do takiej sytuacji. Do tego niezbędne jest stworzenie jasnych zasad podziału dóbr społecznych, czyli sprawiedliwość dys-trybutywna będąca sztuką różnicowania. Skutkiem jej wdrożenia w życie powinna być równość¹⁸.

3. Prawo jako gwarant idei równości

Leon Petrażycki uważał, że „naczelnym celem polityki prawa jest zapanowanie »ideału wszechludzkiej miłości«. Ideał ten zawiera w sobie takie m.in. wartości, jak ogólnoludzka solidarność, humanitaryzm, dobroczynność, miłosierdzie, szacunek dla bliźnich. W duchu tych wartości należy wychowywać młode pokolenie i te wartości powinni mieć na uwadze prawodawcy i politycy prawa”¹⁹. Wyznaczają one bowiem kanony formułowania prawa i późniejszego stosowania go w praktyce. Petrażycki miał zatem wobec prawa wysokie oczekiwania i wiązał z nim duże nadzieje.

Takie same nadzieje pokłada się w prawie antydyskryminacyjnym. Aby scharakteryzować to prawo, należy odnieść się najpierw do definicji dyskryminacji, przed którą mają chronić przepisy czy procedury. Zasadniczo rzecz ujmując, dyskryminację można scharakteryzować jako odmienne traktowanie osoby lub grupy osób ze względu na ich określoną charakterystykę, określoną cechę (np. płeć, rasa, orientacja seksualna). U podłoża tego zróżnicowania leży niechęć i brak szacunku wobec przedstawicieli tej grupy²⁰. Prawo antydyskryminacyjne powstało do przeciwdziałania temu zjawisku i do zapewnienia realizacji zasady równego traktowania. I właśnie to wydaje się jego podstawowym celem – zapewnienie od strony formalnej równego traktowania wszystkich członków społeczeństwa, niezależnie od tego, z jakiej grupy się wywodzą (jaką mają charakterystykę). Innymi słowy, chodzi o zapewnienie pod względem formalnym równej możliwości korzystania przez nich z przynależnych im praw oraz nienakładania na nich dodatkowych obowiązków czy ograniczeń.

¹⁸ M. Walzer, *Sfery sprawiedliwości...*, *op. cit.*, s. 11, 15.

¹⁹ A. Kojder, *Godność i siła prawa. Szkice socjologiczno-prawne...*, *op. cit.*, s. 116.

²⁰ N.M. Smith, *Basic Equality and Discrimination. Reconciling Theory and Law*, Farnham-Burlington 2011, s. 132. Więcej o przyczynach dyskryminacji oraz o związkach tego pojęcia z tolerancją por. np. A. Winiarska, W. Klaus, *Dyskryminacja i nierówne traktowanie jako zjawisko społeczno-kulturowe*, „*Studia Biura Analiz Sejmowych*” 2011, nr 2(26).

Istnieją co prawda wyjątki od zasady równego traktowania – bowiem by zapewnić równość czasem należy traktować pewne grupy odmiennie (np. kobiety w ciąży czy osoby niepełnosprawne, które potrzebują dodatkowych udogodnień). Walka z dyskryminacją pośrednią też w zasadzie polega na domaganiu się uchylecia zasady równego traktowania, dowodząc, że równe będzie właśnie traktowanie pewnej grupy w inny sposób. Wreszcie wszelkiego rodzaju akcje afirmatywne to przykład traktowania nierównego²¹. Jednak, jak wspomniano, są to raczej wyjątki od zasady równego traktowania.

W taki sposób rozumianemu prawu antydyskryminacyjnemu daleko do dworkinowskiej koncepcji prawa polegającej na traktowaniu jednostki jako równej innym – dążącego do zapewnienia faktycznej równości. Czyli nie tylko zagwarantowania, że nikt nie będzie nas dyskryminował w dostępie do korzystania przez nas z pewnych praw, ale także zapewnienia, że w prawie przewidziane będą narzędzia do zagwarantowania nam faktycznej możliwości skorzystania z nich. W tym przypadku zaczynamy bowiem mówić o równych możliwościach, a nie tylko o równych prawach. Aby zapewnić równe możliwości, konieczne jest przecież nierzadko traktowanie nierówne – wykraczające poza opisane powyżej wyjątki, przewidziane w prawie antydyskryminacyjnym.

Rodzi się jednak pytanie, kiedy właściwe jest traktowanie ludzi w ten sam sposób, a kiedy powinno się stosować zasadę ich odmiennego traktowania? I jak to usprawiedliwić wobec tych osób, które padną ofiarą odmiennego traktowania pewnych wykluczanych wcześniej grup. Odpowiedzią na tę wątpliwość i zarazem próbą wytłumaczenia wprowadzania nierównych rozwiązań jest według Hugh Collinsa zastosowanie idei włączenia społecznego (*social inclusion*)²². Odnosi się ona do osób, które są wykluczone, pozbawione możliwości korzystania z pełni praw obywatelskich i bycia członkami społeczeństwa z powodu różnych barier, w tym także ubóstwa. Warto bowiem zwrócić uwagę, że samo pojęcie wykluczenia społecznego (*social exclusion*) niesie ze sobą imperatyw włączenia

²¹ U ich podstawy leży założenie, że pewne grupy przez pewien określony czas powinny być traktowane odmiennie, by wyrównać strukturalne nierówności. Termin ten dotyczy przeważnie działań podejmowanych w celu dochodzenia do równości płci. Pojawiają się jednak kontrowersje dotyczące sensowności i potrzeby wprowadzania tego rodzaju rozwiązań, które są przecież zaprzeczeniem prosto rozumianej zasady równego traktowania. Por. H. Collins, *Discrimination, Equality and Social Inclusion...*, *op. cit.*, s. 16–18, 36–39; N.M. Smith, *Basic Equality and Discrimination...*, *op. cit.*, s. 159 i nast.

²² Można tu odnaleźć myśli Johna Rawlsa, który pisał: „nierówności niezasłużone wymagają kompensacji [...]. Zasada ta domaga się więc, by w celu równego traktowania wszystkich ludzi i zapewnienia autentycznej równości szans społeczeństwo poświęcało większą uwagę jednostkom posiadającym mniej naturalnych atutów i urodzonym na mniej korzystnych pozycjach społecznych”. Por. J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości...*, *op. cit.*, s. 160.

(inclusion)²³. Celem tych działań jest włączenie osób wykluczonych do wspólnoty i zapewnienie faktycznej możliwości skorzystania z przysługujących im praw. Kluczowym elementem tej koncepcji jest idea dobrostanu (*well-being*), a docelowym modelem – spójność społeczna (*social cohesion*). Takie właśnie podejście według Collinsa powinno zastąpić zasadę równego traktowania, która w obecnej rzeczywistości wydaje się po prostu dla wielu grup niewystarczająca²⁴. Warto jednak zwrócić uwagę, że podejście to daleko odchodzi od obecnego prawa antidyskryminacyjnego – wymagając uruchomienia zupełnie innych mechanizmów – z zakresu szeroko rozumianej polityki społecznej, w tym edukacyjnej. Dodatkowo grupy wykluczone ze społeczeństwa stanowią znacznie szerszą kategorię, niż grupy dziś korzystające z ochrony przepisów antidyskryminacyjnych, poza których zakresem pozostaje choćby ubóstwo.

4. Wykluczenie prawne

Analizując prawo jako system, szybko można dojść do konkluzji, że wykluczenie i różnicowanie są jego immanentnymi elementami. Nie wszystkim jednostkom przepisy przyznają takie same uprawnienia, na część z nich celowo nałożono ograniczenia możliwości ich egzekwowania (np. nie każdy może zawrzeć związek małżeński, choćby z uwagi na wiek). Ograniczenia te są niezbędne ze względu m.in. na bezpieczeństwo indywidualne lub publiczne. Jak słusznie jednak zauważa Andrzej Kojder, istotny jest nie tyle sam fakt istnienia zróżnicowania, a powody jego wprowadzenia. Za możliwe uważa on takie różnice, których źródłem są określone zachowania człowieka (np. w postaci ograniczania praw osób, które popełniły czyny zabronione). Niedopuszczalne są jednakże ograniczenia podyktowane uprzedzeniami. „Ekskluzji z powodu takiej czy innej konstytucji biologicznej, społecznej tożsamości, preferencji seksualnej, wyznania religijnego, obyczajowości itp. nie uznaje się współcześnie za usprawiedliwioną. Takie i podobne różnice między ludźmi nie powinny różnicować ich sytuacji prawnej, co wszelako nie oznacza, że prawo nie może w sytuacjach szczególnych pewnych ludzi na jakiś czas marginalizować, tzn. ograniczać ich uprawnień i nakładać na nich ciężary”²⁵.

Wprowadzenie znacznego zróżnicowania w prawach między różnymi grupami albo posiadanie pewnych cech osobistych przez poszczególnych członków

²³ J. Young, *Crime and social exclusion*, [w:] M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (red.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford 2002, s. 457.

²⁴ H. Collins, *Discrimination, Equality and Social Inclusion...*, *op. cit.*, s. 20–26, 40–42.

²⁵ A. Kojder, *Wykluczenie prawne jako fakt społeczny...*, *op. cit.*, s. 20, 15, por. także A. Kojder, *Wykluczenie prawne w świetle konstytucyjnej zasady równości wobec prawa...*, *op. cit.*, s. 129.

społeczeństwa może prowadzić do sytuacji wykluczenia prawnego. Wykluczenie prawne to stosunkowo nowy termin, funkcjonujący w nauce od niedawna. Oznacza on nieprzyznanie określonych uprawnień pewnym grupom oraz niedostrzeganie ich interesów w procesie stosowania prawa (co odpowiadałoby pojęciom równości w prawie i wobec prawa). Wykluczenie prawne, co jest jednak istotne, różni się od dyskryminacji prawnej tym, że odmienne traktowanie co do zasady nie jest ustanowione przepisami (choć w tym zakresie występują różnice między różnymi autorami), a wynika przede wszystkim z praktyki ich stosowania. I ten ostatni fakt jest najważniejszy w procesie wykluczenia – faktyczne niekorzystanie przez pewne grupy z przyznanych im formalnie uprawnień, które jest związane z brakiem możliwości (np. wysokimi kosztami sądowymi, niezrozumiałością prawa i niewielką dostępnością przepisów, ale także analfabetyzmem lub brakiem dostępu do Internetu) czy celowym wycofaniem się tej grupy (a czasem systemowym wypchnięciem) na margines społeczeństwa²⁶. Jego elementem jest także nieuczestniczenie w życiu publicznym czy politycznym (w tym wyborczym), którego konsekwencją jest nieuwzględnianie pewnych grup społecznych, ich potrzeb czy wyznawanych przez nie poglądów przez polityków i tworzone przez nich prawo²⁷.

Podobny proces zaobserwowano w przypadku grup wykluczonych, wobec których powszechnie używanym językiem jest język nienawiści – są one obrażane, poniżane czy uznawane za mniej wartościowe przez społeczeństwo, które te poglądy wyraża w sposób jawny. Wpływa to w ogromnym stopniu na poczucie godności przedstawicieli takich grup, niszcząc ją, i skutkuje ich wycofaniem się z życia publicznego. Osoby obrażane i zastraszane nie będą partnerami w dyskusji, w publicznej debacie na temat swoich praw. Nie będą, bowiem same siebie nie postrzegają jako równorzędnych partnerów, jako takich nie postrzega ich też społeczeństwo. Dlatego tak istotne jest penalizowanie mowy nienawiści i zapobieganie jej w każdy sposób, nie tylko za pośrednictwem prawa karnego, by nie degradować przedstawicieli grup mniejszościowych w ich własnych oczach oraz w oczach społeczeństwa²⁸.

Ukształtowanie przepisów lub polityk publicznych, które są zaprojektowane w taki sposób, by wykluczyć pewne grupy i nie przyznać im określonych

²⁶ Jak dzieje się np. w przypadku mieszkańców popegeerowskich wsi czy Romów.

²⁷ W. Staśkiewicz, *Wykluczenie prawne w procesie tworzenia prawa*, [w:] A. Turska (red.), *Prawo i wykluczenie społeczne. Studium empiryczne*, Warszawa 2010, s. 65, 70 i nast.; A. Kojder, *Wykluczenie prawne w świetle konstytucyjnej zasady równości wobec prawa...*, s. 122, 124; J. Kwaśniewski, *Wpływ norm prawnych na procesy wykluczenia społecznego*, [w:] A. Turska (red.), *Prawo i wykluczenie społeczne. Studium empiryczne*, Warszawa 2010, s. 190.

²⁸ J. Waldron, *Dignity and Defamation: The Visibility of Hate*, „Harvard Law Review” 2010, vol. 123, s. 1597 i nast.

praw, możemy nazwać instytucjonalną dyskryminacją (lub instytucjonalnym rasizmem). Najbardziej znanym przykładem takiej dyskryminacji są przepisy dotyczące segregacji rasowej obowiązujące w Stanach Zjednoczonych. Łagodniejszym przejawem (czy kolejnym krokiem w rozwoju) jest takie zaprojektowanie polityk publicznych (lub przepisów prawa), by były co prawda neutralne i wprost nie wykluczały żadnej z grup mniejszościowych, ale by ich celem i efektem było także różne ich traktowanie. Można w tym przypadku odwołać się do analogicznego przykładu, jak przy dyskryminacji pośredniej²⁹. Obecnie terminu „nowy rasizm”, „instytucjonalny rasizm” (*institutional racism*) czy „rządowa ksenofobia” (*governmental xenophobia*) używa się na określenie trochę innych rodzajów działań – bardziej subtelnych. Wykorzystuje się je do opisanie działań, które mają na celu ograniczanie praw cudzoziemców, prowadzenie wobec nich upokarzających, stygmatyzujących lub opresyjnych praktyk określanych fałszywie mianem integracji migrantów³⁰. Jest ona na razie dużo bardziej nasiloną w krajach zachodnich niż w Polsce (zapewne z uwagi na stosunkowo niewielką liczbę migrantów w naszym kraju). Pojęcia te obejmują także podejmowane przez władze publiczne działania, mające na celu ograniczenie zjawiska migracji, gdy wobec cudzoziemców kreowana jest autorytarna polityka polegająca na ich kryminalizacji jako grupy społecznej i zezwoleniu na stosowanie wobec nich praktyk policyjnych (np. zatrzymania przez policję jedynie na podstawie koloru skóry, tzw. *racial profiling*). Proces ten potęguje strach przed migrantami w społeczeństwie i prowadzi do zwiększenia niechęci wobec nich, co pociąga za sobą oczekiwanie zwiększenia liczby środków ochronnych. Władze przyczyniają się zatem do wytworzenia swoistej spirali ksenofobii³¹.

Wracając do rozważań nad wykluczeniem prawnym, w skrócie można określić je jako rodzaj wykluczenia społecznego, którego dokonuje samo prawo, przy jego pomocy lub przy wykorzystaniu środków prawnych. Dochodzimy więc do pewnego błędnego koła – prawo wyklucza pewne grupy, bo nie słyszy ich gło-

²⁹ Por. np. C. McCrudden, *Institutional Discrimination*, „Oxford Journal of Legal Studies” 1982, No. 3, s. 304 i nast.; F.L. Pincus, *Discrimination Comes in Many Forms. Individual, Institutional, and Structural*, „American Behavioral Scientist” 1996, vol. 40, No 2, s. 186–192.

³⁰ Por. np. J. Valluy, *The Metamorphosis of Asylum in Europe: From the origins of ‘Fake Refugees’ to their Internment*, [w:] S. Palidda (ed.), *Racial Criminalization of Migrants in the 21st Century*, Farnham-Burlington 2011, s. 114–117; J. Burnett, *Racism and the State: authoritarianism and coercion*, [w:] R. Coleman, J. Sim, S. Tombs, D. White (eds.), *State, Power, Crime*, London-Thousand Oaks-New Delhi-Singapore 2009, s. 58–60.

³¹ Kreują, jak to określił Nils Christie, „dogodnego wroga”. Takowy wróg jest postrzegany (czy kreowany) jako groźny czy wręcz niehumaniczny oraz niebezpieczny, budzący więc strach w społeczeństwie oraz taki, który nigdy nie ginie (można z nim walczyć nieustannie, daje się niszczyć, ale nie zniszczyć). Por. N. Christie, *Dogodni wrogowie*, [w:] M. Fajst, M. Płatek (red.), *W kręgu kryminologii romantycznej*, Warszawa 2004, s. 98–99.

su czy potrzeb, a nie może ich usłyszeć, bo wykluczeni nie mają faktycznej siły lub możliwości dojścia do głosu, wyartykułowania swoich oczekiwań i wpływu na zmianę prawa. Prowadzi to do sytuacji, że prawo ze swojej natury wyklucza już wykluczonych. By przeciwdziałać temu zjawisku, w sukurs przychodzi omówiona wcześniej idea włączenia społecznego, polegająca na systematycznym wspieraniu określonych grup, by ich członkowie mogli w pełni uczestniczyć w życiu społecznym w jego różnych wymiarach. Często nie wystarczy jedynie przyznanie określonych uprawnień pewnej grupie osób, bowiem mogą one nie mieć odpowiednich kompetencji społecznych lub też możliwości, by z nich skorzystać³². Główną rolę w procesie włączania musi pełnić państwo i jego instytucje.

Ale czasem to właśnie państwo pełni rolę wykluczającego. Jako przykład można wskazać współczesne społeczeństwa rozwiniętej Północy oraz ich podejście do zamieszkujących na ich terytoriach migrantów. Ci ostatni są pozbawiani podmiotowości, odmawia się uznania ich praw obywatelskich, a cały system społeczny, polityczny i prawny jest skonstruowany tak, by przyjmujące społeczeństwo mogło ich wykorzystać w swoim interesie. Proces ten zaczyna się od momentu przyjazdu cudzoziemców, związania ich z konkretnym pracodawcą, uzależnienia prawa do pobytu od utrzymywania pracy i następnie bezlitosnego wydalania, gdy są produkcyjnie niewydolni, czyli nie mają pracy. Pozwala się im pracować, ponieważ jest to korzystne dla gospodarki państw przyjmujących (borykających się z brakiem rąk do pracy, szczególnie w określonych sektorach gospodarki czy przy wykonywaniu określonych zawodów), ale często nie przyznaje się im praw do realnej i skutecznej ochrony przed wyzyskiem. Do tego wykluczenia dochodzi, gdyż migranci nie mają praw politycznych (wyborczych), dlatego też nikt nie jest zainteresowany ujęciem się za nimi i reprezentowaniem ich interesów³³. Michael Walzer określa dobitnie ich sytuację: „są gośćmi, ale są też poddanymi. Są rządzeni, tak samo jak metojskowie ateńscy, przez grupę obywateli-tyranów”. I postuluje: „obywatele demokracji mogą wybrać: jeżeli chcą sprowadzić nowych pracowników, muszą poszerzyć

³² Jako przykład można przywołać faktyczną iluzoryczność czynnych praw wyborczych osób niepełnosprawnych, niemających możliwości dotarcia do lokali wyborczych. Dotyczy to jednak także mieszkających na wsiach osób ubogich, których nie stać na wydanie nawet kilku złotych na bilet, by do takich miejsc dojechać (o ile w ogóle komunikacja publiczna dociera do tych miejscowości). By to zmienić, nierzadko potrzebna jest władza polityczna czy może precyzyjniej – reprezentacja polityczna (z nią będzie związana wola określonych polityków do dokonania zmiany). Bez niej nikt nie zatroszczy się o zapewnienie praw osobom wykluczonym, bo nie leży to bezpośrednio w niczym politycznym interesie. Ale bez wsparcia wykluczeni nie korzystają z przysługujących im praw politycznych i nie wybiorą swoich reprezentantów – por. Z. Bauman, *Płynne czasy. Życie w epoce niepewności*, Warszawa 2007, s. 90–94.

³³ Wręcz przeciwnie – instytucje publiczne reprezentują społeczeństwo i jego interesy, które w tym zakresie są sprzeczne z interesami pracowników migracyjnych.

sferę przynależności; jeżeli nie chcą przyjmować nowych członków, kwestię znalezienia pracowników, którzy wykonają niezbędną społecznie pracę, muszą rozwiązać w warunkach krajowego rynku pracy. [...] Imigracja jest zatem sprawą zarówno decyzji politycznych, jak i rygoru moralnego. Naturalizacja zaś, w odróżnieniu od tego, bez reszty obowiązkowa: każdy nowy imigrant, każdy przyjęty uchodźca, każdy rezydent i pracownik musi mieć sposobność uzyskania obywatelstwa³⁴. To słowa mocne, wzywające do zagwarantowania praw publicznych migrantom. Nie są one jednak nieuzasadnione, bowiem jeśli przyrzeć się temu, jak wygląda faktyczna ochrona pracowników migracyjnych w Polsce, okazuje się, że jest ona kompletną fikcją³⁵. Na dyskryminację cudzoziemców przez polskie urzędy lub wprost przez przepisy prawa (które nierzadko traktują ich jako nieistniejącą grupę, a wiele z nich nie jest przystosowanych do potrzeb zgłaszanych przez migrantów) od dawna zwracają uwagę organizacje pozarządowe³⁶. Niestety postulaty te nie przekonują decydentów do wprowadzenia w tym zakresie koniecznych zmian.

Możemy także zaobserwować inny, groźniejszy jeszcze proces – piętnowania pewnych grup migrantów i przypinania im łatki „szkodników”³⁷. Chodzi tu głównie o osoby nieudokumentowane. Wprowadza się takie ustawodawstwo, które chroniąc interesy grup uprzywilejowanych, penalizuje określone zachowania migrantów – podejmowanie przez nich nielegalnego zatrudnienia czy ich niedokumentowany pobyt w danym kraju. Na migrantów nakłada się za nie różne sankcje – karne lub administracyjne – przy jednoczesnym niewyciągnięciu konsekwencji (lub wyciągnięciu ich w niewielkim stopniu) wobec zatrudniających ich pracodawców, będących przecież silniejszą stroną w tym procesie. Można w tym przypadku mówić nawet o legalizacji wyzysku, bowiem migrant jest w zasadzie pozbawiony ochrony władz (lub jest ona iluzoryczna) i skazany na „łaskę lub niełaskę” pracodawcy³⁸.

Jednostkę przed krzywdzącym prawem powinny bronić sądy. Ich zadaniem jest bowiem nie tylko stosowanie wprost istniejących przepisów. Powinna im towarzyszyć również głębsza refleksja nad działaniem prawa oraz powinny one

³⁴ M. Walzer, *Sfery sprawiedliwości...*, s. 100, 104–105.

³⁵ Więcej na ten temat por. W. Klaus, *Cudzoziemcy jako ofiary pracy przymusowej w Polsce*, [w:] L. Mazowiecka (red.), *Ofiary handlu ludźmi*, Warszawa 2014 (w druku).

³⁶ Por. np. W. Klaus, K. Wencel, *Dyskryminacja cudzoziemców w Polsce 2008–2010*, [w:] W. Klaus (red.), *Sąsiedzi czy intruzi? O dyskryminacji cudzoziemców w Polsce*, Warszawa 2010.

³⁷ Por. np. B. Anderson, „*Illegal immigrant*”: *Victim or Villain?*, „ESRC Centre on Migration, Policy and Society Working Paper” 2008, No. 64, dostępny na: http://www.compas.ox.ac.uk/fileadmin/files/Publications/working_papers/WP_2008/WP0864%20Bridget%20Anderson.pdf (dostęp: 3.12.2013).

³⁸ Proces ten zresztą obserwowano od dawna – por. M. Łoś, *Prawo i więzi społeczne...*, *op. cit.*, s. 286–288.

interpretować prawo w kontekście głównych zasad konstytucyjnych. Powstaje zatem pytanie, na ile są one skuteczne w realizacji tego celu? Można to sprawdzić, mierząc, jak często organy stosujące prawo sięgają do norm wyższego rzędu – choćby praw człowieka zawartych w przepisach międzynarodowych czy w Konstytucji RP – i interpretują prawo zgodnie z zasadami w nich zawartymi. Z badań wynika, że polscy sędziowie raczej niechętnie sięgają po jakiegokolwiek normy wychodzące poza teksty aktów prawnych (aż w 83% badane orzeczenia opierają się na literalnym lub systemowym rozumieniu prawa) – chodzi tu zarówno o normy rangi konstytucyjnej, jak i o podjęcie próby spojrzenia na system prawa przez pryzmat stawianych przed nim zadań i celów³⁹. Może to oznaczać, że sędziowie w procesie wyrokowania pomijają normy wyższego rzędu (w tym zasadę równości i niedyskryminacji), co w konsekwencji może prowadzić do ich łamania. Anna Turska stwierdza, że to właśnie poziom akceptacji tych norm i ich prestiż wśród osób stosujących prawo (który można mierzyć chęcią i częstotliwością powoływania się na nie) będzie określał faktyczną równość wobec prawa. Jego brak może prowadzić do wykluczenia prawnego pewnych grup społecznych⁴⁰.

Ponadto trzeba zauważyć, że sędziowie są członkami społeczeństwa i często podzielają jego poglądy, w tym także poglądy wykluczające niektóre mniejszości. Sędziowie, zakładając toż, nie wyzbywają się przecież swoich przekonań i uprzedzeń. Podążanie sędziów za zmieniającymi się nastrojami społecznymi oraz ich przywiązanie do własnych poglądów politycznych dobrze obrazuje przykład Stanów Zjednoczonych, gdzie sędziowie federalni są mianowani z klucza partyjnego⁴¹. Ale także przez polskie społeczeństwo sędziowie nie są postrzegani jako apolityczni – jedynie 40% ankietowanych podziela tę opinię (27% jest jej przeciwnych). Badani Polacy uważają, że na orzeczenia podejmowane przez sędziów wpływ mają także media (43%)⁴².

³⁹ M. Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007, s. 33–44. Warto dodać, że autor poddał analizie ponad 800 orzeczeń sądów administracyjnych (a więc sądów stosunkowo wysokiego szczebla), które zostały opublikowane w zbiorach orzeczeń, co oznacza, że zostały uznane za szczególnie doniosłe dla praktyki lub za rozstrzygające sprawy skomplikowane.

⁴⁰ A. Turska, *Wykluczenie jako fakt prawny – założenia badawcze*, [w:] A. Turska (red.), *Prawo i wykluczenie społeczne. Studium empiryczne*, Warszawa 2010, s. 45, 56–58.

⁴¹ C.R. Sunstein, *Sprzeciw w życiu społeczeństw...*, *op. cit.*, s. 189–217; A. Podgórecki, *Prawo i sprawiedliwość: główne pojęcia i problemy...*, *op. cit.*, s. 500. Problem ten w Polsce dotyka np. sędziów Trybunału Konstytucyjnego, którzy są wybierani przez polityków i wśród których jest wielu byłych polityków (posłów, ministrów, senatorów). Pisz o tym w swojej rozprawie doktorskiej Hanna Dębska (H. Dębska, *Trybunał Konstytucyjny jako instytucja władzy symbolicznej*, Kraków 2013, niepublikowana rozprawa doktorska obroniona na Uniwersytecie Jagiellońskim).

⁴² G. Skąpska, G. Bryda, *Apolityczność czy sprawiedliwość proceduralna? Zaufanie do sądowego wymiaru sprawiedliwości na tle innych instytucji publicznych w Polsce*, „*Studia Socjologiczne*” 2013, nr 1, s. 88.

5. Zakończenie

Należy pamiętać, że prawo nie jest tworzone w próżni. Nie jest ono zatem w stanie oprzeć się różnego rodzaju wpływom, w tym także etycznym czy religijnym, a ostatnio w coraz większym stopniu również wynikom badań opinii publicznej, za którymi niekiedy ślepo podążają politycy. Zresztą, zasadniczo rzecz ujmując, można zauważyć, że „podobnie jak inne mechanizmy kontroli społecznej prawo ma tendencję do poddawania się społecznie uwarunkowanym przesądom i stereotypom”⁴³. Badania pokazują, że w Polsce postawy egalitarne społeczeństwa i stwierdzenie, że wszyscy powinni być równo traktowani, idą w parze z przekonaniem, że nie każdej osobie należy się szacunek⁴⁴. Zmiany w przepisach dokonywane pod takim wpływem muszą być zatem dalekie od racjonalności i logiki, a także od zasady równości. Prawo jest uzależnione od interesów politycznych i sytuacji ekonomicznej, a organów państwa, które je tworzą, nie można uznać za neutralne światopoglądowo. W związku z tym z samej swojej natury prawo nie może być egalitarne. Zwracają na to uwagę niektórzy badacze, twierdzący, że prawo, choćby z samej racji tworzenia go jedynie przez pewne grupy społeczne, faworyzuje je (mężczyźni, osoby majątne, wpływowe, a więc takie, które uczestniczą w jego powstawaniu), a inne dyskryminuje (osoby biedne, słabo wykształcone, zajmujące niskie i marginalne miejsce w strukturze społecznej). Z tymi stwierdzeniami korespondują opinie Polaków, którzy pytani o to, czyje interesy są uwzględniane przy tworzeniu prawa, wskazują na polityków, elity władzy oraz na ludzi majątnych i wpływowych (odpowiednio, 56,4% i 13,7%), a jedynie w niewielkim stopniu na zwykłych ludzi (1,7%). Są jednak respondenci, którzy zwracają uwagę, że w ostatnim czasie sytuacja w tym zakresie wyraźnie się poprawiła i prawo staje się coraz bardziej egalitarne. Z pewnością wpływ na tę zmianę miał rozwój idei praw człowieka i wprowadzenie mechanizmów chroniących przed wykluczeniem⁴⁵.

⁴³ M. Łoś, *Prawo i więzi społeczne...*, s. 292.

⁴⁴ W ostatnich latach znacząco (aż o 20%) wzrosła liczba osób, które popierają dominację i są przeciwne postawom tolerancyjnym – por. J. Czapiński, T. Panek (red.), *Diagnoza Społeczna 2013. Warunki i jakość życia Polaków*, „Contemporary Economics” 2013, vol. 7, s. 281–282, do pobrania na stronie: <http://ce.vizja.pl/en/download-pdf/volume/7/issue/4/id/295> (dostęp: 11.11.2013).

⁴⁵ Por. A. Kojder, *Wykluczenie prawne jako fakt społeczny...*, op. cit., s. 14, 22–23, 29–30; Z. Cywiński, *Nieegalitarne prawo w nieegalitarnym społeczeństwie*, [w:] A. Turska (red.), *Prawo i wykluczenie społeczne. Studium empiryczne*, Warszawa 2010, s. 167, 173.

Międzynarodowe prawo antydyskryminacyjne – między tworzeniem standardów a skuteczną ochroną ofiar

1. Uwagi wstępne

Nie ulega wątpliwości, że zakaz dyskryminacji ze względu na rozmaite cechy, takie jak m.in. rasa, płeć, język, wyznanie, wiek, niepełnosprawność czy orientacja seksualna, stanowi fundament międzynarodowej ochrony praw człowieka. W wielu aktach prawnych zakaz ten został wyrażony razem z zasadą równości, dlatego możemy mówić łącznie o obowiązywaniu zasady równości i niedyskryminacji¹. Zbiór międzynarodowych regulacji antydyskryminacyjnych jest obecnie tak bogaty, że można określić go umownie jako „międzynarodowe prawo antydyskryminacyjne”. Oczywiście nie mówimy o istnieniu jednego spójnego zespołu norm, ale o konglomeracie rozmaitych regulacji antydyskryminacyjnych tworzonych w ramach trzech głównych (z perspektywy europejskiej) systemów ochrony praw człowieka, tzn. systemu ONZ, Rady Europy i Unii Europejskiej.

Celem niniejszego artykułu jest omówienie podstawowych zadań „międzynarodowego prawa antydyskryminacyjnego”. Identyfikując jego główne funkcje, w pierwszym rzędzie należy wskazać na kształtowanie standardów prawnych, które w dalszej perspektywie stają się częścią krajowych porządków prawnych i tym samym wyznaczają zakres ochrony jednostki w prawie krajowym. Rola międzynarodowego prawa praw człowieka wykracza jednak poza wymiar prawotwórczy, bowiem dąży ono także do stworzenia skutecznych środków ochrony prawnej dla ofiar naruszeń. Ochrona ta, której głównym instrumentem jest prawo petycji do organów międzynarodowych, obejmuje również ochronę ofiar dyskryminacji. Międzynarodowa kontrola przestrzegania praw człowieka rodzi jednakże konsekwencje nie tylko dla ofiar naruszeń, ale przyczynia się także do kształtowania uniwersalnych standardów prawnych.

¹ Zob. np. R. Wieruszewski, *Zasada równości i niedyskryminacji w świetle orzecznictwa Komitetu Praw Człowieka (wybrane aspekty)*, Państwo i Prawo 2000/ 4; W. Vandenhole, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Antwerpen-Oxford 2005.

Uzasadnione jest zatem łączne omówienie międzynarodowego prawa antydyskryminacyjnego w odniesieniu do obu pełnionych funkcji, tj. jako standardu międzynarodowego i jako narzędzia ochrony ofiar dyskryminacji.

2. Międzynarodowe standardy antydyskryminacyjne

2.1. Regulacje ONZ

Omówienie międzynarodowych standardów antydyskryminacyjnych należy rozpocząć od uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka. U jego podstaw leży Karta Narodów Zjednoczonych, która co prawda nie zawiera regulacji antydyskryminacyjnych, jednakże wśród celów ONZ, które zostały przedstawione w art. 1 ust. 3, wymienia popieranie praw człowieka i zachęcanie do poszanowania tych praw i podstawowych wolności *dla wszystkich bez różnicy rasy, płci, języka lub religii*. Założenia standardu ochrony praw człowieka na poziomie uniwersalnym zostały sformułowane w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (dalej: PDPCz) z 1948 roku. Wyrażona w jej art. 2 zasada równości ma charakter bardzo progresywny, bowiem odnosi się do wszelkich praw i wolności oraz formułuje otwarty katalog cech, które nie mogą być przyczyną różnicowania. Ponadto art. 7 PDPCz formułuje zasadę równości wobec prawa i równej ochrony prawnej. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka stworzyła tym samym fundament dla późniejszych regulacji antydyskryminacyjnych uchwalanych na przestrzeni lat w licznych umowach międzynarodowych z zakresu ochrony praw człowieka. Choć dotyczą one różnych aspektów praw i wolności człowieka, niemalże wszystkie² odnoszą się do wybranych aspektów zasady równości i niedyskryminacji. Z uwagi na umiejscowienie regulacji antydyskryminacyjnych w tych traktatach można podzielić je na trzy grupy:

- a) Traktaty formułujące obszerne katalogi praw człowieka, tj. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych)³ i Politycznych⁴ (dalej: MPPOiP) z 1966 roku oraz Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych⁵ (dalej: MPPGSiK) z 1966 roku. Każdy z tych traktatów ustanawia zbiór podstawowych praw i wolności sformułowa-

² Z wyjątkiem Międzynarodowej konwencji w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem z 2006 r.

³ Tłumaczenie terminu *civil rights* jako „prawa osobiste”, a nie „prawa obywatelskie”, jak zostało zastosowane w przekładzie opublikowanym w Dzienniku Ustaw, wydaje się bardziej poprawne, zob. *Międzynarodowy Pakt Praw Osobistych i Politycznych. Nowy przekład – wydanie dwujęzyczne*, red. M. Piechowiak, R. Hliwa, Poznań 2001.

⁴ Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

⁵ Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 169.

nych wcześniej w PDPCz, z przyczyn ideologicznych rozbitych na dwie grupy praw⁶. W obu z nich w art. 2 zawarto klauzule antydyskryminacyjne, zgodnie z którymi państwa-strony zobowiązują się zapewnić prawa zawarte w poszczególnych Paktach bez żadnej dyskryminacji ze względu na rasę, kolor skóry, płeć, język, religię, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, sytuację majątkową, urodzenie lub jakiegokolwiek inne okoliczności. Przepisy te mają zatem charakter akcesoryjny, bowiem odnoszą się jedynie do praw zawartych w Paktach i nie mogą być samodzielnie podnoszone w skargach indywidualnych na naruszenie zakazu dyskryminacji.

Odmienny charakter ma natomiast art. 26 MPPOiP, który ustanawia tzw. autonomiczną klauzulę antydyskryminacyjną. Artykuł ten formułuje zasadę równości wobec prawa i zasadę równości prawnej, nakładając na państwa obowiązek zakazania jakiegokolwiek dyskryminacji i zagwarantowania skutecznej ochrony przed dyskryminacją w odniesieniu do wszelkich praw i wolności, a więc nie tylko zagwarantowanych w MPPOiP. Przepis ten daje zatem jednostkom podstawę do dochodzenia ich praw w sytuacji naruszenia zakazu dyskryminacji w odniesieniu do praw, którym tradycyjnie przysługiwała słabsza ochrona prawna, czyli w szczególności praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych. Dzięki temu Komitet Praw Człowieka monitorujący przestrzeganie MPPOiP uznał swoją kompetencję do rozpoznania skarg dotyczących zarzutu dyskryminacji m.in. w odniesieniu do dziedziny zabezpieczenia społecznego czy ochrony własności⁷. Należy ponadto wspomnieć, że zarówno MPPOiP, jak i MPPGSIK kładą szczególny nacisk na równouprawnienie płci, formułując w bliźniaczym dla obu traktatów art. 3 zasadę równych praw kobiet i mężczyzn w odniesieniu do korzystania z praw wymienionych w poszczególnych Paktach.

- b) Traktaty o charakterze antydyskryminacyjnym służące ochronie przed dyskryminacją ze względu na daną cechę. Należą do nich: Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej⁸ (dalej: MKLDR) z 1965 roku, Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet⁹ (dalej: KLDK) z 1979 roku oraz

⁶ Szerzej: R. Normand, S. Zaidi, *Human Rights at the UN. The Political History of Universal Justice*, Indianapolis 2008, s. 197 i nast.

⁷ Szerzej: K. Sękowska-Kozłowska, *Artykuł 26. Równość wobec prawa i równość ochrony prawnej*, [w:] *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych. Komentarz*, red. R. Wieruszewski, Warszawa 2012, s. 642 i nast.

⁸ Dz. U. z 1969 r., Nr 25, poz. 187.

⁹ Dz. U. z 1982 r., Nr 10, poz. 71.

Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych¹⁰ (dalej: KPON) z 2006 roku. Wszystkie te umowy międzynarodowe opierają się na założeniu, że w przypadku pewnych grup dyskryminacja stanowi główną przyczynę naruszeń ich praw i wolności, a zatem należy stworzyć szczególny instrument międzynarodowy mający na celu likwidację istniejących nierówności. W każdym z tych traktatów sformułowano definicję dyskryminacji (MKLDR – art. 1; KLDK – art. 1, KPON – art. 2) oraz obowiązki państw związane z likwidacją dyskryminacji w odniesieniu do poszczególnych praw i wolności.

- c) Traktaty służące ochronie danej grupy. Należą do nich: Konwencja o prawach dziecka¹¹ (dalej: KPD) z 1989 roku oraz Międzynarodowa konwencja o ochronie praw wszystkich pracowników migrujących i członków ich rodzin (dalej: MKPM) z 1990 roku. Ochrona przyznawana przez te traktaty, w przeciwieństwie do wymienionych wcześniej „traktatów antydyskryminacyjnych”, nie opiera się na założeniu, że źródłem naruszeń praw danej grupy jest dyskryminacja, ale wynika z innych przesłanek związanych z sytuacją społeczną określonej kategorii osób. Niemniej jednak oba te traktaty zawierają klauzule antydyskryminacyjne nakładające na państwa obowiązek zagwarantowania praw ustanowionych w konwencjach bez jakiegokolwiek dyskryminacji (KPD – art. 2; MKPM – art. 7). MKPM zawiera ponadto szereg regulacji zobowiązujących państwa do traktowania pracowników migrujących na zasadzie równości z własnymi obywatelami (m.in. art. 18, 28, 30, 43, 45, 54, 55).
- d) Traktaty mające na celu przeciwdziałanie określonym zjawiskom. Należy do nich Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania¹² (dalej: KPT) z 1984 roku. Konwencja ta nie zawiera typowej klauzuli antydyskryminacyjnej, ale przyjmuje, że dyskryminacja może stanowić przyczynę stosowania tortur zdefiniowanych w art. 1 tego traktatu.

Należy dodać, że choć mówimy o *ONZ-owskim systemie ochrony praw człowieka*, w praktyce jest to zbiór różnych standardów i mechanizmów kontrolnych, tworzonych na przestrzeni lat w dość nieskoordynowany sposób. W odniesieniu do problematyki przeciwdziałania dyskryminacji oznacza to, że w każdym z traktatów w odmienny sposób sformułowano regulacje antydys-

¹⁰ Dz. U. z 2012 r., poz. 1169.

¹¹ Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526.

¹² Dz. U. z 1989 r., Nr 63, poz. 378.

kryminacyjne, a każdy z organów traktatowych dokonuje ich autonomicznej wykładni¹³.

2.2. Regulacje Rady Europy

Najważniejszą umową międzynarodową wyznaczającą standard ochrony praw człowieka w państwach Rady Europy jest Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹⁴ (dalej: EKPCz) z 1950 roku. W art. 14 tego traktatu zawarto zakaz dyskryminacji w korzystaniu z praw i wolności wymienionych w EKPCz. Katalog cech mogących stanowić przyczynę dyskryminacji ma – podobnie jak w przypadku MPPOiP oraz MPPGSiK – charakter otwarty. Klauzula antydyskryminacyjna zawarta w art. 14 natomiast ogranicza się do praw i wolności zawartych w EKPCz, z których większość to prawa osobiste i polityczne, i ma charakter akcesoryjny. Tym samym spod ochrony przed dyskryminacją gwarantowanej przez EKPCz wyłączony jest cały szereg pozostałych praw, w tym przede wszystkim prawa gospodarcze, społeczne i kulturalne. Ograniczenie to ma na celu zniwelować Protokół nr 12 do EKPCz z 2000 roku, który ustanawia tzw. autonomiczną klauzulę antydyskryminacyjną, zakazując dyskryminacji w odniesieniu do korzystania z *każdego uprawnienia ustanowionego przez prawo*¹⁵. Choć uchwalenie Protokołu nr 12 istotnie rozszerza zakres ochrony przed dyskryminacją w prawie Rady Europy, jego znaczenie w praktyce jest niewielkie, bowiem jak dotąd Protokół został ratyfikowany przez niewielką liczbę państw¹⁶. Również jego rola w kształtowaniu praktyki orzeczniczej ETPCz jest na razie znikoma, bowiem stanowił on jak dotąd podstawę rozstrzygnięcia w zaledwie jednej sprawie¹⁷.

Regulacje antydyskryminacyjne zostały zawarte także w innych traktatach uchwalonych pod auspicjami Rady Europy. Wymienić należy m.in. Zrewidowaną Europejską Kartę Społeczną z 1996 roku (art. E), Konwencję ramową o ochronie mniejszości narodowych¹⁸ z 1995 roku (art. 4), Konwencję Rady Eu-

¹³ Por. W. Burek, W. Klaus, *Definiowanie dyskryminacji w prawie polskim w świetle prawa Unii Europejskiej oraz prawa międzynarodowego*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2013, vol. XI, s. 79 i nast. Zob. również: W. Vandenhoele, *Non-discrimination...*, *op.cit.*

¹⁴ Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

¹⁵ Tłumaczenie za: L. Garlicki, *Protokół nr 12 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, Tom II, red. L. Garlicki, Warszawa 2011, s. 671

¹⁶ 18 państw-stron, dane z dnia 19 czerwca 2013 r., za: <http://www.conventions.coe.int>.

¹⁷ *Sejdic i Finci p. Bośni i Hercegowinie*, skargi nr 27996/06, 34836/06, wyrok z dnia 22 grudnia 2009 r.

¹⁸ Dz. U. z 2002 r., Nr 22, poz. 209.

ropy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi¹⁹ z 2005 roku (art. 3) czy Konwencję Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej z 2011 roku (art. 4).

2.3 Regulacje Unii Europejskiej

Jak wiadomo, celem towarzyszącym powstawaniu Unii Europejskiej było przede wszystkim wspieranie rozwoju gospodarczego państw członkowskich. W związku z tym pierwsze regulacje antydyskryminacyjne odnoszące się do równości płci w zatrudnieniu służyły głównie realizacji tego celu, mając za zadanie zapobieganie nieuczciwej konkurencji między państwami polegającej na tworzeniu mniej korzystnych warunków pracy dla kobiet. Z czasem działaniem zasady równouprawnienia kobiet i mężczyzn objęto również inne obszary, takie jak m.in. dostęp do dóbr i usług. W rezultacie ukształtowano obszerny zbiór dyrektyw dotyczący równego traktowania kobiet i mężczyzn w różnych obszarach²⁰. Od lat 90. ubiegłego wieku Unia Europejska zaczęła prowadzić coraz intensywniejszą politykę równościową, rozszerzając na wybranych płaszczyznach ochronę przed dyskryminacją także na dyskryminację ze względu na inne cechy, takie jak rasa i pochodzenie etniczne, religia, niepełnosprawność, orientacja seksualna i wiek. Jej zakres wyznaczają dwie dyrektywy: Dyrektywa Rady 2000/43/WE wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne oraz Dyrektywa Rady 2000/78/

¹⁹ Dz. U. z 2009 r., Nr 20, poz. 107.

²⁰ Obejmuje on m.in.: Dyrektywę Rady 76/207/EWG w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy, Dyrektywę Rady 79/7/EWG w sprawie stopniowego wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego, Dyrektywę Rady 86/378/EWG w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w systemach zabezpieczenia społecznego pracowników, Dyrektywę Rady 86/613/EWG 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, Dyrektywę Rady 92/85/EWG w sprawie wprowadzenia środków służących wspieraniu poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły i pracownic karmiących piersią, Dyrektywę Rady 97/80/WE dotyczącą ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć, Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/73/WE zmieniającą dyrektywę Rady 76/207/EWG w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy, Dyrektywę Rady 2004/113/WE wprowadzającą w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług, Dyrektywę 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy, Dyrektywę 2010/41/UE w sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn prowadzących działalność na własny rachunek oraz uchylająca dyrektywę Rady 86/613/EWG.

WE ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy.

Należy ponadto podkreślić, że wraz z wejściem w życie w 2009 roku Traktatu z Lizbony przeciwdziałanie dyskryminacji zajmuje poczesne miejsce w prawie pierwotnym. Zgodnie z art. 10 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: 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. Regulacje o charakterze antydyskryminacyjnym zostały zawarte ponadto w Karcie Praw Podstawowych, która w art. 21 formułuje klauzulę antydyskryminacyjną odnoszącą się także do innych cech, takich jak m.in. cechy genetyczne czy majątek, a ponadto ustanawia otwarty katalog cech prawnie chronionych. W traktacie tym poświęcono ponadto osobne miejsce zasadzie równości kobiet i mężczyzn (art. 23).

3. Międzynarodowe procedury kontrolne – jak prawo międzynarodowe może wpływać na sytuację prawną ofiar dyskryminacji?

3.1. Skarga indywidualna do organów traktatowych ONZ i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Prawo do wnoszenia petycji do międzynarodowych organów kontrolnych stanowi niewątpliwie jeden z najważniejszych elementów ochrony praw człowieka, a zarazem najistotniejszy instrument reagowania na naruszenia praw jednostki. W ramach systemu ONZ ustanowiono na przestrzeni lat szereg procedur opartych na prawie do skargi indywidualnej wnoszonej do organów monitorujących przestrzeganie poszczególnych traktatów z dziedziny praw człowieka. W chwili obecnej niemalże każdy z tzw. organów traktatowych²¹ dysponuje kompetencją badania zawiadomień (ang. *communications*) składanych przez jednostki podległe jurysdykcji państw-stron traktatów²². Jeśli chodzi o problematykę dyskryminacji, to najbardziej wyspecjalizowanymi organami są: Komitet do spraw Likwidacji Dyskryminacji Rasowej (dalej: Komitet LDR) monitorujący przestrzeganie MKLDR oraz Komitet do spraw Likwidacji Dyskryminacji Kobiet (dalej: Komitet LDK) monitorujący przestrzeganie KLDK. Komitet

²¹ Za wyjątkiem Komitetu Praw Dziecka, który uzyska kompetencję do rozpatrywania skarg indywidualnych z chwilą ratyfikowania przez 10 państw Protokołu Fakultatywnego z 2011 r. do Konwencji o prawach dziecka.

²² Warunkiem dopuszczalności skargi jest jednakże wyrażenie zgody danego państwa na podanie się tej procedurze kontrolnej, bowiem ma ona charakter fakultatywny.

LDR uzyskał kompetencję do rozpatrywania skarg indywidualnych w 1982 roku i od tego momentu rozstrzygnął kilkadziesiąt spraw²³. Komitet LDK otrzymał natomiast kompetencję do rozpatrywania skarg w 2000 roku i jego dorobek wynosi w tej chwili kilkanaście decyzji merytorycznych w sprawach indywidualnych. Od 2008 roku skargi indywidualne rozpatruje także Komitet do spraw Praw Osób Niepełnosprawnych (dalej: KPON) monitorujący przestrzeganie KPON, który rozpatrzył dotychczas merytorycznie jedną sprawę. Zdecydowanie najbogatszy dorobek w omawianym zakresie ma jednak Komitet Praw Człowieka, który czuwa nad implementacją MPPOiP. W wypracowanym na przestrzeni ostatnich kilkadziesiąt lat orzecznictwie znajdują się decyzje dotyczące różnych aspektów dyskryminacji²⁴.

Jak wskazują przytoczone liczby, skarga do organów traktatowych ONZ nie jest szczególnie popularnym instrumentem, po który sięgają ofiary dyskryminacji. Jest wiele przyczyn takiego stanu rzeczy. Za jedną z głównych należy uznać słaby stan wiedzy o dostępnych mechanizmach, zarówno w środowiskach prawniczych, jak i wśród potencjalnych skarżących. W przypadku spraw dotyczących dyskryminacji dodatkowym czynnikiem może być fakt, że jej ofiary często nie zdają sobie sprawy, że doświadczyły dyskryminującego traktowania. Istotnym czynnikiem, który może zniechęcać ofiary, jest także niewiążący charakter decyzji komitetów (ang. *views*), które nie mają waloru rozstrzygnięcia sądowego. Niemniej jednak należy uznać, że przystępując do procedury kontrolnej, państwo wyraża chęć poddania się wszelkim wynikającym z tego konsekwencjom, w tym realizacji decyzji organu kontrolnego²⁵. Kluczowe znaczenie ma zatem to, że w przypadku naruszenia praw ofiary fakt ten zostanie stwierdzony przez uprawniony do tego organ. Realizacja decyzji, podobnie jak w przypadku rozstrzygnięć innych organów międzynarodowych, leży natomiast po stronie pozwanego państwa.

Decyzje wydawane przez organy traktatowe łączą się zazwyczaj z rekomendacjami wystosowanymi do danego państwa. Choć decyzje te nie określają, tak jak czynią to wyroki strasburskie, wysokości zadośćuczynienia, mogą zalecać wypłatę adekwatnej rekompensaty. Zazwyczaj komitety rekomendują usunięcie istniejących naruszeń, pozostawiając wybór środków państwu. W niektórych przypadkach rekomendacje mają bardzo konkretny charakter, przykłado-

²³ Dane dotyczące orzecznictwa organów traktatowych podano za: <http://tb.ohchr.org/default.aspx> (data dostępu: 15 lipca 2013 r.).

²⁴ Szerzej: K. Sękowska-Kozłowska, *Artykuł 26...*, *op. cit.*, s. 633-681. Zob. również ibidem komentarze do art. 2 i art. 3 MPPOiP.

²⁵ Por. R. Wieruszewski, *ONZ-owski system ochrony praw człowieka*, [w:] B. Banaszak, A. Bisztyga, K. Complak, M. Jabłoński, R. Wieruszewski, K. Wójtowicz, *System ochrony praw człowieka*, Kraków 2005, s. 104.

wo w decyzji dotyczącej przemocy domowej Komitet LDK zalecił, by państwo zapewniło ofierze lokal zastępczy²⁶. Część organów traktatowych, w szczególności Komitet LDK i Komitet PON, łączy w swoich decyzjach zalecenia o charakterze indywidualnym, odnoszące się bezpośrednio do sytuacji ofiary, z zaleceniami o charakterze ogólnym²⁷. Świadczy to, że organy te uznają poszczególne skargi za przykłady zjawisk i problemów o charakterze generalnym i przez swoje zalecenia starają się przyczynić do walki z tymi problemami. Zalecenia te mogą dotyczyć wprowadzenia określonych środków prawnych lub zmiany praktyki stosowania prawa, jak i przeciwdziałania dyskryminacji z wykorzystaniem innych instrumentów, takich jak polityki społeczne, kampanie informacyjne, akcje edukacyjne etc.

Decyzje w sprawach indywidualnych mają także istotne znaczenie dla budowania międzynarodowego standardu w dziedzinie przeciwdziałania dyskryminacji. Tytułem przykładu warto zwrócić uwagę na niektóre problemy prawne, które stały się przedmiotem decyzji zasługujących na miano „kamieni milowych”. Dorobek orzeczniczy Komitetu LDK odgrywa główną rolę w przeciwdziałaniu dyskryminacji kobiet. Na pierwszy plan wysuwają się tutaj dwa zagadnienia – przemoc wobec kobiet oraz ochrona zdrowia reprodukcyjnego kobiet. W cyklu decyzji dotyczących przemocy wobec kobiet, a w szczególności przemocy domowej, komitet ten dokonał szczegółowej rekonstrukcji zobowiązań ciążyących na państwie i wykładni materii konwencyjnej prowadzącej do konkluzji, że niereagowanie przez władze na akty przemocy wobec kobiet może stanowić akt dyskryminacji ze względu na płeć²⁸. Decyzje te stały się inspiracją do wydania przełomowego wyroku strasburskiego w sprawie *Opuz przeciwko Turcji*²⁹, jak i do uchwalenia Konwencji Rady Europy w sprawie przeciwdziałania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej. W dorobku orzeczniczym Komitetu LDK znajdują się także ważne decyzje kształtujące standard ochrony w odniesieniu do różnych aspektów zdrowia reprodukcyjnego, takich jak dostęp do legalnego zabiegu przerwania ciąży³⁰, opieka w czasie ciąży³¹ czy przymusowa sterylizacja³². Komitet LDR, drugi z wyspecjalizowanych „antydyskryminacyj-

²⁶ A.T. p. *Węgrom*, decyzja z dnia 26 stycznia 2005 r., skarga nr 2/2003.

²⁷ Szerzej: K. Sękowska-Kozłowska, *Ewolucja funkcji orzecznictwa organów traktatowych ONZ w dziedzinie praw człowieka*, [w:] *Prawo wobec wyzwań współczesności*, tom VI, red. B. Guzik, N. Buchowska, P. Wiliński, Poznań 2010.

²⁸ M.in. A.T. p. *Węgrom*, decyzja z dnia 26 stycznia 2005 r., skarga nr 2/2003; *Goecke p. Austrii*, decyzja z dnia 6 sierpnia 2007 r., skarga nr 5/2005; *Yildirim p. Austrii*, decyzja z dnia 6 sierpnia 2007 r., skarga nr 6/2005.

²⁹ *Opuz p. Turcji*, wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r., skarga nr 33401/02.

³⁰ L.C. p. *Peru*, decyzja z dnia 17 października 2011 r., skarga nr 22/2009.

³¹ *Pimentel Teixeira p. Brazylii*, decyzja z dnia 25 lipca 2011 r., skarga nr 17/2008.

³² *Szijarto p. Węgrom*, decyzja z dnia 14 sierpnia 2006 r., skarga nr 4/2004.

nych” organów traktatowych odgrywa istotną rolę w kształtowaniu standardu ochrony przed dyskryminacją rasową. Warto tutaj wymienić przykładowo decyzje dotyczące tzw. mowy nienawiści³³.

Jak wspomniano, także orzecznictwo Komitetu Praw Człowieka ma znaczący wkład w rozwój standardów antydyskryminacyjnych, choć problematyka ta jest zaledwie jednym z wielu aspektów działalności tego organu. Dzięki rozstrzygnięciom w sprawach indywidualnych Komitet Praw Człowieka zbudował kompleksową interpretację zasady równości i niedyskryminacji sformułowanej w MPPOiP. Wykładnia ta obejmuje m.in. objaśnienie podstawowych pojęć z zakresu prawa antydyskryminacyjnego, takich jak np. dyskryminacja pośrednia³⁴. Orzecznictwo Komitetu Praw Człowieka potwierdziło również autonomiczny charakter zakazu dyskryminacji zawartego w art. 26 MPPOiP, umożliwiając tym samym dochodzenie praw ofiarom dyskryminacji w korzystaniu z praw innych niż prawa wymienione w MPPOiP, a więc np. z praw socjalnych³⁵. Decyzje w sprawach indywidualnych ugruntowały także koncepcję otwartego katalogu cech prawnie chronionych, umożliwiając objęcie ochroną przed dyskryminacją ze względu na przymioty, które nie zostały wymienione w MPPOiP, takie jak np. wiek³⁶ czy orientacja seksualna³⁷.

Choć skarga do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz) jest instrumentem regionalnym, dorobek orzeczniczy tego organu jest znacznie bogatszy niż organów traktatowych ONZ, również w odniesieniu do spraw związanych z problematyką dyskryminacji³⁸. Mimo że skarga do ETPCz jest z wielu względów uważana za skuteczniejszy środek ochrony praw jednostki, należy podkreślić, że zakres przedmiotowy potencjalnych skarg na naruszenie zakazu dyskryminacji jest węższy niż w przypadku skargi do Komitetu Praw Człowieka, bowiem art. 14 EKPCz formułuje zakaz dyskryminacji jedynie w odniesieniu do praw zawartych w tym traktacie. Tym samym, by skutecznie podnosić naruszenie tego zakazu, niezbędne jest wykazanie, że dotyczyło ono sfery objętej ochroną EKPCz. Możliwe jest natomiast uznanie pogwałcenia zakazu dyskrymi-

³³ Szerzej: A. Gliszczyńska-Grabias, *Orzecznictwo Komitetu Praw Człowieka oraz Komitetu ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej ONZ dotyczące granic swobody wypowiedzi w odniesieniu do mowy nienawiści*, [w:] *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias, Warszawa 2010.

³⁴ Zob. *Prince p. Republice Południowej Afryki*, decyzja z dnia 31 października 2007 r., skarga nr 1474/2006, pkt 7.5.

³⁵ Szerzej: K. Sękowska-Kozłowska, *Artykuł 26...*, *op. cit.*, s. 642–644.

³⁶ Zob. np. *Love i inni p. Australii*, decyzja z dnia 25 marca 2003 r., skarga nr 983/2001.

³⁷ Zob. np. *Young p. Australii*, decyzja z dnia 6 sierpnia 2003 r., skarga nr 941/2000.

³⁸ Wg bazy Hudoc, ETPCz wydał do tej pory przeszło 2000 wyroków w sprawach dotyczących zarzutu naruszenia art. 14 EKPCz, za: <http://hudoc.echr.coe.int> (data dostępu: dnia 5 lipca 2013 r.).

nacji, nawet jeśli nie doszło do naruszenia innych praw i wolności zawartych w EKPCz³⁹.

Oprócz podniesienia w skardze, do którego z praw i wolności objętych EKPCz odnosi się zarzut naruszenia zakazu dyskryminacji, skarżący powinien przedstawić wiele innych elementów. Po pierwsze, należy określić niedozwolone kryterium różnicujące, tzn. cechę, która w opinii skarżącego stanowiła przyczynę dyskryminacyjnego traktowania (np. płeć, rasa etc.). Następnie należy wykazać, że osoba nieposiadająca tej cechy (np. odmiennej płci czy rasy) została potraktowana w sposób odmienny. Należy także przedstawić, na czym polegało nierówne traktowanie. Obowiązek wykazania, że istnieje obiektywne i racjonalne usprawiedliwienie nierównego traktowania spoczywa natomiast na pozwanym państwie⁴⁰. W praktyce często dochodzi do trudności o charakterze dowodowym związanych m.in. z wykazaniem, że inna osoba nieposiadająca danej cechy została potraktowana w sposób odmienny. Przykładem tego typu spraw są skargi dotyczące przemocy na tle rasowym⁴¹. W sprawach tych ETPCz przerzucił ciężar dowodu na pozwane państwa, do których należało obalenie twierdzenia skarżącego, że doszło do dyskryminacji. Należy jednak podkreślić, że tego typu ułatwienia są ograniczone do pewnej ściśle określonej kategorii spraw.

Innym istotnym czynnikiem ułatwiającym dowodzenie przez ofiary dyskryminacji naruszenia ich praw jest także badanie przez ETPCz sytuacji skarżącego w szerszym kontekście występowania zjawiska dyskryminacji w danym państwie, m.in. przez analizę danych statystycznych, raportów organów międzynarodowych czy organizacji pozarządowych. Taka sytuacja zaistniała m.in. w sprawie dotyczącej umieszczenia dzieci romskich w szkołach specjalnych⁴² czy uznania niedopełnienia przez państwo obowiązku przeciwdziałania przemocy domowej za akt dyskryminacji ze względu na płeć⁴³. Tendencji tej nie można jednak uznać za regułę, o czym świadczą chociażby rozstrzygnięcia w sprawach dotyczących przymusowej sterylizacji kobiet romskiego pochodzenia, kiedy ETPCz, mimo powszechnej dostępności informacji wskazujących na masowy

³⁹ M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 743.

⁴⁰ A. Wróbel, *Artykuł 14*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, Tom I, red. L. Garlicki, Warszawa 2011, s. 790–791.

⁴¹ Zob. m.in. *Nachova i inni p. Bułgarii*, wyrok z dnia 6 lipca 2005 r., skargi nr 43577/98, 43579/98; *Stoica p. Rumunii*, wyrok z dnia 4 marca 2008 r., skarga nr 42722/02.

⁴² *D. H. p. Czechom*, wyrok z dnia 13 listopada 2007, skarga nr 57325/00.

⁴³ *Opuz p. Turcji*, wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r., skarga nr 33401/02.

i dyskryminacyjny charakter tego zjawiska, nie dostrzegł potrzeby zbadania, czy stanowiło ono przejaw dyskryminacji ze względu na rasę lub płeć⁴⁴.

Orzecznictwo ETPCz wpływa nie tylko na sytuację prawną poszczególnych skarżących, ale ma też ogromne znaczenie dla kształtowania międzynarodowych standardów prawnych o charakterze antydyskryminacyjnym. Tytułem przykładu można przytoczyć orzecznictwo w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. W trakcie ostatnich kilkunastu lat mogliśmy zaobserwować znaczącą ewolucję dorobku ETPCz w tej materii, który w kolejnych rozstrzygnięciach podejmuje istotne kwestie dotyczące przede wszystkim sfery życia prywatnego chronionej przez art. 8 EKPCz. Wśród prętomowych orzeczeń ETPCz należy wymienić m.in. uznanie za akt dyskryminacji ze względu na orientację seksualną odmowy przyznania skarżącemu z powodu jego homoseksualizmu prawa do opieki nad dzieckiem⁴⁵, odmowę udzielenia skarżącej zgody na adopcję dziecka z uwagi na fakt pozostawania w związku z inną kobietą⁴⁶ czy odmowę objęcia ubezpieczeniem partnera tej samej płci⁴⁷. Warto przypomnieć, że dla kształtowania dorobku ETPCz w tym zakresie istotne znaczenie mają także skargi wniesione przeciwko Polsce, czyli przede wszystkim wyrok w sprawie *Bączkowski i inni*⁴⁸ odnoszący się do zakazu organizacji parady równości oraz wyrok w sprawie *Kozak*⁴⁹ dotyczący sukcesji najmu lokalu mieszkalnego po zmarłym homoseksualnym partnerze.

3.2. Rola Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Choć w przeciwieństwie do ONZ i Rady Europy Unia Europejska nie oferuje jednostkom narzędzia ochrony prawnej o charakterze skargi indywidualnej, dysponuje instrumentem w postaci pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE), który stanowi ważny środek kształtowania standardu unijnego w dziedzinie przeciwdziałania dyskryminacji. Na mocy art. 267 TFUE sądy państw członkowskich mogą zwracać się do TSUE z pytaniami dotyczącymi wykładni traktatów unijnych oraz ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii. Wy-

⁴⁴ M.in. *V.C. p. Słowacji*, wyrok z dnia 8 listopada 2011 r., skarga nr 18968/07, zob. też: K. Sękowska-Kozłowska, *Przymusowa sterylizacja kobiety romskiego pochodzenia - glosa do wyroku ETPC z 8.11.2011 r. w sprawie V.C. v. Słowacja (skarga nr 18968/07)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 6.

⁴⁵ *Salgueiro da Silva Mouta p. Portugalii*, wyrok z dnia 21 grudnia 1999 r., skarga nr 33290/96.

⁴⁶ *E.B. p. Francji*, wyrok z dnia 22 stycznia 2008 r., skarga nr 43546/02.

⁴⁷ *P.B. i J.S. p. Austrii*, wyrok z dnia 22 lipca 2010 r., skarga nr 18984/02.

⁴⁸ *Bączkowski i inni p. Polsce*, wyrok z dnia 3 maja 2007 r., skarga nr 1543/06.

⁴⁹ *Kozak p. Polsce*, wyrok z dnia 2 marca 2010 r., skarga nr 13102/02.

rok TSUE zapada na kanwie konkretnej sprawy, teoretycznie nie odnosi się on więc bezpośrednio do sfery praw i wolności podmiotów biorących udział w postępowaniu krajowym. Niemniej jednak należy zauważyć, że orzeczenie takie rodzi wymierne skutki dla stron postępowania, bowiem wpływa na kształt decyzji sądu krajowego, a w przypadku rozstrzygnięcia o uprawnieniach wynikających z bezpośrednio skutecznych norm prawa unijnego niemalże zastępuje to rozstrzygnięcie⁵⁰.

Niewątpliwie rola wyroków TSUE wydawanych w trybie odpowiedzi na pytanie prejudycjalne wykracza poza wymiar jednostkowy, służąc zapewnieniu jednolitości prawa unijnego. Orzecznictwo tego organu wpływa ponadto na praktykę instytucji unijnych i krajowych. W tym sensie TSUE odgrywa ważną rolę w kształtowaniu standardu ochrony praw jednostki, również w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji. Świadczy o tym bogate orzecznictwo ukształtowane na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat i zmiany zachodzące w ustawodawstwach krajowych. Ponieważ, jak już wspomniano, zasada równego traktowania ze względu na płeć, zajmuje szczególne miejsce w prawie unijnym, warto odwołać się do dorobku w tej dziedzinie⁵¹. Orzeczenia te dotyczą przede wszystkim szeroko pojętej sfery zatrudnienia, odnosząc się do np. do dyskryminacji w wynagrodzeniu⁵², zabezpieczeniu społecznym pracowników⁵³ czy dopuszczalności stosowania środków wyrównawczych⁵⁴. Za przykład wpływu dorobku TSUE na prawo krajowe mogą świadczyć chociażby niedawne zmiany w polskim prawie ubezpieczeniowym⁵⁵ będące konsekwencją wyroku w belgijskiej sprawie *Test-Achats*⁵⁶, w której uznano, że różnicowanie wysokości składek ubezpieczeniowych dla kobiet i mężczyzn stanowi dyskryminację ze względu na płeć.

Warto zauważyć, że dorobek TS UE może rodzić konsekwencje wykraczające poza sferę rynku pracy czy dostępu do dóbr i usług, przyczyniając się do kształ-

⁵⁰ A. Kastelik-Smaza, *Pytania prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej a ochrona praw jednostki*, Warszawa 2010, s. 184 i nast.

⁵¹ Szerzej: m.in. M. Smolin, *Zasada równości płci. Studium komparatystyczne standardów Rady Europy i Unii Europejskiej*, Warszawa 2013; M. Domańska, *Zakaz dyskryminacji ze względu na płeć w orzecznictwie TS*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 6.

⁵² Np. *Defrenne p. Sabena* (nr 2), C-43/75, wyrok z dnia 8 kwietnia 1976 r.

⁵³ Np. *Mayer p. Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder*, C-356/03, wyrok z dnia 13 stycznia 2005 r.

⁵⁴ Np. *Kalanke p. Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93, wyrok z dnia 17 października 1995 r.; *Marschall v Land Nordrhein Westfalen*, C-409/95, wyrok z dnia 11 listopada 1997 r.

⁵⁵ Zob. art. 18a Ustawy o działalności ubezpieczeniowej w brzmieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r., Dz. U. z 2013 r., poz. 53.

⁵⁶ *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL i inni p. Conseil des Ministres*, C-236/09, wyrok z dnia 1 marca 2011 r.

towania określonego modelu godzenia życia rodzinnego i zawodowego przez kobiety i mężczyzn. Świadczy o tym chociażby wyrok w sprawie *Roca Álvarez*, w którym TS UE odniósł się do hiszpańskiego prawodawstwa przewidującego godzinną przerwę w pracy dla matki dziecka, które nie ukończyło 9 miesięcy, zwaną potocznie „przerwą na karmienie”, choć mogły z niej skorzystać również matki niekarmiące piersią. Przepisy te zostały zmienione na skutek uchwalenia ustawy dotyczącej równości kobiet i mężczyzn, umożliwiając skorzystanie z przerwy ojcu dziecka zamiast matki w przypadku, gdy oboje rodzice pracują. Ze środka takiego nie mógł natomiast skorzystać ojciec dziecka, w sytuacji gdy matka dziecka nie była pracownikiem najemnym, ale – tak jak w sprawie pana *Roca Álvarez* – prowadziła działalność gospodarczą. Zdaniem TSUE taki stan rzeczy prowadził do naruszenia zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn, bowiem kobieta mogła skorzystać z przerwy niezależnie od tego, czy ojciec dziecka miał status pracownika najemnego, natomiast możliwość skorzystania z przerwy przez mężczyznę była uzależniona od statusu matki dziecka. Obranie przeciwnej interpretacji mogło zdaniem TS UE *raczej utrwalić tradycyjny podział ról między mężczyznami i kobietami, utrzymując mężczyzn w roli pomocniczej wobec roli kobiet w zakresie wykonywania funkcji rodzicielskich*⁵⁷.

Orzekanie na podstawie pytań prejudycjalnych nie jest jedynym narzędziem umożliwiającym TS UE kształtowanie standardów w dziedzinie przeciwdziałania dyskryminacji. Organ ten posiada także kompetencję do dokonywania oceny stanu wdrożenia dyrektyw przez rozpatrywanie skarg Komisji Europejskiej przeciwko państwom członkowskim. O tym jak ważny jest ten instrument świadczy najlepiej przykład Polski. Przez wiele lat polski rząd zwlekał z wdrożeniem unijnych przepisów w dziedzinie równego traktowania, co w konsekwencji stało się przedmiotem wszczętego przez Komisję postępowania przed TSUE⁵⁸. Choć finalnie Polska uchwaliła ustawę mającą na celu implementację dyrektyw równościowych, jej postanowienia budzą niestety liczne zastrzeżenia⁵⁹.

3.3. Kontrola o charakterze abstrakcyjnym – raportowanie państw do organów traktatowych

Omawiając problematykę tworzenia międzynarodowych standardów w dziedzinie przeciwdziałania dyskryminacji, warto zwrócić uwagę na rolę instrumentów kontroli o charakterze abstrakcyjnym, czyli niemających charakteru środka ochrony prawnej jednostki. Przykładem takiego instrumentu jest

⁵⁷ *Roca Álvarez p. Sesia Start España ETT SA*, C-104/09, wyrok z dnia 30 września 2010 r., pkt 36.

⁵⁸ Zob. *Komisja Europejska przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, C-326/09, wyrok z dnia 17 marca 2011 r.

⁵⁹ Zob. uwagi zawarte w pkt 3.3 niniejszego artykułu.

procedura rozpatrywania sprawozdań państw przez organy traktatowe ONZ. Zgodnie z postanowieniami poszczególnych traktatów z dziedziny praw człowieka państwo, przystępując do danej konwencji, zobowiązuje się przedkładać cyklicznie raport z wykonywania jej postanowień. Raporty te są rozpatrywane przez organy traktatowe ONZ, które uchwalają tzw. uwagi końcowe (ang. *concluding observations*), w których przedstawiają swoją ocenę stanu przestrzegania praw chronionych przez dany traktat oraz formułują rekomendacje dla danego państwa.

Wyniki przeprowadzonej kontroli mają zatem przede wszystkim znaczenie dla raportującego państwa, jednak przyczyniają się także do budowania standardu o charakterze uniwersalnym, bowiem uwagi końcowe stanowią ważny środek interpretacji zobowiązań traktatowych. Ich wpływ na sytuację prawną jednostki zależy natomiast od danego państwa i tego, w jakim stopniu zrealizuje zalecenia organu traktatowego.

Odnosząc się do problematyki dyskryminacji, warto tytułem przykładu sięgnąć do zaleceń końcowych Komitetu Praw Człowieka adresowanych do Polski. Zostały one uchwalone w październiku 2010 roku w odpowiedzi na VI sprawozdanie okresowe rządu polskiego⁶⁰. Mimo że, jak wspomniano, przeciwdziałanie dyskryminacji stanowi tylko jeden z wielu aspektów ochrony praw i wolności zawartych w MPPOiP, należy zauważyć, że kwestii tej Komitet poświęcił relatywnie dużo uwagi. Spostrzeżenia i rekomendacje w tym zakresie można podzielić na zalecenia dotyczące ogólnych ram zwalczania dyskryminacji, jak i problemów szczegółowych dotyczących wybranych typów dyskryminacji. W ramach obu grup znajdują się zalecenia dotyczące zarówno stanowienia prawa, jak i praktyki jego stosowania.

Omawiając ogólne ramy przeciwdziałania dyskryminacji w Polsce, Komitet Praw Człowieka odniósł się do projektu ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania⁶¹, zauważając, że *nie jest ona wyczerpująca i nie obejmuje kwestii dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, niepełnosprawność, religię i wiek w sferze edukacji, ochrony zdrowia, opieki społecznej i dostępu do usług mieszkaniowych*⁶². Zatem jeszcze na etapie tworzenia ustawy organ ten sygnalizował jej wady, podkreślając, że powinna ona odnosić się do wszystkich rodzajów dyskryminacji we

⁶⁰ Uwagi końcowe Komitetu Praw Człowieka z dnia 26 października 2010 r. do sprawozdania Polski, CCPR/C/POL/6.

⁶¹ Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r., Dz. U. z 2010 r., Nr 254, poz. 1700.

⁶² Uwagi końcowe..., pkt 5.

wszystkich obszarach, która to kwestia jest obecnie podnoszona m.in. przez organizacje pozarządowe⁶³ czy Rzecznika Praw Obywatelskich⁶⁴.

Wśród kwestii szczegółowych Komitet Praw Człowieka zwrócił uwagę na wiele problemów związanych z realizacją praw kobiet. Odniósł się do problemu niskiej reprezentacji kobiet na stanowiskach kierowniczych w sferze publicznej, jak i w biznesie, zalecając zintensyfikowanie działań na rzecz zwiększenia ich liczby oraz wyrównania luki płacowej⁶⁵. Kolejne zalecenia w omawianym obszarze dotyczyły przeciwdziałania przemocy domowej, wśród których znalazła się m.in. niezrealizowana do dzisiaj rekomendacja nowelizacji ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie w celu przyznania funkcjonariuszom policji kompetencji do wydawania w miejscu zdarzenia natychmiastowych zakazów zbliżania się⁶⁶. Komitet sformułował także postulat zmian prawnych w odniesieniu do ochrony praw reprodukcyjnych i dostępu do legalnych zabiegów przerywania ciąży, rekomendując wprowadzenie przepisów zakazujących niewłaściwe stosowanie i korzystanie przez przedstawicieli zawodów medycznych z tzw. klauzuli sumienia oraz zalecił drastyczne skrócenie terminu wydawania decyzji przez komisje lekarskie w sprawach związanych z przerywaniem ciąży⁶⁷.

Problem dyskryminacji rasowej został poruszony w kontekście dyskryminacji osób pochodzenia romskiego i ich marginalizacji w szczególności w sferze edukacji, zatrudnienia i mieszkalnictwa⁶⁸ oraz rosnącej liczby aktów antysemityzmu, m.in. w postaci napaści fizycznych, dewastacji cmentarzy czy mowy nienawiści⁶⁹. Problem mowy nienawiści został również odnotowany w odniesieniu do osób LGBT. Komitet Praw Człowieka sformułował w tej kwestii rekomendację włączenia do przepisów Kodeksu karnego definicji przestępstwa mowy nienawiści ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową⁷⁰.

Jak można zauważyć, oprócz zaleceń odnoszących się do sfery pozaprawnej i dotyczących takich kwestii jak m.in. podnoszenie świadomości społecznej, prowadzenie odpowiednich działań edukacyjnych, monitoringu, badań itp., których to realizacja jest z reguły procesem stopniowym i długotrwałym, organy traktatowe, takie jak Komitet Praw Człowieka, formułują liczne zalecenia

⁶³ Zob. uwagi Koalicji na Rzecz Równych Szans, <http://www.ptpa.org.pl/koalicja> (data dostępu: 16 lipca 2013 r.)

⁶⁴ Zob. wystąpienie generalne Rzecznik Praw Obywatelskich do Pełnomocnik Rządu do spraw Równego Traktowania z dnia 28 maja 2012 r., RPO-687085-1/12/KW/MW.

⁶⁵ Uwagi końcowe..., pkt 9.

⁶⁶ *Ibidem*, pkt 10.

⁶⁷ *Ibidem*, pkt 12.

⁶⁸ *Ibidem*, pkt 7.

⁶⁹ *Ibidem*, pkt 6.

⁷⁰ *Ibidem*, pkt 8.

dotyczące stanowienia prawa, których wdrożenie może mieć realny wpływ na sytuację prawną jednostki i stworzyć konkretne instrumenty ochrony prawnej.

Niestety stopień wdrożenia zaleceń czy rekomendacji pozostawia wiele do życzenia. Jak widać na podstawie przedstawionych przykładów, praktycznie żadna z rekomendacji dotyczących prawnych standardów przeciwdziałania dyskryminacji nie została w Polsce wcielona w życie. Nie można jednak jednoznacznie stwierdzić, że świadczy to o słabości organów traktatowych jako takich, bowiem w wielu przypadkach ich rekomendacje pokrywają się z zaleceniami innych międzynarodowych organów kontrolnych. Przykładowo, nawet ETPCz, który dysponuje silniejszymi środkami wywierania presji na rządy, nie udało się doprowadzić do skutecznej egzekucji wyroków dotyczących ochrony praw reprodukcyjnych w Polsce⁷¹. Także wdrożenie wspólnotowych standardów równościowych ma charakter jedynie fasadowy, mimo strasząka w postaci reakcji instytucji unijnych, a w konsekwencji nawet kar finansowych. Oznacza to, że wobec braku woli politycznej ze strony państwa, żaden, nawet najlepszy mechanizm kontrolny, nie jest w stanie wymusić pożądanych zmian.

4. Uwagi końcowe – przyszłość międzynarodowego prawa antydyskryminacyjnego

Jak wynika z niniejszego opracowania, na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat stworzono liczne międzynarodowe instrumenty prawne służące przeciwdziałaniu różnym rodzajom dyskryminacji. W ramach rozmaitych systemów ochrony praw człowieka wypracowano zarówno standardy prawne, jak i procedury kontrolne umożliwiające jednostkom dochodzenie ich praw. W jakim kierunku można zatem oczekiwać dalszej ewolucji międzynarodowego prawa antydyskryminacyjnego?

Zbiór regulacji antydyskryminacyjnych, uchwalonych zarówno w ramach ONZ, Rady Europy, jak i Unii Europejskiej, jest bardzo bogaty. Czy oznacza to, że poziom ochrony przed dyskryminacją oferowany przez te systemy jest tak dobry, że nie istnieje potrzeba tworzenia nowych aktów prawnych? Trudno udzielić jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie bez dogłębnej analizy problemu, warto natomiast w tym miejscu zasygnalizować kilka kwestii. Po pierwsze, należy się zastanowić, czy istnieją określone grupy, które wymagają szcze-

⁷¹ Zob. m.in. stan realizacji wyroków w sprawach *Tysiyc p. Polsce*, wyrok z dnia 20 marca 2007 r., skarga nr 5410/03 oraz R.R. p. Polsce, wyrok z dnia 26 maja 2011 r., skarga nr 27617/04, wobec których Komitet Ministrów zastosował procedurę tzw. wzmocnionego nadzoru (ang. *enhanced supervision*), http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases_en.asp (data dostępu: 22 lipca 2013 r.).

gólnej ochrony przed dyskryminacją. Jak wskazano, część regulacji opiera się na otwartej klauzuli antydyskryminacyjnej, oferując tym samym ochronę ze względu na rozmaite cechy prawnie chronione, w tym także takie, które nie zostały wymienione *expressis verbis*. Niemniej jednak niektóre szczególne rodzaje dyskryminacji, takie jak dyskryminacja rasowa czy dyskryminacja kobiet, stały się przedmiotami specjalnych uregulowań. W chwili obecnej rośnie znaczenie problematyki dyskryminacji pewnych grup, które jeszcze kilkadziesiąt lat temu były w nikłym stopniu przedmiotem zainteresowania prawa. Za przykład mogą służyć działania osób z niepełnosprawnościami na rzecz skodyfikowania ich praw, które dzięki wysiłkom licznych zrzeszających je organizacji pozarządowych zdołały doprowadzić do uchwalenia w 2006 roku przełomowego traktatu w tej materii, czyli Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych. Odrębnej regulacji nie doczekała się natomiast problematyka dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową czy ze względu na wiek. Choć dyskryminacja osób LGBT jest, jak wskazano, przedmiotem rozbudowanego orzecznictwa organów międzynarodowych, organizacje pozarządowe wskazują na potrzebę uchwalenia kompleksowej regulacji w tej materii. Przykładem takiej inicjatywy może być stworzenie Zasad Yogyakarty – opracowanego przez grupę ekspertów dokumentu zawierającego rekonstrukcję standardów międzynarodowych z dziedziny praw człowieka w odniesieniu do osób LGBT⁷². Z uwagi na głęboki podział społeczności międzynarodowej w stosunku do tej problematyki, o czym świadczy chociażby silny sprzeciw części państw wobec rezolucji Rady Praw Człowieka ONZ z 2011 roku dotyczącej praw osób LGBT⁷³, należy spodziewać się, że droga do uchwalenia jakichkolwiek umów międzynarodowych w tej materii, czy to na płaszczyźnie regionalnej, czy tym bardziej uniwersalnej, będzie długa i trudna. Również ochrona praw osób starszych, choć kwestia ta wydaje się znacznie mniej kontrowersyjna, nie doczekała się dotychczas prawnie wiążącego instrumentu, co w sytuacji globalnego starzenia się społeczeństw może stać się coraz pilniejszą potrzebą⁷⁴.

Zapewnienie lepszego standardu ochrony przed dyskryminacją poszczególnych grup w ramach danego systemu może wynikać także z potrzeby ujednoczenia zakresu gwarantowanej ochrony prawnej. Świadczy o tym przykład prawodawstwa Unii Europejskiej. Wskazane wcześniej rozmaite dyrektywy antydyskryminacyjne wyznaczają różny poziom ochrony w stosunku do różnych

⁷² Szerzej: R. Wieruszewski, *Zasady Yogyakarty – charakterystyka dokumentu*, [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2009.

⁷³ Rezolucja Rady Praw Człowieka nr 17/19 z dnia 17 czerwca 2011 r.

⁷⁴ Szerzej: B. Mikołajczyk, *Międzynarodowa ochrona praw osób starszych*, Warszawa 2012, s. 262 i nast.

grup. W efekcie nie chronią one przed dyskryminacją ze względu na religię, wiek, niepełnosprawność czy orientację seksualną w tak ważnych obszarach jak zabezpieczenie społeczne, dostęp do dóbr i usług czy edukacja. Remedium na ten stan rzeczy ma być uchwalenie zaproponowanej w 2008 roku przez Komisję Europejską tzw. dyrektywy horyzontalnej, która wyrównywałaby poziom ochrony przed dyskryminacją w UE. Jednakże jak na razie brak konsensusu w tej materii wśród państw Unii.

Niejednolite podejście do problematyki dyskryminacji obrazuje także przykład Rady Europy. Teoretycznie wraz z przyjęciem Protokołu nr 12 do EKPCz gwarantującego tzw. autonomiczną klauzulę antydyskryminacyjną, system ten oferuje pełną ochronę przed dyskryminacją. W praktyce jednakże trudno mówić o wspólnym standardzie, bowiem jak dotąd jedynie 18 państw (wśród których znajduje się zaledwie kilka państw UE) spośród 47 członków Rady Europy zdecydowało się na ratyfikację tego Protokołu⁷⁵. Dużo lepiej wygląda stan ratyfikacji Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej⁷⁶, która w stosunku do swojej poprzedniczki oferuje znacznie bardziej rozbudowaną ochronę przed dyskryminacją. Niestety Polska nie przystąpiła do żadnego z tych traktatów, co jest dużym deficytem polskiej polityki w dziedzinie ochrony praw człowieka⁷⁷.

Problem zagwarantowania skutecznej realizacji omawianych standardów i zapewnienia jednostce efektywnych narzędzi ochrony przed dyskryminacją dotyka w dużo większym stopniu procesu stosowania niż stanowienia prawa. Jak wskazano, poszczególne systemy ochrony praw człowieka, w szczególności ONZ i Rada Europy, oferują instrumenty skargi indywidualnej. Oczywiście procedury te są obciążone pewnymi niedoskonałościami, związanymi chociażby z długim czasem oczekiwania na rozstrzygnięcie. Miarą ich efektywności jest jednakże przede wszystkim to, czy są w stanie wyegzekwować od państwa realizację decyzji organu kontrolnego. Zarówno na płaszczyźnie ONZ-owskiej – w ramach tzw. procedury *follow-up* organów traktatowych, czy Rady Europy – przez wzmacnianie kontroli Komitetu Ministrów, prowadzone są działania mające na celu poprawę stanu wykonywania decyzji w sprawach indywidualnych. Jednakże w przypadku braku ze strony państwa chociażby minimalnej woli realizacji standardów równościowych czy też szerzej – z dziedziny praw człowieka – nawet najlepsze prawo międzynarodowe, czy to o charakterze materialnym, czy to proceduralnym, nie zapewni jednostce skutecznej ochrony jej praw.

⁷⁵ Za: <http://www.conventions.coe.int> (data dostępu: dnia 12 lipca 2013 r.)

⁷⁶ 33 państwa-strony, za: <http://www.conventions.coe.int> (data dostępu: 12 lipca 2013 r.)

⁷⁷ Szerzej: K. Sękowska-Kozłowska, R. Wieruszewski, *Zaległości ratyfikacyjne Polski w dziedzinie praw człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 3.

Najważniejsze przyczyny problemów ze stosowaniem przepisów antydyskryminacyjnych w Polsce

1. Wprowadzenie

Członkostwo Polski w Unii Europejskiej (dalej: UE) przyniosło zasadniczą zmianę w polskich przepisach antydyskryminacyjnych. Jednak formalny początek implementacji prawa antydyskryminacyjnego UE w Polsce przypada na okres poprzedzający jej przystąpienie do tej organizacji. W pierwszej kolejności skupiono się na stosunkach pracy i stosownej nowelizacji Kodeksu pracy (dalej: k.p.)¹. Pierwsza ogólna klauzula antydyskryminacyjna w k.p. została wprowadzona już w 1998 roku (dzisiejszy art. 11³). W 2002 roku została rozszerzona o wskazanie, że zabroniona jest dyskryminacja bezpośrednia i pośrednia. Jednak zasadniczej zmiany dokonano kompleksową nowelizacją z 2003 roku, która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2004 roku². W jej wyniku kolejny raz zmodyfikowano ogólną klauzulę zawartą w art. 11³ k.p., umieszczając w niej m.in. wyraźne odesłanie do orientacji seksualnej jako cechy chronionej, a w rozdziale II k.p. dodano inny przepis związany z zakazem dyskryminacji w stosunkach pracy. Zgodnie z art. 18 §3 k.p. postanowienia umów o pracę i innych aktów regulujących stosunki pracy, które są sprzeczne z zasadą równego traktowania, są nieważne. Przede wszystkim jednak wprowadzono nowy rozdział IIa: „Równe traktowanie w zatrudnieniu”. Przełomowość tej nowelizacji pozwala przyjąć, że to właśnie wejście w życie tych przepisów (dnia 1 stycznia 2004 roku) wyznacza początek obowiązywania regulacji wprowadzonych do prawa polskiego w związku z obowiązkiem implementacji prawa antydyskryminacyjnego UE.

¹ Dz. U. z 1974 r., Nr 24, poz. 141 ze zm.

² Dz. U. z 2003 r., Nr 212, poz. 2081.

Proces implementacji na tym etapie jednak nie zakończył się. Zmiany objęły zresztą również nowelizację k.p. z 2003 roku. Liczne błędy i nieścisłości w definicjach różnych form dyskryminacji³ spowodowały, że w 2008 roku przyjęto kolejną nowelizację k.p.⁴, która zaczęła obowiązywać w dniu 18 stycznia 2009 roku. Stosownych zmian dokonano również w kilku innych ustawach⁵. Kolejnym znaczącym momentem w procesie implementacji prawa antydyskryminacyjnego UE w Polsce było przyjęcie pod koniec 2010 roku ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania⁶ (dalej: ustawa o wdrożeniu⁷), która weszła w życie dnia 1 stycznia 2011 roku. Ustawa ta dodatkowo wprowadza zmiany do wielu innych ustaw⁸.

Na przełomie 2013 i 2014 roku minie 10 lat od czasu wprowadzenia do prawa polskiego pierwszych regulacji zmierzających do implementacji prawa antydyskryminacyjnego w Polsce. Jednak urzeczywistnienie zasady równego traktowania w Polsce nadal napotyka problemy i przeszkody. Wiele z nich przeanalizowano w innych miejscach niniejszej publikacji⁹. Ich istnienie potwierdzają również liczne analizy i raporty opracowane przez organizacje pozarządowe analizujące polskie prawo antydyskryminacyjne¹⁰, a także badania przeprowa-

³ I. Boruta, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowa regulacja prawna*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2004, nr 2, s. 2–8.

⁴ Dz. U. z 2008 r., Nr 223, poz. 1460.

⁵ M.in. wprowadzono postanowienia antydyskryminacyjne do ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2008 r., Nr 69, poz. 415 ze zm.) oraz umożliwiono organizacjom społecznym, do których zadań statutowych należy ochrona równości oraz niedyskryminacji, wytaczanie za zgodą ofiar nierównego traktowania powództwa na ich rzecz oraz wstępowanie do postępowania w każdym jego stadium – art. 61 §4 Kodeksu postępowania cywilnego (Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 ze zm.).

⁶ Dz. U. z 2010 r., Nr 254, poz. 1700.

⁷ Restrykcyjność, ograniczony zakres oraz wyjątkowe skomplikowanie tej ustawy zdaniem autora powoduje, że nie powinna być ona określana (jak często dzieje się) mianem „ustawy równościowej”, „ustawy o równym traktowaniu” lub/i „ustawy antydyskryminacyjnej”. Określenia takie, nawet jeśli stosowane jedynie przez komentatorów, powinny być zarezerwowane do kompleksowych regulacji antydyskryminacyjnych, a przedmiotowa ustawa z pewnością taką nie jest.

⁸ Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 ze zm.), ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2001 r., Nr 14, poz. 147 ze zm.), ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudniania osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 1997 r., Nr 123, poz. 776 ze zm.), ustawy o systemie zabezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2008 r., Nr 69, poz. 415 ze zm.), ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, ustawy o emeryturach kapitałowych (Dz. U. z 2008 r., Nr 228, poz. 1507).

⁹ Zob. m.in. rozdział autorstwa K. Kędziory i M. Wieczorek oraz M. Szuleckiej.

¹⁰ Zob. m.in. raport Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego, *Prawo antydyskryminacyjne w praktyce polskich sądów powszechnych*, pod red. M. Wieczorek i K. Bogatko, Warszawa 2013. Omówiony w niniejszej publikacji w tekście redaktorek raportu.

dzone w ramach projektów dotyczących zasady równego traktowania¹¹. Wiele z tych problemów potwierdzają również instytucje i organy międzynarodowe oceniające i monitorujące standardy przestrzegania praw człowieka w Polsce. Problem z realizacją zasady równego traktowania jest jednym z głównych obszarów budzących niepokój tych organów. W tym kontekście można odwołać się m.in. do uwag końcowych Komitetu Praw Człowieka z 2010 roku (działającego na podstawie Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych z 1966 roku¹²) do ostatniego sprawozdania Polski¹³, gdzie kilka z podstawowych obszarów zaniepokojenia i przyjętych w związku z nimi rekomendacji dotyczy wybranych aspektów związanych z różnymi formami i przejawami dyskryminacji. I tak np. skrytykował wówczas jeszcze projekty ustawy o wdrożeniu jako zbyt wąskie i nieuwzględniające wielu obszarów wymagających ochrony (pkt 5). Zwrócił również uwagę na problemy związane z dyskryminacją rasową (pkt 6), dyskryminacją Romów (pkt 7), dyskryminacją ze względu na orientację seksualną (pkt 8), dyskryminacją kobiet na rynku pracy i w sferze publicznej (pkt 9), przemocą wobec kobiet i przemocą domową (pkt 10) oraz dyskryminacją kobiet w zakresie praw reprodukcyjnych (pkt 12). Podobne zaniepokojenie wyraziły w stosunku do Polski i w konsekwencji przedstawiły stosowne rekomendacje również państwa Organizacji Narodów Zjednoczonych (dalej: ONZ) w ramach Rady Praw Człowieka, która w 2008 roku oraz ponownie w 2012 roku przeprowadziła procedurę Powszechnego Przeglądu Okresowego w stosunku do Polski – swoje uwagi zgłosiły m.in. Turcja, Wielka Brytania, Słowenia oraz Kanada w 2008 roku¹⁴, a częściowo jednakowe rekomendacje z 2012 roku¹⁵ przedstawiły m.in. Holandia, Norwegia oraz Hiszpania.

Nie przedstawiając szczegółowo oceny i wniosków, jakie wynikają m.in. ze źródeł przywołanych wyżej, warto wskazać jedynie na ogólną charakterystykę takiego stanu rzeczy. Polskie prawo antydyskryminacyjne cechuje się wyjątkowym skomplikowaniem i nieprzejrzystością. Opiera się na wielu różnych źródłach, niejednorodnym podejściu do kryteriów różnicowania/cech chronionych oraz na niejednolicie skonstruowanych zakresach (obszarach) zastosowania. Dodatkowo, mimo że jest względnie nowe, podlegało już wielu istotnym zmia-

¹¹ Autor uczestniczył w projekcie pt. *Równe traktowanie standardem dobrego rządzenia*, realizowanym m.in. przez Instytut Socjologii UJ oraz Kancelarię Prezesa Rady Ministrów, w ramach którego powstało wiele raportów krytycznie oceniających realizowanie zasady równego traktowania w Polsce. Więcej o projekcie, w tym część wyników badań, zob. <http://www.siecrownosci.gov.pl/o-projekcie/> [15.05.2013 r.].

¹² Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

¹³ UN Doc. CCPR/C/POL/CO/6.

¹⁴ UN Doc. A/HRC/8/30.

¹⁵ UN Doc. A/HRC/21/14.

nom (w szczególności w zakresie stosunków pracy). Mimo nadziei pokładanych w przyjętej pod koniec 2010 roku ustawie o wdrożeniu trudno uznać ją za przełom i za regulację znaczącą dla poprawy jakości polskich regulacji antydyskryminacyjnych. Ustawa napisania jest w sposób niezwykle nieprzejrzysty, co powoduje liczne problemy interpretacyjne. Znamienna w tym kontekście jest wypowiedź Ewy Łętowskiej, która określiła ją jako „okropną”, „pozorną” oraz uznała, że „nie będzie stosowana, gdyż zastosować jej po prostu się nie da”, m.in. dlatego, że: *[z] całej ustawy nie wynika, co jest regułą, co wyjątkiem. Nie wiadomo także, w jakich zakresach stosuje się jej poszczególne przepisy, a w jakich się je wyłącza. Wszystko w ogóle jest niekoherentne*¹⁶. Formalne i minimalistyczne podejście do implementacji prawa UE, bez uwzględnienia okoliczności, że jego aktualny kształt, jako wynik wieloletniego procesu ewolucji zasady równego traktowania w UE, jest jedynie standardem minimalnym, który z pewnością w przyszłości będzie podlegał dalszym zmianom, spowodowały, że trudno dzisiaj ustawę tę nazywać ustawą równościową. To nie jest kompleksowa, przejrzysta regulacja antydyskryminacyjna, a jedynie akt prawny, który formalnie wdraża prawo UE. Analiza jej treści i przyjęte stanowisko minimalne wskazują, że jej oficjalna nazwa jest w pełni adekwatna do jej zawartości. Dodatkowo zakres zastosowania ustawy w praktyce jest bardzo wąski. Daleko idące zróżnicowanie zakresu zastosowania w zależności od cechy chronionej może również przynieść negatywne skutki dla ewentualnego stosowania zasad ogólnych w obszarach nieobjętych ustawą. Wątpliwości budzą także postanowienia dotyczące organów ds. równości.

Wyniki przywołanego wyżej monitoringu stosowania prawa antydyskryminacyjnego przez polskie sądy powszechne również wskazują na liczne problemy ze stosowaniem przepisów antydyskryminacyjnych w Polsce. Wynika z nich np., że wśród poddanych analizie wyroków sądów I instancji, orzekających w sprawach zarzutu naruszenia zasady równego traktowania w stosunkach pracy, aż w 10% przypadków sędziowie uznali listę kryteriów różnicowania/cech chronionych z art. 18^{3a} k.p. za katalog zamknięty¹⁷.

Celem niniejszego artykułu nie jest jednak, jak już wspomniano wyżej, powtarzanie tego, co już było przedmiotem analizy innych autorów, w tym w tekstach zawartych w niniejszej publikacji, lecz wskazanie najważniejszych przyczyn problemów zasygnalizowanych powyżej. Wydaje się, że można je uporządkować w dwie kategorie – ogólne, związane ze specyfiką prawa antydyskryminacyjnego,

¹⁶ Zob. *Rzeźbienie państwa prawa 20 lat później. Ewa Łętowska w rozmowie z Krzysztofem Sobczakiem*, Warszawa 2012, s. 259–260.

¹⁷ M. Wieczorek, K. Bogatko, A. Szczerba-Zawada, *Stosowanie przepisów antydyskryminacyjnych z zakresu prawa pracy – wyniki monitoringu*, [w:] *Prawo antydyskryminacyjne w praktyce...*, op. cit., s. 23.

wspólne również dla wielu innych państw, oraz szczególne, związane z okolicznościami dotyczącymi bezpośrednio prawa i praktyki w Polsce.

2. Ogólne, wspólne dla wielu państw członkowskich UE przyczyny i okoliczności wpływające na problemy ze stosowaniem przepisów antydyskryminacyjnych

Szukając ogólnych, wspólnych dla wielu państw członkowskich UE przyczyn problemów ze stosowaniem przepisów antydyskryminacyjnych, należy przede wszystkim wskazać na specyfikę źródeł międzynarodowego i unijnego prawa antydyskryminacyjnego, ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki samego prawa antydyskryminacyjnego UE. Mając powyższe na uwadze, można wskazać trzy okoliczności wymagające omówienia:

- 1) skomplikowanie i niejednorodność międzynarodowych i unijnych regulacji antydyskryminacyjnych,
- 2) nowatorstwo wielu instytucji prawa antydyskryminacyjnego,
- 3) kontrowersyjność niektórych regulacji z zakresu prawa antydyskryminacyjnego.

2.1. Skomplikowanie i niejednorodność międzynarodowych i unijnych regulacji antydyskryminacyjnych

Multicentryczność ośrodków prawodawczych i w konsekwencji systemów prawa (różne organy i instytucje działające na forum ONZ, Międzynarodowej Organizacji Pracy, Rady Europy, a także działalność prawodawcza UE), które odnoszą się do zakazu dyskryminacji, powoduje, że nie można dzisiaj mówić o jednolitym prawie antydyskryminacyjnym. Rozwój i rozumienie tego prawa jest częściowo odmienne w ramach poszczególnych systemów prawnych, a nawet w zależności od konkretnej umowy międzynarodowej. Duża dynamika zmian, proces przyjmowania nowych przepisów, który jest ciągle w toku, aktywność organów kontrolnych oraz kolejne orzeczenia międzynarodowe powodują, że podmioty działające na poziomie krajowym (w szczególności sędziowie i urzędnicy), gdzie oprócz przepisów wewnętrznych stosuje się także normy prawa międzynarodowego i unijnego, mogą mieć uzasadnione i obiektywne problemy w stosowaniu prawa antydyskryminacyjnego.

Analizując przepisy antydyskryminacyjne zawarte w umowach międzynarodowych, którymi związana jest Polska, a także regulacje prawa antydyskryminacyjnego UE, należy zauważyć wiele rozbieżności już na poziomie zupełnie

podstawowych kwestii, jak definiowanie dyskryminacji¹⁸ czy też zakres podmiotowy oraz przedmiotowy zakazu dyskryminacji. Odnosząc się np. do zakresu podmiotowego zakazu dyskryminacji, warto zauważyć, że w prawie międzynarodowym (poza umowami wyspecjalizowanymi, dotyczącymi ochrony ze względu na jedną tylko cechę¹⁹) występuje zasadniczo otwarty katalog kryteriów różnicowania/cech chronionych, konstruowany w ten sposób, że wymienione są jedynie przykładowe kryteria chronione. Analiza takich umów międzynarodowych²⁰ wskazuje, że w sposób wyraźny wymieniono w nich następujące kryteria: płeć, rasa, kolor skóry, język, religia/wyznanie, poglądy polityczne lub inne przekonania, narodowość, pochodzenie społeczne, pochodzenie narodowe i etniczne, niepełnosprawność, stan cywilny, sytuacja majątkowa, urodzenie, przynależność do mniejszości narodowych²¹.

Jednak w przypadku prawa UE ochrona przed dyskryminacją przysługuje zasadniczo ze względu na wyraźnie wskazane cechy chronione. Dyrektywy antydyskryminacyjne²² dotyczą jedynie zamkniętego katalogu takich cech, do których należą: płeć, rasa lub pochodzenie etniczne, religia lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek oraz orientacja seksualna. W prawie UE zakazana jest również dyskryminacja ze względu na przynależność do/posiadanie obywa-

¹⁸ Więcej na temat definiowania dyskryminacji w prawie międzynarodowym, UE oraz polskim zob. W. Burek, W. Klaus, *Definiowanie dyskryminacji w prawie polskim w świetle prawa Unii Europejskiej oraz prawa międzynarodowego*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2013, vol. XI, s. 72 i nast.

¹⁹ W szczególności: Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 1965 r. (Dz. U. z 1969 r., Nr 33, poz. 187), Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 1979 r. (Dz. U. z 1982 r., Nr 10, poz. 10) oraz Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych z 2006 r. (Dz. U. z 2012 r., poz. 1169).

²⁰ W szczególności: Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych z 1966 r., Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych z 1966 r. (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 169), Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.).

²¹ Warto zwrócić uwagę na brak wśród nich orientacji seksualnej, która pierwszy raz w wiążących prawnie przepisach międzynarodowych pojawiła się dopiero wraz z przyjęciem przez państwa członkowskie Unii Europejskiej Traktatu amsterdamskiego w 1997 r. (Dz. Urz. WE 1997 C 340/1).

²² Trzon stanowią cztery dyrektywy: dyrektywa Rady 2000/43/WE wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz. Urz. WE 2000 L 180/22), dyrektywa Rady 2000/78/WE ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. WE 2000 L 303/16) – chroniąca przed dyskryminacją ze względu na „religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną”, Dyrektywa Rady 2004/113/WE wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz. Urz. WE 2004 L 373/37), Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/54/WE w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania mężczyzn i kobiet w dziedzinie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. WE 2006 L 204/23).

telstwa innego państwa członkowskiego UE (art. 18 Traktatu o funkcjonowaniu UE²³). Na tym zakazie opiera się funkcjonowanie rynku wewnętrznego UE i w związku z tym należy odróżnić tę zasadę od przepisów prawa antydyskryminacyjnego. Sytuację komplikuje natomiast regulacja zawarta w Karcie Praw Podstawowych²⁴, której podstawowa klauzula antydyskryminacyjna (art. 21) nie tylko zawiera katalog otwarty, ale również wymienia częściowo inne kryteria różnicowania²⁵. Wydaje się, że w związku z ograniczonym zakresem zastosowania Karty (wiąże przede wszystkim instytucje UE, a państwa członkowskie tylko w zakresie, w jakim stosują prawo UE), a także w związku z brakiem wyraźnych podstaw w traktatach do podejmowania działań przez UE w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji również ze względu na te nowe cechy, przepis ten nie ma aktualnie dużego znaczenia praktycznego. Niemniej takie wyraźne rozbieżności w regulowaniu zakresu podmiotowego zakazu dyskryminacji mogą powodować zamieszanie oraz problemy w odwoływaniu się do tego prawa na poziomie krajowym.

Podobne różnice można wskazać odnośnie do zakresu przedmiotowego, tj. do zakresu zastosowania zakazu dyskryminacji. Skupiając się w tym przypadku już tylko na prawie UE, postronnego obserwatora, nieznającego historii i genezy unijnych regulacji antydyskryminacyjnych musi zaskakiwać zróżnicowanie w tym zakresie, skutkujące trudną do obronienia z punktu widzenia aksjologii tych przepisów, ale również reguł logiki konsekwencją, że np. ochrona przed dyskryminacją w zakresie dostępu do dóbr i usług świadczonych i oferowanych publicznie jest ograniczona aktualnie jedynie do sytuacji dyskryminacji ze względu na rasę i pochodzenie etniczne oraz płeć, a już nie ze względu, m.in. na niepełnosprawność lub wiek.

W tym kontekście warto zauważyć, że prawo antydyskryminacyjne UE nie jest „produktem” skończonym, a tym bardziej idealnym. Jest wynikiem specyficznej ewolucji zasady równego traktowania w procesie integracji i rozwoju prawa UE. Dowodem na to, że proces ten nie został zakończony, jest między innymi projekt dyrektywy COM (2008) 426 – rozszerzającej zakres zastosowania zakazu dyskryminacji ze względu na *religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek oraz orientację seksualną* na inne obszary niż tylko zatrudnienie²⁶.

²³ Dz. Urz. UE 2012 C 326/1.

²⁴ Dz. Urz. UE 2012 C 326/2.

²⁵ Treść 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.*

²⁶ Tekst dostępny na stronie: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0426:FIN:EN:PDF> (dostęp: 15.05.2013).

W konsekwencji prawo antydyskryminacyjne UE jest wewnętrznie zróżnicowane, niejednolite, oparte na wielu różnych źródłach, co może powodować problemy z jego prawidłowym stosowaniem na poziomie krajowym. Taka charakterystyka jest wynikiem przede wszystkim jego ciągłego rozwoju i dynamicznych zmian, jakie w nim zachodzą. Kluczową rolę w tym zakresie odgrywał i nadal odgrywa Trybunał Sprawiedliwości UE (dalej: TS UE), który w swoim orzecznictwie doprecyzowuje, interpretuje, a często również rozszerza (tak było np. z wprowadzeniem pojęcia dyskryminacji pośredniej) lub zmienia jego treść (uznając postanowienia aktów prawa wtórnego za nieważne jako sprzeczne z prawem pierwotnym²⁷). Mając na uwadze, że termin na wdrożenie dyrektyw przyjętych po wejściu w życie Traktatu Amsterdamskiego minął względnie niedawno, kolejne lata przyniosą z pewnością wiele nowych orzeczeń TS UE w tym zakresie. Wszystkie te okoliczności powodują, że stosowanie prawa antydyskryminacyjnego może przysparzać wielu trudności praktykom (sędziom, urzędnikom etc.).

Nie wolno również zapominać, że źródłami prawa antydyskryminacyjnego UE są przede wszystkim dyrektywy, a każda dyrektywa wiąże państwa członkowskie, do których jest skierowana, jedynie *w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków* (art. 288 TFUE). Państwa członkowskie mają więc pewną swobodę w wyborze metod i środków służących do realizacji ich celów. W związku z powyższym istnieją różne sposoby wdrażania prawa antydyskryminacyjnego w poszczególnych państwach członkowskich i bez znajomości specyfiki krajowej trudno w sposób jednoznaczny i ogólny ocenić, który model jest najlepszy, który powinien zostać wykorzystany w innym państwie etc. Ta okoliczność utrudnia również prawidłowe wdrażanie przepisów unijnych do krajowych systemów prawnych, ponieważ częściowo utrudnione jest wskazanie, który z zastosowanych modeli implementacji jest uniwersalny również dla innych państw członkowskich.

2.2. Nowatorstwo wielu instytucji prawa antydyskryminacyjnego

Wiele instytucji i regulacji antydyskryminacyjnych wynikających z prawa międzynarodowego oraz z prawa UE jest nowych i często nieznanych wcześniej na poziomie prawa wewnętrznego. W szczególności wiele instytucji pra-

²⁷ Ostatnim przykładem jest wyrok z 2011 r. w sprawie C-236/09, *Test-Achats*, w którym uznał możliwość odstępstwa od zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet w postaci używania płci jako czynnika aktuarialnego w kalkulowaniu składek i świadczeń do celów ubezpieczenia i związanych z nim usług finansowych – art. 5 ust. 2 Dyrektywy 2004/113 – za nieważną.

wa antydyskryminacyjnego UE, takich jak różne formy dyskryminacji, zwłaszcza dyskryminacja pośrednia, molestowanie, dyskryminacja przez asocjację czy też możliwość prowadzenia działań pozytywnych/akcji afirmatywnych lub wprowadzenie zasady odwrócenia ciężaru dowodu, jako nieznanych wcześniej na poziomie prawa krajowego, może przynosić uzasadnione problemy z ich stosowaniem. Wyniki monitoringu Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego potwierdzają na przykład, że o ile sędziowie uczestniczący w badaniach zasadniczo poprawnie interpretowali i stosowali pojęcie dyskryminacji bezpośredniej, to w przypadku dyskryminacji pośredniej, a tym bardziej dyskryminacji przez asocjację pojawiały się problemy²⁸.

Zasadniczo dla większości państw świata zasada równego traktowania jest względnie nowa, w szczególności ze względu na niektóre cechy chronione. Historia równego traktowania kobiet i mężczyzn to mniej więcej okres ostatnich 100 lat, a dla niektórych państw, w tym europejskich, to zaledwie ostatnie 20 – 30 lat²⁹. Jest ona jeszcze krótsza w przypadku ochrony przed dyskryminacją ze względu na inne cechy chronione, jak np. rasa czy też orientacja seksualna. Dowodem na to jest np. analiza cech chronionych, które znalazły się w pierwszych dokumentach międzynarodowych, odwołujących się do zasady niedyskryminacji. Uwzględnienie w wiążącym prawnie dokumencie międzynarodowym takich przesłanek jak wiek, niepełnosprawność oraz orientacja seksualna nastąpiło dopiero w 1997 roku wraz z przyjęciem Traktatu z Amsterdamu, który wprowadził stosowną zmianę w jednym z traktatów założycielskich UE. Nie wolno o tym zapominać, nie tylko wskazując na ciągłe problemy z urzeczywistnieniem zasady równego traktowania, co jest z pewnością celem bardzo odległym, ale również ze względu na bardziej prozaiczne problemy ze stosowaniem konkretnych przepisów ją regulujących. Aspekt „nowości” jest szczególnie istotny w sytuacji, gdy prawidłowe stosowanie przepisów, a przez to prawdziwe urzeczywistnienie zasady równego traktowania, wymaga w wielu przypadkach również odpowiedniej zmiany społecznej (postaw, zachowań, uprzedzeń i stereotypów i innych najczęstszych uwarunkowań zachowań dyskryminujących i dyskryminację podtrzymujących).

²⁸ M. Wiczorek, K. Bogatko, A. Szczerba-Zawada, *Postawy sędziów wobec zjawiska dyskryminacji oraz ocena przepisów antydyskryminacyjnych – wyniki monitoringu*, [w:] *Prawo antydyskryminacyjne w praktyce...*, op. cit., s. 110 i nast.

²⁹ Np. w Liechtensteinie prawa wyborcze kobiety uzyskały dopiero w 1984 r., a w jednym z kantonów Szwajcarii (Appenzell Innerrhoden) dopiero w 1990 r.

2.3. Kontrowersyjność niektórych regulacji z zakresu prawa antydyskryminacyjnego

Niektóre elementy prawa antydyskryminacyjnego budzą wiele kontrowersji i wątpliwości. Dotyczy to w szczególności niektórych rozwiązań przyjętych na poziomie prawa UE, takich jak zasada odwrócenia ciężaru dowodu oraz możliwość prowadzenia działań pozytywnych/akcji afirmatywnych. W tym drugim przypadku kontrowersje wiążą się zwykle nie tyle z prawem UE jako takim, które jedynie pozwala podejmować takie kroki, ale raczej z konkretnymi rozwiązaniami przyjmowanymi na poziomie krajowym. Jednak dyskusja wokół najnowszej propozycji legislacyjnej Komisji Europejskiej z zakresu prawa antydyskryminacyjnego – projektu Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poprawy równowagi płci wśród dyrektorów niewykonawczych spółek, których akcje są notowane na giełdzie i odnośnych środków³⁰, która wprowadza parytety płci – pokazuje, że również planowane działania pozytywne samej UE mogą budzić kontrowersje. Głosy krytyczne dają się słyszeć również w stosunku do przepisów mówiących o ochronie przed dyskryminacją w dostępie do dóbr i usług świadczonych publicznie, przez wskazanie, że są one sprzeczne z zasadą swobody umów³¹. Podobne argumenty są podnoszone również w związku ze swobodą wyboru współpracownika lub pracownika (zakaz dyskryminacji w stosunkach pracy).

Dowodem na wątpliwości dotyczące przynajmniej części najbardziej progresywnych rozwiązań na poziomie unijnym jest spowolnienie prac nad projektem dyrektywy COM (2008) 426 czy też coraz częstsze głosy krytyki, z jaką spotykają się głośne wyroki TS UE dotyczące prawa antydyskryminacyjnego – np. krytyka w Niemczech po wyroku w sprawie C-144/04, *Mangold*³² – a na poziomie prawa międzynarodowego stosunkowo mała liczba państw, które ratyfikowały Protokół nr 12 z 2000 roku³³ do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 2000 roku (osiemnaście z czterdziestu siedmiu państw

³⁰ COM (2012) 614 final. Tekst dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0614:FIN:pl:PDF> (dostęp: 15.03.2013). Pierwsza opinia w piśmiennictwie polskim zob. A. Kidyba, M. Dumkiewicz, *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poprawy równowagi płci wśród dyrektorów niewykonawczych spółek, których akcje są notowane na giełdzie i odnośnych środków – analiza projektu*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013, nr 3, s. 4–11.

³¹ Por. m.in. E. Picker, *DEBATE: Anti-discrimination as a program of private law?*, German Law Journal 2003, vol. 4, s. 771–784.

³² Krytyka skupiła się m.in. na uznaniu zakazu dyskryminacji ze względu na wiek jako ogólnej zasady prawa unijnego, a także nadmiernej ingerencji TS UE, z naruszeniem zasady pomocniczości, w obszar polityki zatrudnienia i polityki społecznych – por. J. Barcz, *Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w prawie UE w świetle wyroku z 19.01.2010 r. w sprawie C-555/07 Küçükdeveci*, Europejski Przegląd Sądowy 2010, nr 9, s. 13.

³³ ETS 177.

członkowskich Rady Europy), który wprowadza ogólną klauzulę antydyskryminacyjną, niezwiązaną z *prawami i wolnościami wymienionymi w Konwencji*, jak to reguluje art. 14 Konwencji.

3. Najważniejsze przyczyny problemów ze stosowaniem przepisów antydyskryminacyjnych, związane bezpośrednio z prawem i praktyką polską

Wydaje się, że najważniejszą przyczyną problemów ze stosowaniem przepisów antydyskryminacyjnych, związaną bezpośrednio z prawem i praktyką polską, jest sposób implementacji prawa antydyskryminacyjnego UE, a dokładniej – jakość regulacji prawnych przyjętych w związku z tą implementacją.

Jak już wspomniano wyżej, implementacja w stosunkach pracy z 2003 roku nie była wolna od wad. Liczne błędy w definicjach różnych form dyskryminacji (m.in. w definicji dyskryminacji pośredniej oraz molestowania) zostały naprawione dopiero nowelizacją, która weszła w życie na początku 2009 roku. Jednak również w stosunku do przepisów k.p. obowiązujących dzisiaj można mieć kilka wątpliwości. Analiza definicji dyskryminacji bezpośredniej z art. 18^{3a} §3 k.p. wskazuje, że przepis ten odnosi się również do hipotetycznej dyskryminacji (*pracownik [...] mógłby być traktowany*), w sytuacji, gdy w definicji zawartej w dyrektywach hipotetyczny może być jedynie model porównawczy (ang. *comparator*)³⁴. Z przywoływanego w artykule raportu z monitoringu sądów powszechnych wynika, że część sędziów uznaje katalog cech chronionych z art. 18^{3a} §1 k.p. za zamknięty. Warto przypomnieć, że pogląd ten podzieliła również Irena Boruta³⁵, opierając się na analizie odesłań do tego przepisu, wskazując przykładowo na odesłanie w definicji dyskryminacji bezpośredniej zawartej w art. 18^{3a} §3 k.p. (*dyskryminowanie bezpośrednio istnieje wtedy, gdy pracownik z jednej lub z kilku przyczyn określonych w §1 [wyróżnienie – W.B.]*). Identycznie sformułowane odesłania znajdują się również w art. 18^{3a} §3 i 4, a także w kilku paragrafach art. 18³, w art. 18^{3a} §2 zaś odesłanie jest nieznacznie zmienione (*Równe traktowanie w zatrudnieniu oznacza niedyskryminowanie w jakikolwiek sposób, bezpośrednio lub pośrednio, z przyczyn określonych w §1 [wyróżnienie – W.B.]*). Nie zgadzając się z interpretacją, że katalog cech chronionych jest zamknięty, należy jednak zauważyć, że sposób regulacji przepisów antydyskryminacyjnych w k.p. rzeczywiście może budzić pewne wątpli-

³⁴ Zwracają na to uwagę również I. Boruta w przywoływanym wyżej artykule z 2004 r. – I. Boruta, *Zakaz...*, *op. cit.*, s. 4.

³⁵ *Ibidem*, s. 3.

wości i trudno go uznać za przykład jasnej i klarownej legislacji³⁶. Dowodem na to jest również „schowanie” zasady odwrócenia ciężaru dowodu na koniec art. 18^{3b} §1 oraz zbytecznie rozbudowany katalog wyłączeń od zasady równego traktowania (np. niepotrzebne odesłanie do *kościółów i innych związków wyznaniowych, a także organizacji, których etyka opiera się na religii, wyznaniu lub światopoglądzie* w art. 18^{3b} §4, w sytuacji, gdy w praktyce zawarte tam wyłączenie i tak opiera się na wynikającym z prawa UE oraz uregulowanym w art. 18^{3b} §2 pkt 1 wyłączeniu odwołującym się do *rzeczywistego i decydującego wymagania zawodowego*).

Jednak przykładem legislacji bardzo złej jakości jest przede wszystkim ustawa o wdrożeniu. Ustawa ta jest wyjątkowo rozczarowująca ze względu na uzasadnione nadzieje, jakie w niej pokładano, a także na wieloletni proces ustawodawczy. Jednak, jak już wspomniano, zamiast planowanej kompleksowej „ustawy równościowej” przyjęto bardzo hermetyczny i wąsko ujęty akt prawny. Zróżnicowany, ze względu na określoną cechę chronioną, zakres zastosowania ustawy, skomplikowany język i brak przejrzystości powodują, że można mieć wątpliwości, czy ustawa ta przyczyni się do znaczącej poprawy w zakresie urzeczywistnienia zasady równego traktowania. Jednak szukając przyczyn takiego stanu rzeczy, warto odwołać się do historii prac nad tą ustawą, a dokładniej do sposobu zastosowania do niej przepisów o konsultacjach społecznych. Historia prac nad ustawą oraz prowadzone konsultacje społeczne pokazują, że przy większej otwartości i dobrej woli w stosunku do projektów i opinii wielu organizacji pozarządowych, w tym w szczególności zrzeszonych w ramach Koalicji na Rzecz Równych Szans, wielu błędów udałooby się uniknąć. Obowiązek prowadzenia konsultacji społecznych w związku z pracami ustawodawczymi rządu wynika przede wszystkim z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” z 2002 roku³⁷ (§1 ust. 1 pkt 4). Jednak traktowanie konsultacji społecznych jedynie jako formalnego obowiązku, bez próby namysłu i dobrej woli w uwzględnieniu racjonalnych i korzystnych propozycji podmiotów tych konsultacji, trudno uznać za zgodne z celem tego postanowienia.

Wydaje się, że ustawodawca zlekceważył dwie istotne cechy charakterystyczne prawa antydyskryminacyjnego oraz jedną wytyczną implementacyj-

³⁶ Podobnie A. Sobczyk, który analizując sposób regulacji cech chronionych w Kodeksie pracy, wskazał, że jest to przykład „niechlujnego ustawodawstwa” – zob. A. Sobczyk, *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Tom II. Wybrane problemy i instytucje prawa pracy a ochrona konstytucyjnych praw i wolności człowieka*, Warszawa 2013, s. 121.

³⁷ Dz. U. z 2002 r., Nr 100, poz. 908. Rozporządzenie zostało wydane na podstawie ustawy o Radzie Ministrów (Dz. U. z 1996 r., Nr 106, poz. 492 ze zm.). Odrębnie uregulowane są m.in. konsultacje ze związkami zawodowymi oraz organizacjami pracodawców.

ną wynikającą z dyrektyw. Po pierwsze, nie uwzględnił w sposób odpowiedni faktu, że dyrektywy antydyskryminacyjne UE przewidują jedynie standard minimalny i nie mogą być postrzegane jako przeszkoda do rozszerzenia ochrony na inne obszary lub/i cechy chronione; państwa członkowskie mogą zwiększyć ochronę m.in. przez rozszerzenie zakresu zastosowania oraz poszerzenie lub otwarcie katalogu kryteriów różnicowania/cech chronionych. Po drugie, ustawodawca nie uwzględnił kierunku ewolucji prawa antydyskryminacyjnego UE oraz faktu, że jego aktualny kształt jest wyłącznie jednym z etapów jego rozwoju. Ewolucja prawa antydyskryminacyjnego zmierza w kierunku wyjścia poza jedynie zapewnienie formalnej równości (zakaz dyskryminacji bezpośredniej – jawnej) na obszar równości faktycznej/rzeczywistej (ochrona przed dyskryminacją pośrednią – ukrytą, możliwość prowadzenia działań pozytywnych/akcji afirmatywnych) i ochrony przed naruszeniem godności (molestowanie). Ponadto prawo antydyskryminacyjne UE wraz z kolejnymi zmianami wychodzi poza stosunki pracy, w szczególności w obszar dóbr i usług świadczonych publicznie (rasa i pochodzenie etniczne oraz płeć), ale również edukację i ochronę zdrowia (rasa i pochodzenie etniczne). Wreszcie warto wskazać na szerokie ujęcie cech chronionych w Karcie Praw Podstawowych, które być może wyznacza kolejny kierunek ewolucji tego prawa. Restrykcyjna i minimalistyczna implementacja w ustawie o wdrożeniu jest dowodem nieuwzględnienia tych dwóch charakterystyk prawa antydyskryminacyjnego UE. Pominętą wytyczną implementacyjną jest obowiązek upowszechniania informacji o przepisach przyjętych w związku z implementacją (np. art. 12 dyrektywy 2000/78). Świetnym sposobem na upowszechnienie informacji o przepisach przyjętych w związku z implementacją dyrektyw antydyskryminacyjnych mogłaby być kompleksowa, jasna oraz przyjazna dla adresatów ustawa równościowa.

Jedną z przyczyn problemów w stosowaniu przepisów antydyskryminacyjnych jest także brak oficjalnego, systemowego monitoringu i badań nad praktyką stosowania tych przepisów (oczywiście poza analizami organizacji pozarządowych). Gromadzenie danych i prowadzenie pogłębionych badań nad funkcjonowaniem regulacji antydyskryminacyjnych jest kluczowe dla urzeczywistnienia zasady równego traktowania. Do czasu wejścia w życie ustawy o wdrożeniu nie było w polskim porządku prawnym organów ds. równości, w konsekwencji nie było instytucji bezpośrednio odpowiedzialnych za wykonanie tego zadania. Ustawa o wdrożeniu zobowiązuje Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania do opracowania i przedkładania Radzie Ministrów corocznych sprawozdań zawierających informacje o prowadzonej działalności, wniosków i rekomendacji pożądaných zadań w celu przestrzegania zasady równego traktowania oraz raportów z realizacji (wymagany na podstawie art. 22 ustawy) Krajowego Programu Działań na rzecz Równego Traktowania

(art. 23). Mimo że w tym przepisie nie ma wyraźnego obowiązku prowadzenia kompleksowego monitoringu stosowania ustawy (tak jak to uregulowano w wielu innych ustawach – m.in. w ustawie o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi³⁸ oraz w ustawie o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży³⁹) i innych aktów prawnych zawierających normy antydyskryminacyjne, można taki obowiązek wyprowadzić, interpretując art. 23 w związku z art. 21 ustawy o wdrożeniu, który wśród zadań Pełnomocnika wymienia m.in. przeprowadzanie analiz i oceny sytuacji prawnej i społecznej oraz monitorowanie sytuacji w zakresie przestrzegania zasady równego traktowania. Zmienione przez ustawę o wdrożeniu przepisy ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich zobowiązują również RPO m.in. do analizowania, monitorowania, prowadzenia niezależnych badań i opracowywania niezależnych sprawozdań dotyczących realizacji zasady równego traktowania (art. 17b). Biuro RPO przygotowało kilka pierwszych opracowań dotyczących wybranych aspektów prawa i praktyki z zakresu równego traktowania⁴⁰. Mając na uwadze, że zarówno RPO, jaki i Pełnomocnik mają zasadniczo zbliżone zadania w tym zakresie, może pojawić się problem z podziałem kompetencji oraz ewentualnym wypracowaniem modelu współpracy. Innym problemem, również wpływającym na wykonanie tego zadania, mogą być ograniczone możliwości finansowe i kadrowe obu instytucji.

Poprawa w tym zakresie nastąpiła również w dwóch innych obszarach. Po pierwsze, w związku z wystąpieniem RPO do Ministerstwa Sprawiedliwości (wystąpienie z dnia 21 lutego 2011 roku⁴¹) Ministerstwo zbiera i publikuje również wydzielone dane statystyczne dotyczące liczby spraw w związku z naruszeniem zasady równego traktowania w stosunkach pracy (na podstawie danych przesyłanych z sądów pracy). Po drugie, Ministerstwo Sprawiedliwości, po wielu latach otrzymywania postulatów ze strony organizacji pozarządowych⁴², zaczęło publikować pełne wyroki (wraz z uzasadnieniami) sądów powszechnych.

Kolejną przyczyną charakterystyczną dla Polski jest również niski poziom wiedzy z zakresu przepisów antydyskryminacyjnych i ograniczona liczba specjalistycznych szkoleń przeznaczonych dla sędziów, urzędników i innych praktyków. Takie szkolenia są szczególnie istotne w związku z problemami z dowodzeniem spraw związanych z naruszeniem zakazu dyskryminacji, które bardzo

³⁸ Dz. U. z 2001 r., Nr 147, poz. 1231 ze zm.

³⁹ Dz. U. z 1993 r., Nr 17, poz. 78 ze zm.

⁴⁰ M.in. dwa biuletyny z serii „Zasada Równego Traktowania. Prawo i Praktyka”.

⁴¹ RPO-666593-I/II/MK.

⁴² Zob. m.in. raport *Publiczna dostępność orzeczeń sądowych*, Warszawa 2010 – przygotowany przez Fundację Obywatelskiego Rozwoju, Helsińską Fundację Praw Człowieka oraz Kolegium Prawa Akademii L. Koźmińskiego.

często wymagają stosowania zasady odwrócenia ciężaru dowodu, a także przeprowadzania niestandardowych dowodów, jak np. testów dyskryminacyjnych czy też przywoływania danych statystycznych. Wydaje się, że ten element jest szczególnie obcy polskiej praktyce stosowania prawa, stąd specjalistyczne szkolenia są konieczne przede wszystkim dla sędziów oraz prokuratorów. Prowadzenie szkoleń i doskonalenie zawodowe tych dwóch grup, a także asesorów sądowych i prokuratury, jak również referendarzy sądowych, asystentów sędziów i prokuratorów, kuratorów sądowych oraz urzędników sądów i prokuratury, jest jednym z zadań Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury (art. 2 ustawy o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury⁴³). W latach 2007–2012 każdego roku organizowano kilka sesji kilkunastogodzinnego szkolenia z zagadnień zakazu dyskryminacji i mobbingu w stosunkach pracy. Szkolenia te były skierowane przede wszystkim do sędziów orzekających w sprawach z zakresu prawa pracy. W 2010 roku zorganizowano również szkolenia dla sędziów sądów karnych z zakresu prawnokarnych aspektów „walki ze zjawiskiem dyskryminacji na tle rasowym, etnicznym, religijnym, z uwagi na orientację seksualną lub tożsamość płciową”, a w 2012 roku – dla sędziów sądów karnych, prokuratorów i asesorów prokuratury obejmujące tematykę przeciwdziałania dyskryminacji „narodowej, etnicznej, rasowej i wyznaniowej”. Jednak już plan szkoleń na 2013 rok jest bardziej ograniczony, ponieważ przewiduje omówienie zagadnień związanych z prawem antydyskryminacyjnym w ramach jednodniowego szkolenia ogólnego z zakresu praw człowieka oraz dwudniowego – z kilku wybranych zagadnień z zakresu prawa pracy. Oba szkolenia są skierowane przede wszystkim do sędziów orzekających w sprawach z zakresu prawa pracy⁴⁴. Wydaje się, że nadal konieczne jest priorytetowe traktowanie zagadnień z zakresu prawa antydyskryminacyjnego w planowaniu kolejnych szkoleń, w tym skierowanych do różnych grup objętych szkoleniami organizowanymi przez Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury.

Wreszcie na koniec warto wskazać inną jeszcze przyczynę problemów ze stosowaniem przepisów antydyskryminacyjnych w Polsce. Wyjaśnia ona również minimalistyczne podejście podczas prac nad „ustawą równościową” oraz nieuwzględnianie postulatów organizacji pozarządowych. Adam Bodnar, wskazując najważniejsze przyczyny problemów z zakresu praw człowieka w Polsce, poza strukturalnymi problemami niektórych sfer działania państwa wynikającymi przede wszystkim z niedokończonej transformacji ustrojowej oraz z tzw. czynnika ludzkiego – braku empatii i wiedzy, i to zarówno wśród społeczeń-

⁴³ Dz. U. z 2009 r., Nr 26, poz. 157 ze zm.

⁴⁴ Plan szkoleń z ostatnich kilku lat dostępny na stronie internetowej Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury: <http://www.kSSIP.gov.pl/> [15.05.2013 r.].

stwa, jak i przede wszystkim członków organów państwa (m.in. urzędnicy, sędziowie, prokuratorzy, policjanci), które częściowo również są adekwatne w odniesieniu do prawa antydyskryminacyjnego – wskazał na względy ideologiczne⁴⁵. Trudno się nie zgodzić z taką diagnozą, w tym nie odnieść właśnie tej ostatniej przyczyny do problemów ze stosowaniem przepisów antydyskryminacyjnych w Polsce. Ideologizacja wielu sfer życia społecznego oraz związany z nią konflikt światopoglądowy w Polsce dotyka niestety również wielu aspektów prawa antydyskryminacyjnego. W konsekwencji większość inicjatyw legislacyjnych lub/i prac nad ratyfikacją umów międzynarodowych, które są związane z urzeczywistnieniem zasady równego traktowania, spotyka się z wyraźnym sprzeciwem dużej części sceny politycznej oraz istotnych aktorów życia publicznego (m.in. Kościoła katolickiego)⁴⁶.

4. Uwagi końcowe

Odnosząc się do wyżej wymienionych przyczyn problemów ze stosowaniem prawa antydyskryminacyjnego w Polsce, należy wskazać zarówno pozytywne okoliczności, jak i te negatywne. Po stronie aspektów pozytywnych należy wskazać te obszary, które można stosunkowo łatwo (przynajmniej w teorii) naprawić. Jest to przede wszystkim zmiana przepisów prawnych, i to zarówno na poziomie prawa UE, jak i przede wszystkim prawa krajowego, w kierunku ujednolicenia, uproszczenia oraz skorygowania błędów. Kolejnym takim obszarem jest wzmocnienie monitoringu praktyki stosowania tych przepisów w Polsce oraz zmiana programów szkolenia istotnych aktorów społecznych odpowiedzialnych za stosowanie tego prawa.

Jednak podejmując takie kroki, warto odwołać się do słów Ewy Łętowskiej, która zauważyła, że *nie chodzi tylko o zmiany normatywne [...], ani o formalną implementację aktów unijnych [...], ale o skutek. Osiągnięcie rzeczywistej równości traktowania wymaga bowiem także, jeśli nie przede wszystkim, przewartościowania wyobrażeń, nawyków i tradycji myślenia o równości. Dotyczy to zarówno ustawodawcy (postów, służby prawne obsługujące proces legislacyjny), jak i (a może przede wszystkim) sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców, dziennikarzy. To bowiem te grupy zawodowe muszą w ramach istniejącego systemu prawnego, w drodze rozumnej interpretacji »wycisnąć« wszelkie*

⁴⁵ A. Bodnar, *Prawa człowieka w Polsce – refleksje w związku z 60. rocznicą Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, [w:] *Czas na prawa. Polski Raport Social Watch 2008*, Warszawa 2008, s. 35–39.

⁴⁶ Wśród ostatnich przykładów można wymienić spektakularny atak wielu środowisk na Konwencję Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej z 2011 r. (E.T.S. 210).

rezerwy z tego, co już w systemie prawnym obowiązuje⁴⁷. Rzeczywiście adresatami tych przepisów, a także podmiotami je stosującymi są zwykli ludzie, a mając dodatkowo na uwadze, że podstawowymi przyczynami dyskryminacji są społeczne lub kulturowe wzorce oparte na przesądach, zwyczajach, stereotypach i uprzedzeniach, może okazać się, że to właśnie tzw. czynnik ludzki może być największą przeszkodą nie tylko w stosowaniu przepisów antydyskryminacyjnych w Polsce, ale przede wszystkim w urzeczywistnieniu zasady równego traktowania.

⁴⁷ E. Łętowska, *Przedmowa*, [w:] *Prawo antydyskryminacyjne w praktyce...*, *op. cit.*, s. 12.

(Nie)funkcjonowanie prawa antydyskryminacyjnego w odniesieniu do cudzoziemców w praktyce

Niniejszy tekst jest podsumowaniem wyników badania poświęconego ewaluacji funkcjonowania prawa antydyskryminacyjnego w odniesieniu do cudzoziemców¹. Badanie było realizowane w 2013 roku, w dwa i pół roku po wejściu w życie ustawy z dnia 3 grudnia 2010 roku o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz.U. z 2010 r., Nr 254, poz. 1700), nazywanej dalej dla uproszczenia ustawą o wdrożeniu. Prawo to weszło w życie mimo licznych zastrzeżeń dotyczących treści ustawy², ze względu na dużą presję ze strony Unii Europejskiej (dalej także jako UE). W chwili jego uchwalenia w Trybunale Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej także jako TSUE) toczyły się dwa postępowania przeciwko Polsce wszczęte przez Komisję Europejską (dalej także jako KE) z uwagi na zbyt długotrwałe prace nad wdrażaniem unijnych przepisów antydyskryminacyjnych do polskiego porządku prawnego, a tym samym brak harmonizacji prawa polskiego z przepisami UE. Skargi wniesione do TSUE dotyczyły niezgodności polskiego ustawodawstwa z przepisami UE zabraniającymi dyskryminacji ze względu na pochodzenie ra-

¹ Z uwagi na charakter badań i źródło finansowania w badaniu skupiono się na obywatelach państw trzecich, nazywanych w niniejszym opracowaniu cudzoziemcami bądź migrantami. Choć ani prawo antydyskryminacyjne, ani problem dyskryminacji nie są „zarezerwowane” dla obywateli państw trzecich, to przy uwzględnieniu szczególnej pozycji tej grupy na gruncie prawa regulującego wjazd, pracę i pobyt cudzoziemców w Polsce, zasadne było skupienie się właśnie na przybyszach spoza UE. W wywiadach wielokrotnie pojawiał się wątek Romów, również tych, którzy przyjechali do Polski z Rumunii. Choć to istotne zagadnienie w kontekście przeciwdziałania dyskryminacji, w tym rozdziale nie zostało ono ujęte z uwagi na jego specyfikę oraz status prawny osób, które przyjechały z Rumunii.

² Por. stanowiska Koalicji na Rzecz Równych Szans, która powstała w odpowiedzi na niezadowolający stan prac nad wprowadzeniem ustawy antydyskryminacyjnej w Polsce. Tworzy ją ok. 50 organizacji pozarządowych. Zob. <http://www.ptpa.org.pl/koalicja> (dostęp: 30.11.2013).

sowe lub etniczne oraz dyskryminacji ze względu na płeć w dostępie do towarów i usług. Kolejne postępowanie wszczęte przez KE dotyczyło niezgłoszenia ustawodawstwa krajowego zapewniającego transpozycję unijnych przepisów dotyczących równości w dziedzinie zatrudnienia. Po wejściu w życie ustawy o wdrożeniu, KE wycofała (w marcu 2011 roku) dwie skargi wniesione do TSUE, uznając tym samym, że obowiązujące w Polsce od początku 2011 roku przepisy antydyskryminacyjne w wystarczającym stopniu dokonują implementacji dyrektyw unijnych. Wówczas KE umorzyła też trzecie postępowanie, niebędące przedmiotem postępowania przed TSUE³. Utrzymująca się niezgodność prawa polskiego z prawem unijnym i długotrwały proces wdrażania antydyskryminacyjnych przepisów unijnych przed 2011 roku wiązały się z ryzykiem nałożenia na Polskę dużych kar finansowych, co dodatkowo tłumaczy presję towarzyszącą uchwalaniu ustawy o wdrożeniu.

Choć ustawa stanowi ważny krok w rozwoju prawa antydyskryminacyjnego w Polsce, jest jednocześnie przykładem złej implementacji dyrektyw unijnych⁴. Niemniej obowiązuje i należy monitorować jej skutki, w szczególności w odniesieniu do cudzoziemców, którzy z uwagi na różnego rodzaju odmienności (np. w sferze kulturowej, religijnej, językowej, narodowościowej, rasowej) mogą doświadczać nierównego traktowania, nawet jeśli nie są tego świadomi. Tekst ten stanowi próbę odpowiedzi na pytanie, czy nowa ustawa z perspektywy ponad dwóch lat, które minęły od jej wejścia w życie, przyniosła zmiany w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji cudzoziemców i jeśli tak, jakie to zmiany, a także, jakie kroki należy podjąć, aby zasada równego traktowania była przestrzegana w odniesieniu do cudzoziemców.

W opracowaniu zaprezentowano wyniki badania jakościowego, na które złożyły się wywiady z ekspertami⁵ oraz analiza wybranych źródeł zastanych⁶.

³ Zob. np. komunikat <http://rownetraktowanie.gov.pl/aktualnosci/komisja-europejska-konczy-trzy-postepowania-przeciwko-polsce-dzieki-przyjeciu-nowych> (dostęp: 01.12.2013).

⁴ Opinia jednego z badanych ekspertów – prawników (36/IN). Przy powoływaniu się na wypowiedzi konkretnych rozmówców stosowane są kody wywiadu, na które składa się liczba porządkowa oraz odpowiedni symbol: OP – dla organizacji pozarządowych, IP – dla instytucji publicznych, IN – inna kategoria respondentów (łączyjących zwykle różne funkcje).

⁵ Autorka pragnie podziękować wszystkim ekspertom, przedstawicielom instytucji publicznych i organizacji pozarządowych, którzy znaleźli chęci i czas, by podzielić się swoimi opiniami oraz obdarzyli badaczy zaufaniem, jak również wszystkim, którzy wsparli proces badawczy, pośrednicząc w wymianie informacji bądź udostępniając materiały. Szczególne podziękowania należą się Rafałowi Matczakowi, który zrealizował część badania empirycznego, oraz Witoldowi Klausowi – za wsparcie, zaufanie i cierpliwość.

⁶ Wybrane źródła zastane obejmowały ogólnodostępne, publikowane dokumenty (sprawozdania, raporty, ekspertyzy, opinie, stanowiska, interwencje) dotyczące tworzenia, wejścia w życie i funkcjonowania omawianej ustawy.

W toku analizy wyróżniono kilka zagadnień, takich jak świadomość zjawiska dyskryminacji, świadomość prawa, możliwość zastosowania prawa, dostęp do informacji o zjawisku dyskryminacji i prawie antydyskryminacyjnym, aktywności w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji, stosunek do kierowania spraw na ścieżkę prawną. Wnioski przedstawiane w dalszej części opracowania odnoszą się przede wszystkim do tych zagadnień. W podsumowaniu zaprezentowano główne konkluzje i rekomendacje, które wyłoniły się w toku analizy opinii ekspertów i dostępnych dokumentów dotyczących funkcjonowania ustawy o wdrożeniu.

1. Geneza, cel i kontekst badań

1.1. Geneza i kontekst badań

Do niedawna Polska właściwie nie posiadała kompleksowego prawa antydyskryminacyjnego. Ochrona przed dyskryminacją była możliwa głównie na gruncie prawa pracy⁷ czy prawa karnego⁸. Zasadniczo nie było natomiast możliwe dochodzenie swoich praw w sytuacji nierównego traktowania na przykład w dostępie do dóbr i usług czy do pomocy społecznej. Jednak w pewnym zakresie ochrona przed dyskryminacją mogła wynikać z prawa cywilnego, na gruncie którego istnieje ochrona dóbr osobistych⁹. Sytuacja zmieniła się z chwi-

⁷ Na gruncie prawa pracy (Kodeks pracy, Dz.U. z 1998 r., Nr 21, poz. 94 ze zm.) zakazane są wszelkie formy dyskryminacji (bezpośredniej bądź pośredniej) w zatrudnieniu, m.in. ze względu na płeć, rasę, narodowość, religię czy pochodzenie etniczne (art. 18 3a). Katalog cech prawnie chronionych jest otwarty. Zabronione jest też molestowanie seksualne (art. 18 3a § 6), molestowanie (art. 18 3a § 5). Naruszeniem zasady równego traktowania w zatrudnieniu jest różnicowanie przez pracodawcę sytuacji pracownika z jednej lub kilku ww. przyczyn, chyba że pracodawca udowodni, że kierował się obiektywnymi powodami (art. 18 3b) Osoby zatrudnione mają prawo do takiego samego wynagrodzenia za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości (art. 18 3c § 1). Jeśli pracodawca naruszył wobec pracownika zasadę równego traktowania, pracownik ma prawo do odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę (art. 18 3d). Jeżeli pracownik dochodzi swoich praw z tytułu naruszenia zasady równego traktowania, pracodawca nie może rozwiązać z nim stosunku pracy (art. 18 3e). Dodatkowo, zgodnie z ustawą o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. z 2004 r., Nr 99, poz. 1001) zakazane jest ogłaszanie dyskryminujących informacji o wolnych miejscach pracy (art. 36 § 5). Zob. http://poradnik.interwencjaprawna.pl/prawo_pa.htm (dostęp: 02.12.2013).

⁸ Zgodnie z Kodeksem karnym (Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 ze zm.) odpowiedzialności karnej podlega osoba dopuszczająca się przestępstw dyskryminacji rasowej (art. 119), nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, rasowych, etnicznych czy wyznaniowych oraz znieważania innych osób z tych przyczyn (art. 256 i 257).

⁹ Na gruncie Kodeksu cywilnego (Dz.U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 ze zm.) możliwe jest dochodzenie roszczeń przez osoby, które stały się ofiarami dyskryminacji, przez odwołanie się do przepisu o naruszeniu dóbr osobistych (art. 23), żądanie odszkodowania lub zadośćuczynienia za

łą wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 3 grudnia 2010 roku o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Ustawa zaczęła obowiązywać 1 stycznia 2011 roku. Jak sugerowali już na etapie jej projektowania i uchwalania przedstawiciele organizacji pozarządowych¹⁰, treść ustawy nie jest kompletna, jej interpretacja może nastroczać trudności z uwagi na liczne wyłączenia, a ponadto ustawa wprowadza różne poziomy ochrony, niczym nieuzasadnioną hierarchię cech prawnie chronionych, co powstrzymuje od nazywania jej ustawą równościową czy antydyskryminacyjną.

O konieczności nowelizacji tej ustawy mówiono niemal od momentu jej wprowadzenia. W listopadzie 2012 roku wpłynął do Sejmu poselski projekt jej nowelizacji, inspirowany w dużej mierze opiniami Koalicji na rzecz Równych Szans¹¹. W czerwcu 2013 roku odbyło się pierwsze czytanie, po czym w październiku 2013 roku projekt został skierowany do rozpatrzenia przez komisję nadzwyczajną w ramach sejmowej Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka¹². Opinie przygotowane w toku prac parlamentarnych zawierały pozytywną ocenę tylko nielicznych rekomendowanych zmian, w tym wprowadzenia możliwości ubiegania się o zadośćuczynienie (na mocy obowiązującej ustawy można wnioskować jedynie o odszkodowanie, natomiast często szkoda spowodowana nierównym traktowaniem jest niewymierna) oraz postulowane wydłużenie okresu przedawnienia roszczeń¹³. Zasadniczo eksperci powołani przez Biu-

poniesioną krzywdę (art. 24). Każdy ma prawo żądać naprawienia szkody wyrządzonej przez drugiego z jego winy (art. 415). W przeddzień wejścia w życie ustawy o wdrożeniu, w grudniu 2010 r. w Poznaniu Adam G. mający romskie pochodzenie został wyproszony z klubu razem z kolegami, a tydzień później nie wpuszczono go tam w ogóle z uwagi na jego pochodzenie. W marcu 2011 r. z pomocą Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka Adam G. wniósł do Sądu Okręgowego w Poznaniu pozew o naruszenie dóbr osobistych. W pierwszej instancji powództwo zostało oddalone. W drugiej instancji Sąd Apelacyjny uznał, że w wypadku Adama G. doszło do naruszenia dóbr osobistych, i zobowiązał pozwaną właścicielkę klubu do opublikowania przeprosin na łamach prasy lokalnej oraz na stronie internetowej klubu, a także zasądził od pozwanej kwotę 10 tys. złotych na rzecz Wielkopolskiego Stowarzyszenia Kulturalno-Oświatowego Polskich Romów. Chociaż wyrok sądu drugiej instancji został wydany w maju 2012 r., czyli już w momencie obowiązywania ustawy o wdrożeniu, sprawa Adama G. była rozpatrywana na gruncie przepisów prawa cywilnego. Zob. <http://www.hfhrpol.waw.pl/dyskryminacja/litygacja/dyskryminacja-pochodzenie-narodowe-i-etniczne/sprawa-adama-g-2> (dostęp: 02.12.2013).

¹⁰ Por. np. uwagi do projektu ustawy – Stanowisko Koalicji na rzecz Równych Szans dostępne jest m.in. na stronie http://www.interwencjaprawna.pl/docs/19_06_2010_stanowisko_koalicji.pdf (dostęp: 28.04.2013).

¹¹ Zob. <http://www.ptpa.org.pl/koalicja> (dostęp: 27.04.2013).

¹² Zob. przebieg procesu legislacyjnego: <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=4C12B53EB4CAC3A8C1257AFC003AA7EB> (dostęp: 13.11.2013).

¹³ Również w wywiadach eksperci wskazywali na konieczność wydłużenia okresu przedawnienia roszczeń (z obecnych 3 lat od momentu powzięcia wiedzy o zaistnieniu naruszenia zasady równego traktowania bądź 5 lat od momentu zaistnienia zdarzenia naruszającego zasadę równo-

ro Analiz Sejmowych nie znaleźli uzasadnienia dla większości proponowanych zmian¹⁴. W odpowiedzi na opinie przedstawione przez ekspertów do spraw legislacji w Kancelarii Sejmu, Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego zwróciło się z pytaniem o zakres ochrony w ustawie o wdrożeniu do Komisji Europejskiej¹⁵ oraz zleciło sporządzenie niezależnej opinii prawnej¹⁶.

Istotne jest, że zastrzeżenia względem treści ustawy i możliwości jej stosowania pojawiły się też po stronie organów, które na jej mocy stały się organami odpowiedzialnymi za realizację zasady równego traktowania, czyli po stronie Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej także jako RPO) oraz Pełnomocnika Rządu do Spraw Równego Traktowania (dalej także jako PRdSRT). W połowie 2012 roku Rzecznik Praw Obywatelskich wystąpił do Pełnomocnika Rządu do Spraw Równego Traktowania z propozycją podjęcia kroków w celu zmiany ustawy o wdrożeniu, która – jak wynikało z informacji przekazywanych RPO – zawiera niedoskonałe przepisy, spotyka się z zarzutami niekonstytucyjności, a także jest dysfunkcyjna, co skutkowało (i nadal skutkuje) nieznaczną liczbą spraw kierowanych do sądów na jej podstawie, a jednocześnie świadczy o tym, że *ta ustawa w minimalnym stopniu przyczynia się do zapewnienia efektywnej ochrony prawnej ofiar dyskryminacji*. Istotne jest też to, że pierwszy rok obowiązywania ustawy o wdrożeniu, a tym samym pełnienia przez RPO funkcji organu równościowego nie wiązał się z żadnym dodatkowym finansowaniem¹⁷, co dodatkowo utrudniało zapewnienie ochrony na gruncie tej ustawy. Chociaż są działania, które zdaniem niektórych ekspertów nie wymagają dodatkowych nakładów finansowych, a jedynie zaangażowania.

W odpowiedzi na wspomniane wystąpienie RPO Biuro Pełnomocnika Rządu podzieliło zastrzeżenia względem ustawy, a także zapowiedziało przygotowanie projektu nowelizacji. W połowie 2013 roku BPRdSRT dysponowało już

go traktowania do 10 lat, które zasadniczo obowiązują na gruncie prawa cywilnego), wskazując, że potrzeba tej zmiany wynika m.in. ze specyfiki dyskryminacji i często niskiej świadomości osób poszkodowanych, co powoduje, że fakt dyskryminacji jest nierzadko ujawniany przy okazji innych postępowań, po upływie dłuższego czasu.

¹⁴ J. Lipski, *Opinia prawna i merytoryczna do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania oraz niektórych innych ustaw*, ZP, nr 2 (38). Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa 2013, s. 159–173. Zob. także pozostałe opinie ekspertów ds. legislacji: <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=1051> (dostęp: 13.11.2013).

¹⁵ Zob. odpowiedź KE: <http://www.ptpa.org.pl/aktualnosci/2013-11-19-odpowiedz-ke-na-pytanie-ptpa-ws-ustawy-antydyskryminacyjnej&nid=407> (dostęp: 21.11.2013).

¹⁶ Zob. opinia prawna prof. Roberta Grzeszczaka: [http://www.ptpa.org.pl/public/files/Grzeszczak_opinia%20prawna%20dla%20PTPA%20\(1\).pdf](http://www.ptpa.org.pl/public/files/Grzeszczak_opinia%20prawna%20dla%20PTPA%20(1).pdf) (dostęp: 21.11.2013).

¹⁷ Wystąpienie RPO do PRdSRT: <http://www.sprawy-generalne.brpo.gov.pl/szczegoly.php?pismo=1647153> (dostęp: 14.11.2013).

własnym projektem nowelizacji ustawy o wdrożeniu, ale nie został on zgłoszony do polskiego parlamentu jako projekt rządowy¹⁸. Biuro Pełnomocnika nie ma samodzielnej inicjatywy ustawodawczej. W 2013 roku, czyli ponad dwa lata po wejściu ustawy w życie, Komitet Stały Rady Ministrów przyjął „Krajowy Program Działań na rzecz Równego Traktowania na lata 2013–2016”¹⁹. Powstaniu tego dokumentu towarzyszyły konsultacje społeczne, ale ostateczny rezultat ustaleń nie spotkał się z powszechnym uznaniem. Przedstawiciele organizacji pracujących na rzecz cudzoziemców podkreślają, że Biuro Pełnomocnika nie do końca dostrzega cudzoziemców w planowanych działaniach, co przekłada się na niewielką liczbę działań ukierunkowanych bezpośrednio na zapobieganie dyskryminacji cudzoziemców. A działania takie były proponowane chociażby w wersji „Krajowego Programu Działań na rzecz Równego Traktowania na lata 2013–2016” wypracowanej w ramach projektu „Równe traktowanie standardem dobrego rządzenia”, w którego realizację zaangażowane były BPRdSRT, Uniwersytet Jagielloński oraz Szkoła Główna Handlowa²⁰. Jak wynika z wywiadów, BPRdSRT zapewnia, że z polityki antydyskryminacyjnej ujętej w programie będą mogli skorzystać wszyscy, w tym cudzoziemcy, nawet jeśli poszczególne działania nie są przypisane bezpośrednio do tej grupy. Nieliczne działania adresowane bezpośrednio do cudzoziemców mogą pokazywać, jak ta grupa jest postrzegana na tle innych adresatów programu. Z uznaniem natomiast spotkała się stosunkowo szeroko ujęta problematyka edukacji dzieci pochodzących z innych kręgów kulturowych (2/OP).

Reasumując, jak stwierdziła część ekspertów, którzy wzięli udział w badaniu, ustawa z dnia 3 grudnia 2010 roku o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania weszła w życie, „bo musiała wejść”, z uwagi na presję ze strony UE, mimo wyraźnych dowodów na niedoskonałości tego aktu prawnego. Niedoskonałości zdają się dotyczyć całej ustawy, łącznie z jej nazwą: *Nawet tytuł tej ustawy, tutaj widać tę niechęć do stworzenia instrumentu z prawdziwego zdarzenia, tylko taką niedoróbkę się daje, która formalnie uwalnia Polskę od jakiejś odpowiedzialności. Natomiast fakt, że nie ma żadnej sprawy od dwóch lat, pokazuje jakby kompletną nieskuteczność tego instrumentu* (5/OP).

Choć wejście w życie tej ustawy było poprzedzone konsultacjami społecznymi, w których z zaangażowaniem udział wzięli przedstawiciele organizacji spo-

¹⁸ Jak wynika z badania, projekt ten był zbieżny w dużej mierze z propozycjami zmian ujętymi w poselskim projekcie nowelizacji ustawy, rozpatrywanym przez Sejm w 2013 r. (7/IP).

¹⁹ Więcej informacji na stronie Pełnomocnika Rządu do Spraw Równego Traktowania: <http://rownetraktowanie.gov.pl/aktualnosci/komitet-staly-rady-ministrow-przyjal-krajowy-program-dzialan-na-rzecz-rownego> (dostęp: 14.11.2013).

²⁰ Zob. <http://www.siecrownosci.gov.pl/o-projekcie/> (dostęp: 02.12.2013).

tecznych, skupieni w dużej mierze w ramach Koalicji na Rzecz Równych Szans, to zgłaszane w toku konsultacji uwagi w większości nie zostały uwzględnione. W życie weszły niedoskonałe przepisy, niedające gwarancji skutecznej ochrony przed dyskryminacją czy możliwości ubiegania się o zadośćuczynienie w wypadku jej doświadczenia. W konsekwencji, jak wspomniano wyżej, od razu pojawiła się konieczność działań ukierunkowanych na zmianę tych przepisów. Ponadto, monitorowanie skutków wejścia w życie okazało się nie tyle utrudnione (z uwagi na brak odpowiedniego wyodrębnienia naruszeń praw gwarantowanych na mocy tej ustawy w statystykach wymiaru sprawiedliwości²¹), co zaskakująco bezowocne: przepisy ustawy były podstawą nielicznych spraw skierowanych do polskich sądów²², a samo prawo było nierzadko określane prawem martwym.

Zasadniczo świadomość funkcjonowania nowego prawa można byłoby określić jako niską niemal w każdym środowisku, łącznie ze środowiskiem prawniczym (w tym sędziowskim). Tylko w jednostkowych wypadkach treść ustawy była oceniana pozytywnie, a ocenie tej towarzyszyło założenie, że nie można „spisywać na straty” prawa, które dopiero ma szansę zacząć działać, przy zastrzeżeniu, że jednocześnie będą zachodzić zmiany społeczne i procesy podnoszenia świadomości w zakresie problematyki antydyskryminacyjnej. Wśród badanych ekspertów przeważał jednak pogląd, że prawo to nie jest dobrym instrumentem ochrony przed dyskryminacją, *można domniemywać, że ustawa nie jest łatwym instrumentem skoro spraw nie jest tak wiele – orzecznictwa praktycznie nie ma – i że nieprędko możemy się go spodziewać. Dotyczy to również cudzoziemców (7/IP)*. Wszystkie powyższe kwestie, a szczególnie zastrzeżenia względem treści ustawy o wdrożeniu oraz obecnie toczące się prace nad zmianą tego prawa, stanowią istotny kontekst zrealizowanego badania.

²¹ Dopiero w 2012 roku w statystykach Ministerstwa Sprawiedliwości (MS) wyodrębniono kategorię odnoszącą się do aktów dyskryminacji i nierównego traktowania, choć nadal sposób rejestrowania tych spraw w ramach statystyki MS nie pozwalał na określenie przesłanek nierównego traktowania. Postulat prowadzenia statystyk spraw, w których zarzucono nierówne traktowanie, oraz gromadzenia danych odnoszących się do podstaw dyskryminacji (przesłanki nierównego traktowania, jak np. płeć czy wiek) oraz obszaru, w którym wystąpiło zdarzenie (np. sfera zatrudnienia, dostępu do opieki zdrowotnej, edukacji), zgłosiła do Ministerstwa Sprawiedliwości Rzecznik Praw Obywatelskich już w 2011 roku.

²² Dokładnie sytuację w tym zakresie monitoruje Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, które co pół roku wnioskuje o dostęp do statystyk, a następnie monitoruje sprawy związane z nierównym traktowaniem. Do połowy 2013 roku do sądów wniesiono ok. 8 spraw na podstawie przepisów ustawy o wdrożeniu. Do tego czasu żadna ze spraw nie zakończyła się prawomocnym wyrokiem.

1.2. Cele i założenia badawcze

Cel badań był – pozornie – bardzo oczywisty: analiza funkcjonowania ustawy o wdrożeniu w odniesieniu do obywateli państw trzecich w dwa lata po wejściu w życie tych przepisów. Cel ten byłby łatwy do osiągnięcia przy założeniu, że można byłoby stwierdzić, że ustawa funkcjonuje. Jednakże z uwagi na wszystkie powyższe ograniczenia konieczne stało się poszukiwanie w większej mierze odpowiedzi na pytanie, dlaczego ustawa nie funkcjonuje w odniesieniu do cudzoziemców (czy raczej w ogóle) i co można zrobić, aby wzmocnić ochronę prawną cudzoziemców przed dyskryminacją i zagwarantować im równe traktowanie. Dwa i pół roku od wejścia w życie bądź co bądź mało popularnego, choć istotnego prawa nie daje jeszcze podstaw do wnioskowania, że jest to prawo zupełnie martwe. Zdaniem części ekspertów jednak jest to już odpowiednia perspektywa czasowa, by ocenić potencjał tego instrumentu prawnego, a także pracę organów wskazanych w ustawie jako odpowiedzialnych za realizację zasady równego traktowania oraz inne działania podejmowane w obszarze przeciwdziałania dyskryminacji cudzoziemców. Przekonanie zbieżne z powyższą opinią części ekspertów skłoniło do sformułowania kilku pytań badawczych, wokół których koncentrowało się zarówno badanie empiryczne, jak i analiza ogólnodostępnych źródeł. Przedmiotem analizy były przede wszystkim następujące kwestie:

- kontekst i skala odwoływania się w praktyce do przepisów ustawy o wdrożeniu w odniesieniu do spraw cudzoziemców;
- dostępność informacji o prawie antydyskryminacyjnym i możliwych do podjęcia działaniach w celu zapobiegania bądź karania dyskryminujących praktyk;
- świadomość w zakresie dyskryminacji i prawa antydyskryminacyjnego;
- działania organów odpowiedzialnych za realizację zasady równego traktowania i aktywność innych podmiotów wspierających działania antydyskryminacyjne.

Już wstępna analiza ogólnodostępnych materiałów (raportów, sprawozdań, opublikowanych wystąpień czy stanowisk) oraz stosunkowo ubogiej literatury²³ prowadziła do wniosku, że przepisy ustawy o wdrożeniu nie funkcjonują właściwie i nie dają gwarancji skutecznej ochrony i dochodzenia swoich praw w sy-

²³ Zob. m.in. M. Wieczorek, K. Bogatko (red.), *Prawo antydyskryminacyjne w praktyce polskich sądów powszechnych. Raport z monitoringu PTPA*, Warszawa 2013, [http://www.ptpa.org.pl/public/files/Prawo%20antydyskryminacyjne%20w%20praktyce%20s%4%85dowej\(1\).pdf](http://www.ptpa.org.pl/public/files/Prawo%20antydyskryminacyjne%20w%20praktyce%20s%4%85dowej(1).pdf) (dostęp: 29.04.2013).

tuacji doświadczania nierównego traktowania przez cudzoziemców. To stanowiło też główną tezę, oś analityczną badania.

Przy braku możliwości systematycznej analizy konkretnych, zakończonych spraw, w których cudzoziemcy byliby poszkodowani na skutek nierównego traktowania, jak i z uwagi na bardzo nieliczne grono ekspertów, którzy byli gotowi podzielić się opiniami na temat funkcjonowania prawa antydyskryminacyjnego w ogóle, a w szczególności w odniesieniu do cudzoziemców, badanie empiryczne zostało rozszerzone o politykę i praktykę antydyskryminacyjną w tym zakresie. W wypadku cudzoziemców przesłankami dyskryminacji są nierzadko rasa, narodowość i pochodzenie etniczne oraz religia. Samo bycie cudzoziemcem nie stanowi cechy prawnie chronionej. Wręcz przeciwnie, obywatelstwo jest przedmiotem jednego z wyłączeń na gruncie omawianej ustawy. Myśląc o sytuacji obywateli państw trzecich i rzeczywistym bądź potencjalnym nierównym ich traktowaniu, należy jednak brać pod uwagę nie tylko te cechy, które tradycyjnie mogą się kojarzyć z cudzoziemcami, jak rasa czy narodowość, ale też wszystkie inne prawnie chronione cechy, w tym płeć, wiek, orientacja seksualna, światopogląd czy inne przesłanki. W grupie tej często możemy mieć do czynienia z dyskryminacją wielokrotną (jej definicji nie zawiera obecnie obowiązująca ustawa antydyskryminacyjna), kiedy dana osoba doświadcza dyskryminacji ze względu na więcej niż jedną cechę, czyli gdy na przykład dyskryminowana jest starsza kobieta muzułmanka czy uchodźca z niepełnosprawnością.

Podstawowym elementem badania były wywiady pogłębione z ekspertami mającymi wiedzę o prawie, polityce i praktyce antydyskryminacyjnej, pozostającymi w kontakcie zawodowym z tą tematyką, w szczególności w kontekście obecności i funkcjonowania cudzoziemców w Polsce. Dobór ekspertów miał charakter celowy i zgodnie z założeniami wśród osób zaproszonych do udzielenia wywiadu mieli znaleźć się: przedstawiciele sądownictwa, adwokatury, radców prawnych, prokuratury, Biura Rzecznika Praw Obywatelskich, Biura Pełnomocnika Rządu do Spraw Równego Traktowania, koordynatorzy/pełnomocnicy ds. równego traktowania w urzędach centralnych, wojewódzkich bądź lokalnych, przedstawiciele organizacji pozarządowych, właściwych komórek w Policji, Straży Granicznej, Państwowej Inspekcji Pracy oraz inni eksperci, zwykle reprezentujący środowisko naukowe. Dobór reprezentowanych instytucji i organizacji był podyktowany kilkoma względami. Po pierwsze, istotne było, by dana instytucja czy organizacja miała w jakiejś mierze związek ze sprawami cudzoziemców w Polsce. Po drugie, ważne było też, aby w ramach danej instytucji czy organizacji temat równego traktowania był względnie uświadomiony bądź wyodrębniony przez, np. wyznaczenie konkretnych osób do koordynowania działań w tym zakresie. Po trzecie, z uwagi na cel badania kluczem do poszukiwania ekspertów było łączenie przez nich dwóch perspektyw: wie-

dzy o funkcjonowaniu cudzoziemców w Polsce przy jednoczesnej świadomości zasad równego traktowania i prawa antydyskryminacyjnego. Spełnienie tego trzeciego założenia okazało się najtrudniejsze i w trakcie ustalania listy rozmówców rzeczywiście bądź potencjalni eksperci wskazywali na pojedyncze osoby (w skali kraju), które mogłyby się wypowiedzieć jednocześnie w obydwu kwestiach.

Zasadniczo założenia co do doboru próby udało się zrealizować, jednak w pewnych obszarach (wymiar sprawiedliwości) tylko częściowo. Miał na to wpływ nie tylko ograniczony czas prowadzenia badań, stopień sformalizowania kontaktów z instytucjami, niedostępność potencjalnych badanych w dłuższym okresie. Równie ważne było przekonanie potencjalnych respondentów o braku kompetencji lub o byciu niewłaściwym adresatem zaproszenia do udziału w badaniu. Często w ramach nawiązanego już kontaktu okazywało się, że potencjalni rozmówcy nie czują się kompetentni, by wypowiadać się na temat funkcjonowania prawa antydyskryminacyjnego w odniesieniu do cudzoziemców. W dużej mierze ten subiektywnie postrzegany brak kompetencji wynikał z faktu, że kluczowa w badaniu ustawa zdawała się funkcjonować w ograniczonym stopniu lub w ogóle, co przekładało się na brak możliwości oceny doświadczeń związanych z jej stosowaniem czy skutków jej wprowadzenia. Dodatkowo, ustawę tę określano jako stosunkowo trudną w odbiorze, a co za tym idzie – trudną do zastosowania. Wszystkie te kwestie spowodowały, że ostatecznie grono rozmówców było mniej zróżnicowane, niż planowano, choć nadal wykraczało poza pierwotne założenia, jeśli chodzi o liczbę i funkcje pełnione przez ekspertów.

W sumie zebrano 39 opinii ekspertów, utrwalonych w postaci notatek z rozmów/wywiadów bądź transkrypcji. Eksperti reprezentowali łącznie 9 instytucji publicznych oraz 14 organizacji pozarządowych. W kilku wypadkach organizacje czy instytucje (w tym Policja i Straż Graniczna) były reprezentowane w badaniu przez więcej niż jedną osobę. Jednocześnie, w kilku wywiadach uczestniczyły dwie osoby reprezentujące dany podmiot.

Materiał uzyskany w toku wywiadów z ekspertami może świadczyć pośrednio o skali doświadczeń w zakresie stosowania ustawy o wdrożeniu w odniesieniu do cudzoziemców czy być symptomem rangi, jaką nadaje się tej tematyce lub niskiej świadomości, nierzadko kojarzonej z zagadnieniami dyskryminacji. Nie bez znaczenia jest też to, jakie miejsce w Polsce w ogóle, ale też w szczególności w problematyce antydyskryminacyjnej zajmują cudzoziemcy. Otóż, są oni grupą, która może łączyć właściwie wszystkie cechy będące przesłankami nierównego traktowania, tj. rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, płeć, orientację seksualną, wiek, religię itd. Dlatego cel badań wymuszała, aby wśród ekspertów znalazły się osoby wszechstronną znajomością problematyki dyskry-

minacji, a nie jedynie specjalizujące się w zakresie wybranych tylko cech prawnie chronionych, choć wiadomo, że w rzeczywistości z taką specjalizacją, zarówno na poziomie indywidualnych ekspertów, jak i na poziomie instytucji czy organizacji, mamy zwykle do czynienia.

Wstępem i istotnym uzupełnieniem badania empirycznego (wywiadów z ekspertami) była analiza ogólnodostępnych materiałów, w tym przepisów prawa antydyskryminacyjnego (właściwe dyrektywy i ustawy), dokumentów tworzonych w ramach realizacji tego prawa (sprawozdania RPO i PRdSRT) oraz innych ważnych dokumentów, które stanowiły też przedmiot rozmów z ekspertami, w tym krajowego programu w obszarze antydyskryminacji, poradników przygotowywanych przez Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Komendę Główną Policji, Biuro Pełnomocnika Rządu do Spraw Równego Traktowania oraz opracowań organizacji pozarządowych, kluczowych w zakresie zapobiegania dyskryminacji cudzoziemców. Literatura dotycząca samego zjawiska dyskryminacji cudzoziemców, choć godna uwagi i stanowiąca istotny kontekst dla niniejszej analizy, nie była elementem badania z uwagi na to, że główny akcent położono w nim na aspekty prawne zjawiska dyskryminacji i zapobiegania jej.

Wąskie ujęcie przedmiotu badania, czyli funkcjonowanie przepisów ustawy z dnia 3 grudnia 2010 roku o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, oznaczałoby właściwie brak możliwości szerszego zaprezentowania problemu, a wyniki badania można byłoby streścić jednym zdaniem: prawo to nie funkcjonuje. Dlatego konieczne było pewne przeformułowanie celu badania: pytaniu o to, czy i jak to prawo funkcjonuje, towarzyszyło pytanie o to, dlaczego prawo to nie funkcjonuje, a jednocześnie, jaki jest formalno-prawny kontekst ryzyka nierównego traktowania cudzoziemców i sposób zapobiegania temu zjawisku.

2. „Krajobraz” dyskryminacji²⁴ i działań antydyskryminacyjnych

2.1. Doświadczanie dyskryminacji przez cudzoziemców

Stosunkowo aktualnych danych na temat doświadczania nierównego traktowania w Polsce dostarczają wyniki analiz prowadzonych w ramach projektu „Równe traktowanie standardem dobrego rządzenia” realizowanego przez Uniwersytet Jagielloński na zlecenie Pełnomocnika Rządu do Spraw Równego Traktowania. Badanie było prowadzone w 2011 roku przy wykorzystaniu CAPI²⁵ na reprezentatywnej próbie 1 715 dorosłych mieszkańców Polski i pokazało, że 40% osób zna osobiście kogoś, kto był gorzej potraktowany w Polsce ze względu na pochodzenie etniczne, narodowe lub rasę. To nieznacznie więcej niż w wypadku osobistej znajomości ludzi, którzy zostali gorzej potraktowani ze względu na niepełnosprawność bądź religię czy bezwyznaniowość (ok. 1/3 respondentów zadeklarowała, że zna takie osoby). Zatem cecha przynależności narodowej bądź etnicznej stanowiła podstawę gorszego traktowania osób, z którymi najczęściej mieli kontakt respondenci²⁶.

Jeśli chodzi o postawy badanych mieszkańców Polski, to badanie pokazało, że większość społeczeństwa (66%) uważa, że w warunkach niedostatecznej podaży miejsc pracy, należy się ona przede wszystkim Polkom i Polakom, a nie imigrantom. Duża część (21%) osób nie miała zdania, natomiast 12% nie zgadzało się z tym poglądem²⁷. Takie podejście Polaków do obecności cudzoziemców na rynku pracy może pośrednio wskazywać na ryzyko dyskryminacji

²⁴ Zostało opublikowanych już kilka ważnych raportów podsumowujących problematykę dyskryminacji w Polsce. Opracowania te dotyczą bardzo różnych sfer. W odniesieniu do cudzoziemców na wyróżnienie zasługują przede wszystkim następujące publikacje: W. Klaus (red.), *Sąsiedzi czy intruzi. O dyskryminacji cudzoziemców w Polsce*. Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, Warszawa 2010; <http://interwencjaprawna.pl/docs/sasiedzi-czy-intruzi.pdf>; Ł. Łotocki, *Integracja i dyskryminacja - krajobraz 2009*. Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2009; A. Mikulska *Rasizm w Polsce. Raport z badań wśród osób, które doświadczyły przemocy ze względu na swoje pochodzenie etniczne, rasowe lub narodowe*. Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2010, http://www.hfhrpol.waw.pl/pliki/HFPC_Rasizm_w_Polsce.pdf; *Przeciwdziałanie dyskryminacji i ksenofobii wobec uchodźców i marginalizowanych migrantów w Polsce 2009*, Fundacja im. Haliny Nieć, Kraków 2010, <http://pomocprawna.home.pl/dosciagniecie/rapoty/raportfopdykryminacja.pdf>.

²⁵ CAPI to bezpośredni wywiad indywidualny wspomagany komputerowo (przy użyciu komputera/laptopa).

²⁶ P. Antosz (red. merytoryczna), J. Górniak, *Równe traktowanie standardem dobrego rządzenia. Raport z badań sondażowych*, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 2012, s. 37, http://rowne-traktowanie.gov.pl/sites/default/files/rowne_traktowanie_standardem_dobrego_rzadzenia_-_raport_z_badan_ilosiwych_ost_0.pdf (dostęp: 17.08.2013).

²⁷ *Ibidem*.

cudzoziemców w zatrudnieniu, zwłaszcza w dobie kryzysu ekonomicznego, gdy rośnie skala bezrobocia. Problem dyskryminacji cudzoziemców w zatrudnieniu, w tym niepracowniczym, zdaje się być zresztą dość istotnym problemem w kontekście nierównego traktowania obywateli państw trzecich.

Bardzo niski był odsetek osób (0,3%), które zadeklarowały w badaniu, że były gorzej traktowane ze względu na inne pochodzenie niż polskie. Trzeba jednak pamiętać, że równie mały odsetek badanych w ogóle zadeklarował inne pochodzenie niż wyłącznie polskie. To nie pozwala na pogłębione analizy ilościowe²⁸. Jednocześnie udział w próbie osób o niepolskim pochodzeniu wydaje się w pewnym stopniu odzwierciedlać populację Polski, która wciąż jest postrzegana jako dość homogeniczna, mimo licznych inklinacji ku różnicowaniu kulturowemu społeczeństwa z uwagi na historię i położenie geopolityczne. Jak deklarowali respondenci, mówiąc o znanych sobie osobach, niektóre grupy narodowościowe lub etniczne są bardziej narażone na gorsze traktowanie niż inne. Około połowa respondentów dostrzegła ten problem w odniesieniu do osób czarnych oraz osób pochodzenia romskiego. Co istotne, również wielu ekspertów w opisywanym tu badaniu zwróciło uwagę, że w Polsce (ale nie tylko) największym problemem jest stosunek względem Romów. W dalszej kolejności były osoby czarne czy wyraźnie wyróżniające się pod względem fizycznym na tle ogółu społeczeństwa polskiego, czyli tzw. osoby widoczne. Niekoniecznie jednak te grupy etniczne można utożsamiać z obywatelami państw trzecich, bowiem w obydwu grupach możemy mieć do czynienia z osobami naturalizowanymi w Polsce bądź z obywatelami państw członkowskich UE. Jedną trzecią lub nieco więcej niż 1/3 deklarowała odnosząc się do znanych sobie osób, że na gorsze traktowanie ze względu na pochodzenie narażeni w naszym kraju byli też Żydzi, Czeczeni, Arabowie czy Wietnamczycy²⁹.

Warto zauważyć, że w próbie różnie rozkładały się liczby osób, które osobiście znały przedstawicieli poszczególnych grup etnicznych. Dlatego z dużą ostrożnością należy porównywać poszczególne wyniki procentowe. Dla przykładu, tylko 147 respondentów zadeklarowało osobistą znajomość Czeczena, natomiast Wietnamczyka znało już osobiście 417 osób. Najczęściej respondenci deklarowali osobistą znajomość Rosjan czy Niemców, ale w tych grupach gorsze traktowanie ze względu na pochodzenie dostrzegane było znacznie rzadziej, na co może mieć wpływ relatywnie częstszy kontakt z przedstawicielami tych grup etnicznych czy narodowych³⁰. Warto też zauważyć, że przedstawiciele tych grup narodowych zwykle nie wyróżniają się pod względem fizycznym na

²⁸ *Ibidem, passim.*

²⁹ O te grupy, jak również o Niemców, Rosjan, Romów, pytano w sondażu.

³⁰ P. Antosz (red. merytoryczna), J. Górniak, *Równe traktowanie...*, *op. cit.*, s. 38.

tle ogółu mieszkańców Polski, co również ma wpływ na postawy mieszkańców Polski. Obydwie grupy narodowe (Rosjanie i Niemcy) nie plasują się jednak wysoko, jeśli chodzi o sympatie społeczne³¹. Jak wynika z badań, ale też z wypowiedzi wielu ekspertów, którzy wzięli udział w tym badaniu, często stereotypy i uprzedzenia³² będące podłożem dyskryminacji rodzą się wtedy, kiedy trzeba poradzić sobie z nieznanym, w tym wypadku – z osobami o odmiennej kulturze. *Grupy, wobec których są jakieś uprzedzenia czy wobec których sympatia społeczna odnotowywana w badaniach jest mniejsza, są bardziej narażone [na dyskryminację]* (24/OP).

Choć osoby o odmiennym kolorze skóry w Polsce – na tle na przykład krajów Europy Południowej – są niezbyt liczne, to jak wynika z badania UJ, zdaniem 40% osób w Polsce występuje problem gorszego traktowania ze względu na kolor skóry³³. W kontekście badania stosunku Polaków wobec Afrykańczyków³⁴, z którego wynika, że tylko co dziesiąty Polak ma negatywny stosunek do Afrykańczyków, natomiast 25% ma stosunek pozytywny, a 60% neutralny, może zastanawiać, skąd bierze się przekonanie 4 spośród 10 statystycznych mieszkańców Polski, że kolor skóry stanowi w Polsce przesłankę nierównego traktowania. Odpowiedzią na tę wątpliwość może być fakt, że ze stosunkowo dużą niechęcią ze strony Polaków spotykają się np. Wietnamczycy czy Chińczycy, a więc osoby odmienne rasowo od większości mieszkańców Polski³⁵. Również w niniejszym badaniu eksperci bardzo często przywoływali przykłady nietolerancji czy nierównego traktowania, w których osobami pokrzywdzonymi były osoby o innym niż biały kolorze skóry mieszkające w Polsce. Jak widać, zachowania o podłożu rasistowskim są obecne nie tylko w świadomości osób zawodowo zajmujących się egzekwowaniem prawa czy pomocą cudzoziemcom w dochodzeniu ich praw, ale też w świadomości przeciętnego Polaka. Nierzadko sprawy te są nagłaśniane przez media, co może powodować, że nawet jeśli w sensie statystycznym nie są to zdarzenia wyjątkowo częste, to mocno zakorzeniają się w świadomości społecznej, dając obraz Polski (bądź jej konkretnych obszarów) jako kompletnie nieprzygotowanej na obecność przedstawicieli in-

³¹ Por. komunikat CBOS z lutego 2013 r. „Stosunek Polaków do innych narodów”, http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K_012_13.PDF (dostęp: 02.12.2013).

³² Por. W. Klaus, A. Winiarska, *Dyskryminacja i nierówne traktowanie jako zjawisko społeczno-kulturowe*, „Studia BAS”, nr 2(26) 2011; [http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/B5DB8C31E43CD10EC12578B200480D2B/\\$file/BAS_26.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/B5DB8C31E43CD10EC12578B200480D2B/$file/BAS_26.pdf). (dostęp: 29.07.2013).

³³ P. Antosz (red. merytoryczna), J. Górniak, *Równe traktowanie...*, *op. cit.*

³⁴ P. Średziński (red.), *Badanie opinii publicznej na rzecz integracji obywateli państw afrykańskich w Polsce*, Fundacja „Afryka Inaczej”, Warszawa 2010, <http://afryka.org/badania/raport2010.pdf> (dostęp: 02.10.2013).

³⁵ Por. komunikat CBOS z lutego 2013 r. „Stosunek Polaków do innych narodów”, http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K_012_13.PDF (dostęp: 02.12.2013).

nej rasy, powszechnie tolerującej akty rasizmu i ksenofobii. Tak zdaniem części rozmówców można byłoby powiedzieć o Białymstoku czy Wrocławiu.

W przywoływanym już badaniu UJ, 25 na 100 osób deklarowało, że problemem w Polsce jest także dyskryminacja ze względu na pochodzenie etniczne. Jak pokazało badanie, pośród respondentów innego niż polskie pochodzenia co trzecia osoba poczuła się w Polsce gorzej potraktowana ze względu na swoje pochodzenie (5 z 16 osób). Są to jednak zbyt małe liczby, by rozszerzać wnioski z tego badania na ogół mieszkańców Polski. W badaniach potwierdzono, że problem dyskryminacji ze względu na pochodzenie etniczne czy kolor skóry istnieje, choć brakuje podstaw, by głębiej zbadać ten temat. Dostępne statystyki zdają się nie odzwierciedlać skali zjawiska. Tymczasem z badań z udziałem cudzoziemców, zwłaszcza tych, których względem ogółu mieszkańców Polski cechuje odmienność rasowa, wynika jednoznacznie, że niemal wszyscy w różnych sytuacjach (szkoła, praca, miejsca publiczne) doświadczali nieprzyjemnego traktowania³⁶, które w określonym stopniu stanowiło nierówne traktowanie. Stwierdzenie dyskryminacji czy nierównego traktowania, szczególnie w sensie prawnym, jest bardzo trudne. Ponieważ wiele naruszeń prawa zachodzi w dość nieoczywistych okolicznościach, np. między osobami pod wpływem alkoholu, czasem trudno stwierdzić, jakie podłoże miały, na przykład, akty agresji. Czy były przestępstwami z nienawiści? Czy miały związek z nierównym traktowaniem?

Większość ekspertów zauważyła, że trzeba brać pod uwagę szerszy kontekst, aby mówić o nierównym traktowaniu oraz aby móc odnaleźć obiektywne przyczyny, dla których ludzie są różnie traktowani, co nie zawsze oznacza, że są traktowani nierówno. Zasada równego traktowania ma szczególne znaczenie w kontekście funkcjonowania cudzoziemców: *Równe traktowanie nie jest wpisane w całą ideę prawa o cudzoziemcach, w związku z tym cudzoziemiec nie będzie w stanie rozróżnić kiedy [nierówne traktowanie] jest uprawnione, a kiedy przekracza te ramy, w które wchodzi przepisy (3/OP)*. Nie są w stanie tego rozróżnić również Polacy, w tym prawnicy, bez bliższego przyjrzenia się sprawie i jej kontekstowi oraz bez analizy przepisów.

Sam fakt bycia cudzoziemcem powoduje, że jednostka jest adresatem specjalnych przepisów, jest zobowiązana spełniać określone warunki (np. w odniesieniu do wysokości posiadanych środków finansowych przy wjeździe do Polski bądź legalizacji pobytu), których nie stawia się obywatelom Polski. Nieuwzględnianie cudzoziemców na gruncie innych ustaw niż ustawa o cudzoziemcach może być natomiast traktowane jako przejaw dyskryminacji: *Nie chodzi o samą ustawę o cudzoziemcach, bo ustawa ze swojej istoty będzie różnicować, ale przy innych ustawach po prostu nierówne traktowanie to jest pominięcie, nie-*

³⁶ Zob. np. A. Mikulska, *Rasizm w Polsce...*

zauważenie, że istnieje inna grupa niż Polacy, która ma trochę innego rodzaju problemy niż Polacy i nieodpowiedzenie na te problemy przez ustawodawcę jest dyskryminacyjne (3/OP). Wydaje się, że kwestia nieuwzględniania cudzoziemców w różnego rodzaju dokumentach (też w regulaminach wewnętrznych) może być ujawniana m.in. w efekcie zwracania się osób poszkodowanych do odpowiednich instytucji bądź organizacji z sygnałami o zaistnieniu nierównego traktowania. Dla przykładu, w regulaminach Ministerstwa Edukacji Narodowej dwukrotnie wykryto niekonsekwentne zapisy dyskryminujące cudzoziemców, bo niepozwalające im na uczestnictwo w danych inicjatywach (zawody sportowe, olimpiady, zapisanie się do szkoły). Na skutek interwencji udało się te luki usunąć. Żeby jednak można było naprawiać „przeoczenia” w ten sposób, podobne kwestie muszą być zgłaszane. A o to, jak wynika z badania, trudno.

2.2. (Nierozpoznana) skala zjawiska

Jaka jest skala dyskryminacji czy naruszeń zasady równego traktowania wobec cudzoziemców? Tak naprawdę niewiele wiemy na ten temat. Nie możemy też formułować wniosków na podstawie spraw kierowanych do sądów, ponieważ musielibyśmy stwierdzić, że do dyskryminacji w wypadku cudzoziemców w Polsce nie dochodzi. Sprawy dotyczące dyskryminacji czy nierównego traktowania nie są często zgłaszane, nie są też jako takie identyfikowane przez samych poszkodowanych. Nierzadko zdarza się też, że sprawy zgłaszane jako przejawy dyskryminacji w rzeczywistości takimi nie są i wnoszone przez cudzoziemców roszczenia bądź skargi są w toku dochodzenia uznawane za bezzasadne. Dla przykładu, eksperci reprezentujący Straż Graniczną czy Policję zauważyli, że i tak nieliczne skargi cudzoziemców dotyczące zachowania funkcjonariuszy względem nich były najczęściej (choć nie zawsze) bezpodstawne, a czyny odbierane przez skarżących jako dyskryminujące stanowiły nierzadko elementy standardowych procedur kontrolnych³⁷. Dość często skarżone działania odbywają się w bardzo specyficznym kontekście – podczas przekraczania granicy, w strzeżonych ośrodkach, gdzie co do zasady jednostka podlega szczególnym procedurom. Warto zwrócić uwagę, że sytuację w zakresie skarg (ich małej liczby i przeważnie stwierdzania ich bezzasadności) składanych przez cudzoziemców determinuje też sposób przyjmowania zgłoszeń i różnego rodzaju procedury wewnętrzne, które nie zawsze są skuteczne. W rezultacie może zniechęcać to do zgłaszania się do takich organów jak Straż Graniczna czy Policja.

³⁷ Zagadnienie to mogłoby być przedmiotem odrębnej analizy. Granice „standardów kontroli” próbowano badać na przykład przy okazji znanej sprawy obywatela brytyjskiego, sikha, który pozwał Straż Graniczną w związku z naruszeniem dóbr osobistych podczas kontroli na lotnisku. Patrz np. http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2012/02/apelacja_s_puri.pdf (dostęp: 14.11.2013).

Jak powiedziało kilku rozmówców, można byłoby sobie życzyć, by dyskryminacja była tak rzadka, jak rzadko kierowane są sprawy do sądów dotyczące dyskryminacji, ale rzeczywistość jest mniej optymistyczna. Prawo antydyskryminacyjne, zwłaszcza pod postacią ustawy o wdrożeniu, nie jest zasadniczo w Polsce znane, również w środowisku prawniczym. Tym bardziej nie znają go cudzoziemcy. Drugą, być może kluczową kwestią jest to, że w ogóle wśród społeczeństwa polskiego, włączając w to gospodarzy i gości – migrantów czy uchodźców – panuje stosunkowo niska świadomość, czym jest dyskryminacja, jakie są jej rodzaje, czym jest nierówne traktowanie. Zarazem nie chodzi o to, by wszyscy nauczyli się definicji, ale o pewną wrażliwość i zrozumienie, dostrzeganie innych, umiejętność identyfikowania czynów dyskryminujących, rzeczywistych przejawów nierównego traktowania. Jak podkreślała część ekspertów, może być to utrudnione. *Przez to, że się dużo mówi, są jakieś kampanie medialne, są jakieś organizacje, co robią jakieś billboardy czy filmiki na temat dyskryminacji, ludzie bardzo często posługują się tym pojęciem, nie wiedząc, co ono znaczy. Myśląc, że każda sytuacja, gdzie ja się poczuję źle, to jest dyskryminacja. Ty mnie dyskryminujesz, bo dajesz mi kawę nie w tym kubku. [...] policjanci też tego nie wiedzą. [...] Z jednej strony się [prawo antydyskryminacyjne] upowszechniło, a z drugiej strony nie poszła za tym zmiana jakościowa. I takie poczucie, że to chodzi o feministki. Jak dyskryminacja, to kobiety albo mniejszość seksualna (25/OP).*

Proces uczenia się przez wszystkich, czym jest dyskryminacja, może zająć długie lata, niezależnie od tego, jak bardzo doskonałe będzie prawo antydyskryminacyjne. Jednak dobrze napisane, zrozumiałe prawo może się istotnie przyczynić do podnoszenia świadomości społecznej. Niemniej trzeba wyraźnie podkreślić, że nawet jeśli prawo będzie dobrze skonstruowane, to zapewne jego realizacja będzie pozostawiać wiele do życzenia, bowiem osoby stojące na straży prawa i reprezentujące wymiar sprawiedliwości są przedstawicielami tego samego społeczeństwa mającego na razie niską świadomość w zakresie zasady równego traktowania. Jeden z ekspertów, odnosząc się do Policji, stwierdził: *Musimy częstokroć policjantów reedukować, dlatego że oni z kosmosu nie przylecieli, musimy im wykładać na początku, czym jest dyskryminacja, czym to się kończy, jakie to jest złe, bo musimy ich naprawić. No, bo oni przyszli do nas z jakimś tam zapleczem (14/IP).*

Nawet dobrze napisane prawo, dobrze funkcjonujące organy stojące na jego straży nie zagwarantują, że cudzoziemcy nie będą się spotykać z dyskryminacją, przejawami rasizmu czy ksenofobii. Wiele bowiem zależy od postaw społecznych wobec cudzoziemców, ale też od swego rodzaju kultury osobistej, jeśli w zakresie kultury prawnej widać jeszcze braki. Nawet jeśli różne pojęcia związane z dyskryminacją są obce w świadomości społecznej (czy też w świa-

domości osób stojących na straży prawa), to można liczyć na to, że wysoki poziom kultury osobistej i pewna wrażliwość, otwartość na drugiego – często innego od nas – człowieka dają gwarancję poszanowania godności drugiej osoby, niedyskryminacji. Co ciekawe, na ten aspekt zwracali w szczególności uwagę ci eksperci, którzy w mniejszym stopniu krytykowali obowiązujące prawo i postulowali jego zmianę, a w większym ubolewali nad niską świadomością, swoistą ignorancją i tolerancją zachowań o podłożu rasistowskim jako czynnikami, które sprzyjają aktom dyskryminacji, przestępstwom z nienawiści czy nierównemu traktowaniu (głównie przedstawiciele Policji i Straży Granicznej, ale też mniej krytycznie nastawionych względem ustawy organizacji pozarządowych). Niemniej istotne jest, by w świetle faktu, że w Polsce obowiązuje prawo antydyskryminacyjne (szeroko pojęte, nie wyłącznie pod postacią ustawy o wdrożeniu), poszczególne zachowania były odpowiednio nazywane i sankcjonowane, a właściwe organy miały możliwość podnoszenia swoich kompetencji w rozpoznawaniu dyskryminacji oraz pracy z poszkodowanymi cudzoziemcami. Nie jest możliwe upowszechnienie prawa antydyskryminacyjnego, jeśli rzeczywiste akty nierównego traktowania będą tłumaczone brakiem przygotowania czy brakiem kultury osobistej. Choć z tymi czynnikami mamy do czynienia w licznych sprawach okołodyskryminacyjnych, które z dużą pewnością nie trafią do sądów.

Co ważne, z jednej strony możemy mieć do czynienia z sytuacją, kiedy dyskryminacja nie jest identyfikowana jako taka przez osoby poszkodowane (z uwagi na niską świadomość w zakresie dyskryminacji i prawa antydyskryminacyjnego), z drugiej natomiast może być też tak, że ludzie, w tym cudzoziemcy, dokonują nadinterpretacji pewnych zachowań czy sytuacji, zwłaszcza w kontekście kontaktu międzykulturowego, i postrzegają zachowania bądź intencje danej osoby jako przejawy dyskryminacji. Wynika to z nieznamości kodu kulturowego, którym posługuje się druga strona, ale też może wiązać się z faktem, że w kontakcie z czymś nieznanym częściej można spotkać się z niewłaściwymi zachowaniami, przybierającymi też, ale nie zawsze, postać dyskryminacji. Warto zwrócić uwagę, że *pod hasłem dyskryminacja czasami myślimy, że można wszystko do tego worka wrzucić, [...] cudzoziemiec ma z natury gorzej, chociażby nie zna języka, a jak zna, to ma akcent, i też jest gdzieś tam szykanowany, czy to zza wschodniej granicy, czy z uwagi na kolor skóry z Afryki, więc okołodyskryminacyjnych różnych zachowań jest sporo, natomiast już takich spraw stricte dyskryminacyjnych w kontekście cudzoziemców nie ma aż tak wiele (4/OP)*. Dochodzi zatem jeszcze kwestia tego, że wiele zachowań, które mają związek z dyskryminacją, nie jest dyskryminacją w rozumieniu prawa, nie stanowi podstawy pozwu, a tym samym nie znajdzie się w statystykach spraw zarejestrowanych w sądach, prokuraturach czy jednostkach Policji.

Z doświadczeń organizacji pozarządowych świadczących pomoc cudzoziemcom wynika, że grupa ta bardzo często spotyka się z takim traktowaniem, które można byłoby ogólnie nazwać mianem niewłaściwego, ale nie zawsze jest to nierówne traktowanie w rozumieniu prawa antydyskryminacyjnego. Również z licznych wypowiedzi RPO na temat migrantów i dyskryminacji wynika, że grupa ta jest szczególnie narażona na nierówne traktowanie. Przykładowo, cudzoziemcy doświadczają czasem lekceważącej postawy ze strony urzędników w instytucjach, które odwiedzają, spotykają się z odmową przyjęcia wniosków, nie otrzymują pełnej informacji, nie mogą liczyć na komunikację w innym języku niż polski. Za każdym razem trzeba badać kontekst takich sytuacji i stwierdzić, czy na przykład odmowa przyjęcia wniosku wynikała z obiektywnych przesłanek, czy też zadecydował o tym kolor skóry, akcent czy narodowość wnioskującego.

2.3. Polityka antydyskryminacyjna

W jaki sposób polityka i praktyka antydyskryminacyjna w Polsce były do tychczas postrzegane? W 2011 roku został opublikowany raport z trzeciej edycji badań „Migrant Integration Policy Index” (dalej także jako MIPEX III)³⁸. Jednym z głównych elementów badania MIPEX jest analiza działań antydyskryminacyjnych w ujęciu porównawczym. Jeśli chodzi o Polskę, we wspomnianym raporcie uwzględniono stan jeszcze sprzed wejścia w życie ustawy o wdrożeniu. Nie dziwi więc ogólny wniosek, że zgodnie z odnoszącymi się do Polski ustaleniami zawartymi w tym raporcie Polska nie spełniała standardów w kwestii ochrony przed dyskryminacją, choć w stosunku do lat poprzednich dostrzeżono pewną poprawę. Przyczyną słabości działań antydyskryminacyjnych były, jak piszą autorzy raportu MIPEX III, nie tylko braki w ustawodawstwie, ale też brak kompleksowej polityki integracyjnej.

Polskie wskaźniki w zakresie integracji odbiegają znacznie od najlepszych praktyk. Odnotowany postęp w rozwoju polityki antydyskryminacyjnej wynikał głównie z faktu, że w marcu 2008 roku utworzono stanowisko Pełnomocnika do Spraw Równego Traktowania. Doceniono również polskie przepisy w zakresie ochrony przed dyskryminacją w sferze zatrudnienia i kształcenia zawodowego. Jednak dopiero po wejściu w życie ustawy o wdrożeniu można mówić też o ochronie przed dyskryminacją w sferze zatrudnienia niepracowniczego, co ma duże znaczenie dla funkcjonowania cudzoziemców w Polsce.

³⁸ T. Huddleston, J. Niessen, E. Ni Chaoimh, E. White, *Migrant Integration Policy Index III*, British Council, Migration Policy Group, Bruksela 2011, http://www.mipex.eu/sites/default/files/downloads/polska_abridged_migrant_integration_policy_index_mipexiii_2011_pl.pdf (dostęp: 23.06.2013).

Ogólnie rzecz biorąc, w raporcie MIPEX III przyznano Polsce 44 punkty procentowe w ogóle, ale w zakresie antydyskryminacji wskaźnik ten był niższy i wyniósł 36%. Jednym z ważniejszych postulatów dotyczących Polski był sformułowany we wspomnianym raporcie postulat jak najszybszego wprowadzenia w życie ustawy o równym traktowaniu (do czego doszło na początku 2011 roku). Wskazano również, że Polska to jedyny kraj, w którym nie ma niezależnego organu zapewniającego ochronę przed dyskryminacją (co odróżniało Polskę, w sensie negatywnym, od innych krajów UE), a urząd pełnomocnika przy rządzie nie daje gwarancji skutecznej ochrony, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że urząd ten nie zapewnia dostępu do pomocy prawnej (potencjalnym) ofiarom dyskryminacji. Projekt ustawy o wdrożeniu został oceniony jako zapewniający jedynie minimalną ochronę³⁹.

Warto wskazać, że od tego czasu sytuacja w kwestii polityki integracyjnej także się zmieniła. Politykę tę należy zawsze uwzględniać w kontekście rozważania polityki antydyskryminacyjnej. Zręby polityki integracyjnej powstały w toku prac specjalnych zespołów, m.in. w ramach Międzyresortowego Zespołu do Spraw Migracji koordynowanego przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych (dalej także jako MSW) czy funkcjonującej w jego ramach grupy roboczej ds. integracji, koordynowanej przez przedstawiciela Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej (dalej także jako MPiPS). Duży wkład w dyskusję nad polityką integracyjną miał zespół ekspertów działający przy CARITAS Polska⁴⁰. O politykę integracyjną apelowały różne środowiska zajmujące się w praktyce lub w teorii migrantami. W rezultacie prac w ramach zespołów konsultacyjnych oraz eksperckich w 2013 roku przygotowano dokument „Polska polityka integracji cudzoziemców – założenia i wytyczne”⁴¹. Wiosną i jesienią 2013 roku dokument ten był konsultowany społecznie. W połowie jest on poświęcony tym grupom, które są od dawna objęte programami integracyjnymi (w tym osoby, które uzyskały ochronę międzynarodową w Polsce). Zapobieganie dyskryminacji cudzoziemców pojawiło się jako jeden z postulatów dotyczących szeroko pojętej integracji cudzoziemców. Nie służy jednak za tym postulatem żadne konkretne wytyczne. Rekomendacja ta jest zresztą zbieżna z rekomendacjami dotyczącymi dyskryminacji w przyjętej przez rząd w lipcu 2012 roku „Polityce migracyjnej

³⁹ T. Huddleston, J. Niessen, E. Ni Chaoimh, E. White, *Migrant Integration Policy...*, *op. cit.*

⁴⁰ Chodzi przede wszystkim o działania w ramach projektu „Praktyki integracji”: <http://praktyki-integracji.pl/zespol-ekspertow> (dostęp: 02.12.2013).

⁴¹ Dokument jest dostępny na stronie: <http://www.mpips.gov.pl/bip/projekty-aktow-prawnych/projekty-programow-i-inne/olskapolitykaintegracjicudzoziemcw-zaoeniawytyczne/> (dostęp: 14.10.2013).

Polski⁴². Prawdopodobnie w dokumencie wdrażającym „Politykę migracyjną Polski”⁴³ pojawią się bardziej szczegółowe zalecenia w obszarze przeciwdziałania dyskryminacji cudzoziemców. Warto dodać, że szczegółowe wytyczne dotyczące polityki antydyskryminacyjnej Polski znajdują się w „Krajowym Programie Działań na rzecz Równego Traktowania na lata 2013–2016” przygotowanym przez Pełnomocnika Rządu do Spraw Równego Traktowania, natomiast w niewielkiej mierze dotyczą one cudzoziemców *sensu stricto*. Nielicznym wyjątkiem może być dostęp do kulturowo adekwatnej pomocy ginekologicznej czy kwestia edukacji dzieci cudzoziemskich.

Warto w tym kontekście nadmienić, że niespełna 3 lata po wejściu w życie ustawy o wdrożeniu, ale też po publikacji przywoływanego raportu MIPEX III, organy odpowiedzialne za realizację zasady równego traktowania na mocy ustawy o wdrożeniu, t.j. Rzecznik Praw Obywatelskich i Pełnomocnik Rządu do Spraw Równego Traktowania, w opiniach ekspertów nadal jawiły się jako organy, które w niewystarczający sposób bądź z dużym opóźnieniem przedsięwzięły kroki zmierzające do promowania oraz stania na straży zasady równego traktowania. Nadal często pojawia się zarzut, że urząd Rzecznika Praw Obywatelskich nie jest najlepszą instytucją do pełnienia funkcji organu równościowego: kompetencje RPO nie obejmują naruszeń zasady równego traktowania w relacjach między podmiotami prywatnymi. Jak powiedział jeden z ekspertów, *Rzecznik może zajmować się sprawami, które są w relacji wertykalnej, a nie horyzontalnej, czyli między podmiotami prywatnymi już nie może Rzecznik interweniować. A każdy normalny – że tak powiem – organ równościowy jak najbardziej powinien mieć to w kompetencji. Rzecznik też nie ma możliwości nałożenia żadnych sankcji czy wydania decyzji wiążących, nie ma takich uprawnień (4/OP)*. Natomiast Pełnomocnik zajmuje się właściwie tylko sprawami, które mają cha-

⁴² „Polityka migracyjna Polski – stan obecny i postulowane działania” (<http://bip.msw.gov.pl/bip/polityka-migracyjna-po/19529,Polityka-migracyjna-Polski.html> (dostęp: 02.12.2013)) to przyjęta przez rząd w lipcu 2012 r. strategia migracyjna Polski. Zawiera ponad 200 rekomendacji, obejmujących następujące obszary: imigracje legalne; przeciwdziałanie nielegalnej imigracji, ochrona cudzoziemców w Polsce, integracja cudzoziemców, obywatelstwo i repatriacja, emigracja zarobkowa – migracje powrotne, sprawne funkcjonowanie systemu prawnego i instytucjonalnego, międzynarodowe uwarunkowania polityki migracyjnej Polski, związki innych polityk z polityką migracyjną Polski, monitoring procesów migracyjnych. Każda z rekomendacji powinna być na potrzeby dokumentu wdrażającego „Politykę migracyjną Polski” odpowiednio przełożona na konkretnie zaplanowane działania, z uwzględnieniem stanu i terminu wdrożenia, kosztów, źródeł finansowania, instytucji odpowiedzialnych oraz instytucji współpracujących. Zob. „Wdrażanie – nie lada wyzwanie”, BM 42, lipiec 2013: <http://biuletynmigracyjny.uw.edu.pl/42-czerwiec-2013/wdrazanie-nie-lada-wyzwanie> (dostęp: 02.12.2013).

⁴³ Robocza wersja dokumentu powstała w ramach Międzyresortowego Zespołu do Spraw Migracji jesienią 2013 r., ale nie została jeszcze upubliczniona.

rakter systemowy, jak na przykład luki w prawie powodujące, że jakaś grupa jest dyskryminowana. W innych sprawach właściwie ogranicza się do wydawania oświadczeń, nie ma żadnej mocy sprawczej ani kompetencji, by rozwiązywać problemy osób fizycznych, poza działaniami systemowymi (7/IP).

Osoby poszkodowane nie mogą otrzymać w tych instytucjach pomocy prawnej. Mogą liczyć na informacje (w tym ustne, pisemne, przekazywane za pośrednictwem Internetu, publikowane na stronach tych organów) czy – znacznie rzadziej – interwencje, jeśli ich przedmiot leży w kompetencjach RPO lub PRdSRT. Tym samym nie ma w Polsce organu równościowego, który byłby zobligowany udzielać informacji, wsparcia czy rozwiązywać problemy wszystkich podmiotów, niezależnie od ich charakteru, jeśli tylko przedmiotem wnoszonej przez nich sprawy byłoby (nawet domniemane) naruszenie zasady równego traktowania i dyskryminacja. Nie ma zatem nadal organu, takiego jak np. bułgarska Komisja Zapobiegania Dyskryminacji⁴⁴, która może reagować na bieżące problemy w zakresie dyskryminacji, rozwiązywać je, podejmować interwencje niezależnie od charakteru podmiotów, w relacjach których dochodzi do nierównego traktowania. Instytucja taka może wydać wstępne rozstrzygnięcia w sprawach dyskryminacyjnych, jeszcze zanim sprawa trafi do sądu⁴⁵. Na pytanie, czy w Polsce powinien powstać inny, niezależny organ równościowy, większość ekspertów odpowiedziała negatywnie, ale zwykle tylko dlatego, że nie widzieli szansy na utworzenie nowej instytucji. Poza tym niepożądane wydaje się mnożenie instytucji. Niemniej obecna sytuacja, jeśli chodzi o równościowy organ w Polsce, zwłaszcza w kontekście wiedzy o funkcjonowaniu organów równościowych w innych krajach, wydaje się niezadowolająca, nawet dla tych, którzy przestrzegają przed tworzeniem nowych instytucji czy urzędów. Nie jest to zresztą wyłącznie kwestia tego, że w Polsce brakuje prawdziwie niezależnej instytucji, która mogłaby pełnić funkcję organu równościowego, do którego bezpośrednio po pomoc mogłyby zgłaszać się osoby poszkodowane dyskryminacją czy nierównym traktowaniem, ale też tego, że obecnie realizujące zasadę równości organy państwa nie zawsze są oceniane pozytywnie. Jak wskazało kilku ekspertów, można oczekiwać od RPO czy PRdSRT większego zaangażowania i bardziej intensywnych, a nie jedynie zacho-

⁴⁴ Zob. „Bułgarski projekt” w nr 83 czasopisma „Policja 997” z 2012 r. <http://www.gazeta.policja.pl/997/inne/tylko-sluzba/74902,Bulgarski-projekt-Nr-83-022012.html?search=5510548> (dostęp: 14.11.2013).

⁴⁵ Właściwie w każdym kraju UE funkcjonuje niezależny organ równościowy bądź kilka takich instytucji wyodrębnionych z uwagi na prawnie chronione cechy. Zob. więcej np. K. Wencel, *Przedziałanie dyskryminacji ze względu na rasę, narodowość i pochodzenie etniczne w wybranych państwach Unii Europejskiej*, „Analizy, Raporty, Ekspertyzy” nr 8/2009, Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, Warszawa 2009, <http://interwencjaprawna.pl/docs/ARE-809-dyskryminacja-UE-przepisy.pdf>.

wawczych działań (jak czasem mówiono o interwencjach Rzecznika): *Rzecznik zajmuje się sprawami, które są bardziej oczywiste i w których może osiągnąć sukces i może wygrać, szczególnie przy sprawach sądowych. Sprawy cudzoziemców nie są oczywiste, one są trudne, tam jest możliwość przegrania sprawy spora (3/OP); oni biorą tylko takie sprawy, w których są w stu procentach pewni, że wygraą (6/OP)*. Brakuje zatem, wspomnianego wcześniej, elementu obligatoryjności, a tym samym ochrona przed dyskryminacją nie może być w pełni wszystkim zagwarantowana.

Wśród argumentów przemawiających za nową, odrębną, niezależną instytucją wskazywano na potencjał takiej instytucji: fakt, że mogłaby ona nadać rangę problematyce antydyskryminacyjnej, ale też skutecznie pomagać w dochodzeniu praw w sytuacji naruszenia zasady równego traktowania: *Byłoby dobrze, gdyby istniał odrębny organ równościowy właśnie też z takimi uprawnieniami do załatwiania spraw o charakterze dyskryminacyjnym. To by było też o tyle dobrze, bo jak mówimy o świadomości tej ustawy, tej regulacji, to zwiększa się widoczność pewnego typu spraw (5/OP)*.

Warto zaznaczyć, że wprowadzenie ustawy o wdrożeniu nie zmieniło właściwie kompetencji RPO, jeśli chodzi o możliwość interwencji w przypadkach naruszania praw człowieka oraz zasady równego traktowania przez organy władzy publicznej. Nowe kompetencje, wynikające z ustawy o wdrożeniu, dotyczyły w dużej mierze roli analitycznej i sprawozdawczej RPO. I choć zasadniczo działania RPO w odniesieniu do cudzoziemców⁴⁶ są oceniane bardzo wysoko, to już rola RPO jako organu, który realizuje politykę antydyskryminacyjną, budzi zastrzeżenia. Zauważono jednak zmiany w samym urzędzie zmierzające do zajęcia się tematyką równego traktowania w bardziej systematyczny sposób (m.in. powołanie zespołu specjalizującego się w prawie antydyskryminacyjnym).

W ramach podsumowania należy stwierdzić, że do czasu wprowadzenia ustawy o wdrożeniu, cudzoziemcy byli chronieni przed dyskryminacją ze względu na narodowość, etniczność oraz religię, ale jedynie w dziedzinie zatrudnienia. Byli również chronieni przed aktami znieważania, agresji czy przestępstw z nienawiści na gruncie prawa karnego. Zwykle to ofiary, bez możliwości skorzystania ze specjalistycznej pomocy prawnej, musiały same wnosić pozew do sądu. To z kolei, mając na względzie doświadczenia organizacji pracujących z cudzoziemcami, dzieje się niezwykle rzadko, ponieważ cudzoziemcy nie poruszają się na tyle swobodnie w polskim systemie prawnym, by skutecznie, bez

⁴⁶ „Migranci” to jeden z priorytetowych obszarów działalności obecnej Rzecznik Praw Obywatelskich – prof. Ireny Lipowicz. W swoich wypowiedziach wskazuje ona często, że w jej przekonaniu, migranci – oprócz osób starszych i osób z niepełnosprawnościami – najczęściej doświadczają w Polsce dyskryminacji. Zob. Biuletyn RPO nr 80: <http://www.brpo.gov.pl/sites/default/files/Biuletyn%20RPO-Materia%C5%82y%20nr%2080.pdf> (dostęp: 22.11.2013).

pomocy z zewnątrz, dochodzić swoich praw na ścieżce prawnej. Dzieje się tak w bardzo nielicznych sytuacjach i nierzadko postępowania te trwają latami, ponieważ z uwagi na to, że poszkodowany czy poszkodowana nie mają obywatelstwa polskiego, często dany problem trzeba rozpatrywać lub próbować rozwiązywać przy wykorzystaniu różnych środków (interwencje na piśmie, mediacje, negocjacje) i na gruncie różnych ustaw.

Wnioski opublikowane w raporcie MIPEX III tylko częściowo można uznać za nieaktualne. W 2011 roku weszła w życie ustawa o wdrożeniu. Z czasem można było zauważyć, że zwiększyła się dostępność informacji na temat równego traktowania i dyskryminacji, choć niekoniecznie pociągało to za sobą coraz bardziej skuteczne działania w odniesieniu do dyskryminacji na gruncie prawnym (postępowania przed sądem). Chociaż ustawodawca zapewnił instrument gwarantujący równe traktowanie w dostępie m.in. do usług, dóbr, edukacji, opieki zdrowotnej, to nie zagwarantował go na tym samym poziomie wszystkim, wskazując dodatkowo w ustawie zamknięty katalog przesłanek dyskryminacji. Większość ekspertów wskazywała na niedostępność pomocy prawnej.

Co istotne, przesłanki takie jak rasa, pochodzenie etniczne i narodowość na gruncie tej ustawy wiążą się z największym zakresem ochrony, jeśli chodzi o różne sfery, w których potencjalnie może dochodzić do nierównego traktowania. Z uwagi na to (charakter tych cech prawnie chronionych) można zaryzykować stwierdzenie, że pośrednio cudzoziemcy zyskali najszerszy zakres ochrony, ale tylko w sytuacji, gdy dyskryminację cudzoziemców będziemy wiązać wyłącznie z rasą, pochodzeniem etnicznym czy narodowością. Niemniej, mając na uwadze określone aspekty funkcjonowania cudzoziemców w Polsce (np. powszechność zatrudnienia na podstawie umów cywilnoprawnych, nawet w sytuacji, kiedy warunki pracy odpowiadają warunkom umowy o pracę, np. w budownictwie), można sądzić, że ustawa o wdrożeniu poprawia sytuację cudzoziemców w wielu różnych sferach. Na przykład, *jeżeli by się okazało, że gros cudzoziemców pracuje na podstawie umów cywilnoprawnych, to można powiedzieć, że ta ustawa wprowadza ochronę dla zatrudnienia niepracowniczego, ochronę przed dyskryminacją, zwiększa poziom ochrony cudzoziemców (5/OP)*. Czy rzeczywiście poprawia, skoro nie działa? Wydaje się, że ustawa ta ma potencjał: *Gdyby ludzie mieli świadomość swoich praw, wtedy by miała większe znaczenie... Mogłaby mieć znaczenie dla tych, którzy pracują w oparciu o umowy cywilnoprawne (1/IP)*. Ale okoliczności ujawniania dyskryminacji i ewentualnej pomocy w ubieganiu się o odszkodowanie w wypadku cudzoziemców pozostają bardzo złożone (o czym niżej).

Ciekawe, że najczęściej sfera zatrudnienia była wskazywana jako ten obszar, którego analiza w wypadku cudzoziemców mogłaby dostarczyć dowodów, jak istotne jest funkcjonowanie przepisów antydyskryminacyjnych. Zasadniczo, co

wynika ze statystyk spraw dotyczących dyskryminacji rozpatrywanych przez sądy pracy, można stwierdzić, że sfera zatrudnienia jest sferą, w odniesieniu do której prawdopodobieństwo dochodzenia swoich praw wydaje się największe. Pytanie tylko, czy dotyczy to również cudzoziemców. *Jeśli chodzi o Kodeks pracy czy w ogóle sferę zatrudnienia, to ludzie są bardziej aktywni [...] Jak ktoś się zwalnia z pracy, no to jest kwestia taka, że coś się traci, konkretne pieniądze, to jest dramat życiowy i ludzie są zdeterminowani i przepisy Kodeksu pracy są stosowane. [...] Natomiast jak kogoś nie wpuszczą do klubu go-go, jak kobiety nie wpuszczą do klubu go-go, dziewczyna się zgodzi na opisanie przez prasę anonimowo, opíše co się zdarzyło, ale żeby mieć sprawę z tego? No to niekoniecznie, bo to trzeba pójść do sądu, trzeba złożyć wyjaśnienia i to się robi kłopotliwe. [...] Oczywiście nie ma reguły, ale wydaje mi się że tutaj łatwiej jest odpuścić, no chyba że rzeczywiście ktoś, kto jest zdeterminowany, na tyle urażony, poniżony, że chce dopiąć do końca jakieś sprawy (6/OP).* Trzeba jednak pamiętać, że mimo że sfera zatrudnienia pozostaje istotnym obszarem potencjalnej i rzeczywistej dyskryminacji cudzoziemców⁴⁷ i mimo że obowiązują obecnie przepisy chroniące przed dyskryminacją zarówno w zatrudnieniu pracowniczym, jak i niepracowniczym, to nadal cudzoziemcy bardzo rzadko zgłaszają nierówne traktowanie w tej sferze. Wpływ na to ma nie tyle brak świadomości, ile obawa przed koniecznością wyjazdu z Polski w sytuacji np. braku pracy bądź trudności w znalezieniu kolejnej.

3. (Nie)funkcjonowanie prawa antydyskryminacyjnego w odniesieniu do cudzoziemców

Analizowanie wyłącznie przepisów i ich funkcjonowania nie może być pozbawione refleksji na temat szerszego kontekstu funkcjonowania cudzoziemców w Polsce, w tym skali imigracji, kapitału kulturowego i społecznego migrantów, postaw i kompetencji międzykulturowych po stronie migrantów i społeczeństwa przyjmującego, specyfiki polskiego rynku pracy i komplementarnej pozycji cudzoziemców w tej strukturze. W kontekście dyskryminacji ważne jest też, jaka jest świadomość problemu w ogóle. Jak wynika z powyższej części niniejszego opracowania, mamy do czynienia z wyjątkowo ograniczonym zastosowaniem ustawy o wdrożeniu. Zwłaszcza w odniesieniu do cudzoziemców prawo to być może jest podstawą do skutecznej ochrony ich dóbr, ale w zasadzie nie funkcjonuje. Co jest tego przyczyną? Żeby odpowiedzieć na to pytanie, warto odnieść się do kilku kluczowych zagadnień czy wątpliwości,

⁴⁷ Temu zagadnieniu poświęcona jest też uwaga w „Krajowym Programie Działań na rzecz Równego Traktowania na lata 2013–2016”.

które pojawiły się w opiniach ekspertów. Znaczące jest też stwierdzenie, że *po dwóch i pół roku jej obowiązywania, praktycznie nie ma orzecznictwa. To jednak daje do myślenia* (7/IP). Patrząc na to z perspektywy postępów w polityce antydyskryminacyjnej, można za jednym z ekspertów powiedzieć: *w sferze prawnej jest dobrze, w sferze kultury prawnej jest duży postęp, natomiast jeszcze wydaje się, że ta część najważniejsza pokutuje, część organiczna, czyli to, co jest w społeczeństwie* (14/IP). Zastrzegając na początku, że sfera prawna pozostawia wiele do życzenia, warto zwrócić uwagę na ten ostatni czynnik – wydaje się mieć on dużo wspólnego z odpowiedzią na pytanie, czy ta ustawa jest potrzebna i dlaczego nie jest wykorzystywana.

3.1. Czy ustawa antydyskryminacyjna jest w ogóle potrzebna?

Zasadniczo eksperci nie negowali potrzeby wprowadzenia ustawy równościowej. Wręcz przeciwnie, wskazywali, że Polska potrzebowała i nadal potrzebuje przepisów antydyskryminacyjnych „z prawdziwego zdarzenia”, a więc pełnych, kompletnych, dających równą ochronę wszystkim grupom narażonym na dyskryminację, czyli zasadniczo wszystkim. Pojawiły się jednak opinie, że właściwie ustawa o wdrożeniu nie wnosi nic nowego, ponieważ ochrona, którą można na jej poziomie uzyskać, jest już zagwarantowana w Konstytucji RP oraz aktach prawa międzynarodowego gwarantujących ochronę praw człowieka. Poza tym zdaniem niektórych ekspertów przepisy antydyskryminacyjne, zapewniające skuteczną ochronę są już zawarte w innych regulacjach, zwłaszcza w Kodeksie pracy oraz w Kodeksie karnym, a ustawa o wdrożeniu jest jedynie prawem komplementarnym, które w praktyce niewiele zmienia: *Owszem fajna ustawa, ale jakby jej nie było, to by się dało wyciągnąć z ogólnych przepisów tą dyskryminację* (1/IP). Te opinie, na tle pozostałych, należały jednak do rzadkości. Większość ekspertów, którzy orientowali się w kwestii przepisów zawartych w tej ustawie, wskazywała jednak, że w Polsce potrzebna jest ustawa antydyskryminacyjna, ale byli przekonani, że prawo to musi zostać gruntownie zmienione w stosunku do tego, które obowiązuje od 2011 roku.

Z uwagi na zakres ochrony wejście w życie tej ustawy w niewielkim bądź żadnym stopniu wpłynęło, zdaniem wielu ekspertów, na zmiany w ofercie i dostępności instrumentów prawnych ochrony przed dyskryminacją. Tylko nieliczni z odwagą i determinacją starają się korzystać z przepisów tej ustawy, pod warunkiem, że mają świadomość, że ich prawa zostały naruszone i wiedzą, gdzie ewentualnie mogą się zwrócić po pomoc. A taka sytuacja należy do rzadkości. Zasadniczo z opinii ekspertów wyłania się pogląd, że ustawa ta nie ma zastosowania, ponieważ jest trudna w odbiorze i brak w niej konsekwencji, co utrudnia korzystanie z niej.

Niemniej, zdaniem osób nawet krytycznie nastawionych do tej ustawy, samo jej wejście w życie pokazuje rangę problemów dyskryminacji i nierównego traktowania – skoro weszła w życie ustawa, to znaczy, że państwo podchodzi poważnie do tej tematyki, zamierza wyciągać konsekwencje względem osób naruszających zasadę równego traktowania. Z tego typu stwierdzeniami można było spotkać się zarówno wśród działaczy reprezentujących organizacje pozarządowe, jak i wśród przedstawicieli instytucji publicznych: *Wprowadzenie tej ustawy uświadomiło osobom zajmującym się zarządzaniem zasobami ludzkimi, jak istotne znaczenie ma równe traktowanie w procesie rekrutacji i szkolenia pracowników oraz w przypadku cudzoziemców, np. w przedmiocie dostępu do edukacji czy pomocy socjalnej (27/OP).*

Potrzebę istnienia ustawy antydyskryminacyjnej oraz funkcjonowania niezależnego organu antydyskryminacyjnego podkreślali zwłaszcza ci, dla których tematyka dyskryminacji jest głównym bądź jednym z głównych obszarów działania. Nie jest to zaskakujące, jeśli weźmiemy pod uwagę, że tylko takie podmioty (przede wszystkim organizacje pozarządowe) mają największe doświadczenia w kwestii pomocy różnym osobom w dochodzeniu ich praw i wykazywaniu nierównego traktowania, a co za tym idzie, mają też dość sprecyzowane oczekiwania względem prawa w Polsce i możliwości jego stosowania.

W kontekście faktu, że właściwie nie istnieje orzecznictwo z zastosowaniem/przywołaniem ustawy o wdrożeniu, warto wskazać za wypowiedziami niektórych ekspertów że podejmowane były różne kroki w kierunku zwiększania świadomości na jej temat wśród przedstawicieli instytucji publicznych. Wydaje się jednak, że sens tej ustawy nadal nie jest do końca jasny, zwłaszcza dla osób, które nie są prawnikami. Dla przykładu można przytoczyć wypowiedź jednego z rozmówców, który stwierdził, że przedstawiciele organów ścigania starają się uświadamiać instytucje pracujące z cudzoziemcami w kwestii tej nowej ustawy, ale chyba niewiele się zmieniło od czasu jej wprowadzenia, *zmieniło się, że jest ta nieuchronność kary w przypadku udowodnienia działań rasistowskich skierowanych przeciw człowiekowi (13/IP).* Jednocześnie jednak pojawiły się opinie, że *brak w ustawie sankcji za działania dyskryminacyjne (31/IP).* Zatem, interpretacja tego, co tak naprawdę kryje się za przepisami tej ustawy, jak widać, bywa bardzo różna. Co za tym idzie, jest niejasne, co daje wniesienie pozwu na podstawie tej ustawy i z jakimi konsekwencjami musi się liczyć osoba, której zachowania stanowią naruszenie zasady równego traktowania. Można było zresztą odnieść wrażenie, że tylko nieliczni eksperci orientowali się w zakresie szczegółowych rozwiązań uwzględnionych w ustawie o wdrożeniu. Większość osób stykających się pośrednio lub bezpośrednio ze zjawiskiem dyskryminacji w ogóle nie postrzegają ustawy o wdrożeniu jako istotnego punktu odniesienia w swoich działaniach.

To zwykle prawnicy mogli z przekonaniem i pewnością uzasadniać swoje opinie na temat ustawy i sugerować zmiany przepisów. Wszyscy oni bez wyjątku byli w stanie wskazać wady tej ustawy, ale też próbowali z niej korzystać, sprawdzać ją w praktyce, mimo że nie mieli ku temu wielu okazji. To, w jaki sposób prawnicy związani z organizacjami pozarządowymi są często nastawieni do tej ustawy, może zobrazować poniższy cytat: *Szukamy spraw, które można by było prowadzić na gruncie tej ustawy, w ten sposób też ją testować, pokazywać trudności. Poza tym wychodzimy z założenia, że jak już jest jakiś instrument, no to trudno się obrazić na ustawodawcę, że dał instrument nieidealny, trzeba to, wiadomo, z jednej strony lobbować na rzecz zmian, ale z drugiej strony po prostu to, co się da, stosować* (5/OP). Prawnicy wskazywali jako pozytywne rozwiązanie zasadę odwróconego ciężaru dowodu, co oznacza, że ten, kto zarzuca naruszenie zasady równego traktowania, powinien uprawdopodobnić fakt jej naruszenia, a strona, której zarzucono dyskryminację, jest zobowiązana wykazać, że nie dopuściła się jej. Chociaż zastosowanie tej zasady w rzeczywistości może jeszcze budzić obawy: *Sama jestem ciekawa, jak ten ciężar dowodów będzie potraktowany, no bo w oparciu o ustawę powinien być ten odwrócony. Czy te wszystkie gwarancje procesowe będą? Dla mnie to też jest nowość, więc nie mogę się podzielić doświadczeniem, bo go nie ma* (4/OP).

Analizując wypowiedzi ekspertów, można było dojść do wniosku, że osoby nieznające ustawy bardzo dobrze nierzadko opierają swoją wiedzę na fragmentarycznych informacjach o jej zakresie, znaczeniu, trudnościach z jej stosowaniem czy niechęcią prawników do powoływania się na nią. Na tej podstawie budują swoje przekonanie, że ustawa antydyskryminacyjna nie ma racji bytu w świetle już dostępnych instrumentów ochrony przed dyskryminacją, czego ich zdaniem można dowodzić chociażby statystyką spraw wniesionych do sądów na podstawie tej ustawy. Jeśli takie sygnały trafiają do osób, które pracują z cudzoziemcami, to z pewnością może rodzić się pytanie, po co właściwie ta ustawa została wprowadzona, skoro brakuje determinacji (i zapewne też wiedzy) w samym środowisku prawniczym, by ją stosować. *Gdyby to była dobrze napisana ustawa, w sposób przystępny, z dobrym tytułem, bo to wszystko się liczy, żeby coś było pisane dla ludzi, to po to się pisze dla ludzi, żeby mogli korzystać. Cudzoziemiec nie ma szans* (6/OP). Należy jednak wyraźnie zaznaczyć, że głosy twierdzące, że w Polsce nie jest potrzebna ustawa antydyskryminacyjna, były nieliczne i w dużej części pochodziły od osób, które z racji swoich obowiązków zawodowych nie zajmują się bezpośrednio kwestiami prawnymi.

3.2. Niska świadomość prawna i złożoność problematyki dyskryminacji

Biorąc pod uwagę fakt, że bardzo niewiele spraw zostało zidentyfikowanych jako naruszenie przepisów ustawy o wdrożeniu, trzeba uwzględnić też szerszy kontekst: *W ogóle jest mało skarg na dyskryminację (7/IP)*. Spraw jest mało nie tylko w sądach, ale też w instytucjach niesądowych, jak PRdSRT, RPO czy Państwowej Inspekcji Pracy⁴⁸ oraz w organizacjach pozarządowych. Niemniej nawet mówiąc jedynie o skargach dotyczących dyskryminacji, *tych skarg na dyskryminację ze względu na rasę, narodowość, pochodzenie etniczne jest bardzo mało. [...] I teraz dlaczego? Świadomość prawna i związane z nią nieumiejętność i niechęć do dochodzenia swoich praw, na różne sposoby, to jest jedna rzecz (7/IP)*.

Wielokrotnie już przywoływano niską świadomość jako czynnik powodujący, że prawo antydyskryminacyjne właściwie nie może funkcjonować, ponieważ często brakuje wiedzy bardziej podstawowej: czym jest, a czym nie jest dyskryminacja, jakich grup może dotyczyć w szczególności (bez ignorowania faktu, że dyskryminacja może dotyczyć właściwie każdego). Nierzadko brakuje też woli, by taką wiedzę zdobywać. Opinia jednego z rozmówców odnosząca się do okresu tuż przed wprowadzeniem ustawy o wdrożeniu zdaje się dobrze ilustrować fakt, że parlamentarzyści mają świadomość, czym jest prawo antydyskryminacyjne, ale świadomości tej towarzyszy niezrozumiały strach przed pewnymi grupami mniejszościowymi: *Okoliczności wprowadzania w życie ustawy, obawa, że „na plecach niepełnosprawnych” mniejszościowe grupy będą chciały zatłoczyć swoje interesy (19/OP)*.

Część rozmówców bezpośrednio wskazywała, że powodem niestosowania ustawy o wdrożeniu jest fakt, że temat dyskryminacji jest trudny, przede wszystkim dla tych, którzy stoją na straży prawa i muszą opierać swoje działania na względnie obiektywnych wskaźnikach: *[Dyskryminacja] dla nas to taki śliski temat, w sensie, że niewiele można zrobić, bo sprawy są sporne (1/IP)*. Dodatkowo trzeba wziąć pod uwagę, że część instytucji publicznych o charakterze organu kontroli bądź ścigania (jak PIP czy Policja), nie ma w zasadzie w zakresie swoich kompetencji działań związanych z ustawą o wdrożeniu, co oznacza, że nawet gdy dostrzegą przejawy dyskryminacji w rozumieniu ustawy

⁴⁸ Jedną z rekomendacji wskazanych w wywiadach z ekspertami dotyczyła właśnie funkcjonowania Państwowej Inspekcji Pracy (dalej także jako PIP). Można sądzić, że obecnie służba ta ma zadania, które w wypadku cudzoziemców przynoszą sprzeczne rezultaty. Z jednej strony PIP jest powołana do ujawniania naruszeń w sferze prawa pracy, również dyskryminacji, a z drugiej do kontrolowania legalności zatrudnienia. Dla cudzoziemców oznacza to, że kontakt z instytucją (PIP), która może pomóc, jednoznacznie wiąże się z ryzykiem poniesienia konsekwencji, w wypadku gdy zostaną ujawnione naruszenia przepisów dotyczących legalności zatrudnienia.

o wdrożeniu, zwykle nie będą mogły bezpośrednio i odpowiednio zareagować. Istotą tego prawa jest bowiem, w pewnym sensie, samoidentyfikacja osób poszkodowanych, a następnie wejście na ścieżkę prawną.

Problemem pozostaje jednak to, że najczęściej dyskryminacji nie są świadomi ci, których prawa są łamane. Tym bardziej może to dotyczyć cudzoziemców, w wypadku których bariera językowa i kulturowa, a także określone doświadczenia z kraju pochodzenia powodują, że poznanie przysługujących im praw w Polsce, zinternalizowanie ich i umiejętność korzystania z instrumentów ochrony tych praw stanowią duże wyzwanie. Często pokutuje też przekonanie, potwierdzane czasem w praktyce przez przedstawicieli społeczeństwa przyjmującego, że ochrona praw należy się – owszem – wszystkim, ale jednak migranci z racji swojej sytuacji formalno-prawnej są pewnych praw pozbawieni. Dochodzi więc kolejny, poważniejszy aspekt: świadomość praw człowieka, które są niezbywalne i przynależne wszystkim bez wyjątku. Kluczowe jest zatem, by pamiętać, że na gruncie polskiego prawa: *Każdy, wobec kogo zasada równego traktowania została naruszona, ma prawo do odszkodowania, każdy to również i cudzoziemiec* (15/IP). Niską świadomość społeczną w zakresie prawa antydyskryminacyjnego, szczególnie wśród cudzoziemców, dostrzegali wszyscy rozmówcy. Podkreślała to też w swoich wystąpieniach Rzecznik Praw Obywatelskich⁴⁹.

Co zrobić, by podnieść świadomość społeczną? Nie ma prostej recepty. Działać należy na wielu płaszczyznach, zarówno w sferze edukacji, jak i informacji, poradnictwa prawnego pomocy społecznej, zapobiegania przestępczości. Do tego, jak już wspomniano, wszystkie działania podnoszące świadomość powinny być dobrze zaplanowane i dostosowane do potencjalnego odbiorcy. Nie jest osiągnięciem powtarzanie haseł, które dla przeciętnego odbiorcy niewiele znaczą. Dopiero rozbudzenie wyobraźni (przez pokazywanie konkretnych przykładów) i pokazanie ludziom, jakie mają prawa i jak krok po kroku mogą ich dochodzić (również na ścieżce prawnej), może przynieść rezultat. Informowaniu o ustawie o wdrożeniu musi towarzyszyć też informacja, *jak ta ścieżka wygląda do takiego sądu, na jakim papierze, na jakim dokumencie opisuje się takie rzeczy, na jakie wsparcie i ze strony jakich organizacji czy instytucji można liczyć* (25/OP).

Ekspertci podkreślali, że w zakresie edukacji konieczne jest podejmowanie działań najwcześniej, jak to możliwe, nawet w przedszkolach. *Działać należy przede wszystkim w szkołach, aby dorastanie obok człowieka innej narodowości, rasy czy religii nie było niczym dziwnym, aby ukształtowało się w pełni*

⁴⁹ Wystąpienie RPO do PRdSRT: <http://www.sprawy-generalne.brpo.gov.pl/pdf/2011/10/687085/1647153.pdf> (dostęp: 14.11.2013).

świadome, różnorodne społeczeństwo, w myśl hasła, że dzieci są przyszłością narodu (34/IP). Edukowanie nie dotyczy wyłącznie tych, którzy są w procesie edukacji (dzieci, młodzież i studenci), ale też wszystkich innych, a w szczególności osób, których praca zawodowa może wiązać się z działaniami na rzecz ochrony przed dyskryminacją czy wspieraniem cudzoziemców w wymiarze prawnym. Mimo podejmowania wielu działań w zakresie szkoleń kierowanych do właściwych służb (Straż Graniczna i Policja), wydaje się, że wciąż brakuje elementarnej wiedzy i zrozumienia, co stoi za wszystkimi hasłami wypowiadanymi często bezrefleksyjnie, a odnoszącymi się do zjawiska dyskryminacji i prawa antydyskryminacyjnego. Przykładowo, w kręgach policyjnych, w których szkolenia z zakresu praw człowieka, w tym antydyskryminacji, są bardzo częste, nadal można się spotkać z tym, że *jest takie przeświadczenie, że prawa człowieka to jest taki bat na Policję, że to jest jakby jednostronne. I oni są wielce zdziwieni. To jest w ogóle coś niesamowitego, jak my im mówimy, że „wy też macie te prawa człowieka i możecie z nich korzystać. To nie jest tak, że to jest jakiś bat, który ma spowodować, że wy nie będziecie mogli swoich czynności służbowych wykonywać”* (25/OP).

Niską świadomość prawną, ale też społeczną można czasem obserwować na przykładzie języka, którym posługują się między innymi ci, którzy mają do czynienia z osobami odmiennymi od większości polskiego społeczeństwa ze względu na jakieś cechy: *Obserwuję też czasem zupełnie radosne podejście do różnic rasowych, narodowościowych czy religijnych – to znaczy dyskryminacyjny język, z którego rozmówca w ogóle sobie nie zdaje sprawy. Używa obraźliwych określeń albo po prostu określeń niestosownych, lekceważących, w przekonaniu, że są one neutralne* (21/OP). Język zresztą mógłby stać się przedmiotem odrębnych badań, jak wynika z wywiadów i analizy dokumentów.

Większość rozmówców, zwłaszcza tych, którzy pracują bezpośrednio z cudzoziemcami, podkreślała, że trudno się spodziewać, by cudzoziemcy sami zgłaszali, że doświadczyli nierównego traktowania czy dyskryminacji, ponieważ zwykle nie mają świadomości, że są poszkodowani tymi czynami bądź – co również się zdarza – jako dyskryminacyjne traktują zachowania, które w rzeczywistości na gruncie prawa dyskryminacją nie są. Dlatego też nieliczne, ale mające już pewne doświadczenie organizacje społeczne⁵⁰ udzielające pomocy cudzoziemcom i zajmujące się również antydyskryminacją starają się „wyłuskiwać” z wypowiedzi migrantów wątki, które być może wcale nie są jako dys-

⁵⁰ Najczęściej w wywiadach wskazywano dwie organizacje, do których eksperci ewentualnie kierowaliby cudzoziemców potrzebujących pomocy prawnej w związku z doświadczaniem nierównego traktowania. Były to Helsińska Fundacja Praw Człowieka i Stowarzyszenie Interwencji Prawnej. Często wskazywano też Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego jako pewne źródło informacji i porady, choć niekoniecznie zajmujące się cudzoziemcami.

kryminacyjne określane (bądź są, ale błędnie) i je właściwie przeanalizować, zweryfikować. *Przy okazji poradnictwa prawnego zrodziła się potrzeba takiej specjalizacji, [...] takiego wyłuskiwania. Tak naprawdę te sprawy były wyłuskwane z tych innych spraw, bo rzadko się zdarzało, żeby cudzoziemiec przyszedł i powiedział: „jestem dyskryminowany, mam taki problem”. Gdzieś to było schowane między innymi kwestiami (4/OP).*

Organizacje pozarządowe monitorują również przekazy medialne. Co zastanawiające, zdarza się, że poszkodowani zwracają się do mediów, nie korzystając z żadnych innych ścieżek, takich jak kontakt z RPO czy z organizacjami pozarządowymi. Przekazy medialne bywają podstawą do zainteresowania się sprawą, kontaktu z pokrzywdzonym i ewentualnymi sprawcami czy też do interwencji. Ponieważ zarówno organizacje pozarządowe, jak i organy państwowe odpowiedzialne za realizację zasady równego traktowania niejako „cierpią” na niedostatek spraw zgłaszanych przez osoby, których dyskryminacja bezpośrednio dotyczy, nie dziwi, że to media stają się źródłem informacji. *W zakresie dyskryminacji, tych spraw jest trochę, ale nie jest tak, że one wpływają, a my nie mamy rąk do pracy, to raczej jest tak, że my szukamy spraw, na dziesięć spraw, którymi się interesujemy, jedna się nadaje na interwencję, a jeszcze rzadziej nadaje się na sprawę sądową (5/OP).*

Temat dyskryminacji jest dość złożony, zwłaszcza w kontekście udowodnienia zaistnienia nierównego traktowania. Jeśli bierze się pod uwagę specyfikę postępowania przed sądem, konieczne kroki poprzedzające wniesienie sprawy do sądu i ewentualne koszty z tym związane, a przy tym ryzyko nieuzyskania satysfakcji, to oczywiście staje się swoiste ważenie interesów, zanim zostanie podjęta decyzja, czy dana sprawa powinna zostać zgłoszona do sądu, czy nie, i jakie mogą być konsekwencje ewentualnej przegranej.

Wejściu w życie tej ustawy nie towarzyszyły specjalne kampanie informacyjne, szkolenia. Poniższy cytat może zobrazować klimat jej uchwalenia i wejścia w życie: *Byłam bardzo zawiedziona tym, że ta ustawa została wprowadzona właściwie bez słowa od instytucji publicznych, że ona jest, że ona obowiązuje, kogo ona dotyczy. I to było w takim sensie szokujące, że w styczniu, kiedy to zostało wprowadzone, [...] uczestniczyłam w szkoleniu, które było prowadzone przez podmioty publiczne, które po prostu w pakiecie edukacyjnym przekazały tą ustawę, ani słowa o tym, że to pierwszy miesiąc, kiedy ona obowiązuje, co to znaczy dla nas w Polsce, co to znaczy dla ustawodawstwa w Polsce – a szkolenie dotyczyło antydyskryminacji (2/OP).*

Jeśli chodzi o dostęp do informacji, to zwiększa się on sukcesywnie w ostatnim czasie. Jednocześnie w opinii niektórych kampanie informacyjne nie są wystarczające i pojawiły się za późno. *Pierwszym krokiem, by ta świadomość wzrastała, jest przyjęcie strategii rządowej na rzecz równego traktowania (9/*

OP). Zarówno organy odpowiedzialne za realizację zasady równego traktowania⁵¹, jak i kilka organizacji pozarządowych zamieściły na swoich stronach informację o ustawie wraz z jej treścią oraz informacje o podejmowanych interwencjach bądź związanych z działaniami antydyskryminacyjnymi wydarzeniach (np. konferencjach, debatach). Co istotne, wiele z aktualnych informacji udostępnianych na stronach dotyczyło działań ukierunkowanych na zmianę ustawy antydyskryminacyjnej. Niemniej z perspektywy podmiotu, którego prawa mogą zostać naruszone wskutek dyskryminacji czy nierównego traktowania, zwłaszcza jeśli jest to cudzoziemiec lub cudzoziemka i nie włada on/ona dobrze językiem polskim, informacje dostępne w Internecie nie są zbyt użyteczne. Jak już wcześniej wspomniano, nawet dobra znajomość zarówno języka polskiego, jak i języka prawniczego nie daje gwarancji, że ustawa równościowa będzie czytelna. Co więcej, znajomość i zrozumienie ustawy jest dopiero pierwszym krokiem na drodze do dochodzenia swoich praw przed sądem. W tym sensie informacje zawarte na stronach internetowych czy nawet w poradnikach, które powstały w ostatnim czasie⁵², nie są wystarczające, szczególnie z perspektywy cudzoziemców.

Strona organu równościowego – Rzecznika Praw Obywatelskich – jest podstroną poświęconą równemu traktowaniu, na której można odnaleźć m.in. podstawowe definicje, obowiązujące prawo, sugestie w zakresie stosowanych do podjęcia działań, jak również orzeczenia w sprawach związanych z dyskryminacją. Na tej stronie opublikowano również poradnik „Przeciw dyskryminacji”⁵³. Jednakże wszystkie te informacje są dostępne wyłącznie w języku polskim. Istotne jest, że wspomniany poradnik został opublikowany stosunkowo niedawno – na początku 2013 roku. Inicjatywa miała na celu zwiększenie świadomości w zakresie praw do ochrony przed dyskryminacją i zachęcenie osób doświadczających dyskryminacji do informowania o tym Rzecznika Praw Obywatelskich. Bez takich informacji przesłanki podejmowania działań systemowych przez RPO są ograniczone, które w długofalowej perspek-

⁵¹ Choć zgodnie z ustawą kluczowe są dwa opisywane organy, to w *polskim systemie, zgodnie z Konstytucją, wszystkie resorty i wszystkie urzędy centralne, rządowe i inne także są odpowiedzialne za realizowanie zasady równego traktowania. Pełnomocnik pełni generalnie rolę koordynacyjną, niezwalniającą resortów z obowiązku realizowania zasady równego traktowania zgodnie z ich kompetencjami (7/IP).*

⁵² Wiosną 2013 r. BRPO opublikował poradnik „Przeciw dyskryminacji” – <http://www.brpo.gov.pl/pl/content/przeciw-dyskryminacji-poradnik-rpo> (dostęp: 23.06.2013), a we wrześniu 2013 r. – poradnik antydyskryminacyjny dla funkcjonariuszy i pracowników Policji pt. „Po pierwsze człowiek”; zob. <http://isp.policja.pl/isp/prawa-czlowieka-w-poli/aktualnosci/4344,dok.html> (dostęp: 14.10.2013).

⁵³ Zob. <http://www.brpo.gov.pl/pl/content/przeciw-dyskryminacji-poradnik-rpo> (dostęp: 9.08.2013).

tywie mogą okazać się najbardziej pożądane i korzystne. Cenne jest na pewno to, że w poradniku w dość czytelny sposób przedstawiono podstawowe definicje i zasady zapisane w ustawie równościowej, ilustrując je przykładami.

Inną godną uwagi inicjatywą jest poradnik antydyskryminacyjny skierowany przede wszystkim do policjantów, zatytułowany „Po pierwsze człowiek”⁵⁴. Podobnie jak poradnik wydany przez Rzecznika Praw Obywatelskich, poradnik dla policjantów (ale potencjalnie użyteczny również dla innych służb oraz wszystkich zainteresowanych osób) zawiera wiele ilustracji działań o charakterze dyskryminacyjnym, fragmenty relacji poszkodowanych, normy komunikacji z przedstawicielami grup mniejszościowych. Ten drugi poradnik jest przykładem inicjatywy ukierunkowanej na poprawę jakości funkcjonowania służb stojących na straży prawa⁵⁵, mających do czynienia z przedstawicielami grup mniejszościowych w specyficznym kontekście, bowiem zwykle w sytuacji, kiedy czyjeś prawa są naruszane, a funkcjonariusz występuje zwykle z pozycji władzy (14/IP). Rola prewencyjna – zapobieganie powtórnej wiktymizacji – jest więc tu warta podkreślenia. Te przykładowe, ale w ostatnim czasie najbardziej wyraźne działania z zakresu informacji i podnoszenia świadomości, są dość atrakcyjne w odbiorze, ale nadal w ograniczonym stopniu dostępne dla cudzoziemców, jeśli weźmie się pod uwagę barierę językową.

Podnoszenie świadomości, udostępnianie informacji itp. to działania, które wciąż muszą być intensyfikowane w jak najszerszych kręgach zawodowych i społecznych. Epizodyczne szkolenia czy pogadanki nie są wystarczające. Z pewnością duże znaczenie w procesie uświadamiania mają prawdziwe historie, autentyczne przypadki. Doświadczenia organizacji pozarządowych skupionych na „miękkich”⁵⁶ działaniach antydyskryminacyjnych pokazują, jak wiele w postrzeganiu innych może zmienić bezpośrednie zetknięcie się z osobami odmiennymi kulturowo, religijnie, narodowościowo, etnicznie czy rasowo⁵⁷. Choć w mniejszym stopniu

⁵⁴ Zob. <http://isp.policja.pl/isp/prawa-czlowieka-w-poli/aktualnosci/4344,dok.html> (dostęp: 14.10.2013).

⁵⁵ W wywiadach pojawiła się sugestia, że mimo swojej uniwersalności poradnik służy głównie Policji. Druga ważna z punktu widzenia cudzoziemców służba, Straż Graniczna, nie dysponuje opracowaniami, które byłyby przygotowane specjalnie na użytek tej służby, a specyfika działań SG względem cudzoziemców przemawia za taką inicjatywą.

⁵⁶ Do „miękkich” działań antydyskryminacyjnych można zaliczyć warsztaty z zakresu komunikacji międzykulturowej, pokazy filmów, debaty, działania teatralne i wszelkie inne formy prezentacji i komunikacji, za pośrednictwem których przekazywana jest wiedza o odmiennościach i zasadach równego traktowania.

⁵⁷ Dla przykładu, warsztaty antydyskryminacyjne z udziałem osób innego pochodzenia niż polskie były prowadzone przez Fundację „Ocalenie”, zob. http://fundacjaocalenie.org.pl/?page_id=2529&paged=2 (dostęp: 02.12.2013) oraz Fundację „MultiOcalenie”, zob. <http://multiocalenie.org.pl/szkolenia-dla-funkcjonariuszy-strazy-granicznej/> (dostęp: 02.12.2013). Warsztaty te

działania takie wypełniają postulat promowania prawa antydyskryminacyjnego i korzystania z praw nim zagwarantowanych, to warto na nie zwrócić uwagę jako na te, które budują najbardziej elementarną wiedzę o innych, a tym samym dają podstawy do zrozumienia, czym może być dyskryminacja, jakie mogą być jej konsekwencje i jakie prawo reguluje ochronę przed dyskryminacją.

3.3. Obawy i niechęć do korzystania ze środków prawnych

W wypadku cudzoziemców dostrzec można szereg czynników, które powodują, że nawet jeśli są oni świadomi, że doświadczyli dyskryminacji czy że naruszono względem nich zasadę równego traktowania (co, jak pokazuje praktyka, jest niezwykle rzadkie), to bardzo często nie chcą inicjować żadnych działań, które postrzegają jako zagrażające im w jakimś sensie. Na przykład jeśli sprawa dotyczy zatrudnienia, obawiają się, że podjęcie działań prawnych może skutkować niemożnością kontynuowania pracy lub znalezienia nowej, brakiem środków do życia, a także koniecznością poświęcenia na tę sprawę zbyt dużo czasu. To często przymus ekonomiczny powoduje, że migranci rezygnują z dochodzenia swoich praw. Niepokojące, ale obrazujące sytuację są też pojawiające się często głosy, że dla cudzoziemców nierzadko nierówne traktowanie jest niejako oczywiste, stanowi kolejny koszt do poniesienia. *Ludzie przyzwyczajają się do tego, że są dyskryminowani w pewien sposób, że z takimi rzeczami nie walczą* (23/OP). Oczywiście myślą tak tylko w sytuacji, kiedy mimo wszystko warunki pracy (nawet jeśli z naruszeniem zasady równego traktowania) oznaczają dla nich bardziej korzystną sytuację niż ta, w której nie pracowaliby w ogóle lub musieliby wrócić do swojego kraju pochodzenia. Jednym z powodów unikania ścieżki prawnej może być więc sytuacja ekonomiczna i niechęć do poświęcania czasu i środków na sprawę sądową w sytuacji, gdy mogłoby się to wiązać z utratą pracy bądź przerwą w uzyskiwaniu wynagrodzenia. Bardzo dobrze tę sytuację ilustruje wypowiedź jednego z rozmówców, reprezentującego instytucję publiczną: *Gdybym się znalazła w takiej sytuacji, w której byłabym dyskryminowana, czułabym się dyskryminowana na przykład w pracy, to bym się trzy razy zastanowiła zanim wysłałabym z jakimś wnioskiem. Myślę, że jeżeli chodzi o te sprawy pracownicze, to na tym to polega, że zanim ktokolwiek cokolwiek zrobi, to się boi o to, że straci pracę, że potem pójdzie jakaś eskalacja, pewnie dlatego tych cudzoziemskich spraw pracowniczych jest mniej* (11/IP).

skierowane były głównie do funkcjonariuszy Straży Granicznej, ale też do funkcjonariuszy Policji. Działania edukacyjne skierowane do urzędników oraz funkcjonariuszy Policji i Straży Granicznej są również elementem działań Fundacji „Afryka Inaczej”, zob. <http://afryka.org/afryka/bardzo-potrzebne-warsztaty-na-poludniu-polski,news/> (dostęp: 02.12.2013).

Często z faktu bycia migrantem, na przykład ekonomicznym, wynika bardzo specyficzna postawa: skupienie się na uzyskiwaniu dochodu, niezależnie od tego, czy zachowywane są przy tym wszystkie procedury i dopełnione odpowiednie formalności. W sytuacji, kiedy pojawią się problemy, cudzoziemcy starają się je rozwiązywać we własnym zakresie, z pomocą najbardziej zaufanych osób (a takimi nie są często nawet działacze organizacji pozarządowych). Interesuje ich rozwiązanie ich indywidualnych problemów, a nie walka w interesie zbiorowym: *Wiele jest też przypadków takich, w których ludzie nie chcą być przykładowymi, modelowymi postaciami, które walczą na rzecz wszystkich innych, bo mają życie tu i teraz. I to, o co im najbardziej chodzi, to żeby uzyskać od nas wsparcie, które pomoże im żyć dalej w taki sposób, w jaki najbardziej by chcieli. Ciąganie po sądach nie ułatwi im życia. Dlatego wiele z tych mocnych przypadków przemocy, nigdy nie będą zgłoszone na policję. Bo tego osoby, które tego doświadczyły, nie chcą* (23/OP). Choć cytata ten może dotyczyć w większej mierze przestępstw z nienawiści, to opisywane motywacje towarzyszą zapewne też cudzoziemcom, którzy doświadczają dyskryminacji w innych sferach. Jeśli migrant ekonomiczny jest w stanie osiągnąć pożądane zadośćuczynienie (np. wyrównanie wynagrodzenia do wysokości płac na tych samych stanowiskach, respektowanie czasu pracy czy naliczenie diet w niedyskryminujący sposób) w inny sposób niż przez wstępowanie na ścieżkę prawną, to raczej z tego skorzysta. Do tych sposobów należą mniej lub bardziej formalne interwencje (np. upomnienia) podejmowane przez znajomych migrantów lub działaczy organizacji pozarządowych.

Inna kwestia, również potencjalnie zniechęcająca imigrantów przed zgłoszeniem ich spraw, to fakt, że *Polska się jednak jawi jako taki mega biurokratyczny moloż, w którym ilość tych rzeczy biurokratycznych jest tak ogromna, że człowiek, który nie ma sprawności językowej, chociaż mówi po polsku (ale to trzeba jednak umieć mówić tym żargonem), to nie wchodzi na tę ścieżkę, bo myśli sobie: ja temu wszystkiemu nie podołam. Pod kątem właśnie tych wszystkich papierów, dokumentów, które będą musiał złożyć. [...] pokutuje takie myślenie, i to dotyczy też tych kwestii antydyskryminacyjnych, że jednak cały ciężar cały czas, przy okazji spraw, które trafiają do sądu, jest po stronie tego, który występuje, nie po stronie organizacji lub instytucji, która jest podejrzana o dyskryminację, tylko [spoczywa] na tej biednej osobie, która się zmagą z tym całym systemem* (25/OP). Wydaje się, że rzetelnych informacji w tym zakresie zdecydowanie brakuje. Ludzie mogą się bać, ponieważ nie mają świadomości, co tak naprawdę oznacza „pójście do sądu”, z jakimi kosztami się to wiąże, co w trzeba będzie tam zrobić, do jakiego sądu w ogóle trzeba się zgłosić. Niewykluczone, że bez pomocy doradców prawnych cudzoziemcy nie będą sobie w stanie poradzić w tym systemie, zwłaszcza jeśli występują do sądu po raz pierwszy.

Istnieje tu ogromna luka: brakuje systemu poradnictwa w ogóle, a tym bardziej poradnictwa i wsparcia dla cudzoziemców. Ten system dopiero trzeba zbudować, równoległe z podnoszeniem świadomości w odniesieniu do zjawiska dyskryminacji i prawa antydyskryminacyjnego (36/IN).

Jeszcze inną kwestią jest brak zaufania do administracji czy służb. Zwykle wiąże się to ściśle z doświadczeniami w kraju pochodzenia, w którym często nie mogli liczyć na pomoc ze strony państwa. Dlatego też o tę pomoc raczej nie zwracali się. Nie widzieli też sensu w zgłaszaniu spraw na policję, gdyż nie mieli przekonania, że to cokolwiek zmieni. Jeden z rozmówców, opisując sytuację cudzoziemców, wśród których część stanowią osoby ze statusem uchodźcy, stwierdził: *Bo jeśli nawet jakaś krzywdą ich spotkała i chcieliby się poskarżyć, no to dochodzą do wniosku, że są nienauczeni i po co mają iść na tą policję. [...] Ale to ze względu na doświadczenia z kraju pochodzenia, a nie na to, że w Polsce wydarzyło się coś negatywnego. Ogólnie wynieśli to z kraju swojego, że tam nie ma, po co iść. No i nie idą* (12/IP). Zwykle jednak problemy różnego rodzaju są rozwiązywane przy pomocy wsparcia osób z tej samej społeczności. Nie jest więc tak, że cudzoziemcy zostawiają za sobą różne złe doświadczenia i nie próbują „szukać sprawiedliwości”. Rzadko jednak szukają jej u polskiego wymiaru sprawiedliwości czy nawet u instytucji bądź organizacji, które nie mają charakteru sądowego.

Jeśli przypadki dyskryminacji nie są zgłaszane i postawą dominującą jest unikanie składania skarg oraz powoływania się na prawo antydyskryminacyjne, wówczas trudno wnioskować, czy prawo jest skuteczne, czy wymaga zmiany. Zdaje się, że w takiej sytuacji więcej działań powinno być podejmowanych w celu zmniejszenia obaw cudzoziemców co do konsekwencji zgłoszenia przejawów dyskryminacji odpowiednim organom, zapewnienia rzetelnej informacji, jak należy to zrobić i kto może w tym cudzoziemca wspomóc. Jak dotąd bardziej powszechne jest przekonanie o nieskuteczności działań podejmowanych przy użyciu środków prawnych, *zaniechanie podejmowania działań, co też może wynikać z tego, że ludzie nie wierzą, że cokolwiek mogą uzyskać, że cokolwiek to zmieni, a że będą postrzegani jako te osoby, które – mówiąc kolokwialnie – sieją zamęt i próbują coś dla siebie ugrać. I to jest moja obserwacja: że nawet nie nazywają tego takimi mocnymi słowami, tylko właśnie brakiem wrażliwości. [...] Myślę, że część osób ma poczucie bezsilności, że to i tak niczego nie zmieni* (17/OP). Brak spraw, brak sygnałów o pozytywnych skutkach dochodzenia swoich spraw przed sądem z pewnością nie skłania do wyboru ścieżki prawnej jako tej, dzięki której cudzoziemcy rozwiążą swoje problemy, w tym te związane z dyskryminacją. *Imigranci mieszkający tutaj mają swoje prace, szkoły, uczą się języka, mają swoje życie i chcą żyć dalej, wiedzą, że to będzie dla nich jakaś strasznie wyczerpująca procedura. Przechodzenie przesu-*

chiwania, a później sprawa w sądzie, które są strasznie przewlekłe i nie chcą zgłaszać. Może gdybyśmy mieli więcej zwycięstw w tej materii, to można powiedzieć: „słuchajcie, nie zawsze tak to się kończy” (23/OP).

Również nieuregulowany status prawny cudzoziemców może być powodem, dla którego decydują się oni nie ujawniać ewentualnych krzywd, których mogli doznać w wyniku dyskryminującego zachowania. *Jak mają nielegalny pobyt i podejmowane są działania dyskryminacyjne wobec nich, to oni nie występują, bo każdy kontakt z policją wiąże się z wykryciem nielegalnego pobytu albo nielegalnej pracy. [...] powinna być taka regulacja przewidziana w przepisach, że osoba zgłaszająca popełnienie przestępstwa nie powinna być zatrzymywana i szybko wydalana. [...] Tylko ofiary handlu ludźmi mają szczególny status. Przez to ludzie się boją, boją się w ogóle policji, boją się tych kontaktów* (6/OP).

Reasumując, można stwierdzić, że na niechęć do zgłaszania naruszeń praw w obszarze równego traktowania (nawet jeśli to zgłoszenia pośrednie, gdy cudzoziemiec w rzeczywistości przychodzi z inną sprawą) składa się kilka czynników. Po pierwsze, może być to *trudna sytuacja faktyczna: w obcym kraju, bez całego zaplecza społecznego, często nie do końca przecież uregulowana sytuacja prawna, obawa przed konsekwencjami, pewne doświadczenia wyniesione z kraju pochodzenia* (7/IP). Po drugie, barierą jest brak wiary w skuteczność środków prawnych i przekonanie, że korzystanie z nich wiąże się z dużymi kosztami (potrzeba prawnika), czasochłonnymi procedurami (składanie zeznań, pisanie wniosków czy uzasadnień) i wieloma komplikacjami, które mogą się pojawić po drodze (np. szukanie świadków). *Co ważne, cudzoziemcy nie czują się pewnie, nie mają poczucia, że ktoś będzie bronił ich praw, nie mają śmiałości, aby się bronić, bo często mają poczucie zagrożenia, boją się, że walka o swoje prawa może zaszkodzić im np. w dalszej legalizacji pobytu. Dotyczy to nie tylko nielegalnych imigrantów, ale też osób, które są tu jak najbardziej legalnie* (21/OP). Wszystkie te czynniki powinny być wzięte pod uwagę w zakresie planowanych działań mających na celu zwiększenie ochrony cudzoziemców przed dyskryminacją.

3.4. Realizacja zasady równego traktowania

W opiniach ekspertów pojawiło się wiele stwierdzeń dotyczących organów odpowiedzialnych za realizację zasady równego traktowania. Znaczna część opinii w tej kwestii związana była jednak z rolą organizacji pozarządowych. Wydaje się, że dużo zależy po prostu od osób, które sprawują określone funkcje, zajmują dany urząd. Jak podkreślała część działaczy organizacji pozarządowych, odpowiednie osoby na określonych stanowiskach to gwarancja sprawnej ko-

munikacji, wsparcia w rozwiązywaniu problemów, bez szkody dla misji i zadań reprezentowanej instytucji. Komunikacja między różnymi instytucjami, Policją, Strażą Graniczną, urzędami wojewódzkimi, samorządami lokalnymi, organizacjami pozarządowymi, społecznościami cudzoziemskimi może być podstawą wymiany informacji, pozwala na bieżąco informować o problemach i reagować na nie. Jest tylko jedno założenie: wszyscy uczestnicy tej komunikacji muszą chcieć brać w niej udział i wszystkim musi zależeć na zrobieniu z niej jak najlepszego użytku. W rzeczywistości jednak bywa tak bardzo rzadko. Nie wszędzie w Polsce widać wolę dialogu, zwłaszcza w kontekście działań antydyskryminacyjnych, które wywołują najczęściej skojarzenia z mniejszościami seksualnymi. Z analizy opinii ekspertów wynika, że jest w Polsce sporo inicjatyw spotkań w mieszanym gronie i planowania konkretnych zadań w zakresie zwiększania świadomości zjawiska, ale nie zawsze uda się je realizować jedynie dzięki entuzjazmowi jednostek. Warto też podkreślić, że ostatecznie to postawa tego, kto stoi na czele danej instytucji czy organizacji, decyduje o kierunku jej działań i o tym, jak pracują podwładni, jak odnoszą się – w tym wypadku – do cudzoziemców, jak reagują na naruszenia prawa.

Istotne w realizacji zasady równego traktowania są nie tylko przepisy dające określone kompetencje, ale też konkretne programy, strategie działania. Wspominany już, przygotowany przez Pełnomocnika Rządu do Spraw Równego Traktowania, „Krajowy Program Działań na rzecz Równego Traktowania na lata 2013–2016”, zakłada działania na rzecz cudzoziemców w następujących obszarach: równe traktowanie na rynku pracy i w zakresie zabezpieczenia społecznego, przeciwdziałanie przemocy, (równe traktowanie) w zakresie dóbr i usług, systemie edukacji, ochrony zdrowia. W tym ostatnim obszarze cudzoziemcy, a raczej cudzoziemki zostały resztą wskazane bezpośrednio, bowiem jednym z działań przewidzianych w tym programie jest poprawa dostępu kobiet do adekwatnej kulturowo opieki ginekologicznej. Chodzi tu przede wszystkim o cudzoziemki, zwłaszcza w ośrodkach dla uchodźców, ale też w pewnym zakresie o kobiety romskie. Program przyjęty przez Komitet Stały Rady Ministrów w październiku 2013 roku nie zawiera wielu rekomendacji dotyczących cudzoziemców, wypracowanych w ramach projektu „Równe traktowanie standardem dobrego rządzenia”⁵⁸. Nie uwzględniono chociażby postulatu zagwarantowania migrantom przebywającym w Polsce dostępu do praw politycznych, włączenia nieudokumentowanych małoletnich cudzoziemców oraz kobiet w ciąży do grupy osób, które mogą nieodpłatnie korzystać z publicznych świadczeń opieki zdrowotnej niezależnie od statusu prawnego, zmniejszenia przemocy rówieśniczej, w tym w odniesieniu do uczniów cudzoziemskich czy

⁵⁸ Zob. www.siecrownosci.gov.pl (dostęp: 14.11.2013).

zagwarantowania dzieciom cudzoziemskim dostępu do edukacji w ośrodkach strzeżonych. Wiele innych postulatów bezpośrednio dotyczących cudzoziemców, wskazanych przez zespół ekspertów przygotowujących „Rekomendacje do Krajowego Programu Działań na rzecz Równego Traktowania”, nie zostało w ogóle uwzględnionych w ostatecznej wersji Programu. Pokazuje to zapewne podejście do migrantów i obszarów, w których są oni narażeni na dyskryminację, w sferze realizacji zasady równego traktowania w Polsce.

W opiniach ekspertów reprezentujących organizacje społeczne pojawiły się bardzo różne zdania na temat roli i aktywności głównych organów odpowiedzialnych za realizację zasady równego traktowania. Zdaje się, że czasem takie działania jak wizyta w mieście, w którym odnotowuje się przejawy nietolerancji, i spotkanie na przykład Rzecznika Praw Obywatelskich z różnymi podmiotami lokalnymi mogą znaczyć więcej niż podejmowanie środków formalnie zapisanych w kompetencjach Rzecznika, jak np. wystąpienie generalne czy organizowane seminaria i konferencje mające na celu upowszechnianie zasady równego traktowania. Wydaje się, że nadal działa zasada, zgodnie z którą podnoszenie rangi problemu czy zainicjowanie dyskusji na jakiś temat może dokonywać się przez zaangażowanie autorytetów, zainteresowanie ich danym problemem. Niemniej z uwagi na zakres kompetencji, ale też wszystkie zastrzeżenia wskazane na wstępie, instytucja Rzecznika nie jest traktowana jako idealny organ równościowy, przede wszystkim z uwagi na fakt, że Rzecznik nie może podejmować żadnych rozstrzygnięć w odniesieniu do sytuacji dyskryminacyjnych między podmiotami prywatnymi. Można ogólnie stwierdzić, że w odniesieniu do cudzoziemców Rzecznik robi bardzo dużo, ale trudno uznać, że równie dużo dzieje się w Biurze Rzecznika w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji cudzoziemców. W tej dziedzinie nie są odnotowywane skargi cudzoziemców, a nieliczne podejmowane interwencje bazowały nierzadko na informacjach zaczerpniętych z mediów. Niemniej w swoich sprawozdaniach RPO zwraca uwagę na czyny, które są być może poza regulacjami ustawy o wdrożeniu, ale często dotyczą cudzoziemców, a mianowicie na ataki o podłożu rasistowskim, przestępstwa z nienawiści. RPO postuluje, że nadal należy szkolić odpowiednie służby, w tym Policję, oraz organy wymiaru sprawiedliwości, aby możliwie skutecznie przeciwdziałać takim czynom⁵⁹.

Jak wynika z wywiadów, z kolei Biuro Pełnomocnika nie wyróżnia w szczególności cudzoziemców jako grupy, która powinna być adresatem odrębnej polityki antydyskryminacyjnej. Podobnie jak w ustawie, również Biuro Pełnomocnika klasyfikuje problemy związane z równym traktowaniem raczej według

⁵⁹ Zob. Biuletyn RPO nr 80: <http://www.brpo.gov.pl/sites/default/files/Biuletyn%20RPO-Materia%C5%82y%20nr%2080.pdf> (dostęp: 22.11.2013).

cech prawnie chronionych. Ta instytucja nie ma właściwie doświadczeń w zakresie postępowania ze sprawami cudzoziemców, choć zgodnie z deklaracjami grupa ta jest również przedmiotem refleksji w planowanych działaniach. Zasadniczo działania Biura Pełnomocnika w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji cudzoziemców nie były w żaden sposób oceniane przez ekspertów reprezentujących organizacje pozarządowe, a to głównie z uwagi na fakt, że większość osób, które podjęły kiedykolwiek współpracę z Biurem Pełnomocnika, zrobiła to w ramach konsultowania projektu „Krajowego Programu Działań na rzecz Równego Traktowania na lata 2013–2016”. Przeważnie organizacje pozarządowe, zwłaszcza te, które są aktywne w obszarze „miękkich” działań antydyskryminacyjnych, nie miały doświadczeń we współpracy z BPRdSRT.

Ogólnie rzecz biorąc, w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji cudzoziemców widać zdecydowanie większe zaangażowanie Biura Rzecznika Praw Obywatelskich, co nie dziwi, patrząc na priorytety określone przez Rzecznika, ale też na kompetencje wynikające z ustawy o wdrożeniu. Trzeba też wziąć pod uwagę fakt, że RPO jest bardzo często jednym z odbiorców różnego rodzaju zgłoszeń czy wniosków sporządzanych przez organizacje pozarządowe w ramach ich działalności poradniczej czy interwencyjnej. Ogromne znaczenie w upowszechnianiu wiedzy o dyskryminacji, prawach człowieka, a także w zakresie udzielania pomocy prawnej przypisuje się bowiem organizacjom pozarządowym.

Tematyka dyskryminacji jest zwykle przedmiotem różnego rodzaju działań edukacyjnych podejmowanych przez organizacje pozarządowe. Zdecydowanie rzadziej stanowi przedmiot poradnictwa prawnego. To zresztą zupełnie nie dziwi przy uwzględnieniu niskiej świadomości w zakresie zachowań dyskryminujących i działań antydyskryminacyjnych w społeczeństwie w ogóle, a w szczególności wśród cudzoziemców: *Nawet jeżeli cudzoziemiec spotka się z przejawami dyskryminacji, to nie do końca uświadamia sobie, że to jest dyskryminacja. Traktuje to tak, że ktoś jest po prostu, mówiąc delikatnie, nieuprzejmy, niegrzeczny, i też go odpowiednimi inwektywami obdarzy (11/IP)*. Nie zwalnia to jednak ani podmiotów publicznych, ani organizacji pozarządowych z kontynuowania lub intensyfikacji działań podnoszących świadomość.

Ważna rola, jaką odgrywają organizacje pozarządowe w zakresie działań antydyskryminacyjnych, wiąże się też z różnego rodzaju szkoleniami czy inicjatywami nastawionymi na uczenie o różnorodności, tolerancji, równego traktowania i promowanie tych postaw. Często też organizacje społeczne przygotowują różnego rodzaju poradniki czy ulotki uwzględniające kompetencje (związane chociażby z wiekiem czy barierą językową) odbiorców. Należy to uznać za ważne działania, bowiem jak twierdzi część osób pracujących z cudzoziemcami, migranci wolą mieć na piśmie różne informacje, nawet jeśli je później i tak we-

ryfikują w wielu innych źródłach (a ostatecznie postępują jeszcze inaczej, niż zaleca się w tych poradnikach).

Organizacje pozarządowe odgrywają też ważną rolę w kwestii udostępniania informacji na temat prawa antydyskryminacyjnego (czy prawa w ogóle), ponieważ często jako jedyne oferują informacje w różnych językach⁶⁰ bądź znacznie szybciej niż instytucje publiczne są w stanie znaleźć tłumaczy, jeśli zajdzie taka potrzeba. Oczywiście organizacje pozarządowe nie mogą w tym zakresie zastępować instytucji publicznych, bowiem kwestia obecności tłumacza czy obowiązku przekazywania informacji w zrozumiałym języku wynika z przepisów prawa i odnosi się do różnego rodzaju procedur, w które organizacje pozarządowe nie są bezpośrednio zaangażowane, a nieformalna pomoc tłumacza nie jest wystarczająca.

Poza komunikatami w zrozumiałym języku organizacje pozarządowe przekazują również nierzadko istotne wiadomości zachęcające cudzoziemców do informowania o naruszeniach: *My mówimy o tym cudzoziemcom „Jak wy nie będziecie dzwonić, nie będziecie pokazywać, gdzie, to policja nie będzie nic z tym robić”. To jest taka masa krytyczna. Jak będą mieli jeden telefon zagraniczny, że tak powiem, na kwartał, to oni będą uznawać, że nie ma sensu nic w tym obszarze robić, bo to jest tak znikomy procent, że w ogóle szkoda wdrażać jakieś procedury. Jak będą mieli tak, że przez trzy tygodnie nie będzie się mogła ta telefonistka czy telefonista dogadać, to posadzą kogoś, kto zna angielski (25/OP).* Przytoczony fragment wypowiedzi wyraźnie pokazuje cel działań ukierunkowanych na zwiększanie aktywności cudzoziemców w zakresie dochodzenia swoich praw czy zgłaszania przestępstw. Niemniej po raz kolejny trzeba podkreślić, że o ile pewne formy dyskryminacji bądź zachowań mających podłoże rasistowskie czy ksenofobiczne (pobicia, niszczenie mienia) są bardziej oczywiste nie tylko dla cudzoziemców, ale też dla organów ścigania, o tyle wiele zachowań, które mogą być przejawami dyskryminacji, nie zostanie zidentyfikowane jako taka. Dodatkowo, na mocy omawianej ustawy zachowania te mogą być przedmiotem pozwu cywilnego, co zapewne dla wielu cudzoziemców (ale bez wątpienia też Polaków) może oznaczać dużą trudność.

⁶⁰ Dla przykładu strona o nazwie „Poradnik antydyskryminacyjny” działająca jako podstrona Stowarzyszenia Interwencji Prawnej jest dostępna poza językiem polskim również w językach angielskim i rosyjskim. Zob. http://poradnik.interwencjaprawna.pl/index_pa.htm (dostęp: 02.12.2013). Inny przykład to strona Migrant Info, prowadzona przez polskie biuro IOM, zawiera krótki dział poświęcony dyskryminacji i nierównemu traktowaniu. Wszystkie zawarte na stronie informacje dostępne są w ośmiu językach (polskim, angielskim, francuskim, ormiańskim, rosyjskim, ukraińskim, chińskim i wietnamskim), zob. <http://www.migrant.info.pl/strona-glowna.html> (dostęp: 02.12.2013).

Inny wart uwagi obszar, w którym dość aktywne są organizacje pozarządowe, to próba diagnozy sytuacji, gromadzenie doświadczeń oraz ich ewentualne opracowywanie, publikowanie. W wielu sferach nic nie oddziałuje na wyobraźnię bardziej i nie ma tak dużego potencjału edukacyjnego jak konkretne przykłady spraw, przypadki osób, których prawa mogły zostać naruszone oraz dalszy ciąg tych spraw: ewentualne zgłoszenie, postępowanie przed sądem. Przy tym warto cudzoziemcom przedstawiać te sytuacje w możliwie obiektywnym świetle. Sami działacze w organizacjach pozarządowych mają wiele wątpliwości, czy sytuacje, z którymi zgłaszają się cudzoziemcy (najczęściej w ogóle nie kojarząc swojego położenia z nierównym traktowaniem), stanowią podstawę do wniesienia sprawy do sądu na mocy ustawy o wdrożeniu, z jakimi konsekwencjami może się to wiązać dla osoby poszkodowanej, czy ewentualna przegrana nie pogorszy znacznie sytuacji cudzoziemca. Bez zgody takiej osoby i jej woli dochodzenia praw przed sądem jakiegokolwiek działania (które być może w dłuższej perspektywie odniosłyby pozytywny, edukacyjny efekt) nie powinny być podejmowane.

Jeśli nawet nie zawsze, z uwagi na dobro osoby poszkodowanej, korzystanie z konkretnych instrumentów prawnych jest celowe, organizacje pozarządowe starają się nieustannie zachęcać cudzoziemców do dzielenia się swoimi problemami i nieuogólniania negatywnych doświadczeń. Warto podejmować działania, które będą zmieniać przekonanie o wyłącznie negatywnych konsekwencjach zgłaszania swoich problemów organom ścigania bądź wnoszenia skarg do sądu.

Biorąc pod uwagę rolę, jaką przypisuje się RPO i PRdSRT w kontekście realizacji zasady równego traktowania, a także specyfikę sektora pozarządowego, w tym lokalizację wiodących organizacji w zakresie poradnictwa prawnego i antydyskryminacyjnego, warto zasugerować utworzenie systemu referencyjnego, dobrze skomunikowanej sieci organizacji działającej w oparciu o wymianę informacji, przekazywanie sobie spraw zgodnie z kompetencjami. Odpowiedni system referencyjny musi bazować na zaufaniu, wiedzy, jak postępować w danym przypadku. A tego brakuje, podobnie jak informacji zwrotnej, która pomogłaby przekonać osoby zwracające się po pomoc o wadze takich zgłoszeń. Informacja taka pomogłaby też wypracowywać rozwiązania, np. związane z przekazywaniem spraw pomiędzy organizacjami.

Jak wynika z badania, przedstawiciele organizacji społecznych bardzo często zwróciliby się do innych, bardziej doświadczonych organizacji, a nie do organów publicznych, wcale nie dlatego, że widzą potrzebę działania tylko w ramach swojego środowiska, ale dlatego że nie mają przekonania o wystarczającym poziomie usług i zainteresowania ze strony instytucji publicznych. Przy tym nie chodzi o to, że ktokolwiek zakłada złą wolę urzędników czy przedstawicieli administracji i różnych służb w ogóle. Po prostu większe kompetencje

w radzeniu sobie akurat z problemami cudzoziemców, w tym z doświadczeniami dyskryminacyjnymi, działacze organizacji pozarządowych przypisują przedstawicielom trzeciego sektora specjalizującym się w prawie antydyskryminacyjnym i udzielaniu porad prawnych cudzoziemcom.

Trzeba też pamiętać, że cudzoziemcy, jeśli doświadczą dyskryminacji, częściej będą skłonni zwrócić się do organizacji pozarządowych. Organy publiczne mają tego świadomość. Należy więc wypracować model współpracy nie tylko między organizacjami, ale też model wspierania działalności organizacji, aby mogły nadal pełnić funkcję swoistych punktów kontaktowych. Nie powinny one w pełni wyręczać państwa. Ważne jest też, by organizacje te miały odpowiednie zaplecze merytoryczne i finansowe, mogły działać systematycznie, a nie od czasu do czasu, przy okazji projektów. Tego wymaga specyfika pracy z klientami cudzoziemskimi. Dobrze podsumował to jeden z rozmówców, stwierdzając, że *jednak organizacje pozarządowe mają metody najlepiej funkcjonujące i wypracowane, natomiast finansowane powinno być przez państwo. I to jest chyba najzdrowszy układ (13/IP).*

W świetle powyższego propozycja systemu referencyjnego jest godna szczególnej uwagi. Rzeczywiście w Polsce nie mamy do czynienia z bardzo dużą populacją imigrantów. Dodatkowo różnicowanie lokalnych społeczności pod względem kulturowym nie jest równomierne w całym kraju. Są miasta czy miejscowości, w których obecność cudzoziemców jest zauważalna zdecydowanie bardziej niż w innych. W zakresie edukacji należy kierować działania do wszystkich, niezależnie od tego, na jakim obszarze zamieszkują i jak często mają kontakt z cudzoziemcami, a profilować lub intensyfikować je w lokalizacjach, w których konflikty międzykulturowe, nietolerancja i zachowania będące przejawem nierównego traktowania, rasizmu, ksenofobii czy dyskryminacji są możliwe. Jednak w innych obszarach, jak np. funkcjonowanie poradnictwa prawnego czy wyspecjalizowanych organizacji (co pociąga za sobą określone koszty), celowe może być skupianie się na lokalizacjach, w których okazja do wykorzystywania kompetencji będzie największa. Jednocześnie jednak niezwykle ważne, by ci, którzy nie mają licznych doświadczeń, wiedzieli, gdzie mogą się zwrócić po specjalistyczną poradę, do jakich prawników odeśłać potrzebujących pomocy cudzoziemców.

Wydaje się, że nieliczne – ale bardzo kompetentne – osoby są w stanie bardzo dużo zdziałać w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji cudzoziemców i swoją pracą dać początek funkcjonalnej i trwałej sieci współpracy. Z wywiadów wynika też zasadniczo, że uznane autorytety prawnicze stoją na czele instytucji coraz wyraźniej zaznaczających swoje zaangażowanie w obszarze realizacji równego traktowania. Warto jednak zauważyć, że niewiele może to zmienić, jeśli klimat polityczny i społeczny będzie nieodpowiedni. *Brak woli*

politycznej wiąże się z brakiem presji społecznej na stworzenie warunków respektowania praw człowieka [w stosunku] do rozmaitych grup narażonych na dyskryminację. Na hasło, że ktoś będzie się starać działać przeciw dyskryminacji, pojawia się taki chór głosów począwszy od pani w pomocy społecznej, która mówi, że polskie dzieci też nie mają co jeść, i skończywszy na tych osobach, które mają jednolity, patriotyczny głos... (35/OP). Te często irracjonalne obawy towarzyszące dyskusji o równym traktowaniu i grupach mniejszościowych mogą skutecznie blokować rozwój polityki antydyskryminacyjnej, w tym w odniesieniu do cudzoziemców.

4. Podsumowanie i rekomendacje

Podsumowując dotychczasowe spostrzeżenia, ale próbując też odpowiedzieć bezpośrednio na pytanie, jakie zmiany zaszły po wejściu w życie ustawy o wdrożeniu, w pierwszym odruchu można byłoby powiedzieć, że zmieniło się bardzo niewiele. Dłuższa chwila zastanowienia skłania jednak do wskazania kilku zmian. Należy przy tym zauważyć, że można je uznać za mały krok w kierunku wypracowania skutecznych środków prawnych w zakresie przeciwdziałania nierównemu traktowaniu cudzoziemców. Okazuje się, że aby prawo antydyskryminacyjne mogło być instrumentem powszechnie wykorzystywanym, muszą zajść procesy mające raczej długofalowy, społeczny charakter: edukacja międzykulturowa, podnoszenie świadomości zjawiska dyskryminacji, podnoszenie świadomości i zwiększanie kultury prawnej. Z pewnością można uznać, że **wejście w życie ustawy o wdrożeniu spowodowało, że ranga problematyki równego traktowania zwiększyła się. Jeszcze bardziej wyraźne podkreślenie znaczenia prawa antydyskryminacyjnego mogłoby nastąpić albo w drodze stworzenia odrębnego, niezależnego organu równościowego** (na co są małe szanse i rozwiązanie to nie jest postulowane przez wszystkich), **albo w drodze podniesienia rangi tego tematu w ramach Biura Rzecznika Praw Obywatelskich, czyli instytucji obecnie pełniącej funkcję organu równościowego.** Byłoby to możliwe, gdyby jeden z zastępców Rzecznika zajmował się wyłącznie sprawami prawa i polityki antydyskryminacyjnej (3/OP).

Inna istotna zmiana to fakt, że **wprowadzenie ustawy o wdrożeniu rozszerzyło katalog podstaw prawnych, na które można się powoływać, zwracając się do różnych podmiotów w celu dochodzenia praw osób pokrzywdzonych nierównym traktowaniem.** Ochrona przed dyskryminacją dotyczy już nie tylko sfery zatrudnienia, ale też dostępu do dóbr i usług, systemu edukacji, ochrony zdrowia i pomocy społecznej, zatrudnienia niepracowniczego. Z perspektywy praw cudzoziemców nie można tej ustawie wiele zarzucić, ponieważ daje ona **najszerszą ochronę w wypadku dyskryminacji ze względu na rasę, pochodze-**

nie etniczne czy narodowość. Jeśli więc mamy do czynienia z dyskryminacją na tle tych przestępstw, przynajmniej możliwości reagowania na nierówne traktowanie są największe. Jak jednak wynika z badania, **to jedynie niezrealizowany potencjał. Być może bardziej intensywne działania niwelujące bariery w postaci obaw, niechęci, braku zaufania, niewystarczającej dostępności informacji i braku pomocy prawnej, oraz ukierunkowane na podnoszenie świadomości spowodują, że z czasem potencjał ten będzie realizowany w większym zakresie.** Mimo że cudzoziemcy potencjalnie (z uwagi na przestępstwa takie jak narodowość, rasa i pochodzenie etniczne) zyskali na gruncie ustawy o wdrożeniu najszerszy zakres ochrony, to w praktyce, z perspektywy ponad dwuipółletniego okresu obowiązywania tej ustawy, odnotowano bardzo nieliczne przypadki spraw, w których ustawa ta mogłaby mieć zastosowanie, ale w wyniku braku woli osób poszkodowanych bądź wystąpienia innych okoliczności (np. ugoda) sprawy te nie były wnoszone do sądu.

Zaprezentowane w tym opracowaniu opinie w odniesieniu do prawa antydyskryminacyjnego w Polsce i jego znaczenia dla systemu ochrony praw cudzoziemców skłaniają do wysnucia wniosku, że ustawa o wdrożeniu, która weszła w życie na początku 2011 roku po kilku latach oczekiwania, jak dotąd nie stała się powszechnie znanym i wykorzystywanym instrumentem prawnym. Sprawy dyskryminacyjne kierowane do sądów rozpatrywane są i tak w dużej mierze na gruncie innych przepisów, głównie w zakresie prawa pracy i Kodeksu karnego⁶¹. Przy tym wniosek ten nie dotyczy wyłącznie cudzoziemców, a ogólnej sytuacji w Polsce. Do tego dochodzi powszechne przekonanie o niedoskonałości tego prawa i wciąż powtarzane apele o jego zmianę. Dlatego z większą pewnością można stwierdzić, że ustawa ta właściwie nie funkcjonuje, niż określić jej skutki. **Niezbędna jest gruntowna nowelizacja ustawy, aby prawo to dawało podstawę do skutecznej ochrony przed dyskryminacją oraz zapewniało możliwość uzyskania zadośćuczynienia.**

Organizacje wyspecjalizowane w poradnictwie prawnym, w tym te nieliczne mające wiedzę i doświadczenie w zakresie prawa antydyskryminacyjnego, wręcz czekają na sprawy, które pozwolą sprawdzić to prawo w praktyce sądowej. Ale i to przychodzi z trudem, na co największy wpływ ma niewątpliwie **niska świadomość w zakresie problematyki dyskryminacji i prawa antydyskryminacyjnego.** Świadomości tej brakuje zasadniczo wszystkim, przy czym w wypadku cudzoziemców dochodzą jeszcze takie kwestie **jak bariera językowa, kulturowa, doświadczenia z kraju pochodzenia i brak przekonania o możliwości dochodzenia swoich praw bez szkody dla planów migracyjnych.**

⁶¹ M. Wieczorek, K. Bogatko (red.), *Prawo antydyskryminacyjne...*, op. cit.

W tym kontekście wydaje się, że jedna z dwóch kluczowych rekomendacji (poza postulatem nowelizacji ustawy o wdrożeniu), które można sformułować na bazie niniejszej analizy, to konieczność prowadzenia różnego rodzaju szkoleń, działań edukacyjnych i kampanii informacyjnych. Te natomiast powinny być kierowane nie tylko do określonych grup zawodowych (choć do nich w szczególności), ale do ogółu społeczeństwa. Trudno na podstawie opinii ekspertów stwierdzić, czy wszędzie potrzeba szkoleń jest równie istotna. Zdarza się bowiem, że oferta szkoleń antydyskryminacyjnych nie spotyka się z żadnym zainteresowaniem, na przykład ze strony szkół. Choć niesłusznie, ale czasem nauczyciele odbierają ofertę szkoleń antydyskryminacyjnych jako próbę promowania określonych idei, zjawisk czy grup, np. mniejszości seksualnych (17/IP). Zdarza się jednak też, że to sami nauczyciele zwracają się do organizacji wyspecjalizowanych w kwestii m.in. działań antydyskryminacyjnych po wsparcie i pomoc w podnoszeniu świadomości uczniów. Nadal problemem pozostaje to, że w pewnych lokalizacjach czy środowiskach jakiegokolwiek inicjatywy ukierunkowane na podnoszenie świadomości w kwestii dyskryminacji i jej zapobiegania spotykają się z oporem ze strony potencjalnych odbiorców. Można się więc spodziewać, że głębsze zmiany na poziomie społecznym będą zachodziły powoli.

Aby cudzoziemcy, których dotyczy niniejszy tekst, mogli korzystać ze swoich praw, muszą też je poznać. Jak do tego doprowadzić, jeśli nierzadko reprezentują oni odmienne kultury, w których standardy ochrony praw człowieka są zdecydowanie niższe niż w Polsce? Doświadczenia organizacji, które oferowały szkolenia również imigrantom, pokazują, że oferta ta nie spotkała się ze zbyt dużym zainteresowaniem. Może się to wiązać z opisywanym wyżej przymusem ekonomicznym jako główną wytyczną ich działań w Polsce. Widać, że migranci, jeśli chodzi o poznawanie obszaru zjawiska dyskryminacji i zachowań antydyskryminacyjnych, są bardzo oporni. *W sensie, to nie jest ich pierwsza potrzeba, żeby przyjść na takie warsztaty (23/OP).* Mimo to **nie da się gwarantować przestrzegania praw cudzoziemców bez zaangażowania samych cudzoziemców w zdobywanie wiedzy o tych prawach.** W przeciwnym razie możemy mieć nadal do czynienia z biernym obserwowaniem naruszania praw w sytuacji, kiedy cudzoziemcy doświadczający dyskryminacji nie identyfikują tych aktów jako naruszeń i nie mają świadomości, czy i gdzie mogą się zwrócić po pomoc.

Ważne jest też, aby prawo dobrze funkcjonowało, nie wystarczy świadome społeczeństwo, wyedukowane w kwestiach różnorodności. **Musi istnieć też wola polityczna, by zasada równego traktowania nie była wyłącznie pustą deklaracją.** Ale, jak zauważają niektórzy, w Polsce: *nie ma nacisku, nie ma presji, nie ma wspólnej woli. To obejmuje nie tylko grupy dyskryminowane, ale i grupy, które bardzo dobrze sobie radzą (35/OP).* W myśl zasady, że przykład

idzie z góry, a osoby zajmujące ważne stanowiska mogą nie mieć świadomości i wiedzy w zakresie ochrony praw cudzoziemców przed dyskryminacją, nie można ustawać w wysiłkach ukierunkowanych na podnoszenie świadomości. Większość ekspertów pytana o niezbędne działania mające na celu zwiększenie ochrony prawnej cudzoziemców przed dyskryminacją, bardziej niż na zmianach w prawie skupiła się na podnoszeniu świadomości: *Potrzeba zmiany z mojej perspektywy dotyczy raczej konieczności upowszechniania wiedzy i świadomości dotyczącej w ogóle konceptu antydyskryminacji czy równości (21/OP)*. Należy szkolić i edukować wszystkich – począwszy od osób sprawujących wymiar sprawiedliwości, a skończywszy na dzieciach w przedszkolach. Jak wynika z analizy wywiadów i informacji dostępnych na stronach różnych podmiotów zajmujących się antydyskryminacją, w tym obszarze zrobiono już wiele, ale nadal istnieje potrzeba szkoleń, zwłaszcza w środowisku urzędników oraz osób reprezentujących wymiar sprawiedliwości⁶². Nie wszędzie widać natomiast jakiegokolwiek skutki tych działań.

Bardzo ważne jest też dostosowanie oferty szkoleniowej do charakteru instytucji publicznej, wykonywanych przez nią zadań. Na przykład nie jest celowe szkolenie inspektorów pracy w zakresie szczegółów stosowania ustawy o wdrożeniu w sytuacji, gdy ich kompetencje nie wykraczają poza przepisy antydyskryminacyjne zawarte w Kodeksie pracy. Nie zaszkodzi jednak dostarczyć tej grupie wiedzy, gdzie można skierować ewentualnie ujawnione sprawy odnoszące się do cudzoziemców pracujących na podstawie umów cywilnoprawnych. Nie jest też celowe powtarzanie treści szkoleń (jeśli nie ma wskazań, że zachodzi taka potrzeba) tylko dla wykazywania w statystykach większej liczby godzin spędzonych na szkoleniach. Ekspertki wyraźnie podkreślali, że szkoleniom musi towarzyszyć duża uważność w zakresie formy przekazu, właściwych, najbardziej użytecznych z perspektywy danej grupy treści. Zasadne wydaje się prowadzenie ewaluacji tych szkoleń. Przy czym niekoniecznie musi to być kolejna ankieta ewaluacyjna, ale raczej okresowa ocena i omówienie zachowań odbiegających *in minus* od standardów ochrony praw człowieka i działań w myśl zasady równego traktowania.

Poza akcentowaniem działań edukacyjnych i prowadzeniem szkoleń pojawił się też ogólny postulat ożywienia, jak się zdaje, martwego obecnie prawa: *Może to jest największa potrzeba, żeby to prawo ożywić, żeby ono rzeczywiście funkcjonowało i konkretnie w kontekście właśnie migrantów (2/OP)*. Cytat ten stanowi

⁶² Np. w latach 2011–2013 w ramach projektu „Równe traktowanie standardem dobrego rządzenia” przeszkolono ok. 500 urzędników służby cywilnej, wyznaczono koordynatorów ds. równego traktowania w instytucjach publicznych. Potrzeby są jednak większe. Dodatkowo, nawet przeszkoleni urzędnicy, nie mając w praktyce możliwości aktualizowania swojej wiedzy i doskonalenia kompetencji z uwagi na brak doświadczenia, nie będą mogli pełnić swoich funkcji właściwie.

dobre podsumowanie części głosów, ale samego postulatu nie można rozpatrywać w oderwaniu od potrzeby opisywanych obszernie działań ukierunkowanych na podnoszenie świadomości oraz konieczności nowelizacji ustawy o wdrożeniu.

W kontekście traktowania cudzoziemców ważne jest, aby działania ukierunkowane na podnoszenie świadomości uwzględniały również fakt, że podmiotami, których prawa mogą być naruszane, bywają osoby, które z uwagi na swoje pochodzenie, kompetencje językowe, kapitał kulturowy czy społeczny mają ograniczone możliwości dochodzenia swoich praw, o ile w ogóle mają ich świadomość. To zresztą mogłoby stanowić przedmiot odrębnej rekomendacji. Jak niemal zgodnie zauważyli eksperci, trudno spodziewać się po cudzoziemcach, obywatelach państw trzecich mających różne cele i plany migracyjne, by doskonale znali polski system prawny, wiedzieli, jakie są ich prawa i w jaki sposób walczyć o poszanowanie tych praw czy odszkodowanie w sytuacji, kiedy te prawa są naruszane. Należy więc podejmować działania, dzięki którym wiedza o przepisach gwarantujących równe traktowanie i zakaz dyskryminacji będzie trafiała do szerokiego grona odbiorców w atrakcyjnej, czytelnej formie, przy uwzględnieniu ewentualnych barier językowych i kulturowych.

Na zakończenie w kontekście próby oceny funkcjonowania przepisów antydyskryminacyjnych w odniesieniu do cudzoziemców, warto podzielić się obawą wskazaną przez jednego z respondentów: *Żadna zmiana w prawie nie polepszy postrzegania cudzoziemców w polskim społeczeństwie, dość wrogo nastawionym do obcokrajowców zwłaszcza w dobie kryzysu. Ponadto często obserwuję brak chęci asymilacji z polskim społeczeństwem ze strony samych cudzoziemców. Najchętniej wprowadziliby oni namiastkę swojego kraju w Polsce, z zachowaniem zasad tam panujących, a bez poszanowania prawa obowiązującego (34/IP).* Wydaje się, że w sytuacji, kiedy wszystkie podmioty, w tym cudzoziemcy i przedstawiciele polskiej administracji, skupiają się przede wszystkim na realizacji swoich celów i zadań, a przy tym cele te mogą być rozbieżne (interesy migrantów nie zawsze pokrywają się z interesami państwa przyjmującego), realizacja zasady równego traktowania jawi się jako abstrakcyjny koncept w kontekście bieżących problemów (działania kontrolne, problemy z uzyskaniem dokumentów pobytowych itd.).

Dlatego też, zmierzając do wypełnienia owego konceptu treścią, warto wskazać na *ogromną rolę wszystkich ludzi, którzy gdzieś wokół tego tematu się kręcą, żeby nie zostawiać tych pojęć takimi, jakie one są. Czyli jak mówimy o ustawie antydyskryminacyjnej, to dopowiedzieć, że ustawa ta dotyczy tego i tego. [...] trzeba wyjaśnić tym ludziom, o czym my naprawdę mówimy (25/OP).* Jest to prawdopodobnie pierwszy krok na drodze do ożywienia (nie)funkcjonującego prawa antydyskryminacyjnego, przy założeniu, że w międzyczasie zostanie ono znowelizowane, stając się prawdziwie antydyskryminacyjną ustawą.

Sędziowie wobec dyskryminacji

1. Wprowadzenie

W 2012 roku Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego przeprowadziło monitoring mający na celu sprawdzenie, w jaki sposób sądy powszechne stosują przepisy zapewniające ochronę przed nierównym traktowaniem, a także jakie postawy wobec nierównego traktowania przejawiają sędziowie orzekający w tych sądach¹. Potrzeba przeprowadzenia monitoringu stosowania przepisów prawa antydyskryminacyjnego przez polskie sądy powszechne wynikała z faktu, że do tej pory w polskiej doktrynie sporo miejsca poświęcono teoretycznym aspektom zasady niedyskryminacji i równego traktowania. Nie były natomiast prowadzone badania, a co za tym idzie nie było informacji na temat praktycznego funkcjonowania standardu równości w Polsce na etapie jego stosowania przez polskie sądy. Przeprowadzenie monitoringu stosowania przepisów antydyskryminacyjnych przez wymiar sprawiedliwości było też uzasadnione koniecznością identyfikacji barier i problemów, które mogą wpływać na stosowanie tych przepisów.

Monitoring składał się z trzech części: badania akt sądowych w sprawach z zakresu dyskryminacji, badania postaw polskich sędziów wobec zjawiska dyskryminacji oraz badania udziału organizacji pozarządowych w postępowaniach dotyczących dyskryminacji z perspektywy zarówno samych przedstawicieli tych organizacji, jak i przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości.

¹ Wyniki monitoringu znajdują się w: M. Wieczorek, K. Bogatko (red.), *Prawo antydyskryminacyjne w praktyce polskich sądów powszechnych. Raport z monitoringu*, Warszawa 2012. Publikacja jest dostępna na stronie internetowej Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego: [http://ptpa.org.pl/public/files/Prawo%20antydyskryminacyjne%20w%20praktyce%20s%C4%85dowej\(1\).pdf](http://ptpa.org.pl/public/files/Prawo%20antydyskryminacyjne%20w%20praktyce%20s%C4%85dowej(1).pdf)

W ramach pierwszej części badania w zakresie oceny stosowania przepisów antydyskryminacyjnych przeprowadziliśmy analizę akt sądowych spraw dotyczących dyskryminacji i nierównego traktowania w obszarze prawa pracy, prawa karnego oraz prawa cywilnego w sądach rejonowych okręgowych i apelacyjnych, chcąc w szczególności uzyskać odpowiedzi na pytania:

- Jakiego typu argumentacji używają sądy w swoich orzeczeniach?
- Na jakie polskie i europejskie przepisy powołują się sądy w swoich uzasadnieniach do orzeczeń kończących postępowania w instancji?
- Czy orzekając, sądy biorą pod uwagę opinie eksperckie lub opinie organizacji pozarządowych, a jeśli tak, to w jakim zakresie?
- Jak sądy interpretują wyjątki od zasady niedyskryminacji?
- Jakiej wysokości odszkodowania i zadośćuczynienia są przyznawane?
- Czy standardy wyznaczone przez ustawodawstwo antydyskryminacyjne Unii Europejskiej mają odzwierciedlenie w orzeczeniach polskich sądów?

Monitoringowi poddano 108 akt spraw z zakresu prawa pracy, co pozwoliło na dokonanie analizy 172 orzeczeń kończących postępowanie, zarówno na etapie I, jak i II instancji. Udostępnione akta pochodziły z 22 sądów rejonowych, 17 sądów okręgowych oraz 3 sądów apelacyjnych. Zbadano również akta sądowe w 12 sprawach karnych – (połowa z badanych postępowań toczyła się przed sądami rejonowymi, a połowa przed sądami okręgowymi jako sądami I instancji). Monitoring spraw cywilnych z zakresu dyskryminacji został ograniczony do analizy orzeczeń w kilku sprawach znanych dotychczas zespołowi prawnemu PTPA wydanych w postępowaniach, które toczyły się na podstawie przepisów o ochronie dóbr osobistych. Było to spowodowane trudnościami w uzyskaniu dostępu do akt sądowych spraw dotyczących roszczeń dochodzonych na podstawie ustawy z dnia 3 grudnia 2010 roku o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz. U. Nr 254, poz. 1700, dalej: ustawa antydyskryminacyjna). Analiza trudności w dostępie do akt sądowych w sprawach tego rodzaju zostanie przedstawiona w dalszej części komentarza.

Przedmiotem monitoringu były również: postawa sędziów wobec kwestii dyskryminacji i nierównego traktowania, stosowanie przepisów prawa antydyskryminacyjnego oraz relacje między organizacjami pozarządowymi i wymiarem sprawiedliwości w procesie stosowania tego prawa. Celem tej części monitoringu było uzyskanie odpowiedzi na pytania:

- Jakie jest nastawienie sędziów do kwestii dyskryminacji?
- Jak sędziowie definiują pojęcie dyskryminacji?
- Jaka jest świadomość sędziów odnośnie do zagrożenia dyskryminacją różnych grup mniejszościowych?
- Czy sędziowie mają świadomość konieczności zwalczania dyskryminacji?

- Jak sędziowie postrzegają swoją rolę w przeciwdziałaniu dyskryminacji?
- Czy sędziowie są gotowi na czerpanie wiedzy eksperckiej od organizacji pozarządowych w procesie podejmowania decyzji?
- Czy w ogóle widzą możliwość współpracy z zorganizowanym społeczeństwem obywatelskim w procesie wykonywania przez nie władzy?
- Na ile polscy sędziowie umiejętnie posługują się prawnymi standardami równouprawnienia wyznaczonymi przez prawo Unii Europejskiej i innych systemów międzynarodowych?

Aby uzyskać odpowiedzi na powyższe pytania, przeprowadzono wywiady z sędziami orzekającymi w wydziałach pracy, karnych i cywilnych sądów rejonowych, okręgowych i apelacyjnych (22 sędziów udzieliło wywiadów bezpośrednio, a 32 – korespondencyjnie). Badaniem objęto również doświadczenia organizacji pozarządowych, w poszukiwaniu odpowiedzi na pytania:

- Czy organizacje pozarządowe korzystają z prawnych instrumentów wspierania ofiar dyskryminacji w postępowaniach sądowych?
- Jeśli tak, to z jaką częstotliwością?
- Czy wykorzystując te instrumenty, napotykają jakieś przeszkody i problemy?

Swoimi doświadczeniami z udziału w postępowaniach sądowych dotyczących kwestii równego traktowania i dyskryminacji podzieliło się 18 organizacji pozarządowych zrzeszonych w Koalicji na Rzecz Równych Szans, działających w obszarze praw człowieka i przeciwdziałania dyskryminacji.

2. Wyniki monitoringu w zakresie stosowania przepisów prawa antydyskryminacyjnego

Przeanalizowano 172 orzeczenia sądów pracy kończące sprawę w instancji. Okazuje się, że najwięcej spraw z zakresu nierównego traktowania dotyczy dyskryminacji płacowej (43%). W większości spraw osoby składające powództwo nie wskazały przesłanki dyskryminacyjnej (52%), a w pozostałych przypadkach najczęściej jako podstawę dyskryminacji podawano wiek (11%), płeć (6%) lub przynależność związkową (7%).

Wyniki monitoringu pokazują, że sądy nie zawsze są w stanie wyczerpująco uzasadnić swoje rozstrzygnięcia. Jedynie 33% sądów I i II instancji powołuje się na orzecznictwo Sądu Najwyższego w dziedzinie nierównego traktowania, a tylko 9% wskazuje na obowiązujące przepisy i orzecznictwo europejskie lub międzynarodowe. Jest to tym bardziej niepokojące, że właśnie w wyrokach sądów europejskich można odnaleźć niezwykle bogactwo wskazówek interpretacyjnych z tej dziedziny prawa.

Zaobserwowano również, że sądy błędnie stosowały przepisy antydyskryminacyjne. Część sądów dokonała błędnej wykładni podstawowej zasady dowodowej w sprawach dyskryminacyjnych z zakresu prawa pracy, przyjmując, że stosuje się ciężar dowodu w rozumieniu art. 6 k.c., natomiast z art. 18^{3b} k.p. wynika, że to na pracodawcy ciąży obowiązek obalenia domniemania dyskryminacji, a pracownik ma jedynie uprawdopodobnić okoliczności naruszenia tej zasady i wskazać cechę, ze względu na którą był dyskryminowany.

W badanych uzasadnieniach znalazła się argumentacja wskazująca na brak zrozumienia specyfiki zjawiska dyskryminacji w postępowaniach sądowych toczących się w tych sprawach. Zaobserwowano m.in. następujące stwierdzenia, które nie znajdują uzasadnienia ani w przepisach prawa, ani w aktualnym orzecznictwie Sądu Najwyższego i doktrynie prawa:

- *Przy ocenie, czy zaistniał jakikolwiek z przejawów dyskryminacji niezbędne jest przyjęcie obiektywnego wzorca osoby rozsądnej, co pozwoli wyeliminować przypadki wynikające z nadmiernej wrażliwości pracownika;*
- *Powódka nadmiernie podkreślała swoją odmienną orientację seksualną w miejscu przeznaczonym do świadczenia pracy, a nie pogłębionych dyskusji etycznych, psychologicznych, filozoficznych, czy chociażby medycznych;*
- *Wobec braku wykazania przez powoda, że zaszła jedna z przesłanek uzasadniających odpowiedzialność pozwanego z tytułu dyskryminacji, a także z uwagi na treść art. 6 k.c.[...] żądanie powoda nie zasługiwało na uwzględnienie;*
- *Jednakowa praca to praca identyczna, taka sama, a nie o podobnym charakterze.*

W trakcie monitoringu zbadano akta 12 spraw karnych, które toczyły się przed sądami rejonowymi, okręgowymi i apelacyjnymi. Połowa z badanych postępowań toczyła się w I instancji przed sądami rejonowymi, a połowa przed sądami okręgowymi jako sądami I instancji. Akta spraw dotyczących przestępstw określonych w przepisach art. 119 (przemoc motywowana uprzedzeniami), 256 (propagowanie faszyzmu lub innego ustroju totalitarnego) i art. 257 Kodeksu karnego (publiczne znieważenie lub naruszenie nietykalności cielesnej z powodu przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości), gdyż sądy, do których się zwrócono o udostępnienie wglądu do akt spraw karnych związanych z dyskryminacją, nie dysponowały aktami innych spraw z tego zakresu². W sprawach, które były przedmiotem monitoringu, w 8 przypadkach zapadały wyroki skazujące, w 2

² Zakresem monitoringu objęte były sprawy karne „z zakresu dyskryminacji”. Pojęcie to obejmowało dodatkowo przepisy art. 123 i 121 § 3 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, a także art. 118 k.k.

sprawach sądy stosowały warunkowe umorzenie postępowania, a w pozostałych 2 wydano postanowienia o umorzeniu postępowania. Należy zaznaczyć, że w żadnej z badanych spraw przed sądem I instancji nie zapadł wyrok uniewinniający. W badanych sprawach przesłanką dyskryminacji była głównie przynależność narodowa i rasowa. Odnotowano również dyskryminację na tle wyznaniowym i etnicznym, jednak w mniejszej liczbie spraw. Żadna ze spraw nie dotyczyła przestępstw motywowanych nienawiścią w związku z przynależnością polityczną czy bezwyznaniowością, tj. pozostałymi cechami, które ustawodawca postanowił pozostawić pod prawnokarną ochroną przed dyskryminacją. Podobnie jak w sprawach z zakresu prawa pracy, także w przypadku postępowań karnych sądy uzasadniały swoje orzeczenia, powołując się na obowiązujące przepisy – orzecznictwo Sądu Najwyższego pojawiło się jedynie w uzasadnieniach czterech orzeczeń.

Odnosząc się do przebiegu monitoringu spraw z zakresu prawa cywilnego dotyczących dyskryminacji, należy przede wszystkim zaznaczyć, że sądy nie dysponują informacjami, które pozwoliłyby na wyselekcjonowanie oraz na wgląd do akt spraw z zakresu naruszenia dóbr osobistych dotyczących równego traktowania. Taki stan rzeczy wynika z braku regulacji, które nakazywałyby odrębne rejestrowanie tych spraw. Możliwe jest jedynie wyodrębnienie spraw zarejestrowanych jako *o ochronę dóbr osobistych* bądź *o naruszenie dóbr osobistych*, jednak bez wskazania, jakie dobra powód/powódka wskazuje za zagrożone lub naruszone. Na marginesie należy dodać, że nawet gdyby sprawy te zostały zarejestrowane z wyraźnym zaznaczeniem dóbr osobistych wskazanych przez stronę powodową, to dyskryminacja, jako że nie jest dobrem osobistym, nie byłaby uwidoczniona.

Monitoring nie objął badania akt sądowych w sprawach z zakresu ustawy antydyskryminacyjnej. Z informacji udostępnionej przez Ministerstwo Sprawiedliwości wynika, że do końca 2011 roku (tj. do ostatniego okresu sprawozdawczego sądów powszechnych zakończonego w czasie gromadzenia materiału poddanego monitoringowi) zakończyło się 17 spraw, podlegających regulacjom ustawy antydyskryminacyjnej, a pozostałe 13 spraw tego rodzaju pozostało do rozpoznania na rok następny. Okazało się, że dane te nie odpowiadają rzeczywistości. PTPA zwróciło się do sądów, w których toczyły się postępowania w sprawach wskazanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości, o nadesłanie odpisów orzeczeń kończących postępowanie w tych sprawach. Z otrzymanych odpisów orzeczeń i ich uzasadnień nie wynikało jednak, by którekolwiek z postępowań toczyło się na podstawie ustawy antydyskryminacyjnej. Co więcej, mimo że sądy wskazywały, że przesyłają odpisy orzeczeń w sprawach z zakresu ustawy antydyskryminacyjnej, okazało się, że 15 z nich to orzeczenia wydane przez sądy pracy w sprawach z zakresu naruszenia zasady

równego traktowania według przepisów Kodeksu pracy, a 2 kolejne to orzeczenia wydane w sprawach cywilnych, których żądania nie były oparte na przepisach ustawy antydyskryminacyjnej – jedna o naruszenie dóbr osobistych, a druga o roszczenie związane z dofinansowaniem pobytu na turnusie rehabilitacyjnym, w których powodowie nie podnosili zarzutu dyskryminacji.

3. Wyniki monitoringu w zakresie postaw sędziów wobec zjawiska dyskryminacji i nierównego traktowania

3.1. Stosunek sędziów do zjawiska dyskryminacji i nierównego traktowania

Pierwsza część monitoringu dotyczącego postaw sędziów wobec zjawiska dyskryminacji miała na celu sprawdzenie, jak sędziowie postrzegają zjawisko dyskryminacji oraz jakie jest ich ogólne nastawienie do tego problemu, a jej celem było uzyskanie odpowiedzi na pytania:

- Czym według sędziów jest dyskryminacja?
- Jakie są jej źródła i przyczyny?
- Jakie grupy społeczne są narażone na dyskryminację?
- Jakie grupy społeczne doświadczają dyskryminacji?

Większość sędziów, którzy wzięli udział w badaniu, definiuje dyskryminację jako nierówne, gorsze, odmienne czy też zróżnicowane traktowanie osoby bądź grupy osób ze względu na pewne cechy, takie jak np. wiek, płeć, orientacja seksualna czy niepełnosprawność. Sędziowie słusznie więc uważają, że tym, co determinuje wystąpienie zjawiska dyskryminacji, jest tak zwana cecha prawnie chroniona, ze względu na którą osoba czy też pewna grupa społeczna jest gorzej traktowana. Zaskakujące jest jednak to, że żaden z sędziów nie zwrócił uwagi na to, że z perspektywy prawa nie każde nierówne traktowanie, choćby związane z daną cechą, jest dyskryminacją. Zasada niedyskryminacji nie wyklucza bowiem możliwości różnicowania pewnych grup ze względu na uzasadnione i sprawiedliwe kryteria. Powyższe wskazuje na to, że większość sędziów definiuje dyskryminację z perspektywy socjologiczno-kulturowej, według której dyskryminacja oznacza rozróżnienie, nierówne traktowanie i wykluczanie osoby (bądź grupy osób) z powodu posiadania przez nią jednej z cech (np. rasa, niepełnosprawność, wiek, płeć, orientacja seksualna, religia czy światopogląd)³.

Sędziowie zapytani o źródła i przyczyny dyskryminacji najczęściej wskazywali na stereotypy i uprzedzenia funkcjonujące w społeczeństwie. Pojawiały się

³ Por.: A. Winiarska, W. Klaus, *Dyskryminacja i nierówne traktowanie jako zjawisko społeczno – kulturowe*, „Studia Biura Analiz Sejmowych” 2011, Nr 2 (26), s. 12 i nast.

jednak również opinie wskazujące na to, że przyczyną dyskryminacji mogą być zachowania i postawy samych grup mniejszościowych i wykluczonych. To stanowisko należy uznać za całkowicie nieuzasadnione. Próby przerzucenia odpowiedzialności za akty dyskryminacji na osoby jej doświadczające może prowadzić do utrwalania istniejących już w społeczeństwie stereotypów i uprzedzeń. Co więcej, może stanowić przyzwolenie dla osób, które swoim zachowaniem dyskryminują innych.

Niemal 83% sędziów wskazało, że w Polsce do dyskryminacji dochodzi ze względu na płeć oraz orientację seksualną. Obawy budzi jednak to, że wielu sędziów, którzy uznają, że grupą najbardziej zagrożoną dyskryminacją są osoby LGBT, uznają jednocześnie, że przyczyną takiego stanu rzeczy są zachowania tych osób (*osoby homoseksualne są grupą najbardziej zagrożoną, ponieważ zwracają uwagę swoim stylem bycia i afiszowaniem się ze swoimi preferencjami seksualnymi*⁴). Przekonanie takie koreluje więc ze stanowiskiem niektórych sędziów, że to same grupy mniejszościowe są odpowiedzialne za występowanie dyskryminujących wobec nich zachowań.

Co ciekawe, aż 16 sędziów stwierdziło, że w Polsce przynależność do mniejszości etnicznych, rasowych lub narodowych nie jest powodem dyskryminacji. Takie spostrzeżenie wydaje się dosyć zaskakujące, zwłaszcza biorąc pod uwagę dane z działalności organizacji i podmiotów działających na rzecz tych mniejszości (np. Stowarzyszenia Interwencji Prawnej), które pokazują, że w Polsce problem nierównego traktowania ze względu na wyżej wspomniane cechy występuje w praktyce⁵.

Jeśli chodzi o kwestię dyskryminacji w Polsce osób z niepełnosprawnościami – jest podobnie. Sędziowie, którzy podają w wątpliwość występowanie w Polsce dyskryminacji osób niepełnosprawnych, tłumaczą to tym, że po pierwsze, przepisy prawa znacznie ułatwiają zatrudnienie osobom niepełnosprawnym, po drugie tym, że w tej chwili nie ma w sądach spraw z zakresu dyskryminacji osób niepełnosprawnych, co świadczy o tym, że osoby te nie są dyskryminowane. Z takim uzasadnieniem ciężko się jednak zgodzić. Przede wszystkim dlatego, że problem dyskryminacji osób niepełnosprawnych w Polsce dotyka różnych sfer życia, nie tylko rynku pracy, a mała liczba spraw sądowych nie musi świadczyć o tym, że problem ten wcale nie występuje.

⁴ Wypowiedź jednego z sędziów

⁵ Zob. K. Wencel, W. Klaus *Dyskryminacja cudzoziemców w Polsce 2008-2010*, [w:] W. Klaus (red.), *Sąsiedzi czy intruzi? O dyskryminacji cudzoziemców w Polsce*, Warszawa 2010, s. 61 i nast.; *Informacja o działalności Rzecznika Praw Obywatelskich w obszarze równego traktowania w roku 2011 oraz o przestrzeganiu zasady równego traktowania w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2012.

Nie było zaskoczeniem, że znacznie ponad połowa sędziów uznała, że obszarem życia, w którym najczęściej dochodzi do dyskryminacji, jest zatrudnienie. Wskazanie to wynika zapewne z doświadczenia zawodowego badanych. W polskich sądach wciąż najwięcej spraw dotyczy dyskryminacji w zatrudnieniu.

Badanych sędziów zapytano również o to, czy ich zdaniem dyskryminacja jest ważnym problemem społecznym w Polsce. 22% sędziów zaprzeczyło temu twierdzeniu. Uważali oni, że zjawisko dyskryminacji w Polsce nie występuje albo zdarza się bardzo rzadko, co potwierdza niewielka liczba spraw, która wpływa do sądów. 13% badanych stwierdziło zaś, że trudno im na to pytanie powiedzieć. Optymistyczne jest jednak to, że 2/3 sędziów (65%) postrzega dyskryminację, jako ważny problem społeczny, wymagający interwencji zarówno w sferze społecznej, jak i prawnej.

3.2. Opinie sędziów na temat konkretnych przykładów dyskryminacji

W dalszej części badania sędziom przedstawiono przykłady kazuistycznie ujętych sytuacji, których stan faktyczny opierał się na potencjalnym lub ewentualnym złamaniu zasady równego traktowania. Miało to na celu sprawdzenie, jak sędziowie identyfikują sytuacje, które mogą nosić znamiona dyskryminacji. Wyniki pokazują, że wszyscy badani sędziowie za dyskryminację uznają odmowę obsłużenia klientów pochodzenia romskiego przez lokal gastronomiczny. W opinii większości sędziów (96%) dyskryminacją jest także wygłaszanie obraźliwych uwag na temat czyjejś orientacji seksualnej, np. używanie sformułowania „zakaz pedałowania”. Rzadziej jednak za dyskryminację uznawano ustalanie stawki wynagrodzenia osób zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu pracy na niższym poziomie niż pracowników pełnoetatowych w sytuacji, gdy pracownikami zatrudnionymi w niepełnym wymiarze czasu pracy są przede wszystkim kobiety (przykład dyskryminacji pośredniej).

Interesujące były odpowiedzi badanych sędziów na pytania dotyczące zatrudnienia w szkole katolickiej osoby homoseksualnej oraz osoby, co do której istnieje podejrzenie, że jest pochodzenia arabskiego⁶. Jeśli chodzi o pierwsze pytanie to 55% sędziów uznało, że jest to dyskryminacja natomiast 26% – że dyskryminacją to nie jest. Podobnie rozłożyły się odpowiedzi w przypadku drugiego pytania, bowiem 61% badanych stwierdziło, że jest to dyskryminacja, zaś 18% – że nie. Aż ok. 20% badanych sędziów nie potrafiło wskazać jednoznacz-

⁶ Pytanie to brzmiało: *Czy Pani/Pana zdaniem dyskryminacją jest: niezatrudnienie osoby homoseksualnej w szkole katolickiej/niezatrudnienie przez szkołę katolicką osoby, w stosunku do której istnieje podejrzenie, że jest pochodzenia arabskiego?*

niej odpowiedzi na to pytanie. Nie da się ukryć, że pytania te wzbudziły wśród badanych bardzo wiele emocji. Zwłaszcza wśród sędziów, którzy uważali, że nie można w tym przypadku mówić o dyskryminacji, ponieważ:

- *Szkoła katolicka może się kierować własnymi kryteriami i może wymagać od osób określonych przekonań.*
- *Deklaratywny homoseksualizm jako podstawa odmowy zatrudnienia stanowi dyskryminację. Szkoła katolicka może jednak ustanowić pewne wymogi wobec swych pracowników, np. w zakresie moralności czy wielkości buta i takie wymogi powinny być respektowane. Są bowiem nieprzekraczalne granice, które powinny być respektowane ze względu na spokój społeczny.*
- *Ostentacyjna prowokacja wyłącza możliwość zaistnienia dyskryminacji.*
- *Gdyby pełnić miała taka osoba konkretne funkcje w szkole związane z wychowaniem dzieci, to mogłoby to rodzić możliwość przekazywania sprzecznych z wartościami szkoły wartości, co uzasadniać mogłoby odmowę zatrudnienia osoby homoseksualnej w szkole katolickiej.*
- *Trudne pytanie, o ile taka osoba manifestuje swoją orientację seksualną, to nie będzie to dyskryminacja, np. jeśli jest to osoba pokroju pana Biedronia, która mówi o swojej orientacji seksualnej.*
- *Dyskryminacją byłoby niezatrudnienie osoby o orientacji homoseksualnej, a nie byłoby dyskryminacją zatrudnienie osoby otwarcie homoseksualnej, np. członka Lambdy.*

Dosyć niepokojące jest również to, że niektórzy sędziowie mieli wątpliwości, czy niestosowne propozycje w kontekście seksualnym, składane podwładnej/podwładnemu, można nazwać dyskryminacją. Warto w tym miejscu przytoczyć niektóre wypowiedzi sędziów w tej kwestii:

- *Zawsze propozycje, dopóki nie wiadomo, czy są niechciane, są w porządku, a gdy są niechciane i powtarzane, to raczej idzie to w stronę mobbingu, a nie dyskryminacji.*
- *Może to jest mobbing?*
- *Spotkałam się z tym. To nie tylko dyskryminacja, to jest nielegalne – to jest molestowanie seksualne, to jest inna kategoria niż dyskryminacja.*

Wątpliwości pojawiły się również przy rozważaniach nad uznaniem odmowy obsłużenia klientów pochodzenia romskiego przez lokal gastronomiczny czy też uznaniem za dyskryminację niewpuszczenia osoby niewidomej do restauracji z psem przewodnikiem. Część sędziów zastrzegła, że uznają taką sytuację za dyskryminację, jednak mają pewne wątpliwości. Stanowisko to ilustrują wybrane odpowiedzi:

- *Pod warunkiem, że chodzi o rasę, a nie o to, że był np. konflikt.*
- *Ze względu na samo pochodzenie – tak. Chodziłoby raczej nie o samo pochodzenie, o coś więcej, o kulturę. Gdyby np. przyszli Romowie w garniturach i garsonkach, to nie, bo tego nie widać, a może to Włosi.*
- *Co do zasady, niewpuszczenie do restauracji osoby niewidomej stanowi dyskryminację. Problematiczna jest kwalifikacja prawna niewpuszczenia psa do restauracji, co jeśli zasady restauracji nie pozwalają wprowadzać do niej zwierząt? Co na wprowadzenie psa do restauracji powie SANEPID?*
- *Taka sytuacja [wejście osoby niewidomej z psem] rodzić może problemy natury technicznej, choć będzie ocenione jako przejaw złej woli – sytuacja ta jest trudna do oceny.*

3.3. Opinia sędziów na temat prawa antydyskryminacyjnego w Polsce

W trzeciej części badania poświęconego postawom sędziów sprawdzono, jak sędziowie oceniają stan prawa antydyskryminacyjnego oraz jego najważniejsze instytucje.

Zdaniem większości sędziów (ok. 80% badanych) w Polsce istnieją wystarczające instrumenty prawne pozwalające na walkę ze zjawiskiem dyskryminacji, które odpowiadają zapotrzebowaniu i liczbie spraw związanych z dyskryminacją, z jakimi mają oni do czynienia w swojej praktyce zawodowej. 11% badanych sędziów nie ma zdania co do tej kwestii, natomiast zdaniem 9% instrumenty te są niewystarczające. Wśród instrumentów prawnych pozwalających na walkę z dyskryminacją sędziowie najczęściej wskazywali przepisy Kodeksu pracy zabraniające dyskryminacji pracowników oraz przepisy Kodeksu karnego. Zaskakujące jest to, że tylko 2 sędziów wskazało na przepisy ustawy antydyskryminacyjnej. Zaledwie 3 spośród wszystkich badanych sędziów uznało, że polskie prawo powinno zostać wzbogacone o nowe przepisy prawa antydyskryminacyjnego. Większość sędziów (35 badanych) uznała, że polskie prawo jest w obszarze dyskryminacji spójne z przepisami prawa Unii Europejskiej. Jednocześnie jednak dość duży odsetek sędziów (17 osób) nie potrafił ocenić tej zgodności. Zdaniem 2 osób polskie przepisy antydyskryminacyjne nie spełniają standardów wspólnotowych.

Niezmiernie ważnym zagadnieniem poruszonym w tej części badania była również kwestia charakteru katalogu przesłanek stanowiących przyczynę dyskryminacji oraz stosowania zasady przeniesienia ciężaru dowodu w sprawach z zakresu dyskryminacji. Większość sędziów (ponad 85%) nie miała żadnych wątpliwości co do tego, że w polskim systemie prawnym powinien obowiązywać otwarty katalog przesłanek dyskryminacji. Jednak odpowiedzi dotyczące przeniesienia ciężaru dowodu nie były już tak jednoznaczne. Jedynie nieco

ponad połowa sędziów przyznała, że stosowanie zasady przeniesienia ciężaru dowodu w sprawach z zakresu dyskryminacji jest zasadne. Aż 37% sędziów nie miało w tej kwestii wyrobionego zdania, a 7% uważało, że stosowanie zasady przeniesienia ciężaru dowodu nie jest w ogólnie zasadne i nie powinno mieć miejsca.

Podsumowując, wydaje się, że sędziowie zasadniczo prawidłowo definiują zjawisko dyskryminacji. Większość badanych sędziów uważa bowiem dyskryminację za nierówne traktowanie ze względu na pewną cechę prawnie chronioną, taką jak np. płeć, niepełnosprawność, wiek czy orientacja seksualna. Warto jednak zaznaczyć, że żaden z sędziów nie zwrócił uwagi na to, że nie każde nierówne traktowanie oparte na niedozwolonym kryterium jest dyskryminacją w świetle przepisów prawa. Żaden z badanych nie poruszył również kwestii dyskryminacji przez asocjację, dyskryminacji wielokrotnej czy dyskryminacji pozytywnej. Spojrzenie sędziów na zjawisko dyskryminacji nie do końca uwzględnia zatem uwarunkowania prawne w tym zakresie.

Wątpliwości mogą budzić również niektóre wypowiedzi sędziów na temat źródeł dyskryminacji. Przekonanie o tym, że to zachowania osób należących do grup mniejszościowych są przyczyną dyskryminacji, może świadczyć o stereotypowym podejściu do tego problemu. Podobne obawy rodzą opinie sędziów, dotyczące grup zagrożonych nierównym traktowaniem, np. przeświadczenie sędziów, że osoby należące do mniejszości narodowych, etnicznych, rasowych czy na przykład osoby niepełnosprawne nie są w Polsce narażone na dyskryminację.

Jeśli chodzi o ocenę stanów faktycznych przedstawiających możliwe przypadki dyskryminacji, zauważamy raczej otwartość sędziów wobec możliwego traktowania dyskryminacyjnego. Niemniej jednak pewne obawy mogą budzić uzewnętrznione przez niektórych sędziów w tej części badania przekonania i poglądy, szczególnie w odniesieniu do osób homoseksualnych, oraz problemy sędziów z jednoznacznym rozdzieleniem działań o charakterze dyskryminującym od mobbingowych.

Wyniki badania postaw w części dotyczącej poglądów na temat stanu obowiązującego w Polsce prawa antydyskryminacyjnego wskazują, że świadomość prawna sędziów co do obowiązujących przepisów antydyskryminacyjnych jest ograniczona do wiedzy z zakresu prawa pracy i prawa karnego. Brak natomiast wiedzy na temat przepisów ustawy antydyskryminacyjnej, obowiązującej już od dwóch lat. Badania pokazały także, że świadomość prawna sędziów w kwestii stosowania zasady przeniesienia ciężaru dowodu jest raczej na niskim poziomie. Ta niska świadomość prawna i rozbieżności w poglądach, jakie zaobserwowano w toku badania, np. we wspomnianej kwestii stosowania zasady przeniesienia ciężaru dowodu, może budzić obawy co do prawidłowego stoso-

wania przepisów prawa antydyskryminacyjnego w praktyce, a co za tym idzie – niepewność odnośnie do zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony przed dyskryminacją wszystkim grupom mniejszościowym w postępowaniach sądowych.

Konieczne więc wydaje się zwiększanie świadomości oraz wiedzy z zakresu prawa antydyskryminacyjnego przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości. Co ważne, badania pokazują, że nacisk należy położyć na działania świadomościowe, zwłaszcza jeżeli za cel szkoleń stawiamy sobie zmianę postaw indywidualnych. W programie szkoleń dla sędziów warto więc uwzględnić kontekst społeczny problemu dyskryminacji (poruszając tematy: złożoności tożsamości, mechanizmów stereotypizacji, wykluczenia, konsekwencji funkcjonowania w społeczeństwie płci społeczno-kulturowej tzw. gender). Odpowiednie postawy, wolne od uprzedzeń i stereotypów, warunkują bowiem efektywność ochrony prawnej przed nierównym traktowaniem.

4. Ocena relacji między wymiarem sprawiedliwości a społeczeństwem obywatelskim

Jak już wspomniano, głównym celem tej części badania było sprawdzenie, czy organizacje pozarządowe zajmujące się przeciwdziałaniem dyskryminacji w Polsce korzystają z prawnych instrumentów włączania się do postępowań sądowych z zakresu dyskryminacji, takich jak: wstąpienie do postępowania na prawach strony, składanie opinii przyjaciela sądu, wytaczanie powództw czy obserwacja rozpraw, a także, w jaki sposób kształtują się relacje między organizacjami pozarządowymi przeciwdziałającymi dyskryminacji i przedstawicielami wymiaru sprawiedliwości, zarówno z perspektywy organizacji pozarządowych, jak i sędziów.

Odnosząc się do perspektywy organizacji pozarządowych, warto na samym początku zaznaczyć, że mimo że kwestionariusze ankiety zostały wysłane do ponad 40 organizacji zrzeszonych w Koalicji na Rzecz Równych Szans, w badaniu udział wzięło jedynie 18 podmiotów. Zastanawiające jest, dlaczego odzew organizacji społecznych, które niewątpliwie w zakresie swojej działalności mają przeciwdziałanie dyskryminacji, był tak mały. Być może organizacje, które nie zdecydowały się wziąć udziału w badaniu, nie wykorzystują w swojej działalności części instrumentów prawnych. Jeśli tak jest w rzeczywistości, sytuacja ta nie napawa optymizmem.

Okazuje się bowiem, że spośród 18 organizacji, które wzięły udział w badaniu i które zadeklarowały, że zajmują się przeciwdziałaniem dyskryminacji, zaledwie 8 wykorzystuje możliwości włączania się do postępowań sądowych.

Wszystkie organizacje, które zadeklarowały, że włączają się do postępowań dotyczących dyskryminacji, wykorzystują w tym celu możliwość wstąpienia do postępowania na prawach strony. Nieco mniej (7 organizacji) korzysta dodatkowo z obserwacji rozprawy, składania opinii przyjaciela sądu oraz wytaczania powództw na rzecz ofiar dyskryminacji. Niestety 10 z 18 przebadanych organizacji przyznało, że nie korzysta z powyższych możliwości. Organizacje te nie podejmują takich działań przede wszystkim z powodów organizacyjnych (brak odpowiednich zasobów ludzkich, brak środków na tego typu działania) oraz kompetencyjnych (brak wiedzy z zakresu prawa).

W tym miejscu warto postawić pytanie, czy korzystanie z instrumentów prawnych w postaci włączania się do postępowań zawsze wymaga posiadania specjalistycznej wiedzy prawniczej? Wydaje się, że nie. Część działań prawnych, które mogą podejmować organizacje pozarządowe (np. przedkładanie sądowi opinii przyjaciela sądu czy obserwacja rozpraw), nie wymaga bowiem wiedzy prawnej, lecz wiedzy eksperckiej, którą większość organizacji zapewne posiada. Warto również zaznaczyć, że nawet jeśli dane działanie prawne wymaga od przedstawicieli organizacji pozarządowych wiedzy eksperckiej, której organizacje te nie posiadają, mogą one zwrócić się o pomoc bądź do innych organizacji, które taką wiedzę dysponują, bądź do zawodowych pełnomocników, którzy w ramach działalności nieodpłatnej nierzadko współpracują z organizacjami pozarządowymi.

Warto również przyjrzeć się kwestii, czy organizacje, które korzystają z powyżej wspomnianych instrumentów, spotykają się z jakimiś problemami czy barierami. Na osiem organizacji, które wskazały, że stosują opisane powyżej instrumenty, dwie przyznały, że doświadczyły sytuacji, że sąd nie wyraził zgody na włączenie się organizacji do postępowania, a odmowa ta dotyczyła w jednym przypadku obserwowania rozprawy dotyczącej dyskryminacji, w drugim natomiast wstąpienia do postępowania na prawach strony. Jeśli chodzi o trudności ze skorzystaniem z możliwości wstąpienia do postępowania na prawach strony, dwóch przedstawicieli organizacji przyznało, że trudności te wynikały z niedołączenia do wniosku o wstąpienie do postępowania pisemnej zgody pooda na takie działanie – spowodowało to odrzucenie wniosku. Żaden z przedstawicieli organizacji pozarządowych nie wskazał natomiast na trudności w korzystaniu z możliwości składania opinii przyjaciela sądu. Jedynie jedna osoba zwróciła uwagę, że *za skutecznie złożoną opinię uznać należy taką, którą sąd przeczyta i potraktuje jako materiał dowodowy w sprawie. Zdarzało się, iż sąd zamieszczał opinie w aktach bez zapoznawania się z nią bądź też nie traktował jej jako części materiału dowodowego.* Jeśli chodzi zaś o trudności w obserwowaniu rozpraw, to tylko jedna osoba przyznała, że ich doświadczyła, a ich źródłem było *wyłączenie jawności, nieznanostć przepisów przez sędziów, odległa*

miejsce oraz zbyt późna informacja. Przedstawicielka innej organizacji skomentowała: *Jedyne, co spotkało przedstawicieli i przedstawicielki organizacji, to pytania sędziego o obecność osoby reprezentującej organizację na widowni i wciągnięcie do protokołu faktu jej obecności.*

Warto również dodać, że dziesięć badanych organizacji zadeklarowało, że w swojej pracy wykorzystuje inne niż włączanie się do postępowań możliwości angażowania się w sprawy dotyczące dyskryminacji. Wśród tych działań najczęściej organizacji wskazało: pomoc ofierze w znalezieniu prawnika, udzielanie porad prawnych, pomoc w przygotowaniu pism procesowych czy podnoszenie świadomości na temat dyskryminacji (kampanie społeczne, wykłady i szkolenia, prowadzenie stron i portali internetowych).

Przedstawicielom organizacji pozarządowych zadano także pytanie, jak oceniają działania i kompetencje polskiego wymiaru sprawiedliwości w obszarze nierównego traktowania i dyskryminacji. Nisko ocenili oni stopień świadomości oraz wiedzę i kompetencje sędziów sądów powszechnych w obszarze dyskryminacji. Zdaniem przedstawicieli czterech organizacji jest on umiarkowany, a w opinii siedmiu – niski. W opinii około jednej trzeciej organizacji zaś wiedza sędziów na temat dyskryminacji ze względu na konkretne przesłanki jest niewystarczająca. Jedyne jeden przedstawiciel sektora pozarządowego stwierdził, iż przedstawiciele polskiego wymiaru sprawiedliwości posiadają wystarczającą wiedzę na temat dyskryminacji ze względu na orientację seksualną oraz płeć.

Żadna z ośmiu badanych organizacji, która przyznała, że posiada doświadczenie w udziale w postępowaniach sądowych z zakresu dyskryminacji, nie oceniła bardzo pozytywnie kontaktów z instytucjami wymiaru sprawiedliwości. Zdaniem sześciu organizacji kontakty te były poprawne, a w opinii dwóch innych – słabe. Zdaniem przedstawicieli tych organizacji, by stosunki między sądami i organizacjami pozarządowymi uległy poprawie, potrzebne są działania mające na celu edukowanie przedstawicieli polskiego sądownictwa w kwestiach związanych z dyskryminacją oraz w kwestiach lepszego wykorzystania wiedzy eksperckiej i doświadczeń organizacji pozarządowych zajmujących się przeciwdziałaniem dyskryminacji (np. korzystanie przez sądy w większym zakresie z dorobku organizacji i wykorzystanie raportów/wyników badań w postępowaniach sądowych).

W tym miejscu należy także omówić stosunek i nastawienie badanych sędziów odnośnie do kwestii udziału organizacji pozarządowych w postępowaniach sądowych z zakresu dyskryminacji. Jak pokazują wyniki badań, większość sędziów (45 na 54 badanych) nie ma wątpliwości, że organizacje pozarządowe powinny włączać się w tego typu postępowania. Sędziowie ci wyrażają opinię, że organizacje pozarządowe są pożądanymi uczestnikami spraw z zakresu dyskryminacji przede wszystkim ze względu na możliwość udzielenia przez nie

wsparcia stronom procesu – poszkodowanym (19 sędziów). Ponadto sędziowie wskazują na wiedzę organizacji pozarządowych, szeroki zasięg ich oddziaływania na opinię publiczną (12 osób) oraz możliwość ukazywania przez organizacje szerszego kontekstu zjawiska dyskryminacji. Warto odnotować, że sędziowie, którzy uznają, że organizacje pozarządowe powinny włączać się do postępowań dotyczących dyskryminacji, wskazują, że najbardziej pożądanym instrumentem prawnym, który powinien być wykorzystywany przez organizacje we współpracy z sądami, jest wstąpienie do postępowania na prawach strony.

Co ciekawe, ośmiu sędziów wyraziło wątpliwości co do udziału organizacji pozarządowych w postępowaniach, wskazując, że może to być problematyczne ze względu na brak znajomości przez organizacje prawa i procedur. Zdaniem tych sędziów:

- *Organizacje nie zawsze działają z korzyścią dla osób dyskryminowanych, to uzależnione jest od znajomości prawa, okoliczności. Warto, gdy rzeczywiście działają w interesie strony, a nie w swoim interesie. Tu nie chodzi o to, żeby nagłaśniać, ale rozstrzygać spór.*
- *Dla mnie jedynym instrumentem jest pomoc profesjonalnego pełnomocnika, tj. finansowanie pełnomocnika. Opinia przyjaciela sądu – to jest jakieś śmieszne. A wstąpienie do postępowania, to może i tak, np. tak jak robią to związki zawodowe. Nie sprawdza się wstępowanie, bo nie mają zielonego pojęcia o procedurze. To jest tak naprawdę drugi powód. Równie dobrze mogłoby ich nie być.*
- *Organizacje pozarządowe nie poruszają się dobrze w przepisach i w sądzie. Nie wiem, czy są to osoby o prawniczym wykształceniu.*
- *Ich udział może doprowadzić do przewlekłości postępowania bądź też może stanowić próbę załatwiania zamiast indywidualnej sprawy postulatów szerszej natury.*

Wśród przytoczonych powyżej wypowiedzi szczególną uwagę zwraca ta dotycząca przekonania, że organizacje pozarządowe włączają się do postępowań z myślą o swoich interesach, a nie o interesach strony. Z tego typu twierdzeniem nie sposób jednak się zgodzić, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że organizacje pozarządowe zawsze działają w imię szeroko pojętego interesu społecznego i nie reprezentują strony wprost.

Wynikający z badań niewielki stopień zaangażowania organizacji w postępowania z zakresu dyskryminacji może budzić niepokój, szczególnie w związku z trudnościami w stosowaniu prawa antydyskryminacyjnego w praktyce orzeczniczej, zidentyfikowanymi w ramach przeprowadzonego monitoringu. W związku z tym dostrzega się konieczność podnoszenia poziomu wiedzy organizacji społecznych w tym zakresie, np. przez opracowanie odpowiednich programów i materiałów szkoleniowych dla organizacji pozarządowych. W tym

celu warto postulować u instytucji grantodawczych finansowanie działań polegających na podnoszeniu umiejętności organizacji i zachęcać je do takich działań, by w przyszłości bardziej odważnie i z kompetencją wykorzystywały w swojej pracy działania prawne.

Analizując wyniki dotyczące perspektywy sędziowskiej, wydaje się, że niektórzy przedstawiciele wymiaru sprawiedliwości mogą traktować działalność organizacji pozarządowych z pewną nieufnością i ostrożnością. Dlatego istotne jest, by szkolenia skierowane do sędziów miały na celu również uwrażliwienie na problematykę włączania się organizacji do postępowań oraz zachęcanie przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości do korzystania z wiedzy eksperckiej przedstawicieli organizacji pozarządowych.

5. Podsumowanie

Wyniki monitoringu wskazują na potrzebę prowadzenia edukacji antydyskryminacyjnej wśród polskich sędziów. Postawy wielu przedstawicieli/przedstawicielek tej grupy zawodowej biorących udział w monitoringu budzą niepokój i rodzą obawę, że mogą one mieć przełożenie na wydawane przez nich orzeczenia w sprawach dotyczących tak złożonej materii, jaką jest dyskryminacja. Monitoring wykazał również, że obowiązująca od 2 lat ustawa antydyskryminacyjna jest w dalszym ciągu aktem prawnym nieznanym sędziom. Tym bardziej zasadny wydaje się płynący z badań wniosek o konieczności wzmocnienia edukacji antydyskryminacyjnej skierowanej do sędziów.

Konieczne jest również podnoszenie poziomu wiedzy organizacji pozarządowych w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji oraz prawnych instrumentów chroniących przed jej skutkami. Działania mające na celu pogłębianie wiedzy z tego obszaru mogą spowodować wzrost aktywności organizacji pozarządowych w działaniach prawnych na rzecz osób i grup doświadczających dyskryminacji, co znajdzie odzwierciedlenie zarówno w zwiększeniu ich ochrony przed dyskryminacją, a jednocześnie wzmocni od wewnątrz same organizacje.

Komentarz do przepisów antydyskryminacyjnych na podstawie praktyki stosowania wybranych regulacji prawa krajowego

1. Wstęp

W niniejszej publikacji, omówione zostaną wybrane instytucje prawa na podstawie wieloletniego doświadczenia Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego (PTPA), wynikającego zarówno z wieloletniej praktyki udzielania wsparcia prawnego dla osób funkcjonujących na rynku pracy po stronie pracowniczej i podmiotów zatrudniających, jak również wynikającego z realizacji projektów monitorujących funkcjonowanie prawa antydyskryminacyjnego w praktyce¹. Dlatego też autorki niniejszej publikacji oprócz opisu spraw, którymi zajmowali się prawniczki i prawnicy PTPA bądź pełnomocnicy pro bono współpracujący z naszą organizacją, często odwołują się także do orzecznictwa Sądu Najwyższego, którego znajomość wydaje się konieczna, ażeby lepiej zrozumieć praktyczny wymiar funkcjonowania tych przepisów w orzecznictwie sądów powszechnych.

Przedstawione w dalszej części stany faktyczne dotyczą naruszenia zasady równego traktowania w różnych formach, tj. dyskryminacji bezpośredniej, pośredniej, molestowania, molestowania seksualnego, działań odwetowych czy dyskryminacji wielokrotnej. Są to przypadki, nad którymi zespół prawny PTPA pracował w ostatnich latach. Jednak opisane sprawy nie wyczerpują wszystkich możliwych rodzajów naruszeń. Stanowią jedynie subiektywny wybór przejawów naruszenia zasady równego traktowania.

¹ M.in. *Równościowy monitoring ogłoszeń o pracę czy Monitoring stosowania przez polski wymiar sprawiedliwości przepisów prawa antydyskryminacyjnego*, więcej na www.ptpa.org.pl/projekty.

2. Konstytucyjne gwarancje równości i niedyskryminacji

2.1. Zasada równości i zakaz dyskryminacji w świetle Konstytucji RP

Rozważania na temat prawnych fundamentów równości w Polsce należy rozpocząć od przywołania przepisów zawartych w Konstytucji RP dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483). Z tego punktu widzenia najistotniejsze są dwie konstytucyjne normy – zasada równości i zakaz dyskryminacji. Artykuł 32. ust. 1 Konstytucji stanowi, że „wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne”. W przepisie tym wyraźnie zaznaczono zasadę równości wobec prawa, która charakteryzuje się uniwersalnością podmiotów, których dotyczy. Oznacza to, że prawo do równego traktowania przysługuje wszystkim, bez względu na cechy, jakie posiadają. Takie rozumienie przekłada się na to, że skuteczność zasady równości wobec prawa nie jest uzależniona od żadnej przesłanki i bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, orientację seksualną, tożsamość płciową, pochodzenie, wyznanie lub jego brak czy inne cechy charakteryzujące jednostkę zasada ta jest i powinna być zachowana.

W ustępie 2 art. 32 Konstytucji uregulowano zakaz dyskryminacji, zgodnie z którym „Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny”. Pojęcia życia politycznego, społecznego lub gospodarczego użyte w cytowanym przepisie są bardzo szerokie, i można uznać, iż przepis ten niemal wyczerpuje wszystkie obszary życia w jakich funkcjonuje jednostka. Jednak, co istotne, przepis ten nie przewiduje wprost ochrony przed dyskryminacją w sferze życia rodzinnego. Przepis art. 32 Konstytucji zawiera całe spektrum cech, bez względu na które powinna być zachowana zasada równości, jak również otwarty katalog sytuacji, w jakich zakaz dyskryminacji obowiązuje. Normy te obowiązują w stosunku do każdego i w każdym obszarze życia (za wyjątkiem życia rodzinnego). Jest to doprecyzowanie zasady równego traktowania i pozwala na szerokie rozpatrywanie zasady równości oraz zakazu dyskryminacji. Co ważne, zakres podmiotowy zasady równości jest bardzo szeroki i zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego² jak i doktryny prawa konstytucyjnego, odnosi się nie tylko do polskich obywateli, ale do wszystkich osób podlegających jurysdykcji RP. Ponadto zasada równości wymaga, by wszystkie podmioty charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą prawnie chronioną były traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez różnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących³.

² Por. wyrok SK 4/98.

³ Por. wyrok TK z dnia 23 października 2007 r., sygn. akt P 10/07, OTK ZU z 2007 r., nr 9, poz. 107.

Przepisy Konstytucji przewidują również obowiązywanie zasady równości w odniesieniu do praw kobiet i mężczyzn, co zostało wyrażone w art. 33 Konstytucji, w myśl którego zarówno kobieta jak i mężczyzna „mają równe prawa w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym”. Ustrojodawca w ust. 2 przytoczonego artykułu wskazuje katalog sfer, w których równość płci ma być szczególnie zachowana „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”. Użyte w przepisie wyrażenie „w szczególności” oznacza, że katalog obszarów, w jakich zasada równości płci powinna być zachowana, jest przykładowy i może być rozszerzony o sytuacje w nim nie wymienione (np. sferę życia rodzinnego wspomnianą w art. 33 ust. 1, pominiętą w art. 33 ust. 2)⁴.

Ustawodawca nie określił wyraźnie adresata norm wyrażonych w art. 32 i art. 33 Konstytucji (za wyjątkiem zdania drugiego art. 32 ust. 1), co może oznaczać, że w jego intencji leżało rozciągnięcie zasady równości płci i zakazu dyskryminacji na sferę stosunków prywatnych⁵. Tezę tę przyjmuje się jednak w doktrynie za marginalną, uznając, że adresatem wszystkich norm konstytucyjnych są wyłącznie organy władzy publicznej, co skutkuje tym, że przepisy stanowią podstawę ochrony praw i wolności jednostki względem państwa. Należy jednak pamiętać, że zasada równości zobowiązuje organy władzy publicznej do takiego kształtowania prawa i stosunków prywatnych, aby zagwarantować zasadę równości także w obrębie tej sfery. Takie pojmowanie zasady równości prowadzi do postawienia tezy o szerokich granicach konstytucyjnych gwarancji ochrony przed dyskryminacją.

Warto jednak rozważyć, czy doniosłość postanowień Konstytucji w tym zakresie nie implikuje szczególnego obowiązku poszanowania tych zasad zarówno w odniesieniu do stosunków horyzontalnych, jak i wertykalnych. W takich sytuacjach mogą pojawić się pytania, czy zasada równości i zakaz dyskryminacji są normami nadrzędnymi nad innymi zasadami prawa. Może się okazać, że staną one w kolizji na przykład z zasadą swobody umów oraz innymi wolnościami występującymi na gruncie prawa prywatnego, a zwłaszcza z konstytucyjnym obowiązkiem poszanowania wolności. Jednak położenie zbyt dużego nacisku na zasadę wolności może powodować nierówności społeczne. Dokonanie oceny tych sytuacji pod kątem bezwzględności stosowania zasady równości i za-

⁴ A. Łabno, *Zasada równości i zakaz dyskryminacji*, [w:] red. L. Wiśniewski, *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*. Warszawa 2006, s. 39.

⁵ M. Masternak-Kubiak, *Prawo do równego traktowania*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.) *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002.

kazu dyskryminacji możliwe jest dzięki przepisom szczególnym zawartym m.in. w ustawie z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 1998, Nr 21, poz. 94, dalej: Kodeks pracy, k.p.) i ustawie z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz. U. Nr 254, poz. 1700, dalej: ustawa antydyskryminacyjna), które to przepisy konkretyzują przypadki, w jakich zasady te powinny być stosowane.

2.2. Zakres konstytucyjnej ochrony przed dyskryminacją

Umieszczenie prawa czy wolności w Konstytucji gwarantuje mu silną ochronę polegającą na tym, że jakiegokolwiek ograniczenia mogą być ustanowione tylko w drodze ustawy i jedynie wtedy, gdy zostało to unormowane w ustawie zasadniczej przy zachowaniu szczególnej treści danego prawa. Podstawowy środek ochrony praw i wolności to droga sądowa, a także instytucja skargi konstytucyjnej, stanowiącej konstytucyjny mechanizm ochrony praw człowieka. Przykładem zastosowania tego środka prawnego w obszarze dyskryminacji ze względu na wiek było zakwestionowanie w tym trybie zgodności z Konstytucją art. 228 § 2 pkt 5 Kodeksu morskiego, który stanowił podstawę do skreślenia osoby fizycznej z listy pilotów morskich, gdy pilot ukończy 65 rok życia⁶. Mimo iż skarżący jako kwestie uboczne potraktował zarzuty niezgodności powołanego przepisu Kodeksu morskiego z obowiązkiem równego traktowania i niedyskryminacji z jakiegokolwiek przyczyny (art. 32 Konstytucji) oraz obowiązkiem zapewnienia każdemu wolności wyboru i wykonywania zawodu (art. 65 Konstytucji), warto przyjrzeć się tej sprawie. W tym miejscu, należy podkreślić, że TK określa zasadę wyrażoną w art. 32 ust. 1 jako *metaprawo*, co w praktyce oznacza, że w ramach skargi konstytucyjnej nie można powołać się na ten przepis jako samoistny, lecz należy równolegle wskazać inną normę znajdującą się w jednym z katalogów Konstytucji dotyczących poszczególnych praw i wolności (w tym przypadku art. 65).

W przywołanej sprawie, ustawowe kryterium osiągnięcia wieku 65 lat nie zostało połączone bądź uzależnione od zajścia jakiegokolwiek innej okoliczności, np. złego stanu zdrowia lub braku zdolności psychofizycznych. Jedynym właściwym kryterium dopuszczalności wykonywania zawodu przez daną osobę powinien być jej stan zdrowia, który mógłby spowodować ewentualne zagrożenie bezpieczeństwa. Nie powinno to być uzależnione wyłącznie od wieku. Konsekwencją takiej regulacji prawnej jest sytuacja, w której osoba wykonująca zawód pilota morskiego z dniem osiągnięcia 65 lat automatycznie traci uprawnienia do wykonywania zawodu bez względu na swoją kondycję umysłową

⁶ Wyrok TK z dnia 19 stycznia 2010 r., sygn. akt SK 35/08.

czy fizyczną. W przedmiotowej sprawie, badając czy doszło do dyskryminacji, należy dokonać porównania sytuacji osób wykonujących zawód pilota morskiego z zawodem tożsamym lub bardzo podobnym. Skarżący powoływał ten argument w skardze, porównując zawód pilota morskiego do zawodu kapitana statku, w którym to zawodzie można wykonywać zawód również po ukończeniu 65 lat, bez żadnych ograniczeń ustawowych. Analizując powołany stan prawny pod kątem zgodności z art. 32 Konstytucji, należy przywołać, nieznajdujący odpowiednika w prawie krajowym, art. 6 antydyskryminacyjnej dyrektywy 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy. Precyzuje on, kiedy odmienne traktowanie ze względu na wiek jest uzasadnione. Przepis ten stanowi, iż państwa mogą uznać, że odmienne traktowanie ze względu na wiek nie jest dyskryminacją, jeżeli w ramach prawa krajowego zostanie to obiektywnie i racjonalnie uzasadnione zgodnymi z przepisami celami, w szczególności polityki zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia zawodowego, i jeżeli środki mające temu służyć są właściwe i konieczne. Mimo braku implementacji tego przepisu do prawa krajowego warto o nim pamiętać, gdyż zgodnie z zasadą skutku pośredniego prawa unijnego⁷ w takiej sytuacji sąd krajowy ma obowiązek kształtować wykładnię prawa krajowego w oparciu o brzmienie i cel dyrektywy. Z kolei art. 2 ust. 5 dyrektywy 2000/78/WE, również istotny w kontekście analizowanego problemu, stanowi, iż dopuszczalne jest stosowanie przez państwa środków przewidzianych przepisami krajowymi, które są niezbędne dla zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, obrony porządku i zapobiegania działaniom podlegającym sankcjom karnym, ochrony zdrowia i ochrony praw i wolności innych osób. Reasumując, przepisy prawa krajowego, które wskazują

⁷ **Zasada skutku pośredniego** została wyprowadzona w licznych orzeczeniach TSUE. Trybunał stwierdził w nich, że sądy Państw Członkowskich mają obowiązek interpretowania prawa krajowego zgodnie z prawem wspólnotowym. Orzeczeniem o charakterze fundamentalnym dla zasady skutku pośredniego był wyrok w sprawie *Sabine von Colson and Elizabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein - Westfalen* (chodziło o dyrektywę 76/207/WE w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy), gdzie stwierdzono, że sąd krajowy powinien, tak dalece jak to jest możliwe interpretować prawo wewnętrzne, w świetle treści i celu dyrektywy, aby osiągnąć zamierzony skutek. Z kolei, **zasada skutku bezpośredniego** oznacza, w sytuacji braku w porządku prawa krajowego odpowiednich regulacji prawa, które realizują cele dyrektyw Unii Europejskiej, możliwość powołania się przed sądem krajowym wprost na regulacje unijne. Warunkiem bezpośredniego oddziaływania dyrektyw unijnych, jest upływ terminu na implementację zawartych w nich norm, które są jasne, precyzyjne oraz bezwarunkowe. Co ważne, zgodnie z orzecznictwem ETS przepisy dyrektyw mogą być wprost powoływane jedynie w postępowaniu przeciwko organowi państwowemu działającemu w charakterze pracodawcy, zleceniodawcy czy usługodawcy, w zależności od tego w jakiej dziedzinie życia doszło do naruszenia zasady równego traktowania.

konkretny wiek, wraz z ukończeniem którego osoba zostaje pozbawiona możliwości wykonywania zawodu, są zgodne z obowiązkiem równego traktowania, o którym mowa powyżej, tylko jeżeli cel, jaki stawia sobie krajowy ustawodawca, jest zgodny z prawem, a środki mające służyć jego osiągnięciu można uznać za właściwe i konieczne.

O ile celem wprowadzenia limitów wiekowych są zwykle względy bezpieczeństwa (np. pasażerów statku), które są zgodne z prawem, o tyle sprawa nie jest tak oczywista w odniesieniu do kwestii, czy środki można uznać za właściwe i konieczne. W przedmiotowej sprawie, należy odpowiedzieć sobie na pytanie, czy cel w postaci bezpieczeństwa osób pozostających na statku nie zostałby osiągnięty przez wprowadzenie np. obowiązku częstszych badań zdrowotnych osób, które ukończyły 65 lat, bez konieczności formułowania kategorycznego zakazu osobistego wykonywania zawodu przez takie osoby. Niestety TK rozpatrując sprawę, nie odniósł się do prezentowanego wątku, który stanowił jedynie dodatkowy argument strony, która skoncentrowała się na zarzutach niekonstytucyjności innych przepisów niż art. 32 w zw. z art. 65, z którymi zresztą Trybunał się nie zgodził. Niemniej, powołanie powyższej sprawy wydaje się szczególnie ważne, gdyż w Polsce są zawody, w których pracownicy mogą i chcą je nadal wykonywać, jednak prawo im tego zabrania. Ograniczenia wiekowe w wykonywaniu niektórych zawodów są oczywiście wskazane i uzasadnione. Nasuwa się jednak pytanie, czy określenie wieku, w którym osoba wykonująca zawód automatycznie zostaje pozbawiona możliwości do jego wykonywania, nie stoi w sprzeczności z antydyskryminacyjnym prawem Unii Europejskiej czy też obowiązkiem równego traktowania, o którym mowa w art. 32 Konstytucji RP.

W tym miejscu, warto przywołać wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie *Prigge* (orzeczenie z 13 września 2011 r. C-447/09), w którym stwierdzono, iż zabronienie pilotom liniowym wykonywania ich działalności po ukończeniu 60 lat stanowi dyskryminację ze względu na wiek. Trybunał zauważył, że mimo że prawo do wykonywania tej działalności może być z chwilą osiągnięcia tego wieku ograniczone, całkowity zakaz wykracza poza to, co jest konieczne w celu zapewnienia bezpieczeństwa lotów.

Co więcej, jak wynika z innego orzeczenia Trybunału, w sprawie *D. Petersen*, sądy krajowe, w przypadku gdy uregulowanie prawa krajowego, jest sprzeczne z dyrektywą 2000/78, są zobowiązane do niezastosowania tego uregulowania, nawet jeśli prawo krajowe nie przewiduje takiej możliwości. Również w sprawie *Kücükdeveci* (orzeczenie z 19 stycznia 2010 r., C-555/07) Trybunał stwierdził, iż konieczność zagwarantowania pełnej skuteczności zasady niedyskryminacji ze względu na wiek oznacza, że kiedy sąd krajowy napotyka na przepis wchodzący w zakres prawa Unii, który uważa za niezgodny z tą zasadą, a doko-

nanie wykładni tego przepisu zgodnej z prawem Unii okazuje się niemożliwe, powinien odstąpić od stosowania tego przepisu.

W 2011 r. PTPA podjęło interwencję prawną również w innej sprawie dotyczącej limitów wiekowych, jednak toczącej się w trybie administracyjnym, bez wykorzystania konstytucyjnych instrumentów ochrony praw i wolności. Sprawa dotyczyła ustawowego wprowadzenia limitów wiekowych dla kierowników aptek, wyrażającego się w zakazie sprawowania tej funkcji po ukończeniu 65 roku życia. PTPA wstąpiło do postępowania przed warszawskim Wojewódzkim Sądem Administracyjnym w sprawie dotyczącej unieruchomienia apteki ze względu na ukończenie przez jej kierownika wieku 65 lat, co miało stanowić zagrożenie życia lub zdrowia ludzi, wnosząc o zwrócenie się przez sąd do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prawnym o treści „Czy ustanowione w przepisie art. 88 ust. 3 ustawy Prawo farmaceutyczne z dnia 6 września 2001 r. (Dz. U. z 2008 r., Nr 45, poz. 271) ograniczenie wiekowe sprawowania funkcji kierownika apteki jest zgodne z treścią art. 32 Konstytucji RP?” (sygn. akt: VI SA/Wa 1899/10). Wniosek ten został jednak oddalony, a sąd przekazał sprawę do ponownego rozpoznania organowi drugiej instancji. Sprawa nadal jest w toku.

2.3. Rzecznik Praw Obywatelskich organem ds. Równego Traktowania

Konstytucyjnym organem, który ma stać na straży wolności i praw człowieka i obywatela, badając, czy prawa te nie zostały naruszone przez organy władzy państwowej, jest Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: RPO). Co więcej RPO na mocy przepisów ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania wyposażony został w kompetencje niezależnego organu równościowego. Oznacza to, że do zadań RPO należy m.in. analizowanie, monitorowanie i wspieranie równego traktowania wszystkich osób, prowadzenie niezależnych badań dotyczących dyskryminacji oraz opracowywanie i wydawanie niezależnych sprawozdań i wydawanie zaleceń odnośnie do problemów związanych z dyskryminacją. W kompetencji RPO jako organu równościowego pozostaje również udzielanie porad prawnych z zakresu dyskryminacji przez wskazanie możliwych instrumentów prawnych, jakie strona może wykorzystać dla ochrony swoich praw. Należy jednak mieć na uwadze, że RPO może podejmować jedynie interwencje w przypadkach naruszeń dokonywanych przez podmioty publiczne. Wynika to wprost z przepisu art. 80 Konstytucji, który stanowi, że każdy ma prawo wystąpienia do Rzecznika z wnioskiem o pomoc w ochronie swoich wolności lub praw naruszonych przez władzy publicznej. W sytuacji dokonania naruszeń przez podmiot prywatny RPO może jedynie podjąć się monitorowania sprawy z wyłączeniem skorzystania z władczych instrumentów przysługujących

w przypadku naruszenia dokonanego przez organy władzy publicznej. Takiego rodzaju interwencja została podjęta m.in. w sprawie dotyczącej dyskryminacji ze względu na pochodzenie romskie w dostępie do dóbr i usług na skutek odmowy wstępu osobom narodowości romskiej do jednej z poznańskich restauracji. RPO zwrócił się wówczas do Prokuratury Okręgowej oraz Komendy Miejskiej Policji o udzielenie informacji, czy zostały w tej sprawie podjęte działania, a także do Prezydenta Miasta o wyjaśnienie, czy zostały podjęte działania prewencyjne w celu zapobieżenia zaistnieniu podobnych praktyk w przyszłości. Jednocześnie monitorowano postępowanie sądowe w tej sprawie.

PTPA udzielając pomocy prawnej w sprawach dotyczących naruszenia zasady równości niejednokrotnie informowało RPO o stwierdzonych naruszeniach, czego skutkiem często było podjęcie przez ten organ interwencji w sprawie. Przykładem ilustrującym współpracę RPO z organizacjami pozarządowymi w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji jest sprawa, którą zajęło się PTPA w 2011 roku, dotycząca uniemożliwienia wejścia niewidomej kobiecie na teren jednego z parków narodowych w asyście wyszkolonego psa. Zdaniem Dyrektora parku, wstęp z psem asystującym był niemożliwy z uwagi na obowiązującą ustawę z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz. U. z 2004 r. Nr 92, poz. 880), która przewiduje zakaz wprowadzania na teren parków narodowych psów, w tym psów asystujących. PTPA zwróciło się do wówczas do Dyrektora parku o usunięcie naruszenia zasady równego traktowania przez podjęcie stosownych decyzji wewnętrznych zmierzających do interpretacji przepisów ustawy o ochronie przyrody z uwzględnieniem przepisu art. 20a ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych z dnia 27 sierpnia 1997 r. (Dz. U. Nr 123, poz. 776 ze zm.)⁸. W ocenie PTPA, w świetle powołanego przepisu osoba niewidoma w asyście psa – przewodnika miała prawo wstępu na teren parków narodowych, rezerwatów i innych obiektów turystycznych bez ograniczeń, a przepis ten miał charakter nadrzędny nad regulacją dotyczącą zakazu wprowadzania psów na teren parków narodowych i rezerwatów zawartą w art. 15 ust. 1 pkt. 16 ustawy o ochronie przyrody z dnia 16 kwietnia 2004 r. (Dz. U. Nr 92, poz. 880 ze zm.). RPO zwróciła się do Dyrektora parku o wyjaśnienie sytuacji i przedstawienie

⁸ Zgodnie z którym „osoba niepełnosprawna wraz z psem asystującym ma prawo wstępu do obiektów użyteczności publicznej, w szczególności: budynków i ich otoczenia przeznaczonych na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, świadczenia usług pocztowych lub telekomunikacyjnych oraz innych ogólnodostępnych budynków przeznaczonych do wykonywania podobnych funkcji, w tym także budynków biurowych i socjalnych”.

stanowiska w sprawie, a także podjęła inne czynności zmierzające do poprawy sytuacji osób z niepełnosprawnościami w tym obszarze, m.in. przez zwrócenie się o opinię na temat możliwości stosowania odnośnie do szlaków turystycznych przepisu art. 20a ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Na skutek interwencji PTPA i Rzecznika Praw Obywatelskich ustawą z dnia 7 grudnia 2012 r. o zmianie ustawy o ochronie przyrody oraz ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. 2013.73) zmieniono przepis art. 15 ust. 1 pkt 16 przez wprowadzenie ograniczenia, polegającego na tym, że zabrania się wprowadzania psów na obszary objęte ochroną ścisłą i czynną z zastrzeżeniem, że wstęp na te tereny mają psy asystujące. Jednocześnie zmieniono przepis art. 20a ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych w ten sposób, że doprecyzowano, iż osoba z niepełnosprawnością ma prawo wstępu, wraz z psem asystującym, na teren parków narodowych i rezerwatów przyrody.

3. Obowiązek równego traktowania w zatrudnieniu

Podstawowe zasady prawa pracy zawarte w Rozdziale II Kodeksu pracy (dalej: k.p.) określają najważniejsze, kluczowe prawa i obowiązki pracowników oraz pracodawców. Zasada równości, jako jedna z nich, została zapisana w art. 11³ k.p., który stanowi „Jakakolwiek dyskryminacja w zatrudnieniu, bezpośrednia lub pośrednia, w szczególności ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy - jest niedopuszczalna”. Wydaje się, że większość przytoczonych w rozdziale II kodeksu pracy podstawowych zasad prawa pracy, tj. równe prawa z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków, poszanowanie godności pracownika, prawo do godziwego wynagrodzenia, obowiązek zapewnienia pracownikom bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, łączy się w pewnym stopniu ze sobą, a za ich spoiwo można uznać regułę równości i niedyskryminacji w ich realizacji.

W sposób szczegółowy obowiązek równego traktowania w zatrudnieniu został uregulowany w rozdziale IIa (art. 18^{3a} – 18^{3e} k.p.), a także w rozdziale dotyczącym obowiązków pracodawcy, gdzie oprócz obowiązków, takich jak stosowanie obiektywnych i sprawiedliwych kryteriów oceny pracowników oraz wyników ich pracy, wpływające na kształtowanie w zakładzie pracy zasad współżycia społecznego, ustawodawca wskazuje obowiązek pracodawcy przeciwdziałania dyskryminacji w zatrudnieniu (art. 94 pkt 2b k.p.).

3.1. Otwarty katalog przesłanek dyskryminacji

Art. 18^{3a} k.p. zawiera listę obszarów zatrudnienia, w jakich pracodawca jest zobowiązany do równego traktowania: „Pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych”. Przy czym dyskryminacja polega na różnicowaniu praw i obowiązków osób, które noszą cechy prawnie chronione, które to cechy z punktu widzenia wykonywanej przez nie pracy nie są istotne. Przedmiotową cechą lub cechy podmiot, który stawia zarzut gorszego traktowania i występuje z roszczeniem o odszkodowanie do sądu pracy, jest zobowiązany wskazać już w pozwie. Ma to odpowiednio ukierunkować postępowanie dowodowe oraz w związku z tym, iż w postępowaniach o dyskryminację ma zastosowanie zasada przeniesionego ciężaru dowodu, umożliwić pozwanemu pracodawcy podjęcie obrony i wykazanie, że nie stosował w stosunku do pracownika powoływanego przez niego kryterium dyskryminującego⁹.

Mówi o tym orzecznictwo Sądu Najwyższego, który przyjął, że dyskryminowaniem w rozumieniu art. 18^{3a} § 1 k.p. jest nierówne traktowanie w zatrudnieniu z przyczyn określonych w tym przepisie i nie jest wystarczające powołanie się przez pracownika na działanie pracodawcy o „podłożu dyskryminacyjnym”, bez podawania konkretnej cechy, ze względu na którą doszło do gorszego traktowania (tj. płeć, niepełnosprawność etc.). Należy doprecyzować, o jakie podłoże dyskryminacyjne chodzi, odwołując się bądź do cech wprost wymienionych w powołanym artykule, bądź innych, gdyż katalog zawiera jedynie przykładową listę. Zostało to ujęte w następujący sposób „Pracownicy powinni być równo traktowani [...] w szczególności bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także bez względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo na pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy”¹⁰.

Na podstawie powyższej regulacji, istnieje więc możliwość powoływania cech prawnie chronionych, które nie zostały literalnie wskazane w przepisie, ale które stanowiły podstawę gorszego traktowania pracownika czy pracownicy. Jak wynika z orzeczenia przywołanego powyżej, dowolność powoływania cech prawnie chronionych spoza listy zawartej wprost w art. 18^{3a} k.p. nie jest

⁹ K. Gonera, *Rozkład ciężaru dowodu w sprawach o dyskryminację w zatrudnieniu w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 2011, dostępne na: <http://www.ptpa.org.pl/public/files/Ciężar%20dowodu%20w%20sprawach%20o%20dyskryminację%2021%20wrzesnia%202011.pdf>.

¹⁰ Wyrok z 3 września 2010 r., sygn. akt I PK 72/10 (LEX nr 653657)

jednak nieograniczona. Świadczy o tym również orzeczenie Sądu Najwyższego, w którym zawarto stwierdzenie, iż „Przykładowe wyliczenie objętych (dyskryminacją) kryteriów wskazuje, że niewątpliwie chodzi tu o cechy i właściwości osobiste człowieka niezwiązane z wykonywaną pracą i to o tak doniosłym znaczeniu społecznym, że zostały przez ustawodawcę uznane za zakazane kryteria różnicowania w dziedzinie zatrudnienia. Otwarty katalog tych przyczyn pozwala zatem na jego uzupełnienie wyłącznie o inne cechy (właściwości, przymioty) osobiste o społecznie doniosłym znaczeniu, takie jak np. światopogląd, nosicielstwo wirusa HIV, a nawet wygląd, jeżeli w określonych okolicznościach może być uznany za przyczynę różnicowania pracowników stanowiącego przejaw dyskryminacji”¹¹. Tak więc, jak wynika z powołanego orzeczenia, to sąd orzekający w sprawie każdorazowo będzie badał, czy nową, dodatkową przesłankę wskazywaną przez stronę powodową jako podstawę dyskryminacji, należy uznać za przesłankę o społecznie doniosłym znaczeniu i w konsekwencji przyznać jej ochronę prawną.

Doświadczenie PTPA odnośnie do wskazywania cech prawnie chronionych spoza katalogu wprost wskazanego w art. 18^{3a} k.p. dotyczy zarówno spraw, które zostały zakończone na etapie przedsądowym, jak również stanowią przedmiot postępowania sądowego. Przykładowo, PTPA udzieliło wsparcia w sprawie, w której istniało podejrzenie dyskryminacji ze względu na karalność osoby aplikującej na etapie rekrutacji. Podmiotem prowadzącym rekrutację była instytucja bankowa, której przedstawiciel zażądał od Bożeny K. okazania zaświadczenia o niekaralności, uzależniając od tego zawarcie z nią umowy o pracę. Bożena K. była karana, więc nie mogła przedstawić przedmiotowego zaświadczenia. Z tego powodu nie zawarto z nią umowy o pracę, mimo że pomyślnie przeszła etap weryfikacji kwalifikacji zawodowych. PTPA udzieliło pomocy w przygotowaniu pisma do niedoszłego pracodawcy, w którym odwołano się do treści art. 18^{3a} § 1 k.p., który stanowi, iż pracownicy powinni być równo traktowani m.in. w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, więc również na etapie rekrutacji. Powołano się również na katalog otwarty cech prawnie chronionych, ze względu na które nie można dyskryminować, jako podstawę zaistniałej dyskryminacji wskazując przesłankę karalności. Powołano się również art. 22¹ § 1 k.p., na podstawie którego pracodawca ma prawo żądać od osoby ubiegającej się o zatrudnienie jedynie podania danych osobowych obejmujących: imię (imiona) i nazwisko, imiona rodziców, datę urodzenia, miejsce zamieszkania (adres do korespondencji), wykształcenie, przebieg dotychczasowego zatrudnienia. Innych niż powyżej wymienione dane osobowe pracodawca może żądać tylko wówczas, jeżeli obowiązek ich podania

¹¹ Wyrok z 2 października 2012 r., sygn. akt II PK 82/12 (LEX nr 1243029).

wynika z odrębnych przepisów. Podkreślić trzeba, że art. 6 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 24 maja 2000 roku o Krajowym Rejestrze Karnym prawo do uzyskania informacji o osobach, których dane osobowe zgromadzone zostały w Rejestrze, przyznaje jedynie pracodawcom, w zakresie niezbędnym dla zatrudnienia pracownika, co do którego z przepisów ustawy wynika wymóg niekaralności. Ponieważ nie identyfikowano przepisów szczególnych, które stanowiłyby podstawę do żądania informacji o niekaralności w stosunku do pracownika banku na stanowisku, na które aplikowała Bożena K., warunki zatrudnienia podane przez pracodawcę należało uznać za całkowicie bezprawne. W reakcji na pismo pracodawcy podpisał porozumienie, na podstawie którego wypłacono klientce PTPA rekompensatę stanowiącą równowartość trzymiesięcznego wynagrodzenia, jakie by otrzymała, gdyby została zatrudniona na trzymiesięczny okres próbny, który zwyczajowo w tym zakładzie pracy tyle wynosił.

W innej sprawie, którą zajmuje się PTPA, która obecnie znajduje się na początku postępowania sądowego, powódka która stawia zarzut dyskryminacji ze względu na płeć na etapie rekrutacji domaga się odszkodowania stanowiącego równowartość rocznego wynagrodzenia, które otrzymałaby, gdyby została zatrudniona, gdyż jak wynika z informacji które pozyskała, umowa na okres próbny w zakładzie pracy, któremu stawia zarzut złamania zasady równego traktowania, zwyczajowo wynosi rok.

Kolejna sprawa, w którą obecnie angażuje się PTPA, to sprawa Agnieszki K., która wystąpiła przeciwko instytucji państwowej z zarzutem dyskryminacji ze względu na jej transseksualność, zarówno odnośnie warunków pracy, dostępu do awansu, jak również okoliczności rozwiązania z nią stosunku pracy. Jak się wydaje przesłanka transseksualności, która nie została wprost wskazana w Kodeksie pracy nie powinna budzić wątpliwości co do jej społecznie doniosłego znaczenia, szczególnie w odniesieniu do trudności, z jakimi często borykają się osoby transseksualne, w tym również w środowisku pracy. Powódka domaga się ponad 200 000 zł tytułem odszkodowania za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu. Sprawa jest w toku.

3.2. Formy dyskryminacji

Zgodnie z art. 18^{3a} § 3-6 k.p. dyskryminacja w zatrudnieniu może występować w następujących formach: jako dyskryminacja bezpośrednia, dyskryminacja pośrednia, molestowanie, molestowanie seksualne. Przejawem dyskryminowania jest także działanie polegające na zachęcaniu innej osoby do naruszania zasady równego traktowania w zatrudnieniu lub nakazaniu jej naruszenia tej zasady.

3.2.1. Dyskryminacja bezpośrednia

Zgodnie z art. 18^{3a} § 3 do dyskryminowania bezpośredniego dochodzi wówczas, gdy pracownik z jednej lub z kilku przyczyn przykładowo wyróżnionych w § 1 tego artykułu był, jest lub mógłby być traktowany w porównywalnej sytuacji mniej korzystnie niż inni pracownicy, którzy tej cechy prawnie chronionej nie posiadają. Jak wiadomo przepisy antydyskryminacyjne w Kodeksie pracy, wprowadzono implementując antydyskryminacyjne dyrektywy Unii Europejskiej. Niestety, polski ustawodawca pominął ten człon unijnej definicji, z którego wynika, że dyskryminacja występuje w przypadku, gdy osobę traktuje się mniej przychylnie niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inna osobę w porównywalnej sytuacji z powodu płci, rasy itd. A zatem, polska definicja wadliwie odnosi aspekt zachowania w przeszłości lub zachowania hipotetycznego do samej osoby dyskryminowanej, zamiast do innego pracownika w porównywalnej sytuacji. Dlatego też, pamiętając o pośrednim skutku dyrektyw wspólnotowych, należy wziąć pod uwagę prawidłowe brzmienie definicji „dyskryminacji bezpośredniej” zawartej w antydyskryminacyjnych dyrektywach wspólnotowych i w ten sposób interpretować definicję prawa krajowego¹².

Anna G. wystąpiła do sądu z zarzutem dyskryminacji po tym jak została zwolniona z pracy. Jako przesłankę gorszego traktowania wskazała na fakt skorzystania z kodeksowych uprawnień związanych z rodzicielstwem, konkretnie możliwości pracy w ograniczonym wymiarze godzin pracy po wykorzystaniu części przysługującego urlopu wychowawczego (art. 186⁸ k.p.). Oficjalnie pracodawca rozwiązał stosunek pracy w oparciu o przepisy ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników (Dz.U. 2003 nr 90 poz. 844), powołując się na złą sytuację finansową firmy. Powódka podnosiła, iż była to przyczyna pozorna, a w rzeczywistości została wytypowana do zwolnienia w związku z tym, iż zgodnie z przysługującymi jej kodeksowymi uprawnieniami, wystąpiła o możliwość pracy w ograniczonym wymiarze godzin przez okres, przez który mogłaby korzystać z urlopu wychowawczego. PTPA wstąpiło do postępowania sądowego, jako organizacja pozarządowa działająca na rzecz przeciwdziałania dyskryminacji. Po kilku rozprawach pracodawca złożył propozycję zawarcia ugody, w wyniku której powódka otrzymała od byłego pracodawcy 50 000 zł.

Zanim jednak pozwany złożył propozycję zawarcia ugody, podnosił całkowitą bezzasadność zarzutu powódki dyskryminacji bezpośredniej. Jako koronny argument, iż nie doszło do nierównego traktowania, pozwany wskazywał porównanie sytuacji powódki do sytuacji jej współpracownicy, która kilka

¹² K. Kędziora, K. Śmiszek, *Dyskryminacja i mobbing w zatrudnieniu*, Warszawa 2010, s. 34

miesiący przed powódką skorzystała z analogicznych uprawnień, tj. wystąpiła z wnioskiem o pracę w ograniczonym wymiarze godzin po wykorzystaniu części urlopu wychowawczego i która po rozwiązaniu z powódką stosunku pracy przejęła jej obowiązki. Tymczasem, jak podnosiła powódka, jej sytuację należało porównać nie z sytuacją wskazanej przez pracodawcę pracownicy, ale z innym pracownikiem, który nie posiadał przedmiotowej cechy prawnie chronionej, czyli nie skorzystał z kodeksowych uprawnień związanych z rodzicielstwem. Na uzasadnienie swojej tezy, powódka przedstawiła okoliczności, w których doszło do tego, że współpracownica, z którą ją porównywał pracodawca, zanim zajęła ostatecznie stanowisko powódki, już w czasie jej usprawiedliwionej nieobecności (pozostawanie najpierw na urlopie macierzyńskim, a następnie wychowawczym), czasowo przejęła jej obowiązki. Cofając się jeszcze dalej, obowiązki rzeczony współpracownicy, gdy ta była nieobecna w pracy w związku urodzeniem dziecka, przejął pracownik – mężczyzna, który został wówczas zatrudniony jedynie na zastępstwo. Mimo to współpracownica po powrocie z urlopu wychowawczego nie wróciła do swoich dotychczasowych obowiązków, sprzed urlopów macierzyńskiego i wychowawczego. Powierzono jej obowiązki powódki, a pracownik początkowo przyjęty na zastępstwo, został zatrudniony na stałe, definitywnie przejmując jej dotychczasowe obowiązki.

Dlatego też analizując, czy doszło do dyskryminacji bezpośredniej, zasadne wydaje się porównanie sytuacji powódki do sytuacji pracownika, który przejął obowiązki współpracownicy, który spośród tych trzech pracowników miał najmniej doświadczenie w pracy w pozwanej firmie i obiektywnie rzecz oceniając, zważywszy na interes firmy, jego zwolnienie byłoby najmniej dotkliwe z punktu widzenia korzyści, jakie pracodawca czerpie z doświadczenia swoich pracowników. Wymierne oszczędności czy korzyści firma, która przeżywa kryzys finansowy, może czerpać nie tylko z faktu płacenia jak najniższych wynagrodzeń swoim pracownikom, ale również za sprawą doświadczenia, wydajności oraz skuteczności poszczególnych pracowników. Tymczasem, jak dowodziła powódka, jej praca była oceniana bardzo wysoko, a pracodawca nie podjął żadnej próby zatrzymania jej w firmie, np. proponując niższe wynagrodzenie lub inne stanowisko. Okoliczności sprawy wskazywały, iż pracodawca wolał zatrudnić mężczyznę, zakładając, że mężczyźni dużo rzadziej od kobiet korzystają z uprawnień kodeksowych związanych z rodzicielstwem i jedną kobietę po urlopie wychowawczym, która korzysta z uprawnienia z art. 186⁸ k.p., niż dwie kobiety korzystające z analogicznych uprawnień.

Odwołując się do definicji dyskryminacji bezpośredniej, w sytuacji, w której istniałaby wątpliwość, czy w firmie był lub jest pracownik, z którym możemy porównać sytuację powódki, na podstawie wykładni celowościowej kodeksowej definicji tej formy dyskryminacji, sytuację powódki można porównać rów-

niez z hipotetycznym pracownikiem, którego praca oceniana jest przez pracodawcę bardzo wysoko i który np. wraca z długotrwałego urlopu bezpłatnego, ale który nie posiada małego dziecka oraz który nie korzysta ze szczególnego uprawnienia związanego z rodzicielstwem, zawartego w art. 186⁸ Kodeksu pracy. Na tej podstawie, można by zakładać, że z dużym prawdopodobieństwem osoba ta nie zostałaby zwolniona i mogłaby kontynuować zatrudnienie na stanowisku tym samym bądź innym adekwatnym do jej kwalifikacji.

3.2.2. Dyskryminacja pośrednia

Zgodnie z art. 18^{3a} § 4 k.p., dyskryminacja pośrednia zachodzi, gdy na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje albo szczególnie niekorzystna sytuacja w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych wobec wszystkich lub znacznej liczby pracowników należących do grupy wyróżnionej ze względu na jedną lub kilka przyczyn określonych tym przepisem, chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne. Dla stwierdzenia dyskryminacji pośredniej kluczowe znaczenie ma ustalenie, czy przyczyna rozróżnienia (inna niż płeć, niepełnosprawność itd.) jest tylko pozorna, a prawdziwa jest wtedy, jeśli jest obiektywnie i prawnie uzasadniona. Często jest tak, że pracodawcy uzasadniając swoje działanie, wskazują cel zgodny z prawem, jak np. kwestie zapewnienia bezpieczeństwa w miejscu pracy czy też względy marketingowe (np. podniesienie sprzedaży, pozyskanie nowej grupy klientów). Wówczas, badając czy mimo to doszło do dyskryminacji pośredniej, należy zadać pytanie, czy środki zastosowane do osiągnięcia postawionego celu są jedynymi możliwymi, czy cel można osiągnąć również za pomocą innych środków, które nie obciążają nadmiernie pracodawcy, a jednocześnie nie prowadzą do wykluczenia grupy pracowników, którzy są nosicielami jednej lub kilku cech prawnie chronionych. Należy również pamiętać o konieczności zachowania zasady proporcjonalności między interesem pracodawcy, a dobrem osób narażonych na dyskryminację. Jeżeli pracodawca miałby możliwość uniknięcia zastosowania kwestionowanego kryterium jedynie przez poniesienie wydatków niewspółmiernie wysokich, które narażałyby go na utratę płynności finansowej firmy, wówczas dowodząc tego, mimo stwierdzenia nierówności, mógłby skutecznie uchylić się od odpowiedzialności za dyskryminację.

Przykładem tej formy dyskryminacji, jest sprawa, którą PTPA konsultowało z przedstawicielami związków zawodowych dużej firmy krajowej prowadzącej działalność o charakterze usługowym. Chodziło o kryterium przydzielania premii pracownikom. Do premii typowani byli pracownicy, którzy mieli najwyższą frekwencję w pracy, czyli w najmniejszym stopniu korzystali ze zwolnień lekarskich bądź innych usprawiedliwionych nieobecności przysługujących im na podstawie przepisów prawa. Przedstawiciele związków powzięli wątpliwość, czy przedmiotowe kryterium stosowane przez pracodawcę na pewno jest neutralne, czy może prowadzi do gorszego traktowania niektórych grup pracowników, np. osób chorych, niepełnosprawnych, osób starszych, osób mających małe dzieci lub sprawujących opiekę nad inną osobą zależną, które zwykle częściej korzystają ze zwolnień lekarskich bądź innych uprawnień wynikających z właściwych przepisów prawa. Analizując sprawę w pierwszej kolejności należało zadać pytanie, jaki cel przyświecał pracodawcy, wydającemu podobne zarządzenie. Wydaje się, że chodziło o zwiększenie efektywności pracy osób zatrudnionych, a co za tym idzie wyższe zyski dla firmy. Tak więc, cel ten należy uznać za zgodny z prawem. W drugiej jednak kolejności należy zadać sobie pytanie, czy tak określony cel działań pracodawcy nie jest możliwy do osiągnięcia w inny sposób, niewykluczający pewnych grup pracowników od możliwości uzyskania premii. Jeżeli odpowiedź będzie pozytywna, wówczas należy zakładać, że doszło do złamania przez pracodawcę zasady równego traktowania w formie dyskryminacji pośredniej.

3.2.3. Molestowanie

Formą dyskryminacji jest również molestowanie (art. 18^{3a} § 5 pkt 2 k.p.), czyli niepożądane zachowanie, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika i stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery. Warunkiem zaistnienia molestowania jest brak zgody osoby molestowanej na określone zachowania. Ocena odczuwanego zachowania jest uzależniona przede wszystkim od obiektu molestowania, czyli pracownika i jego subiektywnych uczuć. W przypadku, gdy pracownik czy pracownica akceptuje określone zachowanie przełożonego czy współpracownika, nie można mówić o czynach wypełniających znamiona definicji tej formy dyskryminacji. Dlatego ważne jest, aby sprzeciw wobec molestującego był wyrażony wyraźnie i stanowczo tak, aby nie było wątpliwości, że dane zachowania są nieakceptowane i niewłaściwe w odczuciu osoby molestowanej. Dopiero po wyrażeniu niezwłocznego sprzeciwu wobec określonych zachowań można stwierdzić, że określona sytuacja była przejawem molestowania i można ją uznać za bezprawną.

Warto wskazać, że odmiennie niż w definicji molestowania zawartej w antydyskryminacyjnych dyrektywach wspólnotowych, za sprawą implementacji których, przedmiotowa definicja została wprowadzona do Kodeksu pracy, krajowa definicja nie odwołuje się do podstaw dyskryminacji, o których mowa w art. 18^{3a} §1 k.p. Niemniej jednak, można powiedzieć, że polska definicja molestowania, przez jej umieszczenie w treści art. 18^{3a} k.p., który w całości dotyczy zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu, i zdefiniowanie molestowania jako zachowania stanowiącego „przejaw dyskryminowania w rozumieniu § 2, który przewiduje bezpośrednią i pośrednią formę dyskryminacji” ze względu na podstawy dyskryminacji wskazane w § 1 omawianego przepisu, pozwala na interpretowanie tego zapisu w sposób zgodny celem, jaki w tym zakresie chciał osiągnąć ustawodawca unijny. Tak więc, stawiając zarzut molestowania, należy tak jak w odniesieniu do zarzutu dyskryminacji bezpośredniej czy pośredniej, wskazać cechę prawnie chronioną, ze względu na którą doszło do molestowania.

Rozpatrując sytuację molestowania, nie ma konieczności odwołania się do modelu porównawczego, tak jak przy dyskryminacji bezpośredniej. Nie ma również potrzeby udowadniania zamiaru naruszenia godności. Molestowaniem jest zachowanie, które jest nakierowane lub skutkuje naruszeniem godności albo poniżeniem lub upokorzeniem pracownika. Analizie podlega wyłącznie cel lub skutek niepożądanego zachowania. To, czy zachowanie pracodawcy należy uznać za molestowanie również według obiektywnych kryteriów oceny, każdorazowo bada sąd.

Postępowanie, które dotyczyło zachowań stanowiących molestowanie ze względu na orientację seksualną i wygląd, do którego PTPA wstąpiło w drugiej instancji, dotyczyło sprawy Andrzeja M., który był zatrudniony w sklepie na stanowisku sprzedawcy na czas określony. Obowiązki powoda obejmowały obsługę kasy fiskalnej oraz sprzedaż i wykładanie towaru na półki znajdujące się przy kasie. W toku postępowania przed sądem I instancji powód wniósł m.in. o odszkodowanie z tytułu dyskryminacji w zatrudnieniu w wysokości dwunastokrotnego minimalnego wynagrodzenia za pracę (18 000 zł). Powód jest osobą homoseksualną i fakt ten był znany kierownikom oraz pozostałym współpracownikom, co nie było przedmiotem jego sprzeciwu. Współpracownicy zatrudnieni jako sprzedawcy nie komentowali orientacji seksualnej powoda, utrzymywali z nim kontakty towarzyskie. Zarówno w obecności innych współpracowników, jak i w obecności klientów, otwarcie negatywny stosunek do powoda okazywał natomiast wielokrotnie kierownik sklepu. Wielokrotnie zwracał się do powoda, wulgarnie komentując jego orientację seksualną („pedale”, „ty szwulu”), również w kontekście wykonywania obowiązków pracowniczych („bo ty gej jesteś”, „nie wiem, kto takiego pedała przyjął do pracy”), oraz wygląd („ty gruba świnió”). Kierownik upokarzał powoda przy klientach skle-

pu, każąc mu również np. przeprosić klienta, który próbował ukraść produkt ze sklepu. Powód wyrażał sprzeciw wobec takiego zachowania, mimo to zachowanie przełożonego nie ulegało zmianie. Sąd I instancji zasądził od pozwanej spółki na rzecz powoda kwotę 4500 zł tytułem odszkodowania za dyskryminację w zatrudnieniu w formie molestowania ze względu na orientację seksualną, stanowiącą trzykrotność minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Apelację od powyższego wyroku założyła zarówno strona powodowa jak i pozwana. Sąd okręgowy podtrzymał wyrok I instancji¹³ odnośnie zarzutu molestowania, twierdząc, że zaistniała w sprawie dyskryminacja przybrała postać bezpośrednią i miała na celu naruszenie godności powoda i stworzenie wobec niego poniżającej, upokarzającej i uwłaczającej atmosfery. Doszło zatem do molestowania, w wyniku którego naruszona została godność osobista powoda, czyli najwyższe dobro osobiste podlegające podwyższonej ochronie, przez co powód poniósł szkodę niematerialną wymagającą naprawienia przez pracodawcę, który nie zapobiegł aktom dyskryminacji. Szkodę materialną sąd określił na podstawie długości pozostawania przez powoda bez źródła utrzymania po tym, jak w sposób dyskryminujący został zwolniony z pracy. Co ważne, sąd odpowiadając na zarzuty apelacyjne pozwanej firmy stwierdził, że adresatem roszczeń wynikających z dyskryminacji jest zawsze pracodawca, choćby to inny pracownik dopuszczał się niezgodnych z prawem zachowań. Wynika to choćby z treści art. 94 pkt. 2b k.p., który wskazuje obowiązek pracodawcy przeciwdziałania dyskryminacji.

Dodatkowo, w oparciu o przedmiotowy stan faktyczny warto przytoczyć stwierdzenie sądu I instancji, który zauważając, iż doszło do dyskryminacji w sprawie, stwierdził że: „Powód tej orientacji nie krył przed innymi. Nie oznaczało to jednak, że tak współpracownicy, jak i kierownik sklepu, mają prawo do jej publicznego ujawniania podczas pracy w sklepie, w obecności klientów, nie mówiąc już o wulgarnym i poniżającym komentowaniu tej orientacji w kontekście wykonywania przez powoda obowiązków pracowniczych czy publicznym zwracaniu się do powoda, przy użyciu słów wulgarnych wskazujących na jego orientację seksualną¹⁴”.

Powyższe stwierdzenie nabiera szczególnego znaczenia w zestawieniu ze stanowiskiem sądu w innej sprawie, którą zajmowało się PTPA. Ewa K., wystąpiła do sądu z pozwem przeciw pracodawcy, również o odszkodowanie za dyskryminację w formie molestowania ze względu na orientację seksualną, z którym spotkała się w trakcie odbywanego stażu i które polegało na kierowaniu w stosunku do niej przez współpracownice obelżywych komunikatów o charak-

¹³ Wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 27 listopada 2012 r., sygn. akt VI Pa 56/12, niepubl.

¹⁴ Wyrok Sądu Rejonowego w Słubicach z dnia 18 czerwca 2012 r., sygn. akt IV P 30/11, niepubl.

terze homofobicznym. Zaistniała sytuacja skłoniła ją do zrezygnowania z odbycia stażu przed terminem. Sądy obydwu instancji nie zgodziły się z zarzutem powódki, uznając jej roszczenie za całkowicie bezzasadne. Sąd I instancji ustalił, iż „Niezwłocznie po rozpoczęciu stażu powódka poinformowała wszystkie osoby pracujące bądź odbywające praktyki uczniowskie w tym samym sklepie, iż jest odmiennej orientacji seksualnej”, a następnie stwierdził, że „miejsce pracy, a w przypadku powódki, odbywania stażu, nie jest miejscem odpowiednim do prowadzenia rozmów o intymnych szczegółach życia, takich jak orientacja seksualna, czy sposób realizacji potrzeb seksualnych i to z osobami obcymi”¹⁵. Nie wdając się w polemikę z prawomocnym wyrokiem niezawisłego sądu, warto jednak uczulić, jak ważne w sprawie może okazać się zarysowanie tła problemu, czy kontekstu społecznego sprawy, czyli przedstawienie wiedzy specjalistycznej na temat danej grupy społecznej, do której należy osoba występująca z roszczeniem, której osoby orzekające mogą nie posiadać. Ma to ogromne znaczenie, również ze względu na treść art. 233 Kodeksu postępowania cywilnego, na podstawie którego sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, ale także według własnego przekonania.

W sprawie, w której pada zarzut dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, kluczową informacją uprawdopodobniającą fakt nierównego traktowania może okazać się przedstawienie danych statystycznych czy innych wiarygodnych źródeł informacji (np. badań prowadzonych przez wyspecjalizowane organizacje pozarządowe) na temat problemu, jego skali, ale również tego, w jaki sposób homofobia się przejawia. Przyjmując, że sąd uznaje powództwo za niezastługujące na uwzględnienie, głównie w oparciu o tezę, że osoba stawiająca zarzut szykanowania jej przez współpracowników ze względu na swoją orientację seksualną, nie może skutecznie wystąpić z roszczeniem o odszkodowanie za złamanie zasady równego traktowania w zatrudnieniu, gdyż otwarcie mówiła w miejscu pracy o swojej orientacji seksualnej, może prowadzić do podejrzenia przekroczenia swobodnej oceny dowodów w tym zakresie. Trudno bowiem zakładać, że rozumowanie sądu byłoby analogiczne w stosunku do osoby, która otwarcie deklaruje swoją orientację jako heteroseksualną, opowiadając w miejscu pracy np. o swoim parterze, partnerce czy dzieciach.

¹⁵ Wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 14 czerwca 2011 r., sygn. akt IV Pa 63/11, niepubl.

3.2.4. Molestowanie seksualne

W świetle rozważań dotyczących molestowania seksualnego jako formy dyskryminacji w miejscu pracy (art. 18^{3a} § 6 k.p.), bardzo ważne jest podkreślenie szczególnego charakteru tego problemu, który wciąż jest zaliczany do tematów, o których nie mówi się dużo i otwarcie, a ofiary molestowania w obawie przed stygmatyzacją i wtórną wiktyimizacją decydują się milczeć. Nie oznacza to jednak, że problem ten nie występuje. Według badań CBOS w Polsce mniej więcej co 10 pracująca kobieta w wieku do 34 lat przyznaje, że była obiektem nieakceptowanego zachowania o podłożu seksualnym ze strony przełożonego. Ponad jedna piąta osób pracujących lub uczących się (22%) przyznaje, że w miejscu pracy lub na uczelni współpracownicy lub koledzy robią nieodpowiednie, naruszające godność uwagi o podtekście seksualnym. 7% dostrzega natomiast zachowania spełniające definicję molestowania seksualnego w sensie fizycznym (niestosowne gesty o podtekście seksualnym). Należy przy tym pamiętać, że dane zawarte w raporcie przedstawiają minimalny poziom zjawiska, gdyż wiele osób poszkodowanych z różnych przyczyn obawia się mówić o swoich doświadczeniach¹⁶. Jak zauważa Eleonora Zielińska w Polsce wciąż istotnym problemem jest to, że pracownicy i pracodawcy mają trudności z identyfikacją działań, które wypełniają znamiona molestowania seksualnego. Brak świadomości i wiedzy na temat dyskryminacji ze względu na płeć powoduje, że działania, które powinny być uznane za molestowanie seksualne, w oczach przełożonych i współpracowników traktowane są jedynie jako niesmaczne żarty. To z kolei sprawia, że sprawcy tych zachowań nie ponoszą żadnych konsekwencji służbowych. Potwierdzeniem tego są badania przeprowadzone przez ASM Centrum Badań i Analiz Rynku, które pokazują, iż pracodawcy nie potrafią odpowiednio wskazać zachowań o charakterze dyskryminującym. Co więcej, większość z nich uznaje te zachowania za zgodne z polskim prawem¹⁷. Nie bez znaczenia jest również to, że problem molestowania seksualnego w miejscu pracy w dalszym ciągu jest tematem wstydliwym oraz charakteryzującym się stereotypowym podejściem. Ciągłe bardzo powszechny jest sposób myślenia o kobiecie molestowanej, jako o osobie, która „była wyzywającą”, „sama tego chciała”, to z kolei sprzyja wykorzystywaniu przez pracodaw-

¹⁶ *Molestowanie seksualne. Komunikat z badań, CBOS, Warszawa 2007.*

¹⁷ E. Zielińska, *Ochrona przed mobbingiem i molestowaniem oraz innymi przejawami dyskryminacji ze względu na płeć, [w:] Gender Index. Monitorowanie równości kobiet i mężczyzn w miejscu pracy, Warszawa 2007, s.150.*

cę zależności władzy i bezkarności, a kobietę stawia w sytuacji opresji, skazując ją na społeczny ostracyzm, wstyd i poczucie winy¹⁸.

Zgodnie z art. 18^{3a} § 6 Kodeksu pracy dyskryminowaniem ze względu na płeć jest molestowanie seksualne, rozumiane jako każde niepożądane zachowanie o charakterze seksualnym lub odnoszące się do płci pracownika, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika, w szczególności stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery; na zachowanie to mogą się składać fizyczne, werbalne lub pozawerbalne elementy. Koniecznym elementem jest sprzeciw, który pozwala uznać daną sytuację za przejaw molestowania seksualnego. Podstawowa cecha molestowania seksualnego tkwi bowiem w fakcie, że jest ono odczuwane jako niepożądane przez osobę, która jest adresatem tego zachowania. Jako przykład zachowań, które przez ich adresatów czy adresatki mogą być odbierane jako nieakceptowane i które mogą być uznane za molestowanie seksualne, można wskazać zarówno zachowania fizyczne jak i werbalne i pozawerbalne, takie jak: zniewagi i obelgi, insynuacje, niestosowne uwagi na temat ubioru, uczesania, wieku, sytuacji rodzinnej, lubieżne spojrzenia, różnego rodzaju pieszczoty (przytulanie, głaskanie) lub gesty o konotacji seksualnej, wysyłanie sprośnych liścików lub e-maili, wprowadzanie stosunków, które naruszają godność osobistą ofiary, opowiadanie dowcipów lub prezentacja treści o charakterze erotycznym, używanie takich słów jak: „kochanie”, „złotko”, „serdeńko”. Ponadto trzeba wyraźnie podkreślić, iż molestowanie seksualne można uznać za bezprawne nawet wtedy, gdy sprawca swoim zachowaniem nie wypełnia znamion żadnego przestępstwa w świetle Kodeksu karnego.

W tym miejscu, warto wspomnieć sprawę Bożeny D., która obecnie rozpatrywana jest przez sąd I instancji. Powódka jest reprezentowana przez prawniczkę *pro bono* współpracującą z PTPA. W przedmiotowej sprawie powódka dochodzi roszczeń m.in. z tytułu złamania przez pracodawcę (instytucję publiczną) zasady równego traktowania w zatrudnieniu przez zachowania o charakterze molestowania seksualnego jej bezpośredniego przełożonego. Powódka wielokrotnie wyrażała swój sprzeciw wobec zachowań o charakterze seksualnym, komunikując go zarówno sprawcy zachowań, jak również innym przełożonym. Drogą oficjalną powódka występowała o zmianę bezpośredniego przełożonego, podając przyczynę swojego wniosku. Niestety mimo że ostatecznie pracodawca zmienił osobę nadzorującą pracę powódki, to jednak nie zostały przeprowadzone żadne czynności wyjaśniające kwestię zgłaszanego molestowania seksualnego powódki. Powódka występując z roszczeniem od-

¹⁸ O. Borkowska, *Piętnować sprawców a nie ofiary*, [w:] *Niemoralne propozycje. Molestowanie seksualne w miejscu pracy*, Warszawa 2008, s. 37

szkodowawczym, uprawdopodobniając molestowanie seksualne przedstawiła przed sądem zaświadczenie z Poradni Zdrowia Psychicznego, potwierdzające zdiagnozowanie u niej zespołu stresu pourazowego (PTSD), objawiającego się m.in. silnymi lękami, myślami samobójczymi, apatią na przemian z agresją, bezsennością.

Ze względu na to, że pracodawcą jest instytucja publiczną, szczególną uwagę należy zwrócić na to, iż przeciwdziałanie dyskryminacji w tym przeciwdziałanie molestowaniu seksualnemu w miejscu pracy jest obowiązkiem pracodawcy, wynikającym z art. 94 pkt 2b k.p. Powołany przepis stanowi, że pracodawca jest obowiązany w szczególności przeciwdziałać dyskryminacji w zatrudnieniu, tak więc ustanawia pracodawcę całkowicie odpowiedzialnym za przestrzeganie zasady równouprawnienia w zakładzie pracy. Zdaniem Komisji Europejskiej najbardziej skutecznymi działaniami pozwalającymi rozwiązać problem molestowania seksualnego są działania pracodawcy związane z ogólną polityką w zakresie zasady upowszechniania równego traktowania w zatrudnieniu. Wyrazem zaangażowania pracodawców w przeciwdziałanie molestowaniu seksualnemu w miejscu pracy jest ogłoszenie deklaracji wyraźnie stwierdzającej, że molestowanie nie może być ani dopuszczalne, ani tolerowane, a pracownicy, którzy zaznali takiego zachowania, mają prawo do wniesienia skargi.

Co ważne, deklaracja taka powinna określać procedurę, zgodnie z którą powinien postąpić pracownik, który doznał molestowania seksualnego. Według europejskich standardów prawnych deklaracja taka powinna również zawierać gwarancję, że skargi dotyczące molestowania seksualnego zostaną rozpatrzone przez pracodawcę niezwłocznie, z należytą powagą, z zachowaniem absolutnej dyskrecji oraz że skarżący się pracownicy będą chronieni przed każdą represją i każdym działaniem odwetowym.¹⁹ W okresie, w odniesieniu do którego powódka stawia zarzut molestowania seksualnego, w pozwanym zakładzie pracy nie funkcjonowały żadne wewnętrzne procedury przeciwdziałania dyskryminacji. Niemniej jednak brak procedur antydyskryminacyjnych, nie zwalniał pracodawcy z obowiązku przeciwdziałania dyskryminacji, który polega m.in. na wyjaśnieniu każdego zgłoszonego przypadku nierównego traktowania i dyskryminacji. W przedmiotowej sprawie pozwana nie podjęła żadnych kroków w celu wyjaśnienia zdarzeń, dotyczących molestowania seksualnego powódki przez jej przełożonego.

¹⁹ A.M. Świątkowski, *Komentarz do Kodeksu pracy*, Warszawa 2006, s.74

3.3. Przeniesiony ciężar dowodu

Art. 18^{3b} § 1 k.p. wskazuje, jakiego rodzaju różnicowanie przez pracodawcę sytuacji pracownika stanowi naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu, wskazując możliwość uchylecia się pracodawcy od odpowiedzialności przez udowodnienie, że kierował się obiektywnymi powodami. W ten sposób zapisano w Kodeksie pracy tzw. zasadę przeniesionego ciężaru dowodu, która stanowi przepis szczególny względem zasady ogólnej zawartej w art. 6 Kodeksu cywilnego. Regułą jest, iż ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, więc w sprawach pracowniczych na stronie powodowej, którą zwykle jest pracownik. Na gruncie przepisów prawa pracy odnoszących się do obowiązku równego traktowania, reguła ta doznaje istotnego wyjątku. Zgodnie bowiem z przepisem art. 18^{3b} § 1 k.p., to nie pracownik winien udowodniać fakt bycia dyskryminowanym, lecz pracodawca obciążony jest dowodzeniem, iż do zdarzeń o charakterze nierównego traktowania w istocie nie doszło lub o ile doszło, to z przyczyn natury obiektywnej.

Ustawodawca przyjął zatem, iż na pracowniku twierdzącym, iż doświadczył dyskryminacji w zatrudnieniu ciąży jedynie obowiązek przytoczenia w pozwie (art. 187 § 1 pkt 2 k.p.c.) takich okoliczności faktycznych, które uprawdopodobnią, że doznał dyskryminacji, np. ze względu na religię, pochodzenie etniczne, jak również, że zróżnicowanie jego sytuacji było spowodowane zakazaną przez prawo przyczyną. W razie zaś uprawdopodobnienia tych okoliczności, pracodawca musi wykazać, że różnicując sytuację powoda w stosunku do innych pracowników kierował się racjonalnymi i sprawiedliwymi kryteriami owej dyferencjacji (18^{3b} § 1 k.p. in fine). Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który stwierdził, że pracownik zobowiązany jest jedynie do wskazania faktów uprawdopodobniających zarzut nierównego traktowania, wówczas ciężar dowodu na okoliczność wykazania, że odmienne traktowanie pracownika wynikało z obiektywnych powodów, przechodzi na pracodawcę²⁰. Zarzut dyskryminowania może być uznany przez sąd za bezpodstawny, a stosowne powództwo oddalone jedynie w sytuacji, gdy pracodawca, po uprzednim uprawdopodobnieniu przez pracownika dyskryminacji, przeprowadzi dowód, iż różnicowanie pracowników w określonych kwestiach nie miało miejsca lub mimo zaistnienia miało charakter obiektywny. Na gruncie omawianej regulacji pracownik jest zatem *de facto* zwolniony z obowiązku udowodnienia faktu jego dyskryminacji, a zjawisko to objęte jest wynikającym z uprawdopodobnie-

²⁰ Wyrok z dnia 9 czerwca 2006 r., sygn. akt III PK 30/06 (OSNP 2007, Nr 11-12/160, OSP 2008/7-8/82).

nia wskazanych okoliczności domniemaniem, które obalone może być jedynie przez przeprowadzenie przez pracodawcę dowodu przeciwnego.

W sporach dotyczących nierównego traktowania w związku z naruszeniem prawa do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości (art. 18^{3c} § 1 k.p.) trudność z uprawdopodobnieniem przez powoda faktu nierównego traktowania może być wynikiem objęcia wysokości wynagrodzenia otrzymywanego przez poszczególnych pracowników klauzulami poufności zawartymi w umowach o pracę. Pracownik może napotkać przeszkody w uprawdopodobnieniu przed sądem posiadanych informacji o istotnych różnicach w wysokości swojego wynagrodzenia oraz wynagrodzenia otrzymywanego przez innych pracowników wykonujących jednakową pracę lub pracę o jednakowej wartości. Sąd pracy powinien wtedy zobowiązać pozwanego pracodawcę do przedstawienia informacji o wysokości wynagrodzenia porównywalnych pracowników. Odmowa ujawnienia tych informacji może być oceniona albo na podstawie art. 233 § 2 k.p.c. - sąd oceni według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, jakie znaczenie nadać odmowie przedstawienia przez stronę dowodu lub przeszkodom stawianym przez nią w jego przeprowadzeniu wbrew postanowieniu sądu, albo z uwzględnieniem skutków nieobalenia przez pracodawcę domniemania nierównego traktowania, jeżeli sąd uzna za wiarygodne zeznania powoda, że inni pracownicy otrzymują wyższe wynagrodzenie²¹.

Na koniec należy uczulić na potrzebę przywoływania w interesie strony powodowej, omawianej zasady w pismach procesowych. Z doświadczenia PTPA wynika, że mimo że zasada przeniesionego ciężaru dowodu w stosunku do spraw dyskryminacyjnych obowiązuje już stosunkowo długo, bo od 1 stycznia 2004 r., wciąż budzi wątpliwości sądów. Potwierdzają to wyniki monitoringu, który w 2012 r. przeprowadziła nasza organizacja, m.in. analizując akta sądowe 22 sądów rejonowych i 17 sądów okręgowych (Na podstawie tych wyników można zauważyć pewne tendencje w stosowaniu przepisów antydyskryminacyjnych i zidentyfikować trudności, jakie pojawiały się w toku ich wykładni. Jeżeli chodzi o zastosowanie przepisów o przeniesionym ciężarze dowodu, sądy I instancji równie często prawidłowo stosowały przepisy o ciężarze dowodu (51 uzasadnień), jak nie odnosiły się do tej kwestii (45). W 12 uzasadnieniach wyroków sądy błędnie zastosowały ciężar dowodu, nie przenosząc go na pracodawcę, często wprost powołując się na art. 6 k.c. Bardzo podobnie prezentują się wyniki badań odnośnie sądów orzekających w II instancji²².

²¹ K. Gonera, *Rozkład ciężaru dowodu w sprawach o dyskryminację w zatrudnieniu...*, s. 15

²² M. Wieczorek, K. Bogatko (red.), *Prawo antydyskryminacyjne w praktyce polskich sądów powszechnych. Raport z monitoringu*, Warszawa 2013, dostępny na: <http://www.ptpa.org.pl>

3.4. Zakaz działań odwetowych

Art. 18^{3e} § 1 k.p. stanowi, że skorzystanie przez pracownika z uprawnień przysługujących z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu nie może być podstawą niekorzystnego traktowania pracownika, a także nie może powodować jakichkolwiek negatywnych konsekwencji wobec pracownika, zwłaszcza nie może stanowić przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie przez pracodawcę stosunku pracy lub jego rozwiązanie bez wypowiedzenia. W świetle § 2 niniejszego przepisu, § 1 stosuje się odpowiednio do pracownika, który udzielił w jakiegokolwiek formie wsparcia pracownikowi korzystającemu z uprawnień przysługujących z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu. Przepis ten wprowadza swoistego rodzaju ochronę dla pracowników, którzy w jakikolwiek sposób zgodny z prawem przeciwstawiają się, w ich mniemaniu nierównemu traktowaniu, czyli chodzi tu nie tylko o sytuację, w której pracownik występuje z roszczeniem do sądu, ale też korzysta z istniejącej wewnątrzzakładowej procedury skargowej, a jeżeli taka nie funkcjonuje, np. informuje, że czuje się gorzej potraktowany przez swoich przełożonych.

Dokonanie wykładni celowościowej przepisów rozdziału IIa Kodeksu pracy, a w szczególności art. 18^{3d} i art. 18^{3e} § 1 k.p. pozwala przyjąć, że roszczenie z tytułu zastosowania przez pozwanego działań odwetowych ma charakter odszkodowawczy i jest związane z naruszeniem zasady równego traktowania oraz stanowi odrębne roszczenie, nie związane z roszczeniem o odszkodowanie z tytułu dyskryminacji ze względu na wskazaną cechę. Ponadto z przepisów antydyskryminacyjnych zawartych w Kodeksie pracy wynika, że zasada przeniesionego ciężaru dowodu w sprawach z zakresu nierównego traktowania ma zastosowanie również przy dochodzeniu roszczeń z tytułu działań odwetowych. Dlatego też wystarczy że pracownik przedstawi okoliczności, które uprawdopodobniają, iż został gorzej potraktowany w odwecie, a dowody (np. z zeznań świadków, z dokumentów) na okoliczność, iż stawiany zarzut jest bezzasadny, będzie zobowiązany przedstawić pracodawca.

Na podstawie art. 63 k.p.c. oraz powołując się na praktykę sądów powszechnych w odniesieniu do uwzględniania poglądów prezentowanych przez organizacje pozarządowe, PTPA złożyło opinię prawną (tzw. *amicus curiae*) w sprawie z powództwa Bogdana S., która obecnie znajduje się na etapie apelacji. Z powodem rozwiązano umowę o pracę na czas nieokreślony, jako przyczynę wskazując ciężkie naruszenie obowiązków pracowniczych. W toku procesu powód wskazuje, iż rzeczywistą przyczyną rozwiązania stosunku pracy

public/files/Prawo%20antydyskryminacyjne%20w%20praktyce%20sądowej(1).pdf. Patrz także w niniejszym tomie tekst: M. Wieczorek, K. Bogatko, *Sędziowie wobec dyskryminacji*.

były działania odwetowe w rozumieniu art. 18^{3e} k.p. Powód podnosi, że zanim doszło do rozwiązania umowy o pracę, wniósł do pracodawcy na piśmie o zaniechanie działań dyskryminacyjnych, polegających na kształtowaniu wynagrodzenia w sposób naruszający zasadę równego traktowania pracowników, żądając jednocześnie odszkodowania za straty poniesione w wyniku dyskryminacji. Sprawa trafiła do sądu, który uznał roszczenie powoda za zasadne, przyznając mu ponad 13 000 zł tytułem odszkodowania obejmującego różnicę między wynagrodzeniem, jakie powód powinien otrzymywać bez naruszenia zasady równego traktowania, a wynagrodzeniem rzeczywiście otrzymywanym w okresie 3 lat przed wytoczeniem powództwa (tyle wynosi okres przedawnienia roszczeń w sprawach pracowniczych). Jak twierdzi powód, zaistniały stan rzeczy, a nie przyczyny podane przez pracodawcę w wypowiedzeniu, stanowił rzeczywistą przyczynę rozwiązania stosunku pracy. Powód odwołał się do sądu wnosząc o uznanie za bezskuteczne wypowiedzenia umowy o pracę oraz o przywrócenie do pracy, podnosząc również zarzut działań odwetowych pracodawcy związanych z jego wcześniejszymi, działaniami mającymi na celu wyegzekwowanie od pracodawcy przestrzegania obowiązku jednakowego wynagradzania za pracę jednakową. Powód żąda wyrównania strat materialnych w rozumieniu art. 18^{3e} k.p. przez przyznanie uposażenia za cały okres pozostawania bez pracy. Sąd rejonowy oddalił powództwo powoda. Obecnie sprawa oczekuje na rozpatrzenie przed sądem odwoławczym.

3.5. Prawo do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę

Art. 18^{3c} § 1 k.p. stanowi, że pracownicy mają prawo do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości. O ile termin „praca jednakowa” nie budzi wątpliwości, o tyle sformułowanie „praca jednakowej wartości” wymaga doprecyzowania. Paragraf trzeci komentowanego przepisu, definiuje to pojęcie, wyróżniając trzy podstawowe mierniki wartości pracy:

- a. kwalifikacje zawodowe potrzebne do wykonywania tychże prac, lecz tylko wówczas, gdy są potwierdzone dokumentami przewidzianymi w odrębnych przepisach lub praktyką i doświadczeniem zawodowym (są to zatem kwalifikacje pracownicze w ujęciu formalnym – ukończona szkoła, kursy, szkolenia itp., oraz praktycznym – doświadczenie zawodowe),
- b. odpowiedzialność związana z ich wykonywaniem,
- c. wysiłek potrzebny do ich wykonania²³.

PTPA niejednokrotnie, doradzając jak sformułować pozew w sprawach, w których istniało podejrzenie naruszenia przez pracodawcę obowiązku jedna-

²³ W. Cajselski, *Kodeks pracy – komentarz*, Warszawa 2007, s. 53–54.

kowego wynagradzania za pracę jednakową lub jednakowej wartości, powoływało się na stanowisko Sądu Najwyższego²⁴, z którego wynika, że stary i nowy pracownik powinni zarabiać tyle samo, jeżeli mają te same kwalifikacje. Pracodawcy, którzy chcąc pozyskać nowych pracowników, oferują im wyższą pensję, nie mogą zapominać o zasadzie równego traktowania zatrudnionych. Należy jednak dodać, iż zdaniem sądu w razie zróżnicowania wynagrodzenia pracowników wykonujących jednakową pracę (art. 18^{3c} § 1 k.p.) pracodawca powinien udowodnić, że kierował się obiektywnymi powodami (art. 18^{3b} § 1 k.p.). Przy powołaniu się pracodawcy na różne kwalifikacje zawodowe i staż pracy oznacza to konieczność wykazania, że miały one znaczenie przy wykonywaniu zadań powierzonych pracownikom.

Według art. 18^{3d} k.p. osoba, wobec której pracodawca naruszył zasadę równego traktowania, ma prawo do odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Natomiast w przypadku niestosowania zasady równego wynagradzania pracowników wykonujących jednakową pracę, pracownikowi przysługuje roszczenie o wyrównanie wynagrodzenia za pracę w stosunku do wynagrodzenia pracownika lepiej wynagradzanego, ale wówczas pracownik ma obowiązek udowodnić, iż należy mu się suma wyższa ponad minimum, którego może się domagać w sprawach o złamanie zasady równego traktowania przez pracodawcę.

Warto podkreślić, że artykuł ten zawiera bardzo szeroką definicję wynagrodzenia, która ma zastosowanie wyłącznie do regulacji antydyskryminacyjnych. W świetle § 2 omawianego artykułu wynagrodzenie obejmuje wszystkie składniki wynagrodzenia, bez względu na ich nazwę i charakter, a także inne świadczenia związane z pracą, przyznawane pracownikom w formie pieniężnej lub innej formie niż pieniężna. Dlatego też w skład tak rozumianego wynagrodzenia wchodzi wszelkie gratyfikacje wypłacane pracownikom przez pracodawcę w zamian za wykonaną pracę oraz wszelkie inne świadczenia majątkowe i rzeczowe związane z pracą bez względu na ich nazwę i charakter²⁵. Co więcej Sąd Najwyższy stwierdził, że również „Nagroda (art. 105 k.p.) jest wynagrodzeniem w rozumieniu art. 18^{3a} k.p., co oznacza, że także do nagrody jako świadczenia przyznawanego pracownikowi na podstawie uznania pracodawcy mają zastosowanie reguły jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub pracę o jednakowej wartości (art. 18^{3c} §1 k.p.)”²⁶. Według sądu nagroda jako pieniężne lub rzeczowe świadczenie nieobowiązkowe przyznawane pracownikowi sta-

²⁴ Wyrok z 22 lutego 2007 roku, sygn. akt I PK 242/06 (OSNP 2008/7-8/98).

²⁵ A.M. Świątkowski, *Kodeks pracy – komentarz...*, op. cit., s. 85.

²⁶ Wyrok z 21 stycznia 2011 r. w sprawie sygn. akt II PK 169/10 (OSNP 2012/7-8/86, OSP 2012/12/115).

nowi instrument pozytywnego oddziaływania pracodawcy na jego zachowanie w procesie pracy. Nagroda, będąc świadczeniem uznaniowym, nie może jednak stanowić świadczenia przyznawanego na zasadzie zupełnej swobody pracodawcy. Pracodawcę ograniczają spoczywające na nim obowiązki, takie jak stosowanie obiektywnych i sprawiedliwych kryteriów oceny pracowników i wyników ich pracy (art. 94 pkt 9 k.p.) oraz przestrzeganie podstawowych zasad prawa pracy: równego traktowania pracowników z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków (art. 11² k.p.) oraz zakazu dyskryminacji (art. 11³ i 18^{3a} – 18^{3c} k.p.). Naruszeniem tych zasad byłoby na przykład stosowanie przy przyznawaniu nagród kryteriów pozamerytorycznych (niezwiązanych ze świadczeniem pracy przez pracownika), np. względów rodzinnych, socjalnych, osobistych. W sprzeczności z powyższymi zasadami pozostaje wyróżnianie i nagradzanie pracowników, którzy na to w oczywisty sposób nie zasłużyli, albo pomijanie przy przyznawaniu nagród wyróżniających się pracowników, ze względu na ich płeć, wiek, niepełnosprawność itd. Uznanie pracodawcy w zakresie przyznawania nagród nie tworzy ani uprawnienia do stosowania dowolności, ani do nadużywania kompetencji, ani też do dyskryminowania dowolnie określonych osób czy ich grup.

3.6. Obowiązek pracodawcy przeciwdziałania dyskryminacji

Zgodnie z art. 94 pkt 2b k.p. pracodawca jest zobowiązany do przeciwdziałania dyskryminacji w zatrudnieniu, w szczególności ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy.

Z przywołanych wyżej przepisów wynika zobowiązanie pracodawcy do podjęcia odpowiednich działań, które w efekcie mają skutecznie zapobiegać pojawieniu się w zakładzie pracy zachowań wypełniających kodeksowe znamiona dyskryminacji w zatrudnieniu. Wydaje się, że regulacje te nakładają także obowiązek skutecznego rozwiązywania już zaistniałych problemów związanych z nierównym traktowaniem pracowników na gruncie cech chronionych prawem. Przepis ten należy interpretować w ten sposób, że pracodawca nie tylko nie może stosować dyskryminacji w zatrudnieniu, w tym działań polegających na zachęcaniu innej osoby do naruszania zasady równego traktowania (art. 18^{3a} § 5 pkt 1 k.p.), ale również zapobiegać możliwości wystąpienia tego zjawiska (np. w postaci molestowania) we wzajemnych relacjach między pracownikami. Co ważne, obowiązki wskazane w przepisie art. 94 pkt 2b k.p. obciążają pracodawcę bez względu na podstawę nawiązania stosunku pracy z pracowni-

kiem i bez względu na rodzaj wykonywanej przez pracownika pracy. Włączenie nakazu przeciwdziałania dyskryminacji w zatrudnieniu do obowiązków pracodawcy stanowi jednocześnie jedną z podstawowych zasad prawa pracy, co jeszcze bardziej podkreśla rangę i znaczenie tych obowiązków.

Warto przypomnieć, że osoba aplikująca bądź zatrudniona stawiająca pracodawcy zarzut przed sądem będzie musiała jedynie uprawdopodobnić fakt naruszenia zasady równego traktowania, a gdy to uczyni, podmiot, któremu zarzucono naruszenie zasady równego traktowania, będzie zobowiązany wykazać, że nie dopuścił się jej naruszenia bądź różnicował sytuację pracownika w sposób usprawiedliwiony obiektywnymi przyczynami (zasada przeniesionego ciężaru dowodu).

Właśnie ze względu na przeniesiony ciężar dowodu, pracodawcy coraz częściej wprowadzają wewnątrzzakładowe procedury antydyskryminacyjne, które m.in. przez wskazanie podmiotu, do którego mogą wpływać zindywidualizowane skargi, umożliwiają nie tylko podejmowanie działań prewencyjno-edukacyjnych, ale także działań zaradczych w sytuacji, gdy pojawi się zarzut dyskryminacji w miejscu pracy. Wówczas pracodawca zapobiega ewentualnym postępowaniom sądowym jednocześnie realizując ustawowy obowiązek przeciwdziałania dyskryminacji w zatrudnieniu, który na nim spoczywa. W tym miejscu należy przywołać niezwykle ważne, szczególnie z perspektywy pracodawcy orzeczenie Sądu Najwyższego²⁷. Sprawa ta dotyczyła zarzutu mobbingu, jednak wydaje się, że może ono mieć zastosowanie także do spraw dyskryminacyjnych, gdyż Kodeks pracy zawiera analogiczny do wspomnianego powyżej, obowiązek przeciwdziałania mobbingowi w zatrudnieniu. W omawianej sprawie Sąd Najwyższy przyjął, że jeżeli w postępowaniu sądowym pracodawca wykaże, że podjął realne działania, mające na celu przeciwdziałanie mobbingowi, to do odpowiedzialności za to zjawisko może być pociągnięty jedynie sprawca. Pracodawca nie może odpowiadać za zdarzenia, które nastąpiły niezależnie od podejmowanych przez niego starań i mimo zapewnienia należytej ochrony dóbr osobistych w zakładzie pracy. Dlatego też, choć Kodeks pracy wprost nie wskazuje obowiązku wprowadzania wewnątrzzakładowych procedur antydyskryminacyjnych czy antymobbingowych, coraz częściej pracodawcy wprowadzają tego typu regulacje, zabezpieczając się tym samym przed nieuzasadnionymi zarzutami pracowników.

W literaturze podnosi się argument, że odgórne przygotowanie procedury antydyskryminacyjnej, a następnie jej rozpowszechnienie, nie gwarantuje jeszcze sukcesu jej działania. Ażeby w pełni wykorzystać to antydyskryminacyjne narzędzie, należy najpierw, przed jego opracowaniem, zbadać, które

²⁷ Wyrok z 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt I PK 35/11 (OSNP 2012/19-20/238).

zagadnienia dotyczące relacji między ludźmi w zakładzie pracy są dla pracowników najbardziej znaczące; uświadomić potrzebę opracowania takiej regulacji; zachęcić dużą liczbę pracowników różnych szczebli do uczestnictwa w opracowywaniu regulacji; przeanalizować rozwiązania stosowane w innych organizacjach²⁸.

3.7. Odszkodowanie za dyskryminację

W świetle art. 18^{3d} k.p. osoba, wobec której pracodawca naruszył zasadę równego traktowania w zatrudnieniu, ma prawo do odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Zasada ta odnosi się do wszystkich przejawów dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej, jak również do szczególnych form dyskryminacji, o których stanowi art. 18^{3a} § 5 i 6 k.p., takich jak zachęcanie do dyskryminacji, molestowanie czy molestowanie seksualne. Podmiotem, który ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą w świetle art. 18^{3d} k.p. z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu, jest zawsze pracodawca, bez względu na to czy to on osobiście dopuścił się dyskryminacji, czy też uczynił to któryś z jego pracowników. Pracodawca odpowiada z tytułu zaistniałej dyskryminacji bez względu na to, czy wiedział, iż w jego zakładzie pracy dochodzi do praktyk o charakterze dyskryminującym pracownika lub grupę pracowników, czy też świadomości takiej nie miał. W tym miejscu ponownie należy przypomnieć o obowiązku przeciwdziałania dyskryminacji, jaki ciąży na pracodawcy w świetle art. 94 pkt 2b k.p., podkreślając, iż odpowiedzialność ponosi również niedoszły pracodawca, za dyskryminację na etapie rekrutacji²⁹.

Przywołując ponownie sprawę Andrzeja M. (opisaną powyżej w części dotyczącej molestowania), w której zapadł prawomocny wyrok stwierdzający złamanie przez pracodawcę zasady równego traktowania w zatrudnieniu, przez molestowanie ze względu na orientację seksualną, należy wskazać uzasadnienie sądu II instancji, który odpowiadając na zarzut apelacyjny powoda, podwyższył wysokość odszkodowania z 4500 zł do 18000 zł. Sąd szczegółowo odniósł się do sposobu ustalania wysokości odszkodowania, wskazując na potrzebę odwołania do norm prawa europejskiego, a szczególnie dyrektyw antidyskryminacyjnych Unii Europejskiej. Dyrektywy te zawierają zakaz ustalania w ramach prawa wewnętrznego poszczególnych państw członkowskich górnej granicy odszkodowania za nierówne traktowanie, jak również nakładają obowiązek określania jego wysokości w taki sposób, ażeby było ono skuteczne,

²⁸ J. Marciniak, *Regulacje wewnętrzne w przedsiębiorstwach*, Warszawa 2007, s. 173 i nast.

²⁹ K. Kędziora, K. Śmiszek *Dyskryminacja i mobbing w zatrudnieniu...*, op. cit., s. 187.

proporcjonalne i odstraszające. W tym duchu niejednokrotnie wypowiadał się również Sąd Najwyższy³⁰. W przedmiotowej sprawie sąd zasądzając wysokość odszkodowania wziął pod uwagę następujące okoliczności: rodzaj naruszonego dobra osobistego, nasilenie działań dyskryminacyjnych, stosunek pracodawcy do zagadnienia dyskryminacji, dolegliwość zasądzonego odszkodowania, mająca na celu wyeliminowanie przez pracodawcę tego typu zachowań w przyszłości oraz proporcjonalność odszkodowania do możliwości finansowych pracodawcy. Sąd nie miał wątpliwości, iż odszkodowanie za dyskryminację obejmuje wyrównanie uszczerbku w dobrach majątkowych i niemajątkowych pracownika. Sąd II instancji podwyższając czterokrotnie wysokość odszkodowania względem zasądzonego przez sąd I instancji stwierdził, że jest to podyktowane koniecznością skuteczności napiętnowania, znacznym nasileniem zachowań dyskryminacyjnych oraz ich ukierunkowaniem na dobro osobiste, jakim była godność osobista powoda. Z drugiej strony sąd uznał, że będzie to kwota motywująca pozwaną spółkę do zapobiegania podobnym zachowaniom w przyszłości, w szczególności przez refleksję nad bardziej skutecznymi metodami zapobiegania dyskryminacji i nierównemu traktowaniu w zatrudnieniu.

Stwierdzenie SN, zawarte w powołanym powyżej wyroku z dnia 7 stycznia 2009 r., że „odszkodowanie, o którym mowa w art. 18^{3d} kp obejmuje wyrównanie uszczerbku w dobrach majątkowych i niemajątkowych pracownika”, wskazuje, iż odszkodowanie za dyskryminację pełni również funkcję zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, które ma na celu wynagrodzić doznane przez pokrzywdzonego cierpienia, utratę radości życia czy ułatwić mu przewyciężenie ujemnych przeżyć psychicznych.

Na funkcję kompensacyjną odszkodowania za dyskryminację zwrócił uwagę Sąd Najwyższy uznając, że „odszkodowanie za dyskryminację ma w pierwszym rzędzie rekompensować szkodę na osobie i w tym zakresie nosi charakter swobodnego zadośćuczynienia za doznaną z tytułu dyskryminacji krzywdę”³¹. Wysokość takiego zadośćuczynienia powinna zaś zależeć od wielkości doznanej przez pokrzywdzonego krzywdy, dlatego dla jej sprecyzowania i przyjęcia „odpowiedniej” sumy zadośćuczynienia uwzględnić należy takie okoliczności, jak: rozmiar doznanej krzywdy, stopień negatywnych konsekwencji dla pokrzywdzonego, w tym także niewymiernych majątkowo czy sytuację majątkową pracodawcy.

³⁰ Np. w wyroku z 7 stycznia 2009 r. w sprawie III PK 43/08 (OSNP 2010/13-14/160), czy wyroku z 3 kwietnia 2008 r. w sprawie sygn. akt II PK 286/07 (OSNP 2009/15-16/202).

³¹ Wyrok z dnia 3 kwietnia 2008 roku, II PK 286/07 (LEX nr 465967).

4. Ochrona przed dyskryminacją na podstawie ustawy antydyskryminacyjnej i Kodeksu cywilnego

Kodeks pracy gwarantuje ochronę przed dyskryminacją osobom zatrudnionym na podstawie umów o pracę i tylko w zakresie wykonywania przez nie stosunku pracy, natomiast ustawa antydyskryminacyjna stanowi niejako uzupełnienie ochrony przed dyskryminacją w zatrudnieniu, odnosząc się do tzw. zatrudnienia niepracowniczego, które przez umowy cywilnoprawne czy samozatrudnienie jest obecne w relacjach, które oprócz stosunku pracy stanowią częstą formę zatrudnienia. Podobnie, jak rozdział IIa Kodeksu pracy, ustawa antydyskryminacyjna ma zastosowanie w przypadku wystąpienia dyskryminacji bezpośredniej, dyskryminacji pośredniej, molestowania oraz molestowania seksualnego. Ponadto w art. 3 pkt. 5 posługuje się pojęciem nierównego traktowania, za które uznaje traktowanie osób fizycznych w sposób będący jedną lub kilkoma formami dyskryminacji wymienionymi wyżej, a także mniej korzystnym traktowaniem osoby fizycznej wynikającym odrzucenia molestowania lub molestowania seksualnego lub podporządkowania się molestowaniu lub molestowaniu seksualnemu oraz zachęcanie do takich zachowań i nakazywanie tych zachowań. Co ważne, ustawa oprócz zatrudnienia niepracowniczego obejmuje także inne obszary życia, o czym szczegółowo poniżej.

4.1. Zakres podmiotowy i przedmiotowy ustawy antydyskryminacyjnej

Podmiotami, którym ustawa udziela ochrony, są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawa szczególnie przyznaje zdolność prawną. Te same podmioty w rozumieniu ustawy antydyskryminacyjnej mogą być również podmiotami dyskryminującymi. Co warto podkreślić, w odróżnieniu od Kodeksu pracy, ustawa zawiera zamknięty katalog przesłanek, ze względu na które nierówne traktowanie jest zakazane. Do cech tych należą: płeć, wiek, rasa, pochodzenie etniczne, narodowość, religia, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność oraz orientacja seksualna. Ustawodawca wymienia również obszary, w jakich ochrona przed dyskryminacją została przewidziana. Należą do nich, wspomniane wyżej zatrudnienie niepracownicze, ale również ochrona zdrowia, dostęp i warunki korzystania z usług, w tym z usług mieszkaniowych, oświata i szkolnictwo wyższe, dostęp i warunki korzystania z zabezpieczenia społecznego, kształcenie zawodowe, w tym dokończenie, doskonalenie, przekwalifikowanie zawodowe oraz praktyki zawodowe, warunki podejmowania i wykonywania działalności gospo-

darczej lub zawodowej, dostęp i warunki korzystania z instrumentów i usług rynku pracy aktywizującego osoby bezrobotne, a także przystępowanie i działanie w związkach zawodowych i organizacjach pracodawców. Jednak ochrona ta nie jest pełna i to nie tylko poprzez zamknięty katalog cech prawnie chronionych wskazanych w ustawie, ale także przez nierówną ochronę grup społecznych powołanych w ustawie.

Analiza przepisów ustawy antydyskryminacyjnej pod kątem cech i obszarów pozostających pod ochroną oraz wyłączeń spod ochrony prowadzi do wskazania następujących granic zakazu nierównego traktowania w niej wyrażonego:

- w zakresie dostępu i warunków korzystania z zabezpieczenia społecznego, usług, w tym usług mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw i energii, jeżeli są one oferowane publicznie – zakaz nierównego traktowania ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość;
- w zakresie opieki zdrowotnej oraz oświaty i szkolnictwa wyższego – zakaz nierównego traktowania ze względu na rasę, pochodzenie etniczne, narodowość;
- w zakresie podejmowania kształcenia zawodowego, w tym dokształcania, doskonalenia, przekwalifikowania zawodowego oraz praktyk zawodowych, warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunku pracy albo pracy na podstawie umów cywilnoprawnych – zakaz nierównego traktowania ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek, orientację seksualną;
- w zakresie przystępowania i działania w związkach zawodowych, organizacjach pracodawców oraz samorządach zawodowych, a także korzystania z uprawnień przysługujących członkom tych organizacji, dostępu i warunków korzystania z instrumentów rynku pracy i usług rynku pracy określonych w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r.o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2013 r., poz. 674) - zakaz nierównego traktowania ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek, orientację seksualną.

Ustawodawca nie przewidział natomiast ochrony chociażby w odniesieniu do treści zawartych w środkach masowego przekazu, swobody wyboru strony umowy, usług edukacyjnych w zakresie dotyczącym odmiennego traktowania ze względu na płeć, czy też do sfery życia prywatnego i rodzinnego oraz czynności prawnych pozostających w związku z tymi sferami. Wyłączeniu spod ochrony ulegają dla przykładu również osoby z niepełnosprawnościami i osoby LGB (geje, lesbijki, osoby biseksualne) w zakresie dostępu do dóbr i usług,

zabezpieczenia społecznego i edukacji³². Od czasu obowiązywania ustawy antydyskryminacyjnej do PTPA trafiają sprawy, które mogą być procedowane na podstawie jej przepisów, jednak jest ich niewiele. Żadna ze spraw, w których doszło do postępowania sądowego, jak dotąd się nie zakończyła. Nie we wszystkich jednak podjęte zostały kroki zmierzające do wszczęcia postępowania sądowego. Zdarzało się, że osoby doświadczające dyskryminacji rezygnowały z tych rozwiązań na rzecz bezpośredniej interwencji u sprawcy.

Należy zauważyć, że ustawy antydyskryminacyjnej nie stosuje się do ograniczania przez kościoły oraz inne związki wyznaniowe, a także organizacje, których etyka opiera się na religii, wyznaniu lub światopoglądzie, dostępu do działalności zawodowej oraz jej wykonywania ze względu na religię, wyznanie lub światopogląd, jeżeli rodzaj lub warunki wykonywania takiej działalności powodują, że religia, wyznanie lub światopogląd są rzeczywistym i decydującym wymaganiem zawodowym stawianym danej osobie fizycznej, proporcjonalnym do osiągnięcia zgodnego z prawem celu różnicowania sytuacji tej osoby. Dotyczy to również wymagania od zatrudnionych osób fizycznych działania w dobrej wierze i lojalności wobec etyki kościoła, innego związku wyznaniowego oraz organizacji, których etyka opiera się na religii, wyznaniu lub światopoglądzie. Analogiczne wyłączenie znajduje się w Kodeksie pracy odnośnie zatrudnienia pracowniczego.

Stosując przedmiotowy wyjątek od obowiązku równego traktowania, który znalazł się w Kodeksie pracy i ustawie antydyskryminacyjnej za sprawą implementacji do porządku krajowego dyrektywy 2000/78/WE, należy pamiętać, iż powinien on być rozumiany niezwykle wąsko. Dlatego też sytuacja, w której doszło do odmowy zatrudnienia osobie homoseksualnej w szkole katolickiej na stanowisku nauczycielki z powodu niezgodności, jaka występuje między charakterem szkoły a orientacją seksualną kandydatki do pracy (stan faktyczny prezentowany przez media³³), nie znajduje usprawiedliwienia w przedmiotowym prawie. Takie działanie nie stanowi realizacji zasady równości zgodnie z celem wspomnianej dyrektywy, gdzie analogiczny wyjątek doprecyzowano dodając, że „tego rodzaju odmienne traktowanie powinno być realizowane z poszanowaniem zasad i postanowień konstytucyjnych Państw Członkowskich oraz zasad ogólnych prawa wspólnotowego, i nie powinno być usprawiedliwieniem dla dyskryminacji, u podstaw której leżą inne przyczyny” (art. 4 ust. 2). Inne przyczyny, o których mowa w dyrektywie, to m.in. orientacja seksualna,

³² Do projektu ustawy krytycznie odniosły się organizacje pozarządowe zrzeszone w Koalicji na Rzecz Równych Szans: http://ptpa.org.pl/public/files/PTPA_uwagi%20do_projektu_ustawy.pdf

³³ http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114873,8397163,Minister_ds__rownoupraw-nienia__szkola_katolicka_moze.html

która nie może stanowić usprawiedliwienia odmowy zatrudnienia, tak jak religia, wyznanie, czy światopogląd wskazane w przepisie. Mimo braku adekwatnego zapisu w prawie krajowym, właśnie takie rozumienie omawianego wyjątku obowiązuje organy stosujące prawo polskie. Wynika to z obowiązku, jaki spoczywa na wszystkich krajach członkowskich, interpretacji prawa krajowego, które stanowi implementację standardów unijnych, w świetle celu dyrektyw, które je szczegółowo wyznaczają (tzw. skutek pośredni dyrektyw).

Należy podkreślić, że ochrona, jakiej udziela ustawa antydyskryminacyjna jest niepełna w świetle standardów konstytucyjnych (art. 32, 33 Konstytucji). Wiele obszarów, w jakich w rzeczywistości z dużym prawdopodobieństwem może dojść do dyskryminacji, zostało wyłączonych spod tej ochrony, uzależniając jej udzielenie od posiadania przez osobę doświadczającą dyskryminacji pewnej cechy. Ponadto przepisy ustawy wydają się nie być jasno i precyzyjnie sformułowane. Podobnie, systematyka, jaką posługuje się ustawodawca, powoduje trudności w interpretacji jej przepisów. Może to stanowić barierę w uzyskaniu ochrony przed dyskryminacją. Wydaje się zatem, że nowelizacja przepisów ustawy antydyskryminacyjnej byłaby działaniem pożądanym³⁴.

Poniżej przedstawiamy kilka przykładów aktów dyskryminacji zabronionych przez ustawę antydyskryminacyjną ze wskazaniem stanów faktycznych, odnośnie których PTPA podejmowało interwencje prawne lub udzielano pomocy prawnej w innej formie.

4.2. Dyskryminacja bezpośrednia

Jedną z najczęściej zgłaszanych form dyskryminacji, jakiej doświadczyły osoby zwracające się do PTPA z prośbą o udzielenie pomocy prawnej, jest dyskryminacja bezpośrednia, która polega na mniej korzystnym traktowaniu osoby fizycznej ze względu na cechy prawnie chronione powołane w ustawie (płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek, orientację seksualną), niż jest, była lub mogłaby być traktowana inna osoba w porównywalnej sytuacji.

Przykładem tego rodzaju naruszeń jest sprawa Filipa U., któremu odmówiono zatrudnienia na podstawie umowy cywilnoprawnej na stanowisku asystenta ze względu na to, że posiadał orzeczenie o niepełnosprawności w związku z chorobą psychiczną. Niedoszły pracodawca nie poinformował o przyczynie, jaka leżała u podstaw odmowy zatrudnienia. Wydaje się jednak, że pracodawca kierował się wyłącznie faktem, że Filip U. miał stwierdzoną chorobę psychiczną, gdyż niezwłocznie po uzyskaniu tej informacji rozmowa kwalifikacyjna została

³⁴ Więcej patrz działania Koalicji na Rzecz Równych Szans <http://www.ptpa.org.pl/koalicja>.

zakończona. Ponadto w odpowiedzi na pisemne zapytanie klienta PTPA o przyczynę odmowy podał, że przedsiębiorstwo to nie jest zakładem pracy chronionej i że nie musi uzasadniać odmowy podjęcia współpracy na podstawie umowy cywilnoprawnej. Należy zauważyć, że kwalifikacje posiadane przez Filipa U. odpowiadały wymaganiom pracodawcy – czego potwierdzeniem było zaproszenie go na rozmowę kwalifikacyjną. Co więcej, w trakcie rozmowy kwalifikacyjnej, dopytywany o rodzaj niepełnosprawności, podał, że znajduje się w stanie remisji oraz że posiadana przez niego niepełnosprawność w żaden sposób nie utrudniałaby mu pracy na stanowisku asystenta. W ocenie prawniczki PTPA doszło do nierównego traktowania Filipa U. ze względu na niepełnosprawność na etapie zawierania umowy cywilnoprawnej. Nierówne traktowanie polegało na niezatrudnieniu go jedynie w oparciu o przesłankę choroby psychicznej, na którą cierpi. Sprawa jest w toku.

W sprawie tej znalazł zastosowanie przepis art. 3 ust. 1 ustawy antydyskryminacyjnej, stanowiący, że dyskryminacja bezpośrednia zachodzi w sytuacji, w której osoba fizyczna ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną jest traktowana mniej korzystnie niż jest, była lub byłaby traktowana inna osoba w porównywalnej sytuacji. Ponadto zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 pkt. 2 ustawy antydyskryminacyjnej zakazane jest nierówne traktowanie osób fizycznych m.in. ze względu na niepełnosprawność w zakresie warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunku pracy albo pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej. Zakaz dyskryminacji rozciąga się na wszystkie fazy stosunku pracy, w tym również na proces rekrutacji³⁵. Należy uznać, że *ratio legis* przepisów wprowadzających ochronę osób świadczących pracę na podstawie umowy cywilnoprawnej było zrównanie ochrony pracowników przed dyskryminacją bez względu na formę zatrudnienia. Zasadne jest zatem korzystanie z wypracowanej w tym zakresie wykładni dokonanej przez Sąd Najwyższy przez stosowanie jej przez analogię.

Podobna sytuacja, choć przy zastosowaniu innego kryterium dyskryminacyjnego, zdarzyła się w procesie rekrutacji prowadzonym w celu zawarcia umowy cywilnoprawnej przez jeden z sądów powszechnych. Katarzyna S. brała udział w naborze na stanowisko biurowe. Sąd, który ogłosił konkurs, zaprosił Katarzynę S. na rozmowę kwalifikacyjną w związku z tym, że posiadał jej dokumenty rekrutacyjne złożone przez nią na potrzeby poprzedniego konkursu na to stanowisko kilka miesięcy wcześniej. Podczas rozmowy kwalifikacyjnej prowadzonej przez dwie kobiety, w tym sędzię sądu pracy, padły pytania o doświadcze-

³⁵ Patrz wyrok SN z dnia 5 maja 2011 r., sygn. akt II PK 181/10, niepubl.

nia zawodowe, została także sprawdzona umiejętność pisania bezwzrokowego. Następnie sędzia zadała pytanie, czy kandydatka ma małe dzieci oraz czy będzie w stanie zapewnić im opiekę na czas pracy. Katarzyna S. odmówiła odpowiedzi na to pytanie używając słów: „myślę, że nie powinnam odpowiadać na to pytanie”, w wyniku czego sędzia uznała rozmowę za zakończoną mówiąc „w takim razie dziękuję za rozmowę” i wychodząc do swojego gabinetu. W efekcie Katarzyna S. nie została zatrudniona. Na marginesie należy dodać, że kilka miesięcy wcześniej, podczas pierwszej rozmowy kwalifikacyjnej w tym sądzie prowadzonej w celu zawarcia umowy o pracę, również zadano jej pytania o plany macierzyńskie.

Podobnie, jak w przypadku sprawy Filipa U., rozmowa kwalifikacyjna, w której brała udział Katarzyna S., odbywała się w celu zawarcia umowy cywilnoprawnej. W związku z tym nie znajdują w tym przypadku zastosowania przepisy Kodeksu pracy, gdyż reguluje on jedynie kwestie związane ze stosunkiem pracy. Rozmowę tę należy oceniać zatem przez pryzmat przepisu art. 4 pkt. 2 ustawy antydyskryminacyjnej. W przeciwieństwie do Kodeksu pracy, ustawa przewiduje zamknięty katalog cech prawnie chronionych, nie wymieniając przesłanki dotyczącej rodzicielstwa. Przyjmuje się jednak, że przesłanka ta jest nierozwalnie związana z cechą płci i dlatego niekorzystne traktowanie kobiety w związku z jej ciążą lub macierzyństwem musi być kwalifikowane jako dyskryminacja ze względu na płeć³⁶.

Wydaje się, że wysoce prawdopodobne jest, iż w tym przypadku zaistniała dyskryminacja bezpośrednia z powodu płci i związanego z nią przymiotu rodzicielstwa – powódka podczas rozmowy kwalifikacyjnej była pytana o kwestię pogodzenia opieki nad dziećmi i wykonywania pracy. Takie pytanie należy uznać za nieuprawnione i wskazać na treści przepisu art. 22¹ § 1 k.p., zgodnie z którym nie może żądać od osoby ubiegającej się o zatrudnienie informacji dotyczących jego życia prywatnego, w tym również kwestii związanych z rodzicielstwem. W związku z tym, że ustawa antydyskryminacyjna nie normuje kwestii dyskryminacji w sposób kazuistyczny, należy powyższy przepis zastosować w niniejszej sprawie przez analogię i przyjąć, że zakaz ten obowiązuje również w procesie rekrutacji prowadzonym w celu zawarcia z pracownikiem umowy cywilnoprawnej.

Postępowanie przed sądem cywilnym jest w toku. Roszczenia, jakich powódka dochodzi przed sądem, to roszczenie odszkodowawcze, a także roszczenie o wdrożenie polityki antydyskryminacyjnej u pozwanego. To drugie znajduje swoje uzasadnienie w przepisach Kodeksu cywilnego. W związku z tym,

³⁶ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 11 listopada 2010 r. w sprawie C-232/09 „Danosa”.

iż zgodnie z przepisem art. 13 ustawy antidyskryminacyjnej w sprawach z zakresu tej ustawy stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, zasadne jest w tym przypadku zastosowanie przepisów o ochronie dóbr osobistych, tj. art. 23 i 24 k.c. Za przyjęciem takiego kształtu roszczenia przemawia fakt, iż pozwany dopuszczając się dyskryminacji w procesie rekrutacji naruszył dobra osobiste powódki, tj. jej godność i cześć. Należy podkreślić, że z dyskryminacją zawsze wiąże się naruszenie godności. Stanowisko takie zajęł Sąd Najwyższy, stwierdzając, iż „dyskryminacja jest nieuchronnie związana z naruszeniem godności drugiego człowieka, a poszanowanie tej godności jest nakazem nie tylko prawnym, lecz również moralnym”³⁷. W związku z naruszeniem dóbr osobistych powódki wydaje się zasadne dochodzenie roszczenia o zobowiązanie pozwanego do wdrożenia polityki antidyskryminacyjnej, które stanowi formę roszczenia przewidzianą w przepisie art. 24 k.c., tj. roszczenie o dopełnienie czynności potrzebnych do usunięcia skutków naruszenia. Sprawa jest w toku.

4.3. Dyskryminacja pośrednia

Inną formą dyskryminacji objętą zakresem przedmiotowym ustawy antidyskryminacyjnej jest dyskryminacja pośrednia, której definicja została wprost recypowana z Kodeksu pracy. Jest to sytuacja, w której dla osoby fizycznej ze względu na rasę, pochodzenie etniczne i narodowość, na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje lub szczególnie niekorzystna dla niej sytuacja, chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne.

Jedną z podjętych przez PTPA interwencji dotyczących tej formy dyskryminacji dotyczyła sprawa, której przedmiotem był brak możliwości zarejestrowania się przez uczennicę w procesie naboru do szkoły gimnazjalnej z uwagi na brak numeru PESEL. Sprawę tę zidentyfikowaliśmy jako przykład dyskryminacji pośredniej ze względu na pochodzenie etniczne w obszarze edukacji. Uczennica szóstej klasy szkoły podstawowej, pochodzenia wietnamskiego, wzięła udział w internetowej rejestracji do szkoły gimnazjalnej, przeprowadzanej testowo w czterech dzielnicach, zakładając odpowiednie konto w systemie internetowym, dokonując wyboru preferowanych szkół oraz zaznaczając, iż jest obcokrajowcem. Gdy zapomniała hasła do swojego konta, okazało się, że nie może go odzyskać przez Internet, tak jak uczniowie będący obywatelami polskimi, gdyż nie posiada numeru PESEL. Posłużenie się numerem PESEL było je-

³⁷ Wyrok z dnia 11 kwietnia 2006 roku, sygn. akt I PK 169/05 (OSNP 2007/7-8/93).

dynym przyjętym przez system rejestracji narzędziem, za pomocą którego można było kontynuować wypełnianie ankiety rejestracyjnej.

Jako cudzoziemka uczennica nie jest zobowiązana do posiadania numeru PESEL. Podlega natomiast obowiązkowi szkolnemu, a co za tym idzie, zgodnie z art. 94a ustawy o systemie oświaty korzysta z nauki na takich samych warunkach jak obywatele polscy. W tej sytuacji działanie miasta należy ocenić jako przejaw dyskryminacji pośredniej ze względu na narodowość w myśl art. 3 pkt. 2 ustawy antydyskryminacyjnej. Ustawa ta, zgodnie z jej art. 4 pkt. 4 pkt. d, ma zastosowanie również do dostępu i warunków korzystania z oświaty. Wprowadzenie niejednorodnych warunków korzystania z systemu rejestracji internetowej różnicuje ze względu na narodowość sytuację faktyczną uczniów w sposób powodujący szczególnie niekorzystną sytuację dla tych spośród nich, którzy nie posiadają obywatelstwa polskiego, ponieważ muszą oni przechodzić przez dłuższą procedurę odzyskiwania hasła dostępu do konta. Stanowi to także naruszenie zawartego w art. 32 ust. 1 Konstytucji prawa do równego traktowania przez władze publiczne oraz wyrażonego w art. 32 ust. 2 zakazu dyskryminacji z jakiegokolwiek przyczyny w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym. Przedstawiona sytuacja godzi również w prawa ucznia, albowiem konieczność przechodzenia przez dłuższą procedurę odzyskiwania hasła dostępu do konta może doprowadzić do sytuacji negatywnie wpływających na możliwość korzystania z prawa do edukacji zawartego w art. 70 Konstytucji, którego treścią nie jest jedynie prawo do pobierania nauki, lecz także wszelkie uprawnienia z tą nauką związane, jak np. prawo do swobodnego wyboru szkoły.

Analizując, czy doszło do dyskryminacji pośredniej, należy odpowiedzieć na pytanie, czy pozornie neutralnym kryterium różnicowania uprawnień, stanowiącym o wystąpieniu dyskryminacji pośredniej, było użycie jako narzędzia weryfikującego tożsamość osoby dokonującej rejestracji w przypadku zagubienia hasła, numeru PESEL osoby uczestniczącej w rejestracji. W tym miejscu należy uzyskać odpowiedzi na następujące pytania: Jaki cel stawiał sobie podmiot organizujący proces rejestracji, czy był on zgodny z prawem, a następnie czy cel ten dało się osiągnąć w inny sposób? Zakładając, że cel ten stanowiło umożliwienie uczniom podlegającym obowiązkowi szkolnemu dokonania rejestracji do szkoły gimnazjalnej, należy uznać, iż był to cel zgodny z prawem. Wydaje się jednak, że proces weryfikacji danych mógł przebiegać bez potrzeby wprowadzania numeru PESEL. Sposobem weryfikacji niewprowadzającym niedozwolonego różnicowania uczniów zainteresowanych podjęciem nauki w tej szkole mogłoby być chociażby przypisanie każdemu z uczniów hasła lub pytania zabezpieczającego, wymaganego jedynie w przypadku zagubienia hasła pierwotnego. Wówczas uprawnienia wszystkich uczniów mających dostęp do systemu

rejestracji byłyby tożsame, czego skutkiem byłoby zapewnienie zasady równego traktowania.

W tej sprawie PTPA interweniowało u wojewódzkiego Kuratora Oświaty, zawiadamiając o naruszeniu również Ministra Edukacji Narodowej, Rzecznika Praw Obywatelskich, Pełnomocniczkę Rządu ds. Równego Traktowania, a także władze miasta. Efektem interwencji było uzyskanie odpowiedzi, że program, w jakim prowadzono proces rejestracji, miał charakter pilotażowy, oraz że błąd systemu uzależniający proces weryfikacji od posiadania numeru PESEL został zauważony i w przyszłości zostanie wyeliminowany.

4.4. Molestowanie seksualne

Do PTPA wpłynęły również sprawy dotyczące molestowania seksualnego. Jedna z nich dotyczyła molestowania seksualnego w toku zatrudnienia na podstawie umowy cywilnoprawnej w jednej z redakcji mediów publicznych. Podczas kolegium redakcyjnego, w obecności współpracowników, przełożony Magdaleny W. wręczył jej rekwizyty przedstawiające kobiece i męskie narządy płciowe dodając do tego wulgarny komentarz. Wcześniej często zdarzało się, że kierował pod jej adresem nieprzyzwoite słowa o podtekście seksualnym.

PTPA przygotowało projekt pisma, które klientka przedstawiła pracodawcy. W ocenie PTPA zdarzenia, o których mowa powyżej, naruszyły godność Magdaleny W. i stanowiły jednocześnie przejaw molestowania seksualnego w rozumieniu art. 3 ust. 4 ustawy antydyskryminacyjnej, który stanowi, że molestowanie seksualne jest niepożądanym zachowaniem o charakterze seksualnym wobec osoby fizycznej lub odnoszące się do płci, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności tej osoby, w szczególności przez stworzenie wobec niej zagrażającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery. Zgodnie z definicją na zachowania te mogą składać się fizyczne, werbalne lub pozawerbalne elementy. Molestowanie seksualne, jakiego doświadczyła Magdalena W., należy postrzegać jako naruszenie zakazu molestowania seksualnego na podstawie przepisów ustawy antydyskryminacyjnej z uwagi na to, że klientkę nie łączył z pracodawcą stosunek pracy, a zdarzenie związane było z wykonywaniem przez nią pracy w ramach zatrudnienia niepracowniczego. Warto dodać, że przepisy ustawy antydyskryminacyjnej za złamanie zasady równego traktowania uznają także zachęcanie do molestowania seksualnego (art. 3 pkt 5), przy czym zachęcanie może polegać zarówno na komunikacie przekazanym wprost, jak również na cichym przyzwoleniu, tolerowaniu pewnych zachowań. Pracodawca, który nie reaguje na zachowania naruszające zakaz dyskryminacji podwładnych, to pracodawca, który się na nie godzi. Tymczasem, jak relacjonowała Magdalena W., bezpośredni przełożony sprawcy molestowania seksualnego był obecny w trak-

cie opisanego zajścia, jak również wiedział o wcześniejszych jego naruszeniach zarówno wobec niej, jak również innych kobiet współpracujących, jednak nie podejmował żadnych interwencji. Należy to zidentyfikować jako akt zachęcania do dyskryminacji, również zakazany przez przepisy prawa. Wydaje się bowiem, że ignorancja wobec tego rodzaju naruszeń stanowi o przyzwoleniu na te zachowania, co jednocześnie może świadczyć o zachęcaniu do kontynuowania aktów molestowania seksualnego.

W piśmie do pracodawcy Magdalena W. domagała się podjęcia konkretnych kroków, które zapewnią redakcji bezpieczne warunki pracy wolne od seksistowskich, przybierających formę molestowania seksualnego uwag kierowanych do niej i innych współpracowniczek. Żądała również przeprosin podczas kolegium redakcyjnego. Zleceniodawca nie przystał na żądania. Molestujący pozostał w redakcji na dotychczasowym stanowisku, a ofiara molestowania seksualnego została odsunięta od pracy z nim, co miało dla niej negatywny skutek, w postaci mniejszej liczby zleceń. Magdalena W. nie zdecydowała się na wystąpienie z roszczeniem o odszkodowanie z tytułu zaistniałego molestowania seksualnego do sądu cywilnego, który w sprawach o dyskryminację w obszarze zatrudnienia niepracowniczego byłby właściwy w sprawie.

Inna sprawa dotycząca molestowania seksualnego, w którą zaangażowało się PTPA, dotyczy sytuacji, która zdarzyła się na uczelni wyższej. Prowadzący wykłady profesor wysyłał jednej ze swoich studentek e-maile zawierające treści odnoszące się do jej seksualności, w tym jego fantazje erotyczne na jej temat. Skutkiem tego było wycofanie się przez studentkę z życia uczelni, zaprzestanie uczęszczania na wykłady i rezygnacja z przystąpienia do wszystkich egzaminów semestralnych. Zdaniem studentki działanie wykładowcy naruszyło jej godność oraz spowodowało rozstrój zdrowia psychicznego. PTPA zdecydowało się przygotować projekt pisma zawiadamiającego władze uczelni o zdarzeniu, które studentka złożyła w imieniu własnym. Pismo zawierało wniosek o umożliwienie przystąpienia do zaległych egzaminów oraz o wszczęcie w stosunku do profesora postępowania dyscyplinarnego w trybie art. 139 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. prawo o szkolnictwie wyższym i o wymierzenie mu kary nagany lub nagany z pozbawieniem prawa do pełnienia funkcji kierowniczych na uczelni przez okres pięciu lat. W przedmiotowej sprawie nie istniała możliwość wystąpienia z roszczeniem antydyskryminacyjnym w rozumieniu art. 13 ustawy antydyskryminacyjnej, gdyż ustawa nie przewiduje, jak wspomniano wyżej, ochrony w sytuacji molestowania seksualnego w edukacji. Odpowiednim instrumentem prawnym, który poza wnioskiem o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego może zostać wykorzystany jest powództwo o ochronę dóbr osobistych, którego specyfika zostanie omówiona w dalszej części. Jak dotąd uczelnia udzieliła odpowiedzi, iż przychyliła się do wniosku studentki, odnośnie

umożliwienia przystąpienia do zaległych egzaminów. Brak odpowiedzi odnośnie wszczęcia w stosunku do profesora postępowania dyscyplinarnego bądź jakiegokolwiek innego postępowania, mającego na celu wyjaśnienie zarzutów stawianych przez klientkę PTPA pracownikowi uczelni.

4.5. Roszczenia antydyskryminacyjne w rozumieniu ustawy antydyskryminacyjnej

W sytuacjach, kiedy przepisy ustawy antydyskryminacyjnej przyznają ochronę przed dyskryminacją, możliwe jest dochodzenie roszczenia odszkodowawczego według przepisów ogólnych Kodeksu cywilnego. Zgodnie z treścią przepisu art. 13 ustawy każdy, wobec kogo zasada równego traktowania została naruszona, ma prawo do odszkodowania, a w celu dochodzenia tego roszczenia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Powództwo takie, zgodnie z przepisem art. 14 ustawy antydyskryminacyjnej rozpoznawane jest na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego (dalej k.p.c.). Oznacza to, że pozew składa się do sądu cywilnego właściwego do rozpoznania sprawy zgodnie z przepisami k.p.c. Należy mieć na uwadze, że inaczej niż w postępowaniach z zakresu dyskryminacji w zatrudnieniu, strona dochodząca roszczeń antydyskryminacyjnych na podstawie przepisów ustawy antydyskryminacyjnej jest obowiązana, o ile nie jest zwolniona z kosztów sądowych, uiścić opłatę od pozwu i dalszych pism procesowych co do zasady w pełnej wysokości³⁸. Takie ukształtowanie sytuacji procesowej osoby doświadczającej dyskryminacji w innych obszarach niż zatrudnienie może stanowić barierę w skutecznym dochodzeniu roszczeń antydyskryminacyjnych wszelkiego rodzaju. Nadmienić warto, że o ile należy zgodzić się z twierdzeniem, iż intencją ustawodawcy było szczególne, korzystniejsze ukształtowanie obowiązków procesowych pracowników, to jednak być może istnieje potrzeba rozważenia, czy tych szczególnego rodzaju uprawnień nie rozciągnąć na grupę osób doświadczających dyskryminacji także w innych obszarach życia z uwagi na podobnie szczególny charakter zdarzeń, z których osoby te wywodzą skutki prawne w postaci roszczeń antydyskryminacyjnych.

W sytuacji, kiedy ustawa antydyskryminacyjna nie udziela ochrony przed dyskryminacją, wydaje się, że zasadne jest sięgnięcie po przepisy Kodeksu cywilnego o ochronie dóbr osobistych, gdyż to one zwykle najpełniej oddają charakter kompensacyjny roszczenia podobnego do roszczenia odszkodowawczego z ustawy antydyskryminacyjnej. Na podstawie przepisów art. 23, 24 i 448

³⁸ Dla przypomnienia, strona w postępowaniu z zakresu prawa pracy nie ponosi opłaty od pozwu, o ile wartość przedmiotu sporu nie przekracza 50 000 złotych, a opłata o od innych pism podlegających opłacie jest odpowiednio niższa.

k.c., będących najczęściej adekwatnymi środkami do usunięcia skutków naruszeń dyskryminacji w stosunkach cywilnoprawnych, możliwe jest dochodzenie następujących roszczeń:

- gdy istnieje zagrożenie naruszenia:
 - o żądanie zaniechania działania dyskryminującego (chyba, że nie jest ono bezprawne),
- gdy do naruszenia doszło:
 - o żądanie dopełnienia czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków – w szczególności przez złożenie oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie – np. przeproszenia,
 - o żądanie odszkodowania, zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny,
 - o żądanie ustalenia naruszenia dóbr osobistych.

Roszczenie to jest uzasadnione wówczas, gdy z dyskryminacją wiąże się naruszenie dóbr osobistych (np. cześć, zdrowie, wolność, godność). Przy czym, przyjmuje się, że z dyskryminacją zawsze wiąże się naruszenie godności. Stanowisko takie zajął Sąd Najwyższy, stwierdzając, iż „dyskryminacja jest nieuchronnie związana z naruszeniem godności drugiego człowieka, a poszanowanie tej godności jest nakazem nie tylko prawnym, lecz również moralnym”³⁹. Wydaje się zatem, że roszczenia tego będzie można dochodzić w przypadku wszystkich form i postaci dyskryminacji, z uwagi na nierozzerwalne związanie dyskryminacji z naruszeniem godności jednostki.

Przykładem aktu dyskryminacji nieobjętego ochroną ustawy antydyskryminacyjnej była sprawa Dominika R., niepełnosprawnego sportowca, któremu odmówiono wstępu do restauracji, ponieważ wymagał pomocy asystującego mu, przeszkolonego psa, a obsługa restauracji kategorycznie zabroniła mu wejścia z psem. Sytuację tę identyfikować należy jako postać dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność w dostępie do usług. Jednak tego rodzaju naruszenia nie są chronione przez przepisy ustawy antydyskryminacyjnej, która w przedmiotowym obszarze wprowadza zakaz dyskryminacji jedynie ze względu na rasę, pochodzenie etniczne, narodowość i płeć. Pozostaje wobec tego, jeśli jest możliwe wykazanie naruszenia, powództwo o odszkodowanie za naruszenie dóbr osobistych. Co prawda, w czasie wytoczenia powództwa w tej sprawie nie obowiązywały jeszcze przepisy ustawy antydyskryminacyjnej, jednak warto zwrócić uwagę na to, że również dzisiaj Dominik R. nie mógłby się domagać ochrony na jej podstawie.

Zdaniem PTPA, które oprócz Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka zaangażowało się w udzielenie pomocy prawnej w tej sprawie, naruszenie dóbr osobi-

³⁹ Wyrok z dnia 11 kwietnia 2006 roku, sygn. akt I PK 169/05 (OSNP 2007/7-8/93).

stych miało charakter dyskryminacji, przede wszystkim przez naruszenie godności powoda. Należy zauważyć, że w drodze powództwa o naruszenie dóbr osobistych, które było instrumentem prawnym wykorzystanym w związku z naruszeniem godności powoda, możliwe jest dochodzenie – alternatywnie bądź kumulatywnie – kilku roszczeń, tj. odszkodowania, zadośćuczynienia, zaniechania naruszeń, złożenia oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie (zwykle żądanego jako przeprosiny) oraz zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny. Możliwe jest również dochodzenie ustalenia naruszenia dobra osobistego na podstawie art. 189 k.p.c., tj. powództwa o ustalenie istnienia lub nie istnienia stosunku prawnego; w sprawach z zakresu ochrony dóbr osobistych sprowadza się do powództwa o istnienie naruszenia dobra osobistego. Wykorzystanie tego środka prawnego może być odpowiednie w sytuacji, gdy powodowi lub powodce zależy jedynie na uzyskaniu satysfakcji ze stwierdzonego naruszenia.

W opisywanej sprawie powód domaga się przeprosin ze strony naruszonego, a także zasądzenia odszkodowania na rzecz fundacji, która wyszkoliła asystującego mu psa. Sprawa nadal toczy się przed sądem, aktualnie na etapie postępowania apelacyjnego. Sąd I instancji oddalił powództwo o naruszenie dóbr osobistych, uzasadniając to m.in. tym, że pracownicy restauracji mogli nie znać przepisów dotyczących konieczności umożliwiania osobom z niepełnosprawnością wchodzenia do miejsc w asyście wyszkolonego psa. Sąd stwierdził również, że powód był aktywny społecznie, a uprawiany przez niego sport stanowił dla niego formę terapii, w związku z czym był on osobą silną psychicznie, potrafiącą poradzić sobie z sytuacją dyskryminacji. Przyjęcie takiego rozumowania wydaje się kontrowersyjne. Należy mieć na względzie, że dyskryminacja, bez względu na to, jakie cechy osobiste posiada osoba domagająca się udzielenia ochrony, może łączyć się z poczuciem krzywdy, a ustalenie, że krzywda w istocie wystąpiła powinno przebiegać przy uwzględnieniu okoliczności sprawy i faktycznych odczuć powoda, z wyłączeniem racjonalizowania przez sąd skutków zaistniałego naruszenia. Zasadne byłoby podjęcie przez sąd rozstrzygnięcia przy uwzględnieniu sytuacji społecznej osób z niepełnosprawnościami, a przede wszystkim barier i trudności, tak społecznych jak i infrastrukturalnych, z jakimi spotykają się w codziennym życiu. Jak się wydaje, dopiero zrozumienie, że żadne okoliczności ani cechy osobiste nie sprawiają automatycznie, że poczucie krzywdy pojawiające się u osoby doświadczającej dyskryminacji ulegnie zmniejszeniu, pozwoli na podjęcie rozstrzygnięcia odpowiedniego dla istoty i rozmiaru zaistniałego naruszenia.

Jak zostało to zaprezentowane powyżej, skonstruowanie powództwa o naruszenie zasady równego traktowania, zarówno w przypadku korzystania z przepisów ustawy antydyskryminacyjnej jak i przepisów o ochronie dóbr oso-

bistych wymaga sięgnięcia po mechanizmy uregulowane w Kodeksie cywilnym. Są jednak pewne różnice. Zgodnie z art. 13 ustawy antydyskryminacyjnej na jej podstawie możliwe jest jedynie dochodzenie roszczenia odszkodowawczego, tj. obejmującego żądanie zapłaty kwoty odpowiadającej szkodzie powstałej na skutek wystąpienia niedozwolonego nierównego traktowania. W praktyce przyjmuje się jednak, że roszczenie odszkodowawcze w sprawach o dyskryminację może obejmować zarówno wyrównanie w dobrach majątkowych (odszkodowanie), jak i niemajątkowych (zadośćuczynienie)⁴⁰. Powołane orzeczenie zapadło w sprawie dotyczącej stosunku pracy, jednak wydaje się, że z uwagi na podobieństwo przedmiotu spraw z zakresu dyskryminacji toczących się na podstawie ustawy antydyskryminacyjnej można stosować je także w tego rodzaju sprawach przez analogię.

Takie rozumienie odszkodowania, jest konieczne ze względu na interes osoby, która spotkała się z dyskryminacją. Należy mieć bowiem na uwadze, że nie zawsze naruszenie zasady równego traktowania wiąże się z powstaniem szkody – często pojawia się za to poczucie krzywdy, które w świetle przepisów Kodeksu cywilnego jest pojęciem różnym od szkody, definiowanej jako skutek zdarzenia o charakterze materialnym. Natomiast w przypadku postępowań dotyczących naruszenia dóbr osobistych możliwe jest dochodzenie zarówno odszkodowania, jak i zadośćuczynienia. W celu zapewnienia pełnej ochrony przed dyskryminacją w sferze stosunków cywilnoprawnych w zgodzie z zasadą przejrzystości przepisów prawa należałoby doprecyzować treść przepisów ustawy antydyskryminacyjnej przez wprowadzenie, oprócz możliwości dochodzenia odszkodowania, instrumentu roszczenia o zadośćuczynienie za doznaną krzywdę (jest to jeden z postulatów organizacji skupionych w Koalicji na Rzecz Równych Szans).

Ponadto, odnosząc się do różnic między tymi dwoma aktami prawnymi należy wskazać, że na podstawie ustawy antydyskryminacyjnej do odpowiedzialności zawsze pociąga się podmiot, który świadczy usługę edukacyjną (szkołę, uczelnię), natomiast postępowanie cywilne o naruszenie dóbr osobistych w wielu przypadkach pozwala na pociągnięcie do odpowiedzialności jedynie bezpośredniego sprawcy. Tymczasem, w sytuacji dokonania naruszenia przez osobę fizyczną, korzystniejsza dla powoda czy powódki może okazać się droga prawna, na której możliwe będzie skierowanie powództwa przeciwko osobie prawnej, czy jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną a posiadającą osobowość prawną, jako podmiotowi ponoszącemu odpowiedzialność za działania bezpośredniego sprawcy, z uwagi na wolę uzyskania satysfakcji tak osobistej, jak i mającej wymiar społeczny. Wówczas dochodzenie roszczeń na

⁴⁰ Patrz wyrok SN z dnia 7 stycznia 2009 r., sygn. akt III PK 43/08.

podstawie ustawy antydyskryminacyjnej będzie skuteczniejsze i bardziej odpowiadające istocie naruszeń spowodowanych dyskryminacją niż skorzystanie z instrumentów przewidzianych dla ochrony dóbr osobistych. Z tego punktu widzenia należy dodać jedynie, że w wielu przypadkach zaistnienia dyskryminacji istotne jest, aby podmiot, który dokonał naruszenia miał poczucie społecznej odpowiedzialności za to naruszenie.

Wskazać należy również, że w sprawach dotyczących obszaru pracy, zarówno tych regulowanych przez Kodeks pracy, jak i objętych ochroną ustawy antydyskryminacyjnej (zatrudnienie niepracownicze) stosuje się zasadę, która została określona w art. 17 dyrektywy 2000/78/WE i która stanowi, że sankcje za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu muszą być skuteczne, proporcjonalne i dolegliwe. Konieczność wystąpienia skutku skuteczności, proporcjonalności i dolegliwości przy określaniu kwoty odszkodowania podkreśla również Sąd Najwyższy, stając jednocześnie na stanowisku, że odszkodowanie to musi wyrównywać uszczerbek w dobrach majątkowych i niemajątkowych pracownika⁴¹, co zostało opisane wyżej, w części dotyczącej roszczeń z tytułu dyskryminacji w zatrudnieniu. Wydaje się, że nie ma przeszkód, aby argumenty zastosowane w odniesieniu do spraw typowo pracowniczych stosować przez analogię również do spraw z zakresu zatrudnienia niepracowniczego, które reguluje ustawa antydyskryminacyjna. Podobnie jak w sprawach z zakresu dyskryminacji w zatrudnieniu, również w postępowaniach toczących się na podstawie ustawy antydyskryminacyjnej wysokość odszkodowania powinna być odpowiednio wyższa w przypadku zaistnienia więcej niż jednej przesłanki dyskryminacyjnej (tzw. dyskryminacji wielokrotnej).

Należy podkreślić, że ograniczony zakres podmiotowy i przedmiotowy ustawy może prowadzić do tego, że inne niż chronione przez ustawę, społecznie palące problemy przekładające się na indywidualne przypadki dyskryminacji nie uzyskają ochrony na podstawie jej przepisów. Można sobie wyobrazić, że może dojść lub dochodzi do aktów dyskryminacji w następujących sytuacjach:

- odmowa przyjęcia do przedszkola dziecka zarażonego wirusem HIV,
- odmowa wynajęcia lokalu mieszkalnego osobie homoseksualnej,
- molestowanie ze względu na wygląd osoby wykonującej działalność zawodową na podstawie umowy cywilnoprawnej,
- odmowa wynajęcia pokoju w hotelu parze jedнопłciowej.

W żadnej z powyższych sytuacji nie znajdują zastosowania przepisy ustawy antydyskryminacyjnej. W takich przypadkach jednostka będzie musiała uciec się do przepisów Kodeksu cywilnego o ochronie dóbr osobistych, jednak uzyskanie ochrony na tej drodze jest trudniejsze i może sprowadzić się jedynie

⁴¹ Wyrok SN z dnia 7 stycznia 2009 r., III PK 43/08, OSNP 2010/13-14/160.

do stwierdzenia naruszenia jednego z dóbr osobistych, co nie jest tożsame ze stwierdzeniem zaistnienia dyskryminacji. Trudności te, oprócz wskazanych wcześniej, uwarunkowane są niedostosowaniem do istoty zjawiska dyskryminacji rozłożeniem ciężaru dowodu w postępowaniach z zakresu ochrony dóbr osobistych, o czym poniżej.

4.6. Ciężar dowodu

Jedną z charakterystycznych cech postępowań antydyskryminacyjnych, także w sferze stosunków cywilnoprawnych, jest zasada przeniesionego ciężaru dowodu, polegająca na tym, że obowiązek udowodnienia niezłamania lub obiektywnie uzasadnionego złamania zasady równego traktowania, spoczywa na podmiocie, któremu zarzuca się dyskryminację, natomiast dyskryminowanego chroni domniemanie dyskryminacji (w sprawach o naruszenie dóbr osobistych mówi się wówczas o domniemaniu naruszenia dóbr osobistych).

W ustawie antydyskryminacyjnej, przeniesiony ciężar dowodu przewiduje przepis art. 14, który stanowi „Kto zarzuca naruszenie zasady równego traktowania, uprawdopodobnia fakt jej naruszenia. W przypadku uprawdopodobnienia naruszenia zasady równego traktowania ten, któremu zarzucono naruszenie tej zasady, jest obowiązany wykazać, że nie dopuścił się jej naruszenia”. Tak więc, wzorem Kodeksu pracy, nastąpiło przeniesienie ciężaru dowodu na podmiot dokonujący naruszenia, co z uwagi na specyfikę tego rodzaju spraw, ma szczególne znaczenie i zasługę na aprobatę.

Podobnie, jak w przypadku spraw z zakresu ustawy antydyskryminacyjnej, również w sytuacji roszczeń związanych ze zdarzeniem dyskryminacyjnym naruszającym dobra osobiste ciężar dowodu spoczywa na tym, komu zarzuca się dyskryminację. Są jednak znaczące różnice. Na podstawie art. 24 k.c. ten, czyje dobro osobiste zostaje zagrożone cudzym działaniem, może żądać zaniechania tego działania, chyba że nie jest ono bezprawne. Co istotne, ochrona prawna przysługuje zarówno w przypadku naruszenia dobra osobistego, jak i jedynie zagrożenia naruszeniem. W świetle przepisu art. 24 k.c. w celu skutecznego dochodzenia roszczeń wynikających z naruszenia dóbr osobistych konieczne jest wykazanie w toku postępowania sądowego istnienia dobra osobistego, jego zagrożenia lub naruszenia, a także bezprawnego charakteru tego zagrożenia lub naruszenia. Pozycja powoda jest uprzywilejowana w ten sposób, że ciąży na nim obowiązek wykazania pierwszej i drugiej przesłanki, tj. istniejącego dobra osobistego, które w konkretnych okolicznościach zostało naruszone lub zagrożone naruszeniem. Z tym że przez wykazanie należy rozumieć udowodnienie. Wynika to z orzecznictwa Sądu Najwyższego, który stwierdził, że ciężar dowodu doznanej wskutek naruszenia dobra osobistego szkody lub krzywdy

na, na podstawie zasady zawartej w art. 6 k.c., spoczywa na powodzie jako osobie wywodzącej z tych faktów skutki prawne⁴². Jednocześnie, w tego typu sprawach przyjmuje się domniemanie bezprawności czynu, które może zostać obalone przeciwdowodem przez pozwanego (art. 24 § 1 zdanie pierwsze *in fine* k.c.). Na pozwanym ciąży zatem obowiązek wykazania, że jego działanie nie było bezprawne⁴³. Oznacza to, że na pozwanym ciąży obowiązek udowodnienia, że działanie pokierowane było zgodą uprawnionego, bądź oparte było na przepisie prawnym lub realizowało prawo podmiotowe albo podjęte zostało w obronie uzasadnionego interesu społecznego.

Tak więc, na podstawie ustawy antydyskryminacyjnej osoba, która stawia zarzut dyskryminacji, musi jedynie uprawdopodobnić okoliczności, które z dużym prawdopodobieństwem wskazują na złamanie zasady równego traktowania. Strona powodowa nie musi jednak przedstawiać dowodów (tj. świadków, dokumentów etc.). Wówczas ciężar dowodu przechodzi na podmiot, któremu postawiono zarzut. Z kolei w postępowaniu o naruszenie dóbr osobistych w pierwszej kolejności powód będzie musiał udowodnić okoliczności istnienia dobra osobistego oraz jego naruszenia lub zagrożenia naruszeniem i dopiero wówczas strona pozwana będzie miała obowiązek udowodnienia braku bezprawności zarzucanego działania, które według strony powodowej stanowi źródło naruszenia dóbr osobistych. Stąd wniosek, iż w sytuacji gdy dochodzi do dyskryminacji, np. osoby z niepełnosprawnością, która została nierówno potraktowana w edukacji bądź dostępie do usług, pozew o naruszenie dóbr osobistych nie jest rozwiązaniem równie efektywnym, co roszczenie na podstawie ustawy antydyskryminacyjnej, która jednak wyłącza tę grupę spod ochrony w przedmiotowych obszarach życia.

W toku postępowania z zakresu dyskryminacji, zarówno toczącego się na podstawie przepisów ustawy antydyskryminacyjnej jak i przepisów o ochronie dóbr osobistych, strona powodowa może, mimo obowiązującego domniemania dyskryminacji czy bezprawności naruszenia i obowiązku jedynie uprawdopodobnienia naruszenia, powoływać dowody przewidziane w Kodeksie postępowania cywilnego. Katalog środków dowodowych, jaki zawarty został w przepisach art. 244–309 k.p.c. jest otwarty, co oznacza, że strona może wnieść o dopuszczenie przez sąd dowodu nie wskazanego wprost przez przepisy prawa. Do tego rodzaju środków dowodowych, które mogą zostać wykorzystane w postępowaniach z zakresu dyskryminacji należą m.in. testy dyskryminacyjne (*situation testing*) stosowane jako metoda wykazania zachowań dys-

⁴² Wyrok SN z dnia 14 grudnia 2012 r., I CSK 248/12, niepubl.

⁴³ Por. wyrok SN z dnia 12 września 2007 r., I CSK 211/2007, wyrok SN z dnia 11 października 2005 r., V CK 259/05.

kryminacyjnych i polegające na tym, że strona podejmuje działania pozorne względem pozwanego jedynie w celu udowodnienia, że prezentuje on zachowania dyskryminacyjne tego samego rodzaju, jak te, z których wywodzi roszczenie antydyskryminacyjne⁴⁴. Podobnie, w sprawach z zakresu dyskryminacji istotne może okazać się wykazanie prawdopodobieństwa zaistnienia naruszenia na podstawie statystyk zawierających dane o ryzyku bądź występowaniu dyskryminacji w określonych okolicznościach.

Innym rodzajem dowodów, jakie mogą być konieczne do wykorzystania w sprawie o roszczenia antydyskryminacyjne, są dowody z nagrań. Jest to kwestia kontrowersyjna, czy można wykorzystać dowód, który *de facto* został zdobyty z naruszeniem prawa. Problem ten był przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego, który uznał, że dopuszczenie dowodu z nagrania należy rozważyć odnosząc się do konkretnych okoliczności sprawy i badając kontekst wypowiedzi ujawnionej w nagraniu. I tak, Sąd Najwyższy w odniesieniu do stanu faktycznego konkretnej sprawy stwierdził, iż „dopuszczone jako dowód nagrania z rozmów telefonicznych mogły tylko wskazywać na dalsze, także istotne przyczyny prowadzące do pogłębienia się rozkładu więzi małżeńskiej między stronami. Trafnie Sąd Apelacyjny przyjął, że nie ma zasadniczych powodów do całkowitej dyskwalifikacji kwestionowanego przez pozwaną dowodu z nagrań rozmów telefonicznych, nawet jeżeli nagrania tych dokonywano bez wiedzy jednego z rozmówców. Skoro strona pozwana nie zakwestionowała skutecznie w toku postępowania autentyczności omawianego materiału, to mógł on służyć za podstawę oceny zachowania się pozwanej w stosunku do pozwanego i możliwości sformułowania wniosku o nadużywaniu alkoholu przez pozwaną”⁴⁵. Stanowisko SN wyrażone w cytowanym orzeczeniu stanowi o tym, że dowody z nagrań uzyskane bez zgody rozmówcy mogą być dowodami o charakterze co najmniej pomocniczym. Należy sądzić, że jeżeli z okoliczności sprawy wynika, że w inny sposób nie można było uzyskać dowodu, to dowód z nagrania może co najmniej pozwolić na pełniejszy ogląd sytuacji. Jednocześnie należy zauważyć, że Sąd Najwyższy nie odrzuca wprost możliwości dopuszczenia dowodu z nagrania rozmowy uzyskanego bez zgody drugiej strony. Mimo iż cytowane orzeczenie zapadło w sprawie o rozwód, z uwagi na to, iż dotyczy ono materii istotnej z punktu widzenia wszelkiego rodzaju spraw cywilnych w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego, można je stosować przez analogię także w innego rodzaju sprawach. Odnosząc się do nagrań rozmów tele-

⁴⁴ Por. np. K. Wencel, Owoc zatrutego drzewa? *Situation testing* jako dowód w sprawach o dyskryminację, [w:] W. Klaus (red.), *Sąsiedzi czy intruzi. O dyskryminacji cudzoziemców w Polsce*, Warszawa 2010, s. 317–334.

⁴⁵ Wyrok SN z dnia 25 kwietnia 2003 r., sygn. akt IV CKN 94/01 (LEX nr 80244).

fonicznych, jak stwierdził Sąd Najwyższy w przywołanym powyżej wyroku, nie można całkowicie dyskwalifikować tego rodzaju dowodów, nawet jeśli nagrań tych dokonywano bez wiedzy jednego z rozmówców. Z punktu widzenia specyfiki spraw z zakresu dyskryminacji jest to bardzo istotne, gdyż jeśli strona nie potrafi w żaden inny sposób uprawdopodobnić zdarzenia, wówczas wykorzystanie dowodu z nagrań może okazać się niezbędne.

Na marginesie jedynie dodać należy, że sąd może dopuścić dowód nie przewidziany wprost przepisami prawa, jeśli stanowi on źródło informacji o faktach istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, jeśli tylko nie jest to sprzeczne z prawem⁴⁶. Ponadto sąd może dopuścić dowód z urzędu, a więc także ten, który nie został przez ustawodawcę wprost umieszczony w otwartym katalogu środków dowodowych wykorzystywanych w postępowaniu cywilnym.

5. Podsumowanie

Tak jak wskazano na wstępie, przedstawiony komentarz do przepisów antydyskryminacyjnych obecnie obowiązujących w Polsce nie obejmuje wszystkich dostępnych regulacji. Wybór poszczególnych zagadnień czy spraw wynika z doświadczenia osób udzielających wsparcia prawnego w ramach Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego, organizacji która specjalizuje się wyłącznie w tej dziedzinie prawa. Dla bezpieczeństwa i komfortu osób, których prezentowane sprawy dotyczą, w większości przypadków zmieniono ich inicjały, jak również celowo unikano opisywania szczegółów, które mogłyby umożliwić ich identyfikację przez osoby niepożądane.

Prezentowana wiedza i doświadczenie wydają się szczególnie przydatne, ze względu na ciągle stosunkowo niewielką liczbę postępowań sądowych w sprawach pracowniczych, a wręcz znikomą na gruncie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Jak się wydaje, zaistniały stan rzeczy wynika m.in. z braku lub śladowej ilości tematyki dotyczącej prawa antydyskryminacyjnego w programach przygotowania do wykonywania zawodów prawniczych. Analogiczny problem identyfikuje się odnośnie doszkalania ustawicznego osób wykonujących już zawody prawnicze.

Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, które oprócz wsparcia prawnego dla ofiar dyskryminacji, za cel stawia sobie podnoszenie świadomości społecznej na temat problemu dyskryminacji. Dlatego też, w ramach projektu „Monitoring stosowania przez polski wymiar sprawiedliwości przepisów

⁴⁶ Wyrok SN z dnia 5 listopada 2008 r., sygn. akt I CSK 138/08 (LEX nr 548795).

prawa antydyskryminacyjnego”⁴⁷, realizowanego w latach 2012-2013, postanowiliśmy przyjrzeć się grupie zawodowej, która jak się wydaje, ma kluczowy wpływ na poziom ochrony prawnej w obszarze stosowania prawa. Dzięki przeprowadzonym badaniom uzyskano informacje dotyczące postaw sędziów wobec problematyki dyskryminacji, interpretacji przez sędziów przepisów polskiego prawa antydyskryminacyjnego, stosowania przez sądy standardów europejskich w zakresie równego traktowania, współpracy sędziów z ekspertami i organizacjami pozarządowymi działającymi na rzecz promowania zasady niedyskryminacji. Wyniki badań przeprowadzonych w ramach projektu świadczą o potrzebie podwyższenia poziomu edukacji antydyskryminacyjnej polskich sędziów. Zresztą, jak się wydaje analogiczna potrzeba odnosi się również do przedstawicieli innych zawodów prawniczych, w tym osób wykonujących zawód adwokata czy radcy prawnego. W praktyce od porady prawnej profesjonalnego pełnomocnika czy pełnomocniczki zależeć będą losy sprawy, np. czy trafi do sądu. Niejednokrotnie zdarzało się że do organizacji trafiały osoby, które zgłaszały przypadek dyskryminacji, a którego w ten sposób nie identyfikowali profesjonalni pełnomocnicy, z którymi osoba wcześniej miała kontakt. Z pewnością zaistniały stan rzeczy ma związek zarówno z brakiem tej tematyki, bądź uwzględnianiem jej jedynie śladowo w programach edukacyjnych oferowanych w ramach przygotowania zawodowego, jak również z nieuświadomionymi uprzedzeniami, stereotypami, które mimo fachowej wiedzy prawnej, mogą stać na drodze prawidłowej identyfikacji np. molestowania seksualnego jako formy dyskryminacji zakazanej prawem. Dlatego też autorki przedmiotowej publikacji, jako niezbędny element szkoleń z prawa antydyskryminacyjnego rekomendują tzw. część świadomościową. W praktyce to część szkolenia dającą przestrzeń do refleksji na temat własnej tożsamości, uprzedzeń, mechanizmu stereotypizacji, elementu władzy który w połączeniu z uprzedzeniami może prowadzić do dyskryminacji, własnych doświadczeń dyskryminacji, roli świadka dyskryminacji i innych definicji, bez których znajomości sama wiedza prawna może okazać się niewystarczająca, ażeby obiektywnie odnieść się do doświadczenia dyskryminacji klienta czy klientki.

Tak więc, przedmiotowy komentarz został przygotowany z myślą o osobach wykonujących zawody prawnicze, ale nie tylko. Celem, jaki przyświecał autorkom, było przedstawienie problemów prawnych językiem przystępnym również dla osób, które nie posiadają specjalistycznej wiedzy prawnej, a mają kontakt z przedstawicielami grup społecznych szczególnie narażonych na dyskryminację czy wykluczenie. Chodzi tu np. o osoby które udzielają wsparcia

⁴⁷ [http://www.ptpa.org.pl/public/files/Prawo%20antydyskryminacyjne%20w%20praktyce%20sądowej\(1\).pdf](http://www.ptpa.org.pl/public/files/Prawo%20antydyskryminacyjne%20w%20praktyce%20sądowej(1).pdf)

w ramach organizacji pozarządowych, bądź innych nieformalnych grup, które nie posiadają zaplecza prawnego. Publikacja skierowana jest również do osób indywidualnych, które być może zastanawiają się nad wniesieniem pozwu, bądź po prostu pragną poznać swoje prawa w tym zakresie, zabezpieczając się na przyszłość.

Ilość postępowań przed sądami powszechnymi, w których wprost pojawia się zarzut dyskryminacji sukcesywnie rośnie, niemniej jednak to wciąż liczba stosunkowo niewysoka. Jak wynika z obserwacji mechanizmów wykluczania bądź marginalizowania poszczególnych grup społecznych, jak np. romów, kobiet czy osób niepełnosprawnych, występujących na rynku pracy czy też w innych obszarach życia, ilość spraw wciąż nie ma przełożenia na rzeczywistą skalę problemu. Dlatego też, podnoszenie świadomości całego społeczeństwa na temat problemu dyskryminacji, w tym również prawnych podstaw przeciwdziałania temu zjawisku, to ogromne zadanie zarówno społeczeństwa obywatelskiego, jak również, a może przede wszystkim państwa, które stoi na straży konstytucyjnej zasady równości, w świetle której wszyscy są wobec prawa równi, mając prawo do równego traktowania przez władze publiczne.

Polska dla Polaków?

Prawo antydyskryminacyjne wobec migrantów w praktyce Stowarzyszenia Interwencji Prawnej

1. Wprowadzenie – migracja czy dyskryminacja?

Pisząc na temat odmiennego traktowania cudzoziemców, już na wstępie należy zaznaczyć, że jest ono sankcjonowane w pewnym zakresie. Każde państwo może bowiem określić, jakich cudzoziemców chciałoby przyjmować – m.in. na tym polega polityka migracyjna. Dane państwo może w związku z tym wprowadzić różnego rodzaju utrudnienia dotyczące wjazdu na swoje terytorium, legalizacji pobytu cudzoziemców czy też ograniczenia ich praw w danym obszarze (np. w zakresie dostępu do zatrudnienia, edukacji, opieki zdrowotnej lub pomocy społecznej). Wyjątkiem są migranci przymusowi, gdyż państwa, podejmujące zobowiązania międzynarodowe w zakresie udzielania pomocy uchodźcom, muszą stosować postanowienia m.in. Konwencji ONZ dotyczącej statusu uchodźcy, nakładającej na państwa-sygnatariuszy przykładowo obowiązek traktowania uchodźców na równi ze swoimi obywatelami w odniesieniu np. opieki społecznej czy edukacji (art. 23 i 24 Konwencji). Jednak co do zasady dozwolone jest inne traktowanie cudzoziemców. Zatem jak rozróżnić, jakie formy innego traktowania mogą być stosowane, a jakie są niedopuszczalne? Kiedy mówimy o dyskryminacji, a kiedy o obiektywnie uzasadnionym odmiennym traktowaniu? Czy wszystkie kategorie cudzoziemców muszą być traktowane jednakowo? Czy prawo Unii Europejskiej (np. dyrektywy równościowe) stosuje się również do obywateli państw trzecich, a jeżeli tak – w jakim zakresie? Aby odpowiedzieć na te pytania, należy zbadać regulacje międzynarodowe oraz przepisy wspólnotowe i sprawdzić, czy nie zabraniają one danego postępowania. Należy również przeanalizować Konstytucję RP i przepisy niższego

rzędu oraz sposób, w jaki regulują one daną kwestię. Jeżeli okaże się bowiem, że dane prawo zostało przyznane pewnej kategorii osób i są one zrównane z obywatelami polskimi w danym zakresie, to powinny być w taki sposób traktowane. Wówczas stosowanie rozróżnienia jest niedopuszczalne. Innymi słowy, u podłoża danego przepisu lub praktyki, które różnicują traktowanie pewnych grup, musi leżeć prawnie uzasadniony i dozwolony cel, a środki, które są używane do jego osiągnięcia, muszą być odpowiednie i konieczne.

W Polsce przebywają różne kategorie cudzoziemców, począwszy od migrantów przymusowych (uchodźców, osób ubiegających się o ochronę międzynarodową), przez cudzoziemców, którzy otrzymali prawo stałego pobytu w Polsce (zezwolenie na osiedlenie się, rezydenta długoterminowego UE) lub prawo do pobytu czasowego (zezwolenie na zamieszkanie na czas oznaczony), migrantów sezonowych, ofiary handlu ludźmi czy wreszcie nieudokumentowanych migrantów przebywających w Polsce bez ważnych dokumentów pobytowych. Każda z tych kategorii ma w Polsce odmienne uprawnienia, m.in. w zakresie pomocy społecznej i różnego rodzaju świadczeń, w dostępie do rynku pracy czy mieszkalnictwa. Np. uchodźcy czy osoby z prawem stałego pobytu są zwolnione z obowiązku posiadania zezwolenia na pracę, o co z kolei muszą się postarać niektóre kategorie cudzoziemców z prawem do pobytu czasowego .

Kiedy zastanawiamy się nad pojęciem dyskryminacji cudzoziemców, automatycznie nasuwa się pytanie, jakie przyczyny leżą u podstaw ich odmiennego traktowania? Czym innym jest bowiem przesłanka obywatelstwa (ang. citizenship), a czym innym narodowości (ang. nationality), pochodzenia narodowego (ang. national origin), rasy lub koloru skóry (ang. race or skin colour) czy pochodzenia etnicznego (ang. ethnic origin). W przypadku cudzoziemców wszystkie te cechy naraz (ale też inne, jak płeć, wiek, niepełnosprawność, orientacja seksualna) mogą być przyczyną dyskryminacji, ale może się również zdarzyć, że pod przesłanką obywatelstwa może się „kryć” inna cecha. Innymi słowy, różnice w traktowaniu cudzoziemców mogą stanowić dyskryminację bezpośrednią ze względu na ich obywatelstwo, ale możemy mieć również do czynienia z odmiennym traktowaniem ze względu na obywatelstwo, będącym formą dyskryminacji pośredniej ze względu na rasę (kolor skóry), religię, pochodzenie etniczne. Wówczas przesłanka obywatelstwa może być używana rozmyślnie (np. przez podmioty stosujące politykę rekrutacyjną przewidującą zatrudnianie wyłącznie osób posiadających obywatelstwo wybranych państw) celem ukrycia innych cech prawnie chronionych, ze względu na które osoba doświadcza dyskryminacji. Na przykład pracodawca, nie chcąc zatrudniać osób narodowości czecheńskiej, romskiej czy arabskiej, ustanawia w swojej polityce rekrutacyjnej ograniczenia ze względu na obywatelstwo, nie przyjmując do pracy obywateli Rosji, Rumunii i państw Bliskiego Wschodu. Tym samym pośrednio osiąga to,

czego nie może osiągnąć bezpośrednio. Nie należy o tym zapominać, analizując przypadki dyskryminacji cudzoziemców.

2. Regulacje prawne w zakresie równego traktowania

Jeżeli przyjrzymy się regulacjom międzynarodowym, zobaczymy, że społeczność międzynarodowa przejawia wolę objęcia podstawowymi prawami (ang. *core rights* lub *fundamental rights*) wszystkich, niezależnie od status prawnego czy obywatelstwa. Prawa te zostały ujęte m.in. w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, konwencjach ONZ-owskich, jak np. w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych, Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, ale również w konwencjach Międzynarodowej Organizacji Pracy¹ czy w Europejskiej Karcie Społecznej oraz w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Warto jeszcze wspomnieć o Konwencji ONZ o ochronie praw pracowników – migrantów i członków ich rodzin, której celem jest ochrona wszystkich legalnych i nielegalnych pracowników – migrantów przed wyzyskiem poprzez ustanowienie międzynarodowych standardów m.in. w zakresie opieki społecznej, ochrony socjalnej².

Analiza instrumentów prawa międzynarodowego w zakresie ochrony praw człowieka prowadzi do wniosku, że coraz częściej unika się różnicowania w traktowaniu ze względu na obywatelstwo³. Konsekwencją tego w przeszłości może być zrównanie migrantów (obywateli państw trzecich) legalnie przebywających w danym państwie z własnymi obywatelami. Jeśli przeanalizować zmiany, które wprowadził Traktat Amsterdamski (m.in. objęcie kompetencją Unii Europejskiej obszaru polityki migracyjnej i azylowej), a następnie serię dyrektyw regulujących sytuację obywateli państw trzecich, można zauważyć, że w tym też kierunku zmierzał rozwój prawa wspólnotowego. Oczywiście wciąż zakaz dyskryminacji ze względu na obywatelstwo dotyczy wyłącznie obywateli państw członkowskich UE. Jednak coraz więcej uprawnień przyznaje się pewnym kategoriom obywateli państw trzecich legalnie przebywających w państwie unijnym, których status powoli zaczyna się zrównywać z sytuacją obywateli tych państw. W tym kontekście warto wymienić dyrektywę Rady 2003/109/WE z dnia 25 listopada 2003 roku dotyczącą statusu obywa-

¹ *International Migration, Racism, Discrimination and Xenophobia*, wspólna publikacja ILO, IOM, OHCHR na Światową Konferencję Przeciwko Rasizmowi, Dyskryminacji Rasowej, Ksenofobii i Pochodnym Formom Nietolerancji, Durban 2001, s. 17.

² Międzynarodowa Konwencja o ochronie praw wszystkich pracowników migrujących i członków ich rodzin, przyjęta 18 grudnia 1990 r. rezolucją 45/158 Zgromadzenia Ogólnego, weszła w życie 1 lipca 2003 r. Polska nie jest stroną Konwencji.

³ O. de Schutter, *Links between migration and discrimination....*, *op. cit.*, s. 6.

teli państw trzecich będących rezydentami długoterminowym czy dyrektywę 2004/83/WE z dnia 29 kwietnia 2004 roku w sprawie norm dotyczących kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako beneficjentów ochrony międzynarodowej, jednolitego statusu uchodźców lub osób kwalifikujących się do otrzymania ochrony uzupełniającej oraz zakresu udzielanej ochrony. Dyrektywy te we wybranych obszarach zrównują uprawnienia obywateli „własnych” (czy obywateli innych państw członkowskich UE) z trzema kategoriami obywateli państw trzecich, tj. rezydentami długoterminowymi, uchodźcami oraz osobami, którym przyznano ochronę uzupełniającą. W Polsce dodatkowo w niemal jednakowej sytuacji są również cudzoziemcy, którym udzielono zgody na osiedlenie się⁴.

W kontekście omawianej problematyki istotna jest również tzw. dyrektywa rasowa⁵. Zgodnie z jej postanowieniami nie obejmuje ona różnego traktowania ze względu na obywatelstwo i pozostaje bez uszczerbku dla przepisów i warunków dotyczących wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich oraz bezpaństwowców na terytorium Państw Członkowskich i wszelkiego traktowania związanego ze statusem prawnym danych obywateli państw trzecich i bezpaństwowców. Oznacza to, że dyrektywa rasowa przyznaje państwom członkowskim UE prawo do wprowadzenia mniej korzystnych zasad w zakresie uprawnień obywateli państw trzecich w zakresie np. dostępu do usług socjalnych oferowanych przez taki kraj UE. Kolejny raz warto jednak podkreślić, że jeśli prawo danego kraju przyznaje w danym zakresie cudzoziemcom (wszystkim lub określonej ich kategorii) takie same prawa jak swoim własnym obywatelom, instytucje publiczne tego kraju są zobowiązane traktować takie osoby w danym zakresie na równi z obywatelami, bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne takich osób. Podobny zapis znajdziemy w dyrektywie pracowniczej⁶ i w taki sam sposób powinien on być interpretowany.

Przechodząc do polskiego ustawodawstwa, zakaz dyskryminacji znajdziemy przede wszystkim w Konstytucji RP⁷, która w art. 32 stanowi, że wszyscy są równi wobec prawa i mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Zakazana jest dyskryminacja w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny. Konstytucja RP zapewnia wszyst-

⁴ Art. 64 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 roku o cudzoziemcach, Dz. U. z 2003 r. Nr 128, poz. 1175 tj. Dz. U. 2011 Nr 264, poz. 1573.

⁵ Dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne.

⁶ Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy.

⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483.

kim znajdującym się pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej korzystanie z praw i wolności przez nią gwarantowanych. Jednakże na podstawie art. 37 ust. 2 Konstytucji RP w stosunku do cudzoziemców mogą być wprowadzane pewne odstępstwa od tej zasady, jednak muszą one zostać uregulowane ustawą. Przykładowo, ograniczenia w zatrudnianiu w stosunku do osób nieposiadających obywatelstwa polskiego wprowadza ustawa o służbie cywilnej, a zgodnie z ustawą Prawo o stowarzyszeniach prawo tworzenia stowarzyszeń realizować mogą jedynie obywatele polscy.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego zakres podmiotywu zasady równości powinien być rozumiany szeroko⁸, bowiem odnosi się zarówno do polskich obywateli, jak i do cudzoziemców – zasadniczo obejmuje wszystkie osoby podlegające jurysdykcji RP. Poza tym zasada równości oznacza, że *wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo. A więc według jednakowej miary, bez różnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących*⁹. Jeżeli prawodawca różnicuje podmioty prawa, które charakteryzują się wspólną cechą istotną, to wprowadza odstępstwo od zasady równości. Takie odstępstwo nie musi jednak oznaczać naruszenia art. 32 Konstytucji RP. Jest ono dopuszczalne, jeżeli zostały spełnione następujące warunki:

- wprowadzone różnicowania muszą mieć charakter racjonalnie uzasadniony;
- waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych; oraz
- kryterium różnicowania pozostaje w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych¹⁰.

Trybunał podkreślił, że nawet samo odstępstwo od zasady równości, jeśliby rzeczywiście do niego doszło, nie jest automatycznie tożsame z naruszeniem art. 32 Konstytucji RP. Niezbędna do rozstrzygnięcia tej kwestii jest bowiem ocena przyjętego kryterium różnicowania. Równość wobec prawa to także zasadność wybrania takiego, a nie innego kryterium różnicowania podmiotów prawa¹¹.

⁸ Wyrok TK z dnia 24 lutego 1999 r., SK 4/98.

⁹ Wyrok TK z dnia 23 października 2007 r., P 10/07.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Wyrok TK z dnia 12 maja 1998 r., U 17/97.

W podobny sposób rozumie zasadę równości Sąd Najwyższy, który stwierdził, że *od zasady równości Konstytucja RP nie zna żadnych odstępstw i wyjątków. Nie zawsze jednak odmienne potraktowanie stanowi o braku równości i o dyskryminacji. Ocena owego zróżnicowania sytuacji podmiotów zawsze wynika z ustalenia, czy zróżnicowaniu temu można przypisać uzasadniony charakter. Zróżnicowanie jest uzasadnione, jeśli pozostaje w związku bezpośrednim z celem przepisów, wagą interesu, dla którego zróżnicowanie jest wprowadzone, pozostaje w proporcji do interesów naruszanych, zróżnicowanie nie uwłacza w sposób zasadniczy innym wartościom*¹².

Zarówno Trybunał Konstytucyjny, jak i Sąd Najwyższy przyjęły, że art. 32 Konstytucji RP nie może być samoistnym źródłem roszczeń, o ile strona nie spełnia ustawowych przesłanek przyznania świadczenia¹³. Oznacza to, że wzorce konstytucyjne znajdują odpowiednie odzwierciedlenie w przepisach rangi ustawowej. Nie można mówić o naruszeniu zasady równości, gdy ustawa np. o pomocy społecznej czy świadczeniach rodzinnych przewiduje dla wszystkich osób spełniających określone w niej warunki te same uprawnienia do uzyskania tożsamej rodzajowo pomocy państwa. Fakt, że ustawa nakłada pewne ograniczenia w udzielaniu pomocy, ze względu na sytuację rodzinną czy majątkową osób ubiegających się o pomoc, nie może być traktowany jako naruszenie zasady równości, która polega przecież na równym traktowaniu osób znajdujących się w podobnej sytuacji faktycznej i prawnej. Ocena przestrzegania zasady równości wymaga uwzględnienia założenia znacznego stopnia swobody ustawodawcy we wprowadzaniu regulacji prawnych odpowiadających stosunkom społecznym.

W kolejnych rozdziałach analizy zostaną omówione przepisy zarówno Kodeksu pracy (dalej Kodeks pracy lub k.p.) w odniesieniu do zakazu dyskryminacji, ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (dalej: ustawa o wdrożeniu)¹⁴, jak i Kodeksu karnego (dalej: Kodeks karny lub k.k.) penalizującego przestępstwa dyskryminacji rasowej. Zostanie omówione ich praktyczne zastosowanie przez organy ścigania i sądy w kontekście spraw prowadzonych przez Stowarzyszenie Interwencji Prawnej (dalej: SIP) w latach 2010–2013. Niniejszym tekst ten można czytać w dwojaki sposób: jako niezależne studium przepisów antydyskryminacyjnych wobec cudzoziemców w Polsce albo jako kontynuację i uzupełnienie raportów doty-

¹² Wyrok SN z dnia 5 maja 2010 r., I PK 201/09.

¹³ Wyrok SN z dnia 14 marca 2002 r., sygn. akt IIIRN 141/01 publ. OSNP z 2002 r. Nr 24, poz. 584; wyrok TK z dnia 21 lipca 2004 r., sygn. akt K-16/03, OTK-A z 2004 r. Nr 7, poz. 68.

¹⁴ Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, Dz. U. z 2010 r., Nr 254, poz. 1700.

czących monitorowanych przez SIP od 2008 roku przypadków dyskryminacji cudzoziemców¹⁵.

3. Cudzoziemcy na rynku pracy

Cudzoziemcy podejmujący zatrudnienie w Polsce na podstawie umowy o pracę są podobnie jak Polacy chronieni przepisami Kodeksu pracy. Oznacza to, że przepisy Kodeksu pracy stosuje się wobec cudzoziemców w takim samym zakresie jak wobec obywateli polskich, niezależnie od tego, czy cudzoziemiec powinien uzyskać zezwolenie na pracę, czy jest z tego obowiązku zwolniony, czy przebywa w Polsce legalnie i jaka jest podstawa jego pobytu. Sprawa komplikuje się, gdy migrant pracuje na czarno (z własnej woli lub pracodawca nie chce z nim zawrzeć umowy), wówczas nie może on korzystać z gwarancji przewidzianych przepisami Kodeksu pracy, chyba że jest to stosunek pracy i taki stosunek zostanie ustalony w drodze postępowania sądowego. Od 2011 roku zakaz dyskryminacji obowiązuje również w obszarze zatrudnienia niepracowniczego, o czym będzie mowa dalej.

Jeśli chodzi o zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu, zgodnie z art. 11² k.p. pracownicy mają równe prawa z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków; dotyczy to w szczególności równego traktowania mężczyzn i kobiet w zatrudnieniu. Przepis ten wyraża zasadę równego traktowania wszystkich pracowników, którzy wypełniają jednakowo takie same obowiązki. Uzupełnia ją zasada niedyskryminacji w stosunkach pracy wynikająca z art. 32 ust. 2 Konstytucji RP i wyrażona wprost w art. 11³ k.p., który stanowi, że jakakolwiek dyskryminacja w zatrudnieniu, bezpośrednia lub pośrednia, w szczególności ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub niepełnym wymiarze czasu pracy – jest niedopuszczalna.

Szczegółowe rozwinięcie powyższych zasad zawierają przepisy rozdziału IIa działu I k.p. Na podstawie art. 18^{3a} §1 k.p. pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkoleń w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, w szczególności bez względu na ww. przesłanki. Przepis art. 18^{3a} §2 k.p. stanowi, że równe traktowanie oznacza niedyskryminowanie w jakikol-

¹⁵ W. Klaus, K. Wencel, *Dyskryminacja cudzoziemców w Polsce w latach 2008–2010*, [w:] W. Klaus (red.), *Sąsiedzi czy intruzi? O dyskryminacji cudzoziemców w Polsce*, Warszawa 2010, s. 61 i nast.

wiek sposób, bezpośrednio lub pośrednio, z uwzględnieniem niedozwolonych kryteriów. Różnicowanie przez pracodawcę sytuacji pracownika z jednej lub kilku takich przyczyn, którego skutkiem jest m.in. niekorzystne ukształtowanie wynagrodzenia za pracę lub innych warunków zatrudnienia, jest naruszeniem zasady równego traktowania¹⁶.

Jedna z pierwszych spraw o dyskryminację w zatrudnieniu, w której SIP włączył się w postępowanie, dotyczyła cudzoziemca – obywatela Ukrainy ubiegającego się w Polsce o status uchodźcy. Był on zatrudniony w restauracji w Warszawie na umowę o pracę na czas określony. Twierdził, że stał się ofiarą dyskryminacji w miejscu pracy, bowiem w jego odczuciu przełożeni oraz współpracownicy traktowali go gorzej niż innych tam zatrudnionych – Polaków. Z relacji cudzoziemca wynikało, że był wyśmiewany, upokarzany, zlecano mu do wykonania trudniejsze prace niż innym pracującym na podobnym stanowisku. Godziny jego pracy były gorsze niż współpracowników – obejmowały zazwyczaj noce lub weekendy, kiedy w restauracji było najwięcej pracy, głównie na tzw. zmywaku. Kiedy zgłosił pracodawcy problem i poinformował, że czuje się dyskryminowany, atmosfera w pracy pogorszyła się. Pewnego dnia zastał na swoim stanowisku pracy kartkę z napisem „Witaj w piekle”. Powód, stawiając zarzut dyskryminacji jako przyczynę różnicowania przez pracodawcę jego sytuacji w stosunku do innych pracowników, wskazał kryterium wieku i narodowości. Wnosił w pozwie o zasądzenie na swoją rzecz kwoty ok. 12 000 złotych tytułem odszkodowania za dyskryminację w miejscu pracy ze względu na narodowość, sumy odpowiadającej pięciokrotności najniższego miesięcznego wynagrodzenia, a także o nakazanie pozwanemu: zaprzestania działań o znamionach dyskryminacji, podjęcia działań zmierzających do przeciwdziałania molestowaniu ze strony innych pracowników oraz przeprosin.

Sprawa toczyła się niemal trzy lata, przesłuchano pięciu świadków – byłych pracowników restauracji oraz przełożonych cudzoziemca. Postępowanie zakończyło się wyrokiem sądu, który oddalił powództwo o odszkodowanie za naruszenie zasad równego traktowania, odszkodowanie za dyskryminację i zakazanie działań dyskryminacyjnych¹⁷. Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynikało, że cudzoziemiec nie był jedyną osobą, która pracowała w godzinach nocnych i „na zmywaku”, innym pracownikom również przydzielano takie prace, bowiem tam właśnie było największe zapotrzebowanie z uwagi na największy ruch w restauracji właśnie w godzinach nocnych. Ponadto z zeznań

¹⁶ Więcej na temat definicji dyskryminacji patrz K. Kędziora, M. Wieczorek, *Komentarz do przepisów antidyskryminacyjnych na podstawie praktyki stosowania wybranych regulacji prawa krajowego*, s. 125 i nast. niniejszej publikacji.

¹⁷ Wyrok Sądu Okręgowego – Sądu Pracy w Warszawie z dnia 24 stycznia 2011 r., sygn. akt XXI P 96/09.

świadców wynikało, że powód nie radził sobie na innych stanowiskach (np. przygotowywanie posiłków), był niesamodzielny i powolny. Sąd uznał zatem, że wyznaczanie powodowi w grafiku pracy w godzinach nocnych nie było wyrazem dyskryminacji ani molestowania, a wynikało z konieczności rozdziału pracy, uzasadnionych potrzeb pracodawcy w związku z umiejętnościami powoda. W ocenie sądu zebrany w sprawie materiał dowodowy nie wskazywał na molestowanie ze strony pracowników.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących dyskryminacji ze względu na wiek i narodowość, sąd stwierdził, że przeprowadzone postępowanie nie wykazało dyskryminacji w tym zakresie. Sąd uznał, że pozwany wykazał, że praca powoda w godzinach nocnych była uzasadniona charakterem wykonywanej pracy. Jeśli chodzi o zarzut dyskryminacji w postaci uniemożliwienia awansu, to na podstawie zeznań pozwanego uprawdopodobnione zostało, że brak awansu wynikał z niedostatecznych umiejętności powoda, a nie z jego wieku czy narodowości. Sąd zwrócił uwagę, że *zgodnie z linią orzeczniczą Sądu Najwyższego, do naruszenia zasady równego traktowania pracowników i zasady niedyskryminacji w zatrudnieniu może dojść tylko wtedy, gdy różnicowanie sytuacji pracowników wynika wyłącznie z zastosowania przez pracodawcę niedozwolonego przez ustawę kryterium, co opiera się wprost na założeniu, iż dyferencjacja praw pracowniczych nie ma w tym przypadku oparcia w odrębnościach związanych z obowiązkami ciążącymi na danych osobach, sposobem ich wypełnienia, czy też ich kwalifikacjami*¹⁸. Sąd zwrócił również uwagę na zasadę odwróconego ciężaru dowodu, podkreślając, że art. 18^{3b} §1 k.p. zmienia rozkład ciężaru dowodu przewidziany w art. 6 k.c. w zw. z art. 300 k.p. i w procesie o odszkodowanie za naruszenie zakazu dyskryminacji zwalania pracownika z obowiązku udowodnienia, że stał się ofiarą dyskryminacji. Przywołując orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹⁹ oraz Sądu Najwyższego²⁰, wyjaśnił, że w tego rodzaju sporach pracownik powinien przedstawić przed sądem fakty, z których można wyprowadzić domniemanie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, a wówczas to na pracodawcę przechodzi ciężar dowodu, że przy różnicowaniu sytuacji pracowników kierował się obiektywnymi przestankami.

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2008 r., II PK 256/07.

¹⁹ Np. orzeczenie z dnia 31 marca 1981 r. C-96/80 w sprawie *J.P. Jenkins p. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, czy orzeczenie z dnia 26 czerwca 2001 r. C-381/99 w sprawie *Susanna Brunnhofer p. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*.

²⁰ Wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 24 maja 2005 r. II PK 33/05 (niepubl.), z dnia 9 czerwca 2006 r. III PK 30/06 (OSNAPiUS Nr 11-12/2007, poz. 160) oraz z dnia 22 lutego 2007 r. I PK 242/06 (OSNAPiUS Nr 7-8/2008, poz. 98).

Od wyroku Sądu Okręgowego złożono apelację, którą Sąd apelacyjny oddalił²¹. Jego zdaniem sąd I instancji nie naruszył przepisów prawa materialnego. Sąd podkreślił, że ogólna zasada niedyskryminacji wyrażona w art. 11² k.p. głosi, że pracownicy mają równe prawa z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków, co oznacza, że kryteria oceny równości nie wiążą się jedynie z samym rodzajem wykonywanej pracy i zakresem obowiązków pracowniczych, ale także ze sposobem wywiązywania się z tych obowiązków i jakością wykonywanej pracy. Z zeznań świadków jednoznacznie wynika, że powód nie był w stanie poprawnie i szybko realizować zadań na stanowiskach, gdzie samodzielnie przygotowywało się potrawy. Niewyznaczenie mu kolejnych szkoleń i niepowierzenie mu w większym zakresie zadań związanych z przygotowaniem potraw nie jest przejawem dyskryminacji. Za praktykę dyskryminującą cudzoziemca nie można też uznać wyznaczania zmian w godzinach wieczornych i nocnych, gdyż takie ułożenie grafika wynikało z realnego zapotrzebowania na jego pracę w godzinach wzmożonego ruchu w restauracji, kiedy to poza osobami przyrządzającymi potrawy, potrzebny był również pracownik do zmywania naczyń. Sąd uznał zatem, że pracodawca zdołał wykazać w postępowaniu, że przyczyny, którymi kierował się, przydzielając pracę powodowi, nie były związane z właściwościami wymienionymi w art. 11³ k.p. oraz art. 18^{3a} k.p., takimi jak wiek czy narodowość, lecz miały charakter obiektywny, wynikający z obiektywnych potrzeb pracodawcy z jednej strony i uwzględniający indywidualne predyspozycje powoda z drugiej.

Oba powyższe wyroki w świetle zgromadzonego materiału dowodowego co do zasady należy ocenić jako właściwe. Sądy słusznie uznały, że pozwany wykazał w toku procesu, że powód nie był nierówno traktowany w stosunku do innych pracowników w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych. Wątpliwości może budzić ocena zarzutu molestowania i stwierdzenie, że żaden dowód przeprowadzony w toku postępowania nie wykazał, by u pozwanego pracodawcy stworzono wobec powoda zastraszającą, wrogą, poniżającą, upokarzającą lub uwłaczającą atmosferę. Sąd apelacyjny oparł się na zeznaniach świadków, z których wynikało, że powód był traktowany tak samo jak wszyscy pracownicy, wskazując, że *nawet jeśli miały miejsce u pozwanego pojedyncze niegrzeczne zachowania w stosunku do powoda ze strony konkretnych pracowników, które powód subiektywnie odbierał jako obrazę własnej godności, to nie jest to wystarczające, aby uznać, że zostały spełnione przesłanki molestowania*. Warto jednak zauważyć, że trudno

²¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie z dnia 21 lutego 2012 r., sygn. akt III Apa 30/11.

ocenić, czy rzeczywiście były to jednorazowe incydenty, czy – jak twierdzi cudzoziemiec – wiele zachowań i sytuacji, które sprawiały, że czuł się w miejscu pracy upokarzany i niemile widziany. Niewątpliwie jest to subiektywne odczucie, niełatwe do wykazania i następnie do udowodnienia przed sądem, a od świadków raczej trudno oczekiwać, że będą zeznawać na swoją czy kolegów niekorzyść. Na marginesie warto jeszcze odnotować, że Sąd w uzasadnieniu wyroku błędnie zauważył, że legitymowanie się przez powoda statusem cudzoziemca – obywatela Ukrainy powoduje dodatkowe obowiązki formalne obciążające pozwanego (postępowanie w Urzędzie Pracy), co nie wpłynęło jednak negatywnie na decyzję o zatrudnieniu powoda. Nie jest to prawdą, bowiem cudzoziemiec ubiegający się w Polsce o nadanie statusu uchodźcy, posiadający odpowiednie zaświadczenie z Urzędu ds. Cudzoziemców, może legalnie pracować bez konieczności uzyskania przez pracodawcę zezwolenia na pracę.

W innej sprawie, w której SIP udzielało wsparcia cudzoziemcowi i przyłączyło się do postępowania, jest sprawa cudzoziemca – obywatela Iraku przebywającego w Polsce w związku z otrzymaniem ochrony uzupełniającej. Cudzoziemiec został zatrudniony w biurze podróży na podstawie umowy o pracę na czas określony. W czasie, kiedy pracował w firmie, był jedynym obcokrajowcem i jedynym mężczyzną tam zatrudnionym. Cudzoziemiec skarżył się na nierówne traktowanie, mobbing i molestowanie ze strony przełożonego, których doświadczał w miejscu pracy. Przejawiało się to m.in. niższym wynagrodzeniem w porównaniu z innymi pracownikami zatrudnionymi na podobnych stanowiskach, mniej korzystnym sposobem udzielania urlopu wypoczynkowego, angażowaniem pracownika do załatwiania spraw prywatnych, żartami na tle jego narodowości. Dla przykładu: cudzoziemiec przez okres swojego zatrudnienia (ok. 10 miesięcy) nie osiągnął takiego poziomu wynagrodzenia (a z każdą nową umową jego wynagrodzenie nieznacznie wzrastało), które na wstępie otrzymała nowo zatrudniona osoba o mniejszym od niego doświadczeniu i zbliżonych kompetencjach. Poza tym praca cudzoziemca była nieustannie krytykowana przez przełożonego, który jednak nie podawał konkretnych zarzutów. Cudzoziemiec był również stawiany w niezręcznych sytuacjach, tzn. proponowano mu donosicielstwo, tj. szpiegowanie w zespole i przekazywanie szefowi uzyskanych informacji. Ponadto, cudzoziemiec był zastraszany, grożono mu zwolnieniem na najdrobniejsze uchybienie, a nawet za brak nowej karty pobytu (na którą nie z własnej winy oczekiwał przez ok. 4 miesiące). Po otrzymaniu wypowiedzenia (motywowanego popełnianiem błędów na szkodę pracodawcy i ogólnym „nieradzeniem sobie” w pracy) cudzoziemiec na podstawie przepisów Kodeksu pracy wystąpił z pozwem o odszkodowanie i zadośćuczynienie za dyskryminację i molestowanie w miejscu pracy. Postępowanie w tej sprawie, podobnie jak w przypadku poprzedniej, toczyło się prawie trzy lata (jednym z powodów

jego przedłużenia były problemy z tłumaczem z języka arabskiego). W maju 2013 roku zapadł wyrok w sądzie I instancji²², który jedynie częściowo uznał powództwo i zasądził na rzecz powoda ok. 3 000 złotych odszkodowania za nierówne traktowanie w miejscu pracy, przyznając, że doszło do dyskryminacji w zakresie nieusprawiedliwionego zróżnicowania wynagrodzenia powoda. W pozostałym zakresie sąd powództwo oddalił. Do teraz sąd nie przygotował pisemnego uzasadnienia orzeczenia, od jego treści będzie zależeć, czy złożona zostanie apelacja.

Inną sprawą monitorowaną przez SIP jest przypadek cudzoziemca – zarazem obywatela państwa członkowskiego Unii Europejskiej i państwa trzeciego. Cudzoziemiec, mimo że pomyślnie przeszedł procedurę rekrutacyjną w jednej z polskich jednostek badawczo-rozwojowych, nie został w niej zatrudniony z uwagi na posiadane obywatelstwo państwa trzeciego. Z uzyskanych od niedoszłego pracodawcy informacji wynika, że wymagania zawarte w licencjach, w oparciu o które pracują zatrudnione tam osoby, umożliwiają zatrudnienie w danym dziale wyłącznie obywateli Stanów Zjednoczonych, Kanady, Australii i Unii Europejskiej. Nie jest jednak jasne, dlaczego cudzoziemiec, mimo spełnienia wymogu, tj. posiadania obywatelstwa UE, nie został przyjęty do pracy i czy w związku z tym praktyka polegająca na różnicowaniu kandydatów ubiegających się o pracę ze względu na obywatelstwo jest uzasadniona ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne. Jeżeli niedoszły pracodawca nie zdoła wykazać takiego celu, może zostać uznany winnym dyskryminacji.

Warto pamiętać, że zgodnie z art. 18 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową. Na podstawie art. 45 TFUE zapewnia się swobodę przepływu pracowników wewnątrz Unii Europejskiej, która obejmuje zniesienie wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową między pracownikami państw członkowskich w zakresie zatrudnienia, wynagrodzenia i innych warunków pracy. Z zastrzeżeniem ograniczeń uzasadnionych względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego i zdrowia publicznego, swoboda ta obejmuje m.in. prawo ubiegania się o rzeczywiście oferowane miejsca pracy. Zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową jest podstawową zasadą prawa UE. Trybunał Sprawiedliwości UE podkreślił, że art. 18 TFUE jest bezpośrednio skuteczny zarówno w układzie wertykalnym, jak i horyzontalnym. Oznacza to, że jednostki wywodzą z tego przepisu uprawnienia, którym sądy krajowe mają obowiązek zapewnić ochronę, zarówno w sytuacji, gdy przepis ten jest podnoszony przeciwko władzom publicznym

²² Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt XXI P 202/10.

(w układzie wertykalnym), jak i przeciwko podmiotom prywatnym (w układzie horyzontalnym).

Polskie przepisy prawne również zakazują dyskryminacji na etapie rekrutacji. Kodeks pracy w art. 18^{3a} §1 stanowi, że pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, w szczególności bez względu na rasę, religię, narodowość. Zgodnie z §3 do dyskryminowania bezpośredniego dochodzi wtedy, gdy pracownik z jednej lub z kilku przyczyn określonych w §1 był, jest lub mógłby być traktowany w porównywalnej sytuacji mniej korzystnie niż inni pracownicy. Oznacza to, że już na etapie rekrutacji pracodawca nie może różnicować sytuacji kandydatów do pracy wyłącznie w oparciu o ich cechy prawnie chronione, których otwarty katalog został wskazany w powyższym przepisie. Niezatrudnienie cudzoziemca jedynie z uwagi na jego obywatelstwo może zatem być uznane za dyskryminację bezpośrednią, o ile nie było uzasadnionych, obiektywnych przesłanek takiego traktowania.

Od dnia 1 stycznia 2011 roku możliwe jest dochodzenie roszczeń z tytułu naruszenia zasady niedyskryminacji również w obszarze zatrudnienia niepracowniczego, tj. na podstawie umów cywilnoprawnych lub wykonywanej osobiście działalności gospodarczej. Zgodnie z ustawą o wdrożeniu jej przepisy stosuje się w zakresie warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunku pracy albo na podstawie umowy cywilnoprawnej (art. 4 pkt 2). Na podstawie ustawy zakazane jest nierówne traktowanie osób fizycznych w tym obszarze ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną (art. 8 ust. 1 pkt 2). Przepis ten miałby zastosowanie w sprawie, którą monitoruje SIP, dotyczącej nierównego traktowania w przedmiocie wynagrodzenia cudzoziemca – obywatela Ukrainy posiadającego Kartę Polaka. Cudzoziemiec był zatrudniony od lutego 2010 do czerwca 2013 roku na podstawie umowy-zlecenia. Wraz z nim pracowało na takich samych lub podobnych stanowiskach (osoby odpowiadające za utrzymanie czystości różnych obiektów) ok. 30 osób. Z relacji cudzoziemca wynika, że wszystkie te osoby otrzymywały wynagrodzenie w wysokości 9 złotych brutto na godzinę, gdy tymczasem on (mimo kilkuletniego już doświadczenia) do lipca 2012 roku włącznie otrzymywał 8 złotych brutto na godzinę pracy. Wraz z nową umową-zleceniem jego wynagrodzenie zostało wyrównane do poziomu innych osób, tj. 9 zł/h, mimo że zakres obowiązków nie uległ zmianie. Jednakże przez dotychczasowy okres zatrudnienia wynagrodzenie było niższe w porównaniu z innymi pracownikami. Wydaje się, że na wynagrodzenie cudzoziemca powinien wpłynąć staż pracy (zatem powin-

no być ono nawet wyższe w porównaniu z innymi pracownikami), tymczasem młode osoby przyjmowane do pracy w firmie, bez doświadczenia, otrzymywały „na starcie” stawkę 9 zł/h. Różnica w wynagrodzeniu cudzoziemca i innych pracowników miesięcznie wynosiła ok. 200 złotych. Zatem po przepracowaniu ok. 30 miesięcy cudzoziemiec w sumie zarobił o ok. 6 000 złotych brutto mniej od osób, które były zatrudnione na takim samym lub podobnym stanowisku, ale zarabiał złotówkę więcej.

Cudzoziemiec wielokrotnie próbował uzyskać od przełożonych informacje, dlaczego mimo wykonywania takiej samej pracy otrzymuje niższe wynagrodzenie. Jednym z wyjaśnień, które otrzymał, było to, że pracodawca jest zobowiązany ponieść wyższe koszty w związku z jego zatrudnieniem z uwagi na domniemany podatek odprowadzany na Ukrainę, co jest oczywiście nieprawdą.

Ustawa o wdrożeniu zakazuje nierównego traktowania osób fizycznych ze względu na m.in. narodowość w zakresie warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunku pracy albo pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej (art. 8 ust. 1 pkt 2). Każdy, wobec kogo zasada równego traktowania została naruszona, ma prawo do odszkodowania (art. 13 ust. 1). Aby można było mówić o dyskryminacji w zatrudnieniu (niezależnie od tego, czy mamy do czynienia ze stosunkiem pracy wynikającym z przepisów prawa pracy, czy z zatrudnieniem na podstawie umów cywilnoprawnych), należy przede wszystkim ustalić, czy wykonywana praca przez osoby zatrudnione w zakładzie pracy jest jednakową pracą lub pracą o jednakowej wartości. Dopuszczalne jest bowiem różnicowanie wynagrodzenia w sytuacji, gdy jest ono uzależnione od kompetencji pracownika, jego wykształcenia, doświadczenia, stażu pracy, ale także odpowiedzialności wynikającej z powierzonych obowiązków oraz nakładu pracy. Jednak jeśli wykonywana praca jest jednakowa, pracownicy powinni mieć takie same warunki zatrudnienia. W omawianym przypadku należy posiłkować się przepisami Kodeksu pracy, który stanowi, że pracownicy mają prawo do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości (art. 183c §1 k.p.).

Prace jednakowe są to prace takie same pod względem rodzaju, kwalifikacji niezbędnych do ich świadczenia, warunków, w jakich są wykonywane, a także – ilości i jakości. Natomiast prace o jednakowej wartości są rodzajowo różne, ale na tyle podobne, by móc je porównywać, stosując kryteria określone w art. 183c §3 k.p. Zgodnie z tym przepisem pracami o jednakowej wartości są prace, których wykonywanie wymaga od pracowników porównywalnych kwalifikacji zawodowych, potwierdzonych dokumentami przewidzianymi w odrębnych przepisach lub praktyką i doświadczeniem zawodowym, a także porównywalnej odpowiedzialności i wysiłku. Uzupełniającym elementem jest odpowie-

działność rozumiana jako rodzaj i skala negatywnych konsekwencji w postaci zagrożenia dla życia i zdrowia lub mienia albo sankcji karnych, dyscyplinarnych czy odszkodowawczych, jakie mogą spotkać pracownika w przypadku niewłaściwego wykonywania obowiązków. Przesłanką wartościowania pracy jest wreszcie towarzyszący jej świadczeniu wysiłek fizyczny i psychiczny, mierzony ilością wydatkowanej energii i stresu. Wszystkie te kryteria powinny być analizowane łącznie.

W sprawie tej z relacji cudzoziemca wynikało, że inni pracownicy wykonujący te same co on czynności mają zbliżone do niego kompetencje, pracowali w firmie tak samo długo jak on, a niektórzy nawet krócej. Wszyscy mieli podobne grafiki, tj. pracowali w ciągu dnia lub w nocy, nie były im powierzane zadania bardziej odpowiedzialne czy wymagające większego wysiłku. Jeśli chodzi o kompetencje językowe, które mogłyby być ewentualną przyczyną różnicowania (choć akurat w przypadku prac fizycznych, polegających na rozładunku towaru, utrzymaniu porządku w obiekcie itp. biegła znajomość języka nie powinna być wymogiem koniecznym), to w przypadku pokrzywdzonego można mówić o bardzo dobrej znajomości języka polskiego. Biorąc pod uwagę te wszystkie okoliczności, należy uznać, że praca przez niego wykonywana powinna być wynagradzana tak samo jak praca innych pracowników odpowiedzialnych za utrzymanie czystości w obiekcie. W 2013 roku pracodawca nie podpisał z cudzoziemcem kolejnej umowy. W związku z tym cudzoziemiec rozważa wystąpienie na drogę sądową z pozwem o odszkodowanie z tytułu naruszenia zasady równego traktowania. Sprawa ta, jeśli trafi do sądu, będzie się toczyć na podstawie ustawy o wdrożeniu, co może być swego rodzaju *novum*. Bowiern mimo obowiązywania jej przepisów już prawie 3 lata w sądach wciąż jest niewiele postępowań właśnie w oparciu o nowe przepisy antydyskryminacyjne²³. Ze względu na brak orzecznictwa sądów cywilnych orzekających na podstawie nowych przepisów trudno przewidzieć, w jaki sposób sąd zastosuje w praktyce gwarancje procesowe przewidziane w ustawie (np. przeniesienie ciężaru dowodu) oraz jaka kwota odszkodowania zostałaaby przyznana powodowi. Można jedynie przypuszczać i mieć nadzieję, że sądy będą stosować analogicznie przepisy Kodeksu pracy, czerpiąc z dorobku sądów pracy orzekających w sprawach o dyskryminację w zatrudnieniu.

²³ Według raportu z monitoringu Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego w 2011 i 2012 r. nie toczyło się żadne postępowanie na podstawie przepisów ustawy o wdrożeniu, M. Wieczorek, K. Bogatko (red.), *Prawo antydyskryminacyjne w praktyce polskich sądów powszechnych. Raport z monitoringu*, Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, Warszawa 2013, s. 98–99.

3. Dostęp migrantów do mieszkalnictwa

Z przeprowadzonych na początku 2013 roku testów dyskryminacyjnych²⁴ wynika, że migranci (uchodźcy) doświadczają dyskryminacji na rynku wynajmu mieszkań. Wyniki tego testu pośrednio potwierdzają zaobserwowane we wcześniejszych badaniach problemy bezdomności i wykluczenia mieszkaniowego cudzoziemców²⁵. Tymczasem obywatele państw trzecich (niezależnie od statusu pobytowego) mają równe prawo do ubiegania się o wynajem mieszkania na wolnym rynku, a właściciel, oferując publicznie swoją usługę, nie może im odmówić tylko dlatego, że są innej rasy czy narodowości. Nieco inaczej przedstawia się sytuacja z dostępem do pomocy mieszkaniowej udzielanej przez państwo, do której prawo mają jedynie te kategorie obywateli niepolskich wskazane np. w ustawie bądź zamieszkujący w danej miejscowości, dzielnicy czy gminie z zamiarem stałego pobytu. Odrębną kwestią jest interpretacja pojęcia „stałego mieszkańca”, co widać na przykładzie sprawy przedstawionej poniżej.

W styczniu 2011 roku weszła w życie ustawa o wdrożeniu. Na jej podstawie możliwe stało się dochodzenie roszczeń z tytułu dyskryminacji na tle narodowości, rasy lub przynależności do grupy etnicznej w dostępie do dóbr i usług, w tym usług mieszkaniowych. Na początku 2013 roku wpłynął do Sądu Okręgowego w Warszawie pozew SIP²⁶ przeciwko gminie Pruszków o dyskryminację ze względu na narodowość w dostępie do gminnych usług socjalnych. Pozew został złożony w imieniu cudzoziemki – obywatelki Rosji narodowości czecheńskiej, mieszkającej w Pruszkowie od ok. 5 lat. Poszkodowana pierwszy wniosek o przyznanie lokalu z zasobów komunalnych Miasta Pruszkowa złożyła w marcu 2009 roku. W odpowiedzi otrzymała informację, że nie ma możliwości udzielenia pomocy, bowiem zgodnie z uchwałą Rady Miejskiej o uzyskanie mieszkania

²⁴ W grudniu 2012 r. oraz na przełomie stycznia i lutego 2013 r. Instytut Spraw Publicznych przeprowadził serię testów dyskryminacyjnych na rynku mieszkaniowym. Miały one na celu zbadanie poziomu dyskryminacji migrantów (uchodźców) w dostępie do usług wynajmu lokali mieszkalnych. Więcej na ten temat [w:] K. Wysińska, *Czyj jest ten kawałek podłogi? Wyniki badań dyskryminacji uchodźców w dostępie do mieszkań*, „Analizy i Opinie”, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2013.

²⁵ M.in. K. Wysińska, *Gdzie jest mój dom? Bezdomność i dostęp do mieszkań wśród ubiegających się o azyl, uchodźców i osób z przyznaną ochroną międzynarodową w Polsce – aktualizacja badania z 2010 roku*, Instytut Spraw Publicznych, Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców, Warszawa 2013, K. Wysińska i N. Ryabińska, *Bezdomność uchodźców w Polsce – wyniki badania pilotażowego*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2010, K. Wencel, *Dyskryminacja cudzoziemców w dostępie do usług mieszkaniowych w Polsce. Między teorią a praktyką*, w niniejszym tomie s. 243 i nast.

²⁶ Stowarzyszenie jest w tej sprawie reprezentowane przez kancelarię prawną Clifford Chance w ramach jej działalności *pro bono*.

z zasobów komunalnych mogą ubiegać się wyłącznie stali mieszkańcy Pruszkowa, za których urzędnicy uznają tylko osoby zameldowane w Pruszkowie. Kolejne wnioski zakończyły się również odmową.

W pozwie wniesiono o zobowiązanie Urzędu do usunięcia skutków naruszenia dóbr osobistych cudzoziemki, w szczególności jej godności i jej prawa do bycia traktowaną na równi ze wszystkimi mieszkańcami Pruszkowa w zakresie dostępu do gminnych usług socjalnych, m.in. przez przyjęcie przez polityki równościowej. Dokument taki miałby zawierać zbiór zasad dotyczących równego traktowania ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną, w szczególności w zakresie równego dostępu do usług socjalnych oferowanych przez Urząd Miasta Pruszkowa, które będą obowiązywały wszystkie jego organy i wszystkie podległe mu jednostki. Następnie miałyby zostać przyjęte efektywne procedury związane z rozpatrywaniem przez Urząd skarg dotyczących ewentualnych naruszeń polityki, przewidujące wyznaczenie w Urzędzie pełnomocnika ds. równego traktowania, któremu będą przysługiwały określone kompetencje, jak i na którym będą ciążyły określone obowiązki w powyższym zakresie, np. corocznego przedkładania Radzie Miasta raportów w zakresie przestrzegania przez Urząd i podległe mu jednostki zasad równego traktowania. Ponadto, w pozwie zawarto żądanie przeprosin oraz na podstawie art. 448 k.c. w zw. z art. 24 §1 k.c. i art. 14 ustawy o wdrożeniu zasądzenie na rzecz cudzoziemki kwoty 10 000 złotych tytułem zadośćuczynienia za doznane przez nią krzywdy wynikłe z naruszenia przez Urząd jej dóbr osobistych, w szczególności jej godności i jej prawa do bycia traktowaną na równi ze wszystkimi mieszkańcami Pruszkowa w zakresie dostępu do gminnych usług socjalnych.

Zgodnie z art. 4 ust. pkt 4 lit a) ustawy o wdrożeniu ustawę tę stosuje się w zakresie dostępu i warunków korzystania z usług, w tym usług mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw i energii, jeżeli są one oferowane publicznie. Art. 6 ustawy stanowi, że *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*. Ustawa także wyjaśnia, jak należy rozumieć dyskryminację pośrednią: *sytuację, w której dla osoby fizycznej ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje lub szczególnie niekorzystna dla niej sytuacja, chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest*

obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne.

W omawianej sprawie z powodu uniemożliwienia ubiegania się o mieszkanie komunalne z powodu braku zameldowania na terenie miasta Pruszków doszło do dyskryminacji pośredniej. Mimo pozornie neutralnego kryterium (stali mieszkańcy, czyli mający meldunek) wystąpiła szczególnie niekorzystna sytuacja dla cudzoziemców, którym z różnych względów dużo trudniej jest uzyskać zameldowanie w Polsce. Niezależnie od tego samo kryterium zameldowania jako warunek ubiegania się o mieszkanie jest bezprawne. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem sądów administracyjnych²⁷ obowiązek gmin odnosi się do zaspokajania potrzeb wszystkich mieszkańców danej gminy, a nie tylko tych, którzy są w niej zameldowani na stałe, a ustalanie przez gminy dodatkowego wymogu w postaci posiadania stałego zameldowania na terenie gminy jako warunku możliwości starania się o zawarcie z gminą umowy najmu lokalu z zasobów mieszkaniowych gminy jest nie tylko sprzeczne z ustawą o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego²⁸, ale narusza również art. 32 Konstytucji RP, albowiem bezpodstawnie dyskryminuje mieszkańców gminy, którzy z różnych powodów powyższego warunku nie mogą spełnić. Tym samym organ gminy nie jest uprawniony do odmowy przyjęcia do rozpoznania wniosku osoby starającej się o przyznanie pomocy z mieszkaniowych zasobów gminy, posiadającej status mieszkańca gminy i spełniającej kryterium dochodowe, opierając swoją odmowę na innych kryteriach nieprzewidzianych w ustawie o ochronie praw lokatorów.

W pozwie wniesiono o dopuszczenie dowodu z wyników testu dyskryminacyjnego przeprowadzonego w grudniu 2012 roku przy pomocy Instytutu Spraw Publicznych i kancelarii Clifford Chance, na okoliczność trudności w uzyskaniu zameldowania przez osoby narodowości czeczeńskiej na terenie Pruszkowa²⁹. Test miał wykazać, czy Czechenki mają szczególny problem z uzyskaniem zameldowania na terenie Pruszkowa, co też potwierdził. W teście zastosowano procedurę testu telefonicznego polegającą na tym, że dwie osoby – Polka i migrantka z Czechenii odbywały w krótkim odstępie czasu rozmowę telefoniczną w sprawie tego samego ogłoszenia o wynajmie mieszkania. W trakcie rozmowy testerki badały trzy rodzaje reakcji właścicieli mieszkań na pytanie o to, czy:

²⁷ M.in. wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 9 grudnia 2010 r., II SA/Go 820/10, wyrok WSA w Gliwicach z dnia 12 kwietnia 2012 r., II SA/Gi 827/11, wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 22 stycznia 2008 r. IV SA/Wr 541/2007, wyrok NSA z dnia 17 listopada 2004 r. OSK 883/2004, wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 30 czerwca 2011 r. II SA/Go 306/2011.

²⁸ Ustawa z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego, Dz. U. z 2001 r., Nr 71, poz. 733 ze zm.

²⁹ K. Wysieńska, *Czyj jest ten kawalek podłogi?..., op. cit.*

ogłoszenie jest aktualne, istnieje możliwość podpisania umowy najmu, właściciel zgadza się na zameldowanie. Rozmowy odbywały się według ustalonego wcześniej scenariusza, a odpowiedzi oferentów na zadawane pytania i wszystkie inne reakcje były notowane w specjalnym protokole (formularzu przebiegu testu). Testerki otrzymały również wcześniej „sylwetki” osób poszukujących mieszkania i musiały nauczyć się swojej „roli”, tak by nie wzbudzać żadnych podejrzeń. Co ważne, dzwoniący nie różnili się od siebie pod względem możliwości finansowych, deklarowanego okresu najmu, liczby osób mających zamieszkać w lokalu etc. Na podstawie wyników testu okazało się, że Czechenki miały większy problem z uzyskaniem zgody na zameldowanie – w ich przypadku zgoda ta została wyrażona jedynie w 4 przypadkach na 25 rozmów, a w przypadku Polki – w 9 przypadkach. Z uwagi na to, że sprawa jest jeszcze w toku, nie ma informacji odnośnie do ewentualnego przyjęcia lub odrzucenia przez sąd dowodu z testu. Orzeczenie w sprawie Pruszkowa będzie precedensowe nie tylko ze względu na zgłoszenie po raz pierwszy w Polsce tego typu dowodu żądanie przyjęcia polityki równościowej, ale również ze względu na zastosowanie przepisów ustawy o wdrożeniu, na podstawie której wniesiono powództwo.

4. Przepęstwa na tle nienawiści rasowej

Pewne zachowania noszące znamiona tzw. przępstw pospoliczych (np. pobicia czy rozboju) mogą mieć dodatkowo także status tzw. przępstw z nienawiści (ang. *hate crimes*), czyli czynów, w których u podłoża motywacji sprawcy do ich popełnienia leżą uprzedzenia z powodu innej narodowości czy rasy pokrzywdzonego³⁰. Polskie prawo nie definiuje pojęcia przępstwa z nienawiści, które to jednak zostało określone przez Biuro Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie. Zgodnie z definicją przyjętą przez ODHIR *przępstwem z nienawiści jest każde przępstwo natury kryminalnej, wymierzone w ludzi i ich mienie, w wyniku którego ofiara lub inny cel przępstwa, są dobierane ze względu na ich faktyczne bądź domniemane powiązanie lub udzielanie wsparcia grupie wyróżnianej na podstawie cech charakterystycznych wspólnych dla jej członków, takich jak faktyczna lub domniemana rasa, narodowość lub pochodzenie*

³⁰ Od przępstw z nienawiści należy odróżnić mowę nienawiści, za którą uważa się „każdą formę wypowiedzi, która rozpowszechnia, podżęga, propaguje lub usprawiedliwia nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm lub inne formy nienawiści oparte na nietolerancji, włączając w to nietolerancję wyrażaną w formie agresywnego nacjonalizmu lub etnocentryzmu, dyskryminacji lub wrogości wobec mniejszości, migrantów lub osób wywodzących się ze społeczności imigrantów” (zgodnie z załącznikiem do rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy nr R (97) 20, przyjętej 30 października 1997 r.).

etniczne, język, kolor skóry, religia, płeć, wiek, niepełnosprawność fizyczna lub psychiczna, orientacja seksualna lub inne podobne cechy³¹. Polski Kodeks karny³² zawiera przepisy penalizujące czyny, u podłoża których leżą uprzedzenia rasowe: art. 118, 119, 194, 195, 196, 256 oraz 257 k.k. Przy uwzględnianiu motywacji sprawców stanowią one podstawę kwalifikacji czynów motywowanych nienawiścią np. art. 148, 157, 212, 216, przy zastosowaniu dyrektyw zawartych w art. 53 §2 k.k. Bowiem zgodnie z tym przepisem sąd, wymierzając karę, uwzględnia m.in. motywację i sposób zachowania się sprawcy, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa, właściwości i warunki osobiste sprawcy³³.

I tak, odpowiedzialności karnej podlega osoba, która stosuje przemoc lub groźbę bezprawną wobec grupy osób lub poszczególnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości (art. 119 §1 k.k.). Przemocą jest każde działanie zmierzające do fizycznego przełamania oporu. Natomiast stosowanie przemocy oznacza konkretne działanie sprawcy polegające na czynnym targnięciu się na osoby pokrzywdzone. Do uznania, że doszło do przestępstwa nie jest konieczne, by użycie przemocy spowodowało uszczerbek na zdrowiu pokrzywdzonego. Art. 119 k.k. może pozostawać w zbiegu kumulatywnym z przepisami określającymi przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu, a w niewłaściwym z czynami zabronionymi, do których znamion należy stosowanie przemocy lub gwałtu³⁴.

Innym przepisem przewidującym sankcje za popełnienie z nienawiści jest art. 257 k.k., zgodnie z którym odpowiedzialności podlega każdy, kto publicznie znieważa grupę albo wybraną osobę z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości lub z takich powodów narusza nietykalność cielesną innej osoby. Przystępstwo to ma charakter wieloodmianowy, bowiem czynność sprawcza polega na publicznym znieważaniu albo na naruszeniu nietykalności cielesnej. Interpretacja sformułowania „znieważa” jest taka sama jak w przypadku art. 216 k.k. Zatem chodzi o znieważenie osoby wypowiedzią skutkującą naruszeniem czci i godności. Ze względu na przedmiot ochrony, jakim jest godność człowieka, za zniewagę będzie się uważać zachowanie uwłaczające godności, wyrażające lekceważenie lub pogardę. Co ważne, wypowiedź musi mieć obiektywnie charakter

³¹ *Preventing and responding to hate crimes*, Warszawa 2009, s. 15.

³² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 ze zm.).

³³ W praktyce sądów polskich motywacja rasistowska, czy ksenofobiczna rzadko uznawana jest za np. zwiększającą ujemne następstwa przestępstwa, co potwierdzają m.in. statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości, <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/statystyki/statystyki-2013/>.

³⁴ A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, Tom I. Komentarz do artykułów 117–221*, Wydawnictwo C.H. Beck, wyd. 2, Warszawa 2004, s. 25–27.

znieważający, a nie być taką tylko w subiektywnym przekonaniu ofiary. O tym, czy zachowanie ma charakter znieważający, decydować będą także dominujące w społeczeństwie oceny i normy obyczajowe³⁵. Warto podkreślić, że zamiar sprawcy, czy to w postaci znieważenia, czy naruszenia nietykalności cielesnej, musi być ściśle związany z powodem, którym jest przynależność narodowa, etniczna, rasowa, wyznaniowa lub bezwyznaniowość ofiary.

Jak zauważa Krzysztof Karsznicki: *W sprawach karnych prowadzonych o przestępstwa motywowane uprzedzeniami i nienawiścią, największy problem dla organów ścigania stanowi ocena zachowania danej osoby w kategoriach karnoprawnych, a w szczególności ustalenie, czy mieliśmy do czynienia z przestępstwem popełnionym z pobudek rasistowskich, etnicznych lub antysemitycznych, ewentualnie w związku z uprzedzeniami na tle różnic narodowościowych lub wyznaniowych. Dlatego już pierwsze czynności procesowe powinny zmierzać do ustalenia motywacji działania sprawcy. W tym celu istotne jest ustalenie, czy sprawca przed popełnieniem czynu zabronionego, podczas jego popełnienia lub po jego popełnieniu, uzewnętrznił swój negatywny stosunek do określonej grupy osób, którą reprezentował pokrzywdzony*³⁶.

Jeśli chodzi o przesłanki odnoszące się do sprawcy, pewne elementy mogą wskazywać na prawdopodobieństwo wystąpienia przestępstwa z nienawiści, jak np. używanie przez sprawcę (przed, w trakcie lub po popełnieniu przestępstwa) mowy nienawiści (np. wyzwiska „ty czarnuchu”, „Polska dla Polaków”, „czarna k...”) czy też fakt, że ofiara i sprawca reprezentują różne narodowości. Przy ocenie stanu faktycznego i kwalifikacji czynu pod uwagę powinny być wzięte również cechy i okoliczności odnoszące się do pokrzywdzonego, które mogą wskazywać na prawdopodobieństwo wystąpienia przestępstwa z nienawiści, jak np. rasa, religia, pochodzenie etniczne, narodowość, czyli cechy odróżniające pokrzywdzonego od sprawcy³⁷.

Na podstawie niżej przedstawionych spraw monitorowanych przez SIP, ale również wyników badań innych organizacji (np. Brunatnej Księgi Stowarzyszenia Nigdy Więcej), widać tendencję do umarzania postępowań w sprawach o przestępstwa na tle nienawiści rasowej. Inną, dość powszechną praktyką organów ścigania, jest pomijanie przesłanki dyskryminacyjnej i kwalifikowanie

³⁵ Przesłanki z nienawiści. Materiał pomocniczy dla trenera, http://isp.policja.pl/palm/isp/49/2518/quotPrzeslanki_z_nienawisciquot__material_pomocniczy_dla_trenera.html.

³⁶ K. Karsznicki, *Przeslanki z nienawisci i pobudek rasistowskich lub ksenofobicznych*, „Prokuratura i Prawo”, nr 2/2012, s. 33.

³⁷ Więcej na temat przestępstw w nienawiści można przeczytać m.in. w: „Prawo przeciw nienawiści. Raport 2008/2009”, czy „Przeslanki z nienawisci w Polsce na podstawie badan akt sadowych. Raport 2010/2011”, „Otwarta Rzeczpospolita” Stowarzyszenie przeciw Antysemityzmowi i Ksenofobii.

czynu jedynie jako przestępstwa pospolitego³⁸. Tymczasem niektóre zdarzenia stanowią kumulację różnych czynów zabronionych przez prawo i tak powinny być kwalifikowane. Ma to znaczenie, jeśli chodzi o tryb ścigania, bowiem gdyby zakwalifikować dany czyn z art. 119 czy art. 257 k.k., ścigany jest wówczas w trybie publiczno-skargowym, co oznacza, że organy ścigania mają obowiązek podjęcia odpowiednich działań, gdy istnieje podejrzenie, że mogło dojść do przestępstwa.

W jednej ze spraw monitorowanych przez SIP obywatel Pakistanu został dotkliwie pobity (doznał złamania żuchwy) i znieważony na tle rasowym. Do zdarzenia doszło w lipcu 2012 roku, sprawą zajęła się policja. Sprawca przyznał się do pobicia, jednak podawał inne okoliczności zdarzenia i wypierał się obraźliwych słów, które wypowiadał pod adresem cudzoziemca. Po przekazaniu sprawy do prokuratury wyłączono ją do odrębnego postępowania w części dotyczącej znieważenia na tle różnic rasowych (tj. o czyn z art. 257 §1 k.k.). Na podstawie art. 322 §1 k.p.k. postępowanie zostało jednak umorzone z powodu niewykrycia sprawcy przestępstwa. Wydaje się to o tyle niezrozumiałe, że świadkowie pobicia potwierdzili te okoliczności, SIP było w stałym kontakcie z prokuratorem i przedstawiło opinię dotyczącą przestępstw z nienawiści. Mimo to prokurator umorzył postępowanie. W pozostałej części sprawa toczyła się w odniesieniu do przestępstwa pobicia, tj. o czyn z art. 157 §1 k.k. Wniesiono akt oskarżenia wraz z wnioskiem oskarżonego o nieprzeprowadzenie rozprawy i wymierzenie mu kary pięciu miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres dwóch lat. W lutym 2013 roku odbyło się posiedzenie sądu, na którym zapadł wyrok skazujący³⁹, jednak sąd, wymierzając karę, nie uwzględnił rasistowskiego charakteru czynu. Sprawę skomplikował fakt, że w chwili pobicia cudzoziemiec przebywał w Polsce bez

³⁸ Można w tym miejscu przytoczyć orzeczenie Komitetu w Genewie w sprawie *Dawas i Shawa p. Danii* (CERD/C/80/D/46/2009 Communication No. 46/2009). Komitet stwierdził, że Dania naruszyła Konwencję przez niewłaściwe dochodzenie w sprawie przemocy na tle nienawiści rasowej i tym samym nie zapewniła skutecznej ochrony przed dyskryminacją rasową. W sprawie tej doszło do brutalnej napaści przez kilkunastu młodocianych sprawców na dom rodziny irackich uchodźców mieszkających w Danii. Mimo wniesienia skargi na policję i w konsekwencji ukarania kilku z nich, kary orzeczone przez sąd były znikomej dolegliwości, a wątek rasowy nie został w ogóle wzięty pod uwagę mimo znieważających rasistowskich okrzyków ze strony napaśników czy faktu, iż tuż przed atakiem umieszczono w pobliżu ich domu znak „zakaz wstępu czarnym”. Orzeczenie to jest ważne w kontekście coraz częstszych w ostatnim czasie incydentów o charakterze rasistowskim oraz kuriozalnych orzeczeń prokuratury i sądów, jakie zapadają ostatnio na Podlasiu. Wydaje się, że podobnie jak w sprawie duńskiej, polskie organy ścigania nie uwzględniają podczas dochodzenia, a sądy podczas orzekania rasistowskiego motywu działania sprawców, tym samym narażając się na zarzut naruszenia Konwencji (więcej o orzeczeniu na: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12058&LangID=E>).

³⁹ Wyrok Sądu Rejonowego w Piasecznie z dnia 28 lutego 2013 r., sygn. IIK 1616/12.

ważnych dokumentów pobytowych (był w trakcie procedury abolicyjnej) i nie miał ubezpieczenia zdrowotnego. Szpital, w którym został zoperowany, wystawił rachunek na kilka tysięcy złotych, którego pokrzywdzony nie był w stanie pokryć. W trakcie postępowania cudzoziemiec wyjechał z Polski i prawnicy SIP stracili z nim kontakt. W związku z tym podejmowanie działań w jego imieniu stało się niemożliwe. Sprawa w części nas interesującej, tj. o przestępstwo z nienawiści, zakończyła się niepowodzeniem – postępowanie zostało umorzone i w związku z nieobecnością pokrzywdzonego nie wniesiono od tego postanowienia zażalenia.

Kolejną sprawą zakończoną w podobny sposób, choć z innych powodów, jest przypadek cudzoziemca – obywatela Nigerii, który twierdził, że padł ofiarą dyskryminacji rasowej. W sierpniu 2012 roku mężczyzna bawił się w jednym z podwarszawskich klubów, w którym doszło do bijatyki. Cudzoziemiec w toku śledztwa zeznał, że został zaatakowany przez klientów i ochronę baru, a kiedy została wezwana policja również funkcjonariusze stosowali wobec niego przemoc fizyczną, wyśmiewali się z niego i poniżali go. Wszczęto dochodzenie, a po wysłuchaniu świadków i zgromadzeniu materiału dowodowego, w kwietniu 2013 roku prokuratura wydała postanowienie o umorzeniu postępowania w sprawie o przekroczenie uprawnień przez funkcjonariuszy policji, tj. o czyn z art. 231 §1 k.k. Jeśli chodzi o zarzuty znieważenia z powodu przynależności rasowej i etnicznej, tj. o czyn z art. 257 k.k., śledztwo zostało umorzone wobec niewykrycia sprawców. Natomiast w części dotyczącej przekroczenia uprawnień przez funkcjonariuszy policji przez *nieuzasadnione zatrzymanie, użycie siły fizycznej, dwukrotne kopnięcie w plecy oraz publiczne znieważenie cudzoziemca z powodu jego przynależności rasowej oraz etnicznej i działanie w ten sposób na szkodę jego interesu prywatnego*, tj. o czyn z art. 231 §1 k.k. w zbiegu z art. 119 §1 i 257 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k., dochodzenie umorzono wobec braku znamion czynu zabronionego.

Również w części dotyczącej domniemanego znieważenia cudzoziemca (tj. o czyn z art. 257 k.k.) przez personel szpitala, do którego pokrzywdzony został przewieziony, prokuratura nie dopatrzyła się znamion czynu zabronionego. Postanowienie zostało wydane na podstawie zeznań świadków (prowadzącego klub, pracowników klubu, pracowników firmy ochroniarskiej, żony pokrzywdzonego, funkcjonariuszy policji, współpracowników pokrzywdzonego) oraz zgromadzonego materiału dowodowego: opinii biegłego na temat obrażeń ciała, których doznał pokrzywdzony, i zapisu rozmów telefonicznych oficera dyżurnego policji z osobami zgłaszającymi potrzebę interwencji w klubie. Nie udało się natomiast uzyskać zapisu przebiegu zdarzeń na zatrzymanym do sprawy rejestratorze monitoringu. Prokuratura uznała, że co prawda cudzoziemiec stał się obiektem ataku niezidentyfikowanej personalnie grupy osób, jednak nie ma

podstaw do uznania, że byli to pracownicy klubu. Potwierdzają to zeznania niezależnych pracowników firmy ochroniarskiej, która została wezwana na miejsce zdarzenia. Z zeznań świadków wynika, że powodem jego pobicia było uderzenie jednej z klientek klubu. Większość świadków również zeznała, że cudzoziemiec zachowywał się agresywnie, uderzając głową o ziemię i zaparkowane przed klubem samochody, wyglądał na nietrzeźwego i awanturował się. Również żona pokrzywdzonego przyznała, że mąż przejawia skłonności do agresji w określonych sytuacjach. Prokurator przyjął zatem, że stosowana przemoc nie miała podłoża dyskryminacyjnego, tym samym wydał rozstrzygnięcie o braku znamion czynu zabronionego z art. 119 §1 k.k. Natomiast jeśli chodzi o słowne znieważenie, zachowanie grupy osób stanowiło czyn z art. 257 k.k., jednak ustalenie, kto konkretnie ubliżał pokrzywdzonemu, było niemożliwe, stąd decyzja o umorzeniu dochodzenia w tej części z uwagi na niewykrycie sprawców. Cudzoziemiec nie zdecydował się na wniesienie zażalenia, zatem sprawa została zakończona. Postanowienie prokuratury wydaje się prawidłowe, w świetle całości materiału dowodowego, m.in. zeznań świadków, które brzmią wiarygodnie i spójnie. Zatem w tym przypadku trudno mówić o przestępstwie z nienawiści w rozumieniu przepisów Kodeksu karnego.

Nieco inną sprawą, co prawda nie dotyczącą *stricte* przestępstwa z nienawiści, ale wartą opisaną, jest przypadek cudzoziemca – obywatela Rosji narodowości czeczeńskiej bezpodstawnie zatrzymanego przez funkcjonariuszy policji. W sierpniu 2010 roku w Warszawie obywatel Rosji narodowości czeczeńskiej został zatrzymany przez funkcjonariuszy policji w związku z powiadomieniem o znalezieniu przez niego zwłok w okolicach dawnego Stadionu Dziesięciolecia. Cudzoziemiec przebywał w Polsce legalnie, w chwili zatrzymania miał przy sobie ważną kartę pobytu. Po wstępnym przesłuchaniu na miejscu zdarzenia, od ok. godz. 20.00 do 3.00 nad ranem dnia następnego został zatrzymany na komisariacie policji, gdzie osadzono go w okratowanym pomieszczeniu. Zastosowano zatem wobec niego formę przymusu, polegającą na krótkotrwałym pozbawieniu wolności i ograniczeniu swobody działania. Policja nie sporządziła protokołu zatrzymania, nie poinformowała cudzoziemca o przyczynach zatrzymania i nie pouczyła o przysługujących mu prawach.

Mimo obchodzonego właśnie Ramadanu cudzoziemcowi po zachodzie słońca nie pozwolono kupić jedzenia ani napojów, co potwierdziła w zeznaniach tłumacz języka rosyjskiego oraz jeden z policjantów. Poza tym w czasie zatrzymania jeden z policjantów wypowiadał obraźliwe i krzywdzące wszystkie Czeczenów komentarze. Podczas pobytu na komisariacie cudzoziemiec był przesłuchiwany, mimo to otrzymał wezwanie do stawienia się na komendzie w charakterze świadka w dniu następnym. Było to powodem zwolnienia go z pracy, w konsekwencji czego przez wiele miesięcy pozostawał bezrobotny.

Sąd uznał⁴⁰, że zatrzymanie było bezzasadne i nielegalne: *Należy stwierdzić, że zatrzymanie skarżącego było nielegalne, ponieważ niezgodne z prawem, jak również – niezasadne, gdyż nie było wystarczających podstaw faktycznych podejrzenia popełnienia przestępstwa przez jego osobę, jak i celowości stosowania samej czynności zatrzymania, gdyby nawet powyższe podstawy faktyczne istniały [...] zatrzymanie skarżącego było również nieprawidłowe, gdyż jego sposób dokonania i warunki jego wykonywania związane z pozbawieniem wolności były niezgodne z obowiązującą procedurą.*

W związku z tym wyrokiem SIP złożyło do prokuratury zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa polegającego na przekroczeniu uprawnień przez funkcjonariuszy policji, niedopełnieniu przez nich obowiązków oraz działaniu na szkodę cudzoziemca przez bezprawne pozbawienie go wolności. Postępowanie to zostało umorzone, podobnie jak postępowanie przygotowawcze prowadzone przez prokuraturę po złożeniu zawiadomienia przez pokrzywdzonego. Jednak na skutek wniesionego zażalenia sąd częściowo uchylił postanowienie prokuratury⁴¹. Uwzględnił on zażalenie odnośnie do umorzenia postępowania w zakresie bezprawnego pozbawienia wolności przez funkcjonariuszy policji, uznając, że *trudno dopatrzeć się w tej sytuacji jakichkolwiek podstaw prawnych do przetrzymywania skarżącego przez całą noc na komisariacie policji w warunkach stanowiących faktyczne pozbawienie wolności [...]. Tymczasem E.D. został w sposób zupełnie bezpodstawny i niepotrzebny – wobec możliwości postąpienia w wyżej wskazany sposób – uwięziony na terenie komisariatu [...]. Zatrzymanie to odbyło się w sposób samowolny i rażąco nieprawidłowy, nie spełniono jakichkolwiek wymogów formalnych związanych z zatrzymaniem, czym rażąco pogwałcono elementarne uprawnienia przysługujące zatrzymanemu, w tym pozbawiono go możliwości procesowej kontroli zatrzymania. Sąd zaznaczył także, iż jednym z największych problemów wymiaru sprawiedliwości w Polsce jest brak chęci współpracy obywateli z organami ścigania i sądami, w tym brak zaufania i szacunku do policji. Trudno jednak, aby taka chęć była, jeżeli osoba, która chce z Policją współpracować, zawiadamia o możliwości popełnienia bardzo poważnego przestępstwa, na miejscu ujawnienia zwłok czeka na przybycie funkcjonariuszy i stosownie do swojej wiedzy i możliwości gotowa jest dopomóc w wyjaśnieniu sprawy „w nagrodę” za taką postawę zostaje o chlebie i wodzie „ugoszczona” przez całą noc na komisariacie, przez co rano spóźnia się do pracy i zostaje z niej zwolniona. Oczywiście*

⁴⁰ Postanowienie z dnia 15 marca 2011 r. Sądu Rejonowego dla Warszawy-Pragi Północ w Warszawie, sygn. III Kp 1430/10.

⁴¹ Postanowienie Sądu Rejonowego dla Warszawy-Pragi-Północ z dnia 23 marca 2011 r., sygn. III Kp 185/11.

fakt zwolnienia z pracy nie jest bezpośrednio związany z działaniami funkcjonariuszy Policji, ale nie trudno sobie wyobrazić, że spóźnienie się do pracy z uwagi na zatrzymanie na komisariacie nie będzie mile widziane przez pracodawcę i raczej trudno spodziewać się, aby wnikał on czy takie zatrzymanie jest zasadne. Tym bardziej należy unikać niepotrzebnych zatrzymań, gdyż mogą one rościć dla zatrzymanego dalsze konsekwencje niż tylko krótkotrwałe pozbawienie wolności. Co istotne, w konkluzji sąd stwierdził, iż nie może oprzeć się wrażeniu, że gdyby skarżący był narodowości polskiej, a nie czeczeńskiej, zostałby potraktowany zgoła odmiennie.

W związku z powyższym wyrokiem złożony został do sądu wniosek o odszkodowanie i zadośćuczynienie za niewątpliwe niesłuszne zatrzymanie. W marcu 2013 roku zapadł wyrok⁴², w którym sąd przyznał cudzoziemcowi kwotę 156 złotych tytułem odszkodowania oraz kwotę 500 złotych tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę wynikłą z niewątpliwie niesłusznego zatrzymania – wraz z ustawowymi odsetkami od dnia uprawomocnienia się wyroku od dnia zapłaty.

5. Podsumowanie

Podsumowując, określone kategorie cudzoziemców – obywatele państw trzecich, którym prawo przyznaje takie same uprawnienia jak własnym obywatelom bądź też obywatelom innych państw Unii Europejskiej, powinny być traktowane jednakowo. Odmiennie traktowanie jest możliwe, jeżeli istnieje obiektywna przyczyna takiego różnicowania oraz prawnie uzasadniony i dozwolony cel, a środki, które są używane do jego osiągnięcia, są odpowiednie i konieczne. Swego rodzaju „wyjątkiem” jest prawo karne, które ma za zadanie karać sprawców i chronić ofiary przestępstw niezależnie od ich statusu prawnego czy legalności pobytu na terytorium RP. Jak widać na przykładach przedstawionych wyżej spraw monitorowanych przez SIP, cudzoziemcy chronieni są przepisami zarówno prawa pracy, ustawy o wdrożeniu, Kodeksu cywilnego czy Kodeksu karnego. Opisane przypadki dyskryminacji są oczywiście przykładowe, nie wyczerpują innych możliwości realizacji swoich praw przez cudzoziemców. Jednak już na ich podstawie rysuje się pewien obraz, mianowicie: organy ścigania wydają się najłagodniejszym ogniwem w łańcuchu gwarancji ochrony praw jednostki przewidzianych przez system prawny, natomiast powinno być odwrotnie. Dzieje się tak, że z jednej strony policja i prokuratura wciąż niechętnie zajmują się przypadkami przestępstw z nienawiści, a jeśli już przyjmą takie

⁴² Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa Praga w Warszawie z dnia 21 marca 2013 r., sygn. akt V Ko 248/11.

zgłoszenie, na dalszym etapie postępowania motyw rasistowski zostaje rozmyty lub wyłączony i postępowanie toczy się w zakresie tzw. przestępstwa popolitego. Nawet jeśli postępowanie jest kontynuowane, najczęściej kończy się ono umorzeniem (z powodu niewykrycia sprawcy lub braku znamion czynu zabronionego, które to przesłanki zastąpiły wcześniej nagminne umarzanie spraw z uwagi na „niską szkodliwość społeczną czynu”). Jeżeli do sądu szczęśliwie trafi akt oskarżenia, okazuje się, że sędziowie zupełnie inaczej rozumieją pojęcia powszechnie uważane za znieważające⁴³.

Jeśli chodzi o dochodzenie roszczeń na drodze cywilnej, niewątpliwie największe doświadczenie w sprawach o dyskryminację mają sądy pracy i wydaje się, że w przypadku cudzoziemców ta droga jest już przetarta. Wyzwaniem natomiast mogą okazać się przepisy ustawy o wdrożeniu, z jednej strony z uwagi na ich nieczytelność i niekompleksowość, z drugiej na brak orzecznictwa, którym mogłyby się posiłkować sądy cywilne. Ponadto, obawy co do wytaczania powództw na podstawie ustawy mają sami pokrzywdzeni, chociażby z uwagi na konieczność poniesienia kosztów sądowych. Jednak głównym problemem w stosowaniu ustawy może okazać się po prostu jej nieznamość, zarówno po stronie osób, które doświadczyły dyskryminacji, jak i profesjonalnych prawników występujących przed sądami.

Niezależnie od powyższego, nie można zapominać, że o sukcesie polityki migracyjnej i następnie integracji migrantów możemy mówić tylko wtedy, kiedy osoby te będą odpowiednio chronione przed dyskryminacją. Z jednej strony jest to rola ustawodawcy kształtującego przepisy prawa i kwestia woli politycznej, z drugiej – praktyki, od której zależy, jak te przepisy będą stosowane. Wydaje się, że ten ostatni czynnik odgrywa nawet większą rolę. Jeżeli bowiem pozwalamy na odmienne traktowanie cudzoziemców, nieuzasadnione żadnymi obiektywnymi przesłankami, bardzo łatwo stają się oni ofiarą nieuczciwych pracodawców, pośredników pracy czy wynajmujących, przekonanych, że cudzoziemcy mogą być gorzej traktowani w majestacie prawa i nikt nie poniesie za to odpowiedzialności. W demokratycznym państwie prawa taka sytuacja, rzecz jasna, nie może zachodzić.

⁴³ Mowa o orzeczeniu Sądu Rejonowego w Białymstoku, który uznał, że wyrażenia typu „pasożytnicze ścierwa”, „wyznawcy pedofila” nie znieważają osób narodowości czeczeńskiej, <http://natemat.pl/69237,pasozytnicze-scierwa-nie-zniewazaja-czecenow-tak-uznal-sad>. Również Prokuratura Rejonowa Białystok-Północ nie dopatrzyła się znamion przestępstwa w stosunku do osoby, która namalowała swastykę, określając ją jako „symbol szczęścia i pomyślności”, <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/w-azji-symbol-szczescia-i-pomyslności-tak-prokurator-uzasadnia-decyzje-ws-swastyk,338207.html>.

Godne życie dla wszystkich – wykluczenie społeczne migrantów jako skutek złych warunków mieszkaniowych

1. Wprowadzenie

Bezdomność i wykluczenie mieszkaniowe dotyczą ludzi na wszystkich kontynentach, nie tylko w tzw. krajach Trzeciego Świata, ale również w Europie, w tym w dobrze rozwiniętych państwach członkowskich Unii Europejskiej, i są przykładem niedopuszczalnego naruszenia podstawowych praw człowieka. Ze sprawozdania Eurostat w sprawie warunków mieszkaniowych w Europie w 2009 roku wynika, że 30 milionów osób w Unii Europejskiej cierpi z powodu trudnych warunków mieszkaniowych¹. Składają się na nie m.in. przeludnienie, zbyt wysokie koszty zamieszkania czy nieodpowiednie warunki mieszkaniowe.

Tymczasem godziwe warunki mieszkaniowe należą do fundamentalnych potrzeb każdego człowieka, są podstawą godnego życia, a ich brak jest jedną z głównych przyczyn wykluczenia społecznego. Bezdomność ma charakter złożony i wielowymiarowy. Jest zjawiskiem zmiennym w czasie, przynosi wiele negatywnych skutków zarówno osobom nim dotkniętym, jak i całemu społeczeństwu. Osobami bezdomnymi coraz częściej stają się samotne matki z dziećmi, osoby młode i migranci, w tym migranci przymusowi. Najbardziej skrajną formę wykluczenia stanowi bezdomność uliczna. Zjawisko bezdomności dotyczy jednak wielu innych sytuacji, jak chociażby przebywanie w noclegowniach, lokalach tymczasowych czy w miejscach do tego nieprzystosowanych. Przyczyny bezdomności wynikają z różnych, często zależnych od siebie czynników. Należą

¹ Eurostat, *Housing conditions in Europe in 2009*, Statistics in focus nr 4/2011, http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-SF-11-004/EN/KS-SF-11-004-EN.PDF.

do nich czynniki strukturalne, instytucjonalne, interpersonalne, osobiste oraz czynniki związane z dyskryminacją lub nieuregulowanym statusem prawnym

Zgodnie z definicją pierwszego Specjalnego Sprawozdawcy ONZ ds. prawa do odpowiedniego mieszkania prawo do odpowiednich warunków zamieszkania to prawo każdej kobiety, każdego mężczyzny i dziecka do uzyskania i utrzymania bezpiecznego domu w społeczności, by żyć w pokoju i godności. Prawo to przysługuje bez względu na narodowość, obywatelstwo czy status prawny. Tymczasem nieudokumentowani migranci, w tym cudzoziemcy, których wnioski o status uchodźcy zostały odrzucone, stanowią grupę szczególnie narażoną na wykluczenie mieszkaniowe. Ich nieuregulowany status prawny, penalizacja nielegalnej migracji funkcjonująca wciąż w niektórych państwach sprawia, że wielu z nich będzie niezdolnych zmierzyć się z dyskryminującymi praktykami lub innymi nadużyciami, np. w obszarze wynajmu lokali, i nie będą w stanie sięgać po środki prawne, by dochodzić swoich praw. Ponadto krajowe strategie rzadko uwzględniają migrantów, a niemal nigdy nie odnoszą się do problemów migrantów nieudokumentowanych².

Walka z ubóstwem i wykluczeniem społecznym stanowi element polityki europejskiej w dziedzinie integracji społecznej. W ostatnich latach można zaobserwować wzrost zainteresowania Unii Europejskiej sprawami społecznymi, co wiąże się niewątpliwie z kryzysem gospodarczym, który wywarł duży wpływ na wzrost skali ubóstwa w Europie i zwrócił uwagę na konieczność podjęcia zintegrowanych i wielopłaszczyznowych działań w celu przeciwdziałania temu zjawisku. Wyraźnego znaczenia nabrał w tym kontekście problem bezdomności i wykluczenia mieszkaniowego jako zjawisk stanowiących najdotkliwszy wyraz ubóstwa i przykład niedopuszczalnego naruszenia podstawowych praw człowieka.

W Polsce wciąż niewiele mówi się o bezdomności i wykluczeniu mieszkaniowym migrantów, mimo że sytuacja mieszkaniowa cudzoziemców w Polsce od lat budzi zaniepokojenie organizacji międzynarodowych i pozarządowych. Jednym z powodów takiego stanu rzeczy mogą być niepełne dane odnośnie do tego zjawiska, innym – brak zainteresowania ze strony władzy publicznej tą grupą społeczną i lekceważenie problemu. Rozwiązania prawne w obszarze pomocy społecznej, w tym mieszkaniowej, również nie są korzystne dla cudzoziemców osiedlających się w Polsce. Pomoc społeczna ograniczona jest do wąskiej grupy migrantów, bowiem prawo do zakwaterowania po przybyciu do Polski mają wyłącznie migranci przymusowi. Ta grupa cudzoziemców może skorzystać z zakwaterowania w ośrodku dla uchodźców (bądź też otrzymywać wsparcie finansowe na wynajem mieszkania) przez okres trwania

² UN-Habitat, *The right to adequate housing*, Fact Sheet nr 21 (rev 1), Geneva 2009, s. 25.

postępowania o nadanie statusu uchodźcy. Osoby, którym przyznano ochronę międzynarodową (status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą) otrzymują następnie wsparcie w ramach Indywidualnych Programów Integracji (IPI), w czym zawiera się pomoc w poszukiwaniu mieszkania. Problemem okazuje się rozpoczęcie życia „na własną rękę” po zakończeniu programu, bowiem po roku czasu wielu cudzoziemców nie jest gotowych, by samodzielnie się utrzymać, znaleźć mieszkanie i pracę. Potwierdza to przeprowadzone w 2010 roku przez Instytut Spraw Publicznych pilotażowe badanie dotyczące bezdomności uchodźców³. Ujawniło ono wyjątkowo trudną sytuację uchodźców w obszarze mieszkalnictwa, doświadczających wykluczenia mieszkaniowego i bezdomności. Na początku 2013 roku ogłoszone zostały wyniki kolejnego badania Instytutu Spraw Publicznych, tym razem przeprowadzonego za pomocą eksperymentalnej metody testów dyskryminacyjnych⁴. Pokazały one, że Polacy nie chcą wynajmować mieszkań obcokrajowcom - właściciele odmawiają wynajęcia lokalu aż trzy razy częściej osobie z obcym akcentem niż Polakowi. Okazuje się zatem, mamy do czynienia z dyskryminacją i wykluczeniem migrantów w obszarze mieszkalnictwa, co przyczynia do ich marginalizacji i w konsekwencji prowadzi do bezdomności.

W niniejszej analizie zostanie omówiona problematyka prawa do godnych warunków mieszkaniowych na płaszczyźnie międzynarodowej. Następnie zostaną zaprezentowane inicjatywy unijne odnoszące się do kwestii bezdomności i wykluczenia mieszkaniowego. Nacisk zostanie położony na przedstawienie wniosków i zaleceń oraz wysuwanych postulatów. Pozwoli to na poznanie stopnia zaangażowania Unii Europejskiej oraz efektywności podejmowanych działań i ich realnego wpływu na możliwość wyeliminowania analizowanego problemu. W kolejnym fragmencie zostaną omówione wybrane orzeczenia Europejskiego Komitetu Praw Społecznych Rady Europy, precedensowe z punktu widzenia ochrony praw drugiej generacji, jak również interesująca sprawa brytyjska dotycząca odmowy dostępu do pomocy mieszkaniowej cudzoziemcom, którym nie przyznano ochrony międzynarodowej. Na zakończenie zostaną przedstawione rekomendacje dla Polski.

³ Wyniki badania można znaleźć w raporcie autorstwa K. Wysińskiej i N. Rybińskiej, *Bezdomność uchodźców w Polsce – wyniki badania pilotażowego*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2010.

⁴ K. Wysińska, *Czyj jest ten kawatek podłogi? Wyniki badań dyskryminacji uchodźców w dostępie do mieszkań*, „Analizy i Opinie”, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2013.

2. Prawo do godnych warunków mieszkaniowych – perspektywa międzynarodowa

2.1. Organizacja Narodów Zjednoczonych

Pierwszym instrumentem, który przyjęto w ramach międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka, uznającym prawo każdego do życia na poziomie zapewniającym mu i jego rodzinie zdrowie oraz dobrobyt, była Powszechna Deklaracja Praw Człowieka⁵. Art. 25 Deklaracji, w powiązaniu z art. 1 mówiącym o równości wszystkich ludzi pod względem godności oraz z art. 2 wprowadzającym zasadę niedyskryminacji w korzystaniu z uprawnień przyznanych Deklaracją (m.in. ze względu na jakiegokolwiek różnice rasy, wyznania czy narodowości), tworzy ogólne ramy do uznania równego prawa każdego człowieka do godnych warunków mieszkaniowych.

Idea ta została następnie odzwierciedlona w systemie Organizacji Narodów Zjednoczonych, mianowicie w Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych⁶. Art. 11 ust. 1 Paktu nakłada na państwa obowiązek uznania prawa każdego do odpowiedniego poziomu życia oraz do stałego polepszania warunków bytowych, w czym zawiera się prawo do mieszkania. Powinno to się odbywać bez jakiegokolwiek dyskryminacji, m.in. ze względu na takie cechy prawnie chronione jak rasa, kolor skóry, pochodzenie narodowe, wyznanie (art. 2 ust. 2). Mimo takiego ujęcia zobowiązania państw-sygnatariuszy Paktu do zapewnienia wszystkim obywatelom godnych warunków życia, uznanie prawa do mieszkania jako wiążącego władze publiczne, a w razie jego nieprzestrzegania umożliwienie dochodzenia roszczeń z tego tytułu, nie jest przyznane wprost. Po części dlatego, że Pakt chroni prawa drugiej generacji, których dochodzenie bezpośrednio przed sądami krajowymi i organami międzynarodowymi pierwotnie nie było możliwe. Rozwój prawa międzynarodowego w obszarze ochrony praw człowieka oraz orzecznictwo regionalnych i krajowych instytucji prawo-człowieczych w ostatnim czasie jednak zmieniają się zasadniczo. Można zaobserwować, że prawa społeczne i ekonomiczne, w tym prawo do mieszkania, nabierają coraz większego znaczenia. Częściej dostrzega się również wyraźną zależność między tą sferą a prawami politycznymi czy oby-

⁵ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 10 grudnia 1948 r. Pierwotnie PDPC nie miała charakteru formalnie wiążącego, jednak obecnie uznaje się ją za międzynarodowe prawo zwyczajowe, co oznacza, że uważana jest za akt prawny powszechnie obowiązujący.

⁶ Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w 1966 r., Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 169.

watelskimi. Wreszcie, przynajmniej się, że prawo do mieszkania jest nierozdzielnie związane z prawem do godności⁷.

Dostrzeżenie relacji między bezdomnością i związanymi z nią nieakceptowalnymi warunkami życia a ludzką godnością jest niezwykle ważne z punktu widzenia legalności prowadzonych działań. Jeśli bowiem uznamy, że prawo do godności zyskało status międzynarodowego prawa zwyczajowego, będzie ono wiązać wszystkie państwa niezależnie od faktu przystąpienia lub nieprzystąpienia do umów międzynarodowych przyznających prawo do mieszkania⁸. Kluczem do właściwej implementacji i egzekucji prawa do godnych warunków mieszkaniowych jest skuteczne wykorzystywanie krajowych i międzynarodowych środków prawnych pozwalających na dochodzenie roszczeń z tytułu naruszeń tego prawa. Jednym z takich narzędzi jest możliwość wnoszenia skarg do Komitetu ONZ Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych na niewywiązywanie się przez państwa z postanowień Paktu⁹. Uprawnienie takie wynika z Protokołu fakultatywnego do Paktu^{10§11}). W nieodległej przyszłości możemy zatem spodziewać się ciekawych orzeczeń Komitetu w przedmiocie naruszeń praw chronionych Paktem. Polska do dnia dzisiejszego nie podpisała i nie ratyfikowała Protokołu fakultatywnego do Paktu, zatem w stosunku do Polski uprawnienia oferowane jednostce na mocy Protokołu oczywiście nie obowiązują.

Jeżeli chodzi o „działalność orzeczniczą” Komitetu, na uwagę zasługują tzw. Komentarze Ogólne (ang. *General Comments*) stanowiące źródło wiedzy o jego stosunku do postanowień Paktu. Interpretacje Komitetu nie są wiążące, ich celem jest ułatwienie państwom zrozumienia zobowiązań wynikających z konwencji. W kontekście omawianej problematyki warto przybliżyć dwa z nich, tj.

⁷ Tezy te są rozwinięte dalej, w oparciu o raporty i analizy powstałe w ramach Organizacji Narodów Zjednoczonych i Unii Europejskiej.

⁸ A. Kucs, Z. Sedlova, L. Pierhurovica, *The right to Housing: International, European and National Perspectives*, „Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 2008, no 64/65”; www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3685067.pdf, s. 1.

⁹ Oprócz prawa do godnych warunków życia, w tym mieszkaniowych, skarżący może podnosić naruszenie także m.in. prawa do pracy w godziwych i korzystnych warunkach, prawa do ochrony socjalnej, do najwyższych dostępnych standardów opieki medycznej czy prawa do edukacji oraz korzystania z wolności kulturowej i postępu naukowego.

¹⁰ Protokół fakultatywny do Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne rezolucją nr A/RES/63/117, w dniu 10 grudnia 2008 r.

¹¹ Od dnia 5 maja 2013 r. Pakt zaczął obowiązywać w stosunku w następujących państwach: Argentyna, Boliwia, Bośnia i Hercegowina, Ekwador, Salvador, Mongolia, Portugalia, Słowacja, Hiszpania i Urugwaj, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en#EndDec.

Komentarz nr 20¹² oraz 4¹³. Dzięki nim możemy dowiedzieć się, co Komitet rozumie przez pojęcie „prawa do mieszkania”, czy też jak daleko sięga obowiązek państwa zapewnienia jednostkom godnych warunków bytowych, szczególnie w kontekście migrantów. Przede wszystkim Komitet w Komentarzu Ogólnym nr 4 wskazuje, że Konwencja nie obliguje państwa do zbudowania publicznych mieszkań i zapewnienia zakwaterowania wszystkim obywatelom. Jednakże w niektórych przypadkach państwo jest zobowiązane zapewnić lokal socjalny lub inne tanie mieszkanie dla gospodarstw o niskich dochodach.

Poza tym, Komitet zwraca uwagę, że prawa chronione na mocy Paktu, w tym prawo do odpowiedniego zakwaterowania, mają zastosowanie bez względu na status pobytowy czy posiadane przez daną osobę dokumenty¹⁴. Oznacza to, że mogą z nich korzystać zarówno cudzoziemcy legalnie przebywający na terytorium państwa-sygnatariusza Paktu, jak i nieudokumentowani migranci, do których również ma zastosowanie zasada równego traktowania. Komitet stoi na stanowisku, że wymaga to od państw przyjęcia odpowiednich środków, w tym także legislacyjnych, dzięki którym będzie możliwe zapobieganie i wyeliminowanie formalnej i nieformalnej dyskryminacji oraz zapewnienie, że żadne podmioty (sektora publicznego i prywatnego) nie będą dopuszczać się dyskryminacji ze względu na cechy prawnie chronione. W Komentarzu Ogólnym nr 20 Komitet wyraźnie wskazuje, że narodowość (obywatelstwo) nie powinno stanowić przeszkody w korzystaniu z praw przyznanych Paktem, np. wszystkie dzieci przebywające na terytorium danego państwa, włączając w to migrantów o nieuregulowanym statusie, mają prawo korzystać z edukacji, powinny mieć zapewnione odpowiednie wyżywienie czy dostęp do opieki medycznej. Postanowienia Paktu mają mieć zastosowanie do wszystkich, w tym nie-obywateli państw-sygnatariuszy, jak np. uchodźców, osoby ubiegające się o status uchodźcy, bezpaństwowców, pracowników migrujących oraz ofiary handlu ludźmi, niezależnie od ich statusu prawnego i dokumentów pobytowych¹⁵.

Następnie Komitet wymienia warunki, które musi spełnić zamieszkanie, by mogło zostać uznane za „odpowiednie”. Miejsce takie powinno mieć zapewnioną prawną ochronę posiadania, niezależnie od tego, czy wynajmujące mieszkanie osoby są lokatorami, właścicielami, czy też nie mają żadnych praw

¹² General Comment No 20, *Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, E/C.12/GC/20, 2 July 2009.

¹³ General Comment No 4, *The right to adequate housing, (Art. 11 (1) of the Covenant)*, Sixth session, 1991.

¹⁴ General Comment No 20, pkt 30.

¹⁵ *Ibidem*.

do zajmowanego lokalu (lub ziemi). Zatem bez względu na rodzaj posiadania państwo ma obowiązek zapewnić podstawowy stopień jej ochrony prawnej m.in. przed przymusowym wysiedleniem, nękaniami czy innymi zagrożeniami. Kolejnym warunkiem jest dostęp do usług, materiałów, urządzeń i infrastruktury. Oznacza to, że każdy powinien mieć dostęp do wody pitnej, urządzeń sanitarnych (w tym urządzeń do mycia i odprowadzania ścieków, przechowywania żywności, wywozu nieczystości), drogi, energii do gotowania, ogrzewania i oświetlenia, usług służb ratowniczych. Zakwaterowanie powinno także spełniać warunek przystępności – mieszkania mają być dostępne dla wszystkich bez względu na poziom dochodów. Następnie mieszkanie musi się nadać do zamieszkania, czyli zapewniać ochronę przed złymi warunkami atmosferycznymi, odpowiednią przestrzeń życiową, prywatność i bezpieczeństwo. Mieszkanie powinno być również dostępne, czyli odpowiednie dla wszystkich, w tym kobiet, dzieci, osób starszych, chorych, osób o szczególnych potrzebach mieszkaniowych. Wreszcie, ważna jest lokalizacja – najlepiej, gdyby znajdowało się w miejscu, w którym jest dostęp do rynku pracy, opieki zdrowotnej, szkół, służb ratowniczych i innych obiektów socjalnych. Ostatnim warunkiem, który wymienia Komitet, jest dostosowanie do warunków kulturowych, co oznacza, że sposób budowy domów powinien uwzględniać uwarunkowania kulturowe. Jest to szczególnie istotne dla grup, które doświadczają dyskryminacji, takich jak np. ludność rdzenna, mniejszości, osoby o odmiennym pochodzeniu, rasie, religii, uchodźcy, migranci bez uregulowanego statusu pobytowego.

W Komentarzu Ogólnym nr 4 Komitet podkreśla, że prawo do mieszkania nie może być interpretowane wąsko, np. przez uznanie, że wymóg odpowiedniego mieszkania zostaje spełniony ze względu na sam fakt posiadania dachu nad głową lub że prawo to równa się zakwaterowanie. Powinno być natomiast pojmowane jako prawo do życia w bezpieczeństwie, pokoju i godności. Takie rozumienie jest właściwe z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, prawo do mieszkania jest integralnie związane z innymi prawami człowieka i fundamentalnymi zasadami, na których opiera się Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. Ta przyrodzona godność istoty ludzkiej, z której wywodzą się prawa zapisane w Pakcie, wymaga, by pojęcie „mieszkalnictwo” (ang. *housing*) rozumieć w następujący sposób: prawo do mieszkania powinno być zapewnione wszystkim, niezależnie od dochodów i dostępu do zasobów naturalnych czy ekonomicznych. Poza tym art. 11 ust. 1 Paktu powinien być czytany, tak by odnosił się nie tylko do ‘mieszkania’, ale do „odpowiedniego mieszkania” (ang. *adequate housing*).

Specjalny Sprawozdawca ONZ ds. odpowiednich warunków mieszkaniowych, Raquel Rolnik, wielokrotnie wskazywała na konieczność zapewnienia zasady równego traktowania w obszarze mieszkalnictwa w stosunku do migran-

tów jako ich prawa do godnego życia, bez którego w ogóle nie można mówić o prawach człowieka¹⁶. Podkreśla również, że stopień zintegrowania migrantów zależy od tego, w jaki sposób zagwarantowane są ich prawa. Prawne i administracyjne bariery ustanowione w obszarze mieszkalnictwa wpływają na warunki, w jakich mieszkają migranci, i uniemożliwiają im godne życie oraz pełną integrację w państwie przyjmującym. Rolnik stoi na stanowisku, że niezależnie od statusu prawnego i pobytowego każdy migrant powinien móc korzystać z podstawowego standardu ochrony, jeśli chodzi o odpowiednie mieszkanie i warunki życia¹⁷. W swoich zaleceniach wskazuje na konieczność przyjęcia przez państwa narodowych strategii w obszarze mieszkalnictwa, z jasno określonymi celami, dostępnymi środkami finansowymi na ich realizację, określonym harmonogramem oraz zakresem odpowiedzialności za stworzenie różnym grupom odpowiednich warunków mieszkaniowych, włączając w to migrantów.

W swoim ostatnim raporcie z sierpnia 2012 roku¹⁸ Raquel Rolnik dotyka bardzo ważnej kwestii, a mianowicie finansowych aspektów polityki mieszkaniowej. Zauważa przy tym, że państwo nie może ograniczać się do przyjęcia jedynie finansowych mechanizmów wsparcia, by w pełni i bez dyskryminacji realizować prawo do mieszkania. Odpowiednia polityka mieszkaniowa powinna być szeroka, całościowa i dopuszczać państwowy interwencjonizm. Tym samym Raquel Rolnik zaleca odejście od wprowadzania polityki mieszkaniowej bazującej wyłącznie na finansowych narzędziach na rzecz prawo-człowieczego podejścia (ang. *human rights-based approach*). Powodem takiej zmiany są dowody na to, że polityki mieszkaniowe opierające się wyłącznie na ułatwieniach w przyznawaniu kredytów mieszkaniowych, bez wspierania budownictwa socjalnego i wprowadzaniu innych rozwiązań w tym zakresie, są skazane na porażkę. Ponadto są one dyskryminujące w stosunku do osób o niskich dochodach, które nie mają możliwości otrzymania pożyczki. Wydaje się, że ma to szczególne znaczenie w przypadku migrantów, którzy z różnych względów, nie tylko finansowych, mogą mieć utrudniony dostęp do kredytów mieszkaniowych. Właśnie dla nich powinny zostać przyjęte inne rozwiązania: łatwo dostępne mieszkania komunalne lub socjalne, mieszkania chronione czy inne formy wsparcia mieszkaniowego.

Jeżeli chodzi o instrumenty przyjęte w ramach ONZ, a odnoszące się do prawa do godnych warunków mieszkaniowych, należy wspomnieć również o Międzynarodowej Konwencji w sprawie Likwidacji Wszelkich Form Dyskryminacji

¹⁶ UN General Assembly, *Right to adequate housing*, dnia 9 sierpnia 2010 r., <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/478/91/PDF/N1047891.pdf?OpenElement>.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ UN General Assembly, *The right to adequate housing*, A/67/286, dnia 10 sierpnia 2012 r.

Rasowej (CERD). Konwencja w art. 5 lit. e) punkt iii) zobowiązuje państwa-strony do wprowadzenia zakazu dyskryminacji rasowej we wszelkich jej formach, wyeliminowania jej oraz zagwarantowania wszystkim, bez względu na rasę, kolor skóry, pochodzenie narodowe bądź etniczne, równości wobec prawa, a zwłaszcza w dostępie do korzystania z enumeratywnie wymienionych praw, w tym prawa do mieszkania. Na mocy samej Konwencji ofiary naruszeń jej postanowień mogą składać indywidualne skargi do Komitetu ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej¹⁹.

Na zakończenie warto jeszcze wspomnieć o Międzynarodowej Konwencji Ochrony Praw Migrantów Pracujących i Członków ich Rodzin przyjętej 18 grudnia 1990 roku rezolucją 45/158 Zgromadzenia Ogólnego. Konwencja weszła w życie 1 lipca 2003 roku. Jej celem jest ochrona wszystkich pracowników-migrantów (w tym także nieudokumentowanych) przed wyzyskiem przez ustanowienie międzynarodowych standardów w zakresie opieki społecznej, ochrony socjalnej i praw człowieka oraz wynikających z nich obowiązków dla państw wysyłających i przyjmujących migrantów. Konwencja ma przede wszystkim zapobiegać nielegalnemu i niezgodnemu z przepisami zatrudnianiu migrantów. Jednakże reguluje i inne kwestie – w art. 43 stanowi, że migrujący pracownicy korzystają na równi z obywatelami państwa zatrudnienia z ochrony przed wy-

¹⁹ Warto w tym miejscu przytoczyć dwa orzeczenia Komitetu w Genewie. W pierwszym w sprawie Dawas i Shava p. Danii (CERD/C/80/D/46/2009 Communication No. 46/2009) Komitet stwierdził, że Dania naruszyła Konwencję przez niewłaściwe dochodzenie w sprawie przemocy na tle nienawiści rasowej i tym samym nie zapewniła skutecznej ochrony przed dyskryminacją rasową. W sprawie tej doszło do brutalnej napaści przez kilkunastu młodocianych sprawców na dom rodziny irackich uchodźców mieszkających w Danii. Mimo wniesienia skargi na policję i w konsekwencji ukarania kilku z nich, kary orzeczone przez sąd były znikomej dolegliwości, a wątek rasowy nie został w ogóle wzięty pod uwagę mimo znieważających rasistowskich okrzyków ze strony napastników czy faktu, że tuż przed atakiem w pobliżu domu uchodźców umieszczono znak „zakaz wstępu czarnym” (więcej o orzeczeniu na <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12058&LangID=E>). Orzeczenie to jest ważne w kontekście coraz częstszych w ostatnim czasie incydentów o charakterze rasistowskim, do których dochodzi w Polsce, szczególnie na Podlasiu. Wydaje się, że podobnie jak w sprawie duńskiej polskie organy ścigania nie uwzględniają podczas dochodzenia, a sądy podczas orzekania, rasistowskiego motywu działania sprawców, tym samym narażając się na zarzut naruszenia Konwencji.

Drugi kazus to sprawa ze skargi F.A. p. Norwegii (CERD/C/58/D/18/2000 Communication No. 18/2000), która została co prawda uznana za niedopuszczalną z uwagi na przekroczenie terminu 6 miesięcy na wniesienie skargi, ale Komitet wypowiedział się w kwestii, która była jej przedmiotem, tj. wykluczania i dyskryminacji migrantów na rynku wynajmu mieszkań. W tej sprawie agencja nieruchomości opatrywała ogłoszenia o wynajmie mieszkań adnotacjami typu 'tylko dla białych', 'cudzoziemcy niemile widziani', 'tylko dla Norwegów ze stałą pracą'. Komitet zwrócił uwagę, że to niewłaściwa praktyka i zalecił państwu wdrożenie takich rozwiązań, które dawałyby gwarancję, że agencje pośrednictwa nie przyjmują od prywatnych właścicieli dyskryminujących ogłoszeń.

zyskiem w zakresie najmu. Nadzorowaniem realizacji postanowień Konwencji zajmuje się Komitet do Ochrony Praw Wszystkich Pracowników-Migrantów i Członków Ich Rodzin. Komitet na podstawie art. 77 Konwencji ma, podobnie jak inne Komitety ONZ, uprawnienia do rozpatrywania skarg indywidualnych. Do chwili obecnej jedynie dwa państwa (Meksyk i Urugwaj) zgodziły się na jurysdykcję Komitetu, tymczasem do uruchomienia procedury skargowej potrzeba zgody 10 państw. Polska jak dotąd nie podpisała i nie ratyfikowała tej ważnej z punktu widzenia migrujących pracowników Konwencji.

2.2. Rada Europy

Poruszając problematykę praw społecznych, w systemie ochrony praw człowieka Rady Europy na uwagę zasługuje Zrewidowana Europejska Karta Społeczna²⁰. Zgodnie z jej przepisami Państwa-sygnatariusze zobowiązują się, w celu zapewnienia skutecznego wykonywania prawa do ochrony przed ubóstwem i marginalizacją społeczną, do podejmowania działań mających na celu popieranie dostępu osób zagrożonych biedą czy wykluczeniem m.in. do zatrudnienia, mieszkań, kształcenia, kultury, pomocy społecznej i medycznej (art. 30 lit. a). Karta w art. 31 precyzuje, że państwa zobowiązują się podejmować działania mające na celu zapewnienie dostępu do mieszkań o odpowiednim standardzie, zapobieganie i ograniczanie bezdomności w celu jej stopniowego likwidowania oraz uczynienie kosztów mieszkań przystępnymi dla tych, którzy nie mają wystarczających zasobów. W odniesieniu do migrantów Karta w art. 19 pkt 4 lit. c) stanowi, że w celu zapewnienia skutecznego wykonywania prawa pracowników migrujących i ich rodzin do ochrony i pomocy na terytorium każdego państwa-sygnatariusza Karty, zobowiązują się one zapewnić pracownikom przebywającym legalnie na ich terytoriach, tak dalece jak reguluje to ustawodawstwo lub podlega kontroli władz administracyjnych, traktowanie nie mniej korzystne niż własnych obywateli w odniesieniu do zakwaterowania.

Europejska Karta Społeczna została przyjęta w 1961 roku, trzydzieści lat później – Protokół Zmieniający Europejską Kartę Społeczna, a w 1996 roku – Zrewidowana Europejska Karta Społeczna. Polska jest stroną Europejskiej Karty Społecznej od 1997 roku. Nie ratyfikowała natomiast (choć podpisała) Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej ani Protokołu, który umożliwiłaby składowanie tzw. skarg zbiorowych przeciwko państwu²¹. Organem odpowiedzialnym

²⁰ Zrewidowana Europejska Karta Społeczna, uchwalona w Strasbourgu w dniu 3 maja 1996 r.

²¹ Dnia 9 lutego 2012 r. poseł Jarosław Duda wystąpił do Prezesa Rady Ministrów z zapytaniem (interpelacja nr 1803) o powody nieratyfikowania przez Rząd RP ZEKS. W odpowiedzi uzyskał następujące informacje: *Od 2005 r., czyli od podpisania przez Polskę Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej, analizowane jest, czy możliwe jest jej ratyfikowanie. Warunkiem ratyfi-*

za monitorowanie przestrzegania postanowień Europejskiej Karty Społecznej oraz rozpatrywanie skarg przeciwko państwu naruszającemu postanowienia Karty jest Europejski Komitet Praw Społecznych (ECSR). Skargi do Komitetu mogą być wnoszone przez trzy rodzaje podmiotów:

- międzynarodową organizację pracodawców lub pracowników,
- inną międzynarodową organizację pozarządową mającą status doradcy przy Radzie Europy i wpisaną przez Komitet Rządowy na specjalną listę,
- reprezentatywną krajową organizację pracodawców lub pracowników, podlegającą jurysdykcji państwa, przeciw któremu wnosi skargę.

W przypadku naruszenia praw gwarantowanych Kartą, Komitet wydaje zalecenia, które nie są co prawda prawnie wiążące, ale państwo powinno się do nich odnieść w swoim kolejnym sprawozdaniu i wykazać, że podjęło kroki w celu ich realizacji²². „Orzecznictwo” Komitetu dostarcza ważnej wiedzy o tym, jak powinny być interpretowane przepisy Karty, m.in. pojęcie „prawa do mieszkania”²³. Przede wszystkim nie może być ono rozumiane jako nakładające na państwo obowiązek „rezultatu”, ale jako nakaz starannego działania. Jednakże państwo musi wykazać praktyczne i skuteczne stosowanie praw przyzna-

kowania karty zrewidowanej jest ponowne związanie się artykułami Europejskiej Karty Społecznej (z 1961 r.) przeniesionymi do karty zrewidowanej oraz wybór dodatkowych, nowych artykułów. Jeżeli chodzi o ponowne związanie się postanowieniami karty z 1961 r., to zgodnie z międzynarodowym i polskim prawem dotyczącym zawierania umów międzynarodowych jest to możliwe pod warunkiem zapewnienia ich pełnego wykonywania. W ocenie międzynarodowych organów kontrolujących wdrażanie karty Polska ma problemy z wykonywaniem niektórych jej postanowień (indywidualne prawo pracy: czas pracy i wynagrodzenia, zbiorowe prawo pracy, świadczenia społeczne, dostęp cudzoziemców do niektórych praw społecznych). Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej przeprowadziło w roku 2006 i w latach 2008–2009 przegląd możliwości usunięcia niezgodności ustawodawstwa polskiego z postanowieniami Europejskiej Karty Społecznej. W efekcie okazało się, że takiej możliwości nie ma [...].

W związku z zakończeniem najintensywniejszego etapu prac nad przygotowaniem ratyfikacji Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej podjęło w styczniu 2012 r. ponowną analizę zgodności ustawodawstwa polskiego z postanowieniami Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej [...]. O ile okaże się niemożliwe ratyfikowanie karty zrewidowanej, Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej wystąpi z wnioskiem o rozszerzenie zakresu ratyfikacji Europejskiej Karty Społecznej oraz o ratyfikowanie protokołu dodatkowego do karty z 1988 r. Ponieważ stanowisko w sprawie możliwości ratyfikowania nowych artykułów karty z 1961 r. zostanie już opracowane w ramach prac nad kartą zrewidowaną, przygotowanie wniosku o ratyfikację będzie mogło odbyć się w stosunkowo krótkim terminie. Pełny tekst interpelacji oraz udzielonej odpowiedzi na: http://sejmometr.pl/sejm_interpelacje/3920?t=7703.

²² Więcej o systemie wnoszenia skarg zbiorowych do Komitetu, [w:] R.R. Churchill, U. Khaliq, *The collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?*, „European Journal of International Law” 2004, vol. 15(3), s. 417–456, <http://ejil.oxfordjournals.org/content/15/3/417.short>.

²³ Orzecznictwo Komitetu (np. w sprawach romskich) nie raz okazało się bardziej progresywne niż decyzje innych sądowych lub quasi sądowych organów międzynarodowych.

nych Kartą przez przyjęcie odpowiednich środków natury prawnej, finansowej czy operacyjnej zapewniających stały postęp w osiąganiu celów Karty. Takie działanie obejmuje m.in. prowadzenie baz danych statystycznych, regularnych ewaluacji przyjętych strategii, ustanawianie realnych harmonogramów zmierzających do osiągnięcia kolejnych jej etapów, jak również zwracanie szczególnej uwagi na wpływ tych polityk na różne kategorie osób, w tym najbardziej wrażliwych grup²⁴.

W zaleceniach z 2003 roku w stosunku do Włoch oraz Francji Komitet zwraca uwagę, że państwa powinny promować dostęp do mieszkalnictwa, szczególnie dla osób najbardziej słabych, podatnych na wykluczenie, biedę i bezdomność²⁵. Następnie Komitet zaleca, by państwa wdrożyły stosowne rozwiązania w zakresie budownictwa socjalnego, które powinno być adresowane szczególnie do grup znajdujących się w najtrudniejszej sytuacji życiowej²⁶. Co ważne, Komitet zwraca uwagę, by czas oczekiwania na przydział mieszkania nie był zbyt długi, w przeciwnym razie powinny zostać zapewnione prawne i pozaprawne środki mające na celu rozwiązanie tego problemu. Zaleca się również przyznawanie dodatków mieszkaniowych dla gospodarstw o najniższych dochodach i dla osób w najcięższej sytuacji. Wszystkie te uprawnienia powinny być gwarantowane z poszanowaniem zasady równego traktowania. Orzecznictwo na podstawie Europejskiej Karty Społecznej zostanie przedstawione bardziej szczegółowo w 4 części opracowania na przykładzie wybranych spraw, które stały się przedmiotem zainteresowania Komitetu.

Drugim instrumentem Rady Europy, niezmiernie ważnym z punktu widzenia ochrony praw podstawowych, jest Europejska Konwencja Praw Człowieka (dalej: EKPC)²⁷. Przyjmuje się, że Konwencja chroni prawa osobiste i polityczne, tworząc wraz z Europejską Kartą Społeczną (która reguluje wyłącznie sferę praw społecznych i ekonomicznych) komplementarny system ochrony praw jednostki. Jednak EKPC uwzględnia również obszar praw społecznych, przyznając obywatelom określone prawa i nakładając na państwa pewne obowiązki. Konwencja w art. 8 ust. 1 stanowi, że każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, mieszkania i korespondencji. W powiązaniu z art. 14 wprowadzającym zasadę niedyskryminacji, wyraża ona ogólny nakaz równego traktowania w obszarze szeroko pojętego mieszkalnictwa. Konwencja posługuje się terminem „mieszkanie”, które jednak powinno być rozumiane szeroko jako dom, miejsce zamieszkania czy przebywania. Ochro-

²⁴ A. Kucs, Z. Sedlova, L. Pierhurovica, *The right to Housing...*, s. 113.

²⁵ *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*, Rada Europy 2008, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/digest/DigestSept2008_en.pdf.

²⁶ *Ibidem*, s. 173.

²⁷ Europejska Konwencja Praw Człowieka sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r.

na „domu” obejmuje m.in. prawo własności, ale nie tylko – w jej zakres wchodzi również stosunek najmu czy spółdzielcze prawo do lokalu. Jednak nie tytuł prawny ma znaczenie, a „sytuacja realnie istniejąca”, bowiem nawet nielegalne zamieszkiwanie zostało uznane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) za mieszczące się w zakresie stosowania art. 8 Konwencji²⁸.

Należy zaznaczyć, że Konwencja nie formułuje żadnego prawa do otrzymania mieszkania, co oznacza, że na władzy publicznej nie ciąży obowiązek jego zapewnienia każdemu potrzebującemu. Jednakże pojawia się pytanie o „pozytywny obowiązek” państwa w stosunku do obywateli, właśnie w kontekście prawa do mieszkania oraz ryzyka bezdomności czy wykluczenia społecznego pewnych kategorii osób. Wątpliwości wyjaśnia Europejski Trybunał Praw Człowieka, stwierdzając, że co prawda EKPC wyrasta z tego, co uznaje się za prawa polityczne i obywatelskie, jednak wiele z nich rodzi konsekwencje natury społecznej lub ekonomicznej. Dlatego Trybunał uważa, że fakt, że Konwencja może oddziaływać również na tę sferę życia, nie może stanowić przeszkody w przyjęciu szerszej interpretacji; oba te obszary zachodzą na siebie i nie są od siebie zupełnie niezależne²⁹. Trybunał wydaje się ostrożny w stosowaniu doktryny „pozytywnych obowiązków”, jednakże podkreśla zasadę „skutecznej interpretacji”, która wymaga, by prawa przyznane Konwencją miały praktyczne, szerokie i możliwie pełne zastosowanie. Z orzecznictwa Trybunału wynika, że pozytywne obowiązki państwa dotyczą min. art. 2 (prawo do życia), 3 (zakaz tortur), 8 (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego) czy art. 14 (zakaz dyskryminacji)³⁰.

Jeśli chodzi o art. 8 Konwencji, obejmujący prawo do poszanowania swojego mieszkania, Trybunał stoi na stanowisku, że nie przyznaje on każdemu znajdującemu się w trudnej sytuacji lub bezdomnemu prawa do otrzymania mieszkania (np. *Chapman przeciwko Wielkiej Brytanii*³¹). Z drugiej jednak strony stosuje zasadę „pozytywnego obowiązku” w sytuacji, gdy wyjątkowe okoliczności sprawy tego wymagają, uznając, że odmowa ze strony władz przyznania pomocy mieszkaniowej osobie cierpiącej z powodu poważnej niepełnosprawności, prowadzi do naruszenia art. 8 Konwencji (*Marzari przeciwko*

²⁸ Np. w sprawie Buckley p. Wielkiej Brytanii (wyrok z dnia 25 września 1996 r., skarga nr 20348/92) Trybunał uznał za dom wóz cygański postawiony na terenie zakupionym przez skarżącego z naruszeniem przepisów o zagospodarowaniu przestrzennym. Więcej o tym aspekcie orzecznictwa ETPC oraz o zasadzie równego traktowania można przeczytać [w:] K. Wencel, *Dyskryminacja cudzoziemców w dostępie do usług mieszkaniowych w Polsce. Między teorią a praktyką*, „Analizy Raporty Ekspertyzy Stowarzyszenia Interwencji Prawnej” 2011, nr 5.

²⁹ P. Kenna, *Housing Rights: Positive Duties and Enforceable Rights at the European Court of Human Rights*, „European Human Rights Law Review” 2008, nr 2, s. 193–208.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Chapman p. Wielkiej Brytanii, wyrok ETPC z dnia 18 stycznia 2001 r., skarga nr 27238/95.

Włochom³²). W tym duchu interpretuje się także art. 3 zakazujący tortur i nie-ludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania. Wynika z niego pozytywny obowiązek państwa zapobiegania bezdomności, która w niektórych przypadkach może stanowić dla jednostki okrutne, poniżające traktowanie. Ważna z tej perspektywy jest sprawa *Limbuela przeciwko Secretary State of Home Department*, w której przywołano właśnie art. 3 Konwencji w kontekście pozostawiania w nędzy i bez środków do życia przez cudzoziemców, którym odmówiono przyznania statusu uchodźcy (ang. *failed asylum seekers*). Zostanie ona omówiona w czwartym rozdziale analizy.

Podsumowując, Europejska Konwencja Praw Człowieka nie gwarantuje każdemu prawa do życia w godnych warunkach. Nie nakłada również na państwa obowiązku przyznania każdemu potrzebującemu mieszkania o odpowiednim standardzie, z założenia bowiem sfera praw socjalnych została uregulowana w innym akcie prawnym opracowanym w ramach Rady Europy – w Europejskiej Karcie Społecznej. Jednakże prawa przyznane Konwencją w pewnych, konkretnych okolicznościach sprawy bardzo silnie rezonują ze sferą ekonomiczną i społeczną obywateli, dzięki czemu może ona służyć jako podstawa dochodzenia roszczeń względem państwa. Tymczasem EKS i EKPC mogą być traktowane jako instrumenty prawne wzajemnie się uzupełniające, zapewniające pełną ochronę każdemu, kogo prawa zostały naruszone zarówno w obszarze praw pierwszej, jak i drugiej generacji.

3. Unia Europejska wobec zjawiska bezdomności i wykluczenia mieszkaniowego

Zwalczanie ubóstwa i wykluczenia społecznego stanowi jeden z celów Unii Europejskiej i państw członkowskich w dziedzinie polityki społecznej³³, która jest zaliczana do tzw. kompetencji dzielonych między Unię Europejską a państwa członkowskie³⁴. Z uwagi na fakt, że na poziomie krajowym zapewnia się jej skuteczniejszą realizację, Unia ogranicza się – zgodnie z zasadą pomocniczości – do uzupełniania i wspierania działań państw członkowskich w tej dziedzinie³⁵. Działania unijne skupiają się na wzmocnieniu integracji i spójności spo-

³² Marzari p. Włochom, wyrok ETPC z dnia 4 maja 1999 r, skarga nr 36448/97.

³³ Art. 151 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:pl:PDF>.

³⁴ Kwestię podziału kompetencji między Unię Europejską i państwa członkowskie reguluje art. 4 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

³⁵ [Http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0023_pl.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0023_pl.htm).

teczeństwa europejskiego oraz na zapewnieniu sprawiedliwej dystrybucji dóbr i zasobów³⁶.

Spółeczny wymiar Unii Europejskiej podkreślił Traktat Lizboński, który wprowadził zmiany do Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską³⁷. Traktat ten wyznaczył nowe cele społeczne Unii Europejskiej, wśród których znalazły się walka z wykluczeniem społecznym i dyskryminacją, wspieranie sprawiedliwości społecznej i ochrony socjalnej³⁸, oraz wprowadził zapis nakazujący, by Unia przy określaniu swojej polityki i działań uwzględniała wymogi związane ze wspieraniem wysokiego poziomu zatrudnienia, zapewnianiem odpowiedniej ochrony socjalnej, zwalczaniem wykluczenia społecznego, a także z wysokim poziomem kształcenia, szkolenia oraz ochrony zdrowia³⁹. Za znaczący postęp w dziedzinie praw socjalnych należy uznać nadanie Traktatem Lizbońskim wiążącego charakteru Karcie Praw Podstawowych⁴⁰. Istotny z punktu widzenia omawianego zagadnienia jest art. 34 ust. 3 Karty, stanowiący, że w celu zwalczania wykluczenia społecznego i ubóstwa Unia uznaje i szanuje prawo do pomocy społecznej i mieszkaniowej w celu zapewnienia – zgodnie z zasadami ustanowionymi w prawie Unii Europejskiej oraz w ustawodawstwach i praktykach krajowych – godnej egzystencji wszystkim osobom pozbawionym wystarczających środków do życia⁴¹.

Jak widać na tle przedstawionych powyżej regulacji, Unia Europejska posiada podstawy traktatowe umożliwiające podejmowanie działań na rzecz walki z wykluczeniem społecznym. Należy jednak podkreślić, że działania te mają jedynie charakter wspierający i uzupełniający. Walka z wykluczeniem społecznym została wyłączona z możliwości regulowania za pomocą dyrektyw⁴².

³⁶ M. Schmidt-Drüner, *Walka z ubóstwem, wykluczeniem społecznym i dyskryminacją*, Dokumenty informacyjne o Unii Europejskiej 2012, nr 1, http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pl/displayFtu.html?ftuld=FTU_4.9.9.html.

³⁷ Traktat z Lizbony, http://europa.eu/lisbon_treaty/full_text/index_pl.htm.

³⁸ Art. 3 Traktatu o Unii Europejskiej, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:326:FULL:PL:PDF>.

³⁹ Art. 9 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

⁴⁰ Zgodnie z art. 6 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej Unia uznaje prawa, wolności i zasady określone w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej z dnia 7 grudnia 2000 r., w brzmieniu dostosowanym dnia 12 grudnia 2007 r. w Strasburgu, która ma taką samą moc prawną jak Traktaty. Na temat wpływu Karty Praw Podstawowych na prawo polskie patrz: <http://radalegislacyjna.gov.pl/dokumenty/opinia-z-17-marca-2008-r-w-sprawie-skutkow-prawnych-karty-praw-podstawowych>.

⁴¹ [Http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pl:PDF](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pl:PDF).

⁴² Art. 153 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej określa dziedziny, w których Unia wspiera i uzupełnia działania państw członkowskich w dziedzinie polityki społecznej (ust. 1), i wskazuje te z nich, których minimalne wymagania mogą być regulowane za pomocą dyrektyw (ust. 2 b).

3.1. Wspólne Sprawozdanie w Sprawie Ochrony Socjalnej i Integracji Społecznej za 2010 rok

W 2000 roku na szczycie Rady Europejskiej w Lizbonie przyjęto, że współpraca w dziedzinie integracji społecznej powinna opierać się na otwartej metodzie koordynacji, mającej służyć wymianie najlepszych praktyk oraz wspieraniu i koordynowaniu działań podejmowanych przez państwa członkowskie, tak by osiągnąć wspólnie ustalone cele europejskie⁴³. W zakresie walki z ubóstwem i wykluczeniem społecznym cele te zostały przyjęte przez Radę Europejską na posiedzeniu w Nicei w 2000 roku. Objęły one ułatwianie dostępu do zatrudnienia oraz praw, zasobów i usług, zapobieganie ryzyku wykluczenia społecznego, pomoc grupom najbardziej narażonym oraz angażowanie w podejmowane działania wszystkich zainteresowanych stron⁴⁴. W 2005 r. przyjęto nowe ramy otwartej metody koordynacji polityk ochrony socjalnej i integracji społecznej oraz ponownie ustalono nadrzędne cele, wśród których znalazły się działania mające prowadzić do ostatecznej likwidacji ubóstwa i wykluczenia społecznego⁴⁵.

W ramach współpracy na bazie otwartej metody koordynacji państwa członkowskie przygotowywały plany krajowe, na podstawie których Komisja Europejska opracowywała Wspólne Sprawozdania o Integracji Społecznej⁴⁶ stanowiące analizę i ocenę działań podejmowanych przez państwa na szczeblu krajowym oraz określające priorytety unijne w poszczególnych dziedzinach⁴⁷.

We Wspólnym Sprawozdaniu za 2005 roku zdefiniowano kluczowe priorytety unijne w dziedzinie walki z ubóstwem i wykluczeniem społecznym, wśród

⁴³ Głównymi elementami otwartej metody koordynacji są: ustalenie wytycznych dla Unii Europejskiej wraz ze szczegółowymi harmonogramami osiągnięcia wyznaczonych celów, zastosowanie wspólnych wskaźników oraz ocena sytuacji i porównywanie najlepszych rozwiązań praktycznych, transpozycja europejskich wytycznych do polityk krajowych i regionalnych przez ustalenie szczegółowych celów uwzględniających różnice krajowe i regionalne oraz okresowe monitorowanie, ocena i analiza badawcza.

Spotkanie Rady Europejskiej w Lizbonie, 23–24 marca 2000 r., Wnioski Prezydencji, http://oide.sejm.gov.pl/oide/index.php?option=com_content&view=article&id=14474&Itemid=452

⁴⁴ http://circa.europa.eu/irc/opoce/fact_sheets/info/data/policies/socialemploy/article_7291_pl.htm.

⁴⁵ Komunikat Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów *Pracując razem, pracując lepiej: Nowe ramy otwartej koordynacji polityk ochrony socjalnej i integracji społecznej w Unii Europejskiej*; Kom(2005) 706, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0706:FIN:PL:PDF>.

⁴⁶ Od 2005 r. Wspólne Sprawozdania objęły dodatkowo kwestie ochrony socjalnej i przyjęły nazwę Wspólnych Sprawozdań w Sprawie Ochrony Socjalnej i Integracji Społecznej.

⁴⁷ Na temat otwartej metody koordynacji w dziedzinie integracji społecznej: *Ochrona socjalna i proces integracji społecznej w Unii Europejskiej w latach 2008-2010: Co z tego wynika dla osób realizujących politykę społeczną na poziomie lokalnym?*, Bruksela 2009, s. 2–6; <http://www.eukn.org/dsresource?objectid=165241>.

których znalazła się – po raz pierwszy – konieczność zapewnienia godziwych warunków mieszkaniowych⁴⁸.

Kwestię bezdomności i wykluczenia mieszkaniowego umieszczono wśród najważniejszych przesłań Wspólnego Sprawozdania w Sprawie Ochrony Socjalnej i Integracji Społecznej za 2010 rok⁴⁹. W sprawozdaniu podkreślono konieczność prowadzenia zintegrowanej polityki do walki z problemem wykluczenia mieszkaniowego i bezdomności, łączącej wsparcie finansowe, efektywne prawo oraz usługi socjalne na wysokim poziomie przy jednoczesnym uwzględnieniu przeszkód, które osoby bezdomne napotykają w dostępie do tych usług. Wyrażono potrzebę opracowania strategii krajowych z wyraźnie sprecyzowanymi celami⁵⁰. Strategie te powinny skupiać się na prewencji jako najbardziej ekonomicznym sposobie walki z bezdomnością i wykluczeniem mieszkaniowym, eliminowaniu najsłabszych form bezdomności, takich jak bezdomność uliczna, a także na redukcji czasu trwania stanu bezdomności, w szczególności czasu przebywania osób bezdomnych w schroniskach i ośrodkach kryzysowych. W tym kontekście wyrażono potrzebę odchodzenia od polityk zakwaterowania interwencyjnego na rzecz zapewnienia stałych mieszkań oraz stosowania podejścia „najpierw mieszkanie”, czyli zabezpieczenia w pierwszej kolejności stałego zakwaterowania, a następnie uzupełniających form wsparcia dla osób potrzebujących dalszej pomocy. Uznano, że zarządzanie na płaszczyźnie bezdomności i wykluczenia mieszkaniowego powinno być prowadzone w drodze silnego przywództwa organów władzy państwowej, udziału i zaangażowania w tworzenie i realizowanie polityki zainteresowanych stron oraz porozumienia w sprawie ustalonej strategii⁵¹.

Wspólne Sprawozdanie za 2010 rok ma niezwykle istotne znaczenie z perspektywy omawianego zagadnienia. Sformułowane w nim cele i elementy stra-

⁴⁸ *Draft Joint Report on Social Protection and Social Inclusion*, COM(2005) 14, www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=5503&langId=en.

⁴⁹ Projekt wspólnego raportu w sprawie ochrony socjalnej i włączenia społecznego, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/pl/10/st06/st06500.pl10.pdf>.

⁵⁰ Profile państw członkowskich prezentujące problemy związane z bezdomnością i przyjęte w celu jej przeciwdziałania rozwiązania zostały przedstawione w Commission Staff Working Document, country fiches, accompanying document to the Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Proposal for the Joint Report on Social Protection and Social Inclusion 2010, SEC(2010) 99; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2010:0099:FIN:EN:PDF>.

⁵¹ Przykłady stosowanych w Europie narodowych strategii bezdomności przedstawione zostały w publikacji „Rozwiązanie problemu bezdomności: podręcznik dla twórców polityki społecznej”, str. 4-6; <http://www.pfwb.org.pl/wp-content/uploads/2010/07/Rozwi%C4%85zanie-problemu-bezdomno%C5%9Bci-podr%C4%99cznik-dla-tw%C3%B3rc%C3%B3w-polityki-spo%C5%82ecznej.pdf>

tegiej do walki ze zjawiskiem bezdomności i wykluczenia mieszkaniowego stały się punktem odniesienia kolejnych inicjatyw dotyczących tych kwestii⁵².

3.2. Europejski Rok Walki z Ubóstwem i Wykluczeniem Społecznym

Problem bezdomności był jednym z priorytetów Europejskiego Roku Walki z Ubóstwem i Wykluczeniem Społecznym⁵³. Wydarzenie zostało ukierunkowane na podniesienie poziomu świadomości społeczeństwa w kwestii ubóstwa i wykluczenia społecznego oraz na wzmocnienie zaangażowania politycznego na tej płaszczyźnie, zarówno na szczeblu unijnym, jak i krajowym. W ramach Europejskiego Roku 2010 podjęto wiele inicjatyw, których celem była aktywizacja instytucji unijnych, rządowych i samorządowych, partnerów społecznych oraz organizacji pozarządowych i społeczeństwa, w szczególności osób doświadczających ubóstwa, a także pokazanie, że problem ten dotyczy całej społeczności⁵⁴.

W końcowej deklaracji⁵⁵ Rada określiła walkę z ubóstwem i wykluczeniem społecznym najważniejszym priorytetem unijnym. Wskazała, że szczególną uwagę w tej dziedzinie należy poświęcić grupom znajdującym się w najbardziej niekorzystnym położeniu, takim jak migranci, Romowie i inne mniejszości etniczne, oraz skrajnym formom ubóstwa, jak bezdomność. Rada uznała, że Unia

⁵² W raporcie przedstawiono także przyczyny wykluczenia społecznego, do których zaliczono czynniki strukturalne, takie jak bezrobocie, ubóstwo lub brak dostępnych cenowo mieszkań o odpowiednim standardzie; czynniki o charakterze osobistym – jak choroba bądź rozpad rodziny; czynniki instytucjonalne związane z opuszczeniem instytucji opiekuńczej czy zakładu karnego. Zauważono, że czynniki te mogą być powiązane ze zjawiskiem dyskryminacji oraz że rozwiązania polityczne powinny uwzględniać zmieniające się profile osób bezdomnych i obejmować nowe grupy ryzyka, wśród których wymieniono osoby znajdujące się na marginesie rynku pracy, podejmujące dorywcze lub niskopłatne prace, w tym osoby młode i migrantów.

⁵³ Europejski Rok Walki z Ubóstwem i Wykluczeniem Społecznym ustanowiono decyzją Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 października 2008 r., nr 1098/2008/WE, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:298:0020:0020:PL:PDF>.

⁵⁴ Idei Europejskiego Roku 2010 przyświecały cztery główne cele: uznanie prawa do godnego życia osób dotkniętych ubóstwem i wykluczeniem społecznym, zwiększenie odpowiedzialności publicznej za politykę i działania w dziedzinie włączenia społecznego, propagowanie bardziej spójnego społeczeństwa przez uświadamianie korzyści płynących ze zwalczania ubóstwa oraz podkreślenie silnego zaangażowania Unii Europejskiej na rzecz walki z ubóstwem i wykluczeniem społecznym, Sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego w sprawie realizacji, wyników i ogólnej oceny Europejskiego Roku Walki z Ubóstwem i Wykluczeniem Społecznym (2010), COM(2012) 107, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0107:FIN:PL:PDF>.

⁵⁵ Deklaracja Rady w sprawie Europejskiego Roku Walki z Ubóstwem i Wykluczeniem Społecznym: współpraca w walce z ubóstwem w 2010 roku i później, (2010/C 333/06), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:333:0008:0009:PL:PDF>.

Europejska musi przedstawić konkretne i pilne odpowiedzi na trudności, przed którymi stoją ludzie żyjący w ubóstwie lub wykluczeni społecznie, że walka z tymi zjawiskami wymaga mobilizacji wszelkich polityk, narzędzi i szczebli zarządzania. Za kluczową strategię do walki z ubóstwem Rada uznała mechanizm czynnego włączania do społeczeństwa osób wykluczonych, który powinien być rozwijany i który powinien funkcjonować w drodze wspierania dochodów, tworzenia rynków pracy sprzyjających integracji społecznej oraz zapewniania dostępu do dobrej jakości usług. Podkreślono jednocześnie, że realizacja strategii włączania do społeczeństwa powinna odbywać się nie tylko przez zapewnienie godziwej pracy i dostatecznych zasobów materialnych, ale również w drodze dostępu do pewnego zestawu umiejętności, do zasobów społecznych i kulturalnych oraz wszelkich usług niezbędnych do zaspokojenia podstawowych potrzeb, w tym mieszkania.

Rezultaty Europejskiego Roku Walki z Ubóstwem i Wykluczeniem Społecznym zostały ocenione bardzo pozytywnie przez instytucje unijne. Inicjatywa ta unaoczniała społeczeństwu Unii Europejskiej problem ubóstwa i wykluczenia społecznego, potwierdziła i umocniła zaangażowanie na rzecz działań zmierzających do jego redukcji i eliminacji oraz nadała nowy impuls do dalszej walki w tej dziedzinie⁵⁶.

Nie kwestionując rezultatów Europejskiego Roku 2010 na płaszczyźnie podniesienia świadomości społeczeństwa w kwestii ubóstwa i wykluczenia społecznego, zastanowić się należy nad realnym wpływem podjętych inicjatyw na walkę z omawianym problemem. Wydaje się, iż mimo zajęcia wspólnego stanowiska i wyrażenia woli zwiększenia zaangażowania na rzecz przeciwdziałania ubóstwu i wykluczeniu społecznemu, w dalszym ciągu brak jest wymiernych efektów podejmowanych działań. Zauważyć należy, że chociaż kluczową rolę w tej dziedzinie odgrywają państwa członkowskie to bez odpowiedniego, bardziej zdecydowanego wsparcia i koordynacji ze strony Unii Europejskiej wszelkie podejmowane działania mogą okazać się mało efektywne.

⁵⁶ Działania w ramach Europejskiego roku 2010 odbywały się jednocześnie w 29 krajach oraz na szczeblu europejskim, przeznaczono na nie 17 mln euro. W Polsce działania skupiły się na dwóch grupach społecznych: dzieciach i młodzieży oraz osobach starszych. Zadania krajowego organu wykonawczego Europejskiego Roku 2010 były realizowane przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej. Krajowy Program Wdrażania Europejskiego Roku Walki z Ubóstwem i Wykluczeniem Społecznym jest dostępny na stronie: <http://www.mpips.gov.pl/pomoc-spoeczna/rok-2010-8211-europejskim-rokiem-walki-z-ubostwem-i-wykluczeniem-spoeczny/krajowy-program-wdrazania-europejskiego-roku-walki-z-ubostwem-i-wykluczeniem-spoeczny/>.

3.3. Europejska Konferencja Konsensusu w sprawie Bezdomności

Niezwykle ważnym wydarzeniem poświęconym kwestii bezdomności i wykluczenia mieszkaniowego była Europejska Konferencja Konsensusu⁵⁷, na której szczegółowo przeanalizowano wiele aspektów bezdomności i wypracowano rekomendacje mające stworzyć realne podstawy do walki z nią. We wnioskach końcowych Konferencji⁵⁸ znalazły się istotne zalecenia dotyczące przeciwdziałania zjawisku bezdomności, będące wynikiem pracy nad sześcioma kluczowymi zagadnieniami⁵⁹.

Uznano, że bezdomność jest zjawiskiem złożonym i zróżnicowanym, stanowiącym pogwałcenie podstawowych praw człowieka, a jego pełne zrozumienie wymaga wzięcia pod uwagę zmieniającego się profilu osób bezdomnych⁶⁰ oraz monitorowania zachodzących zmian i dostosowywania ich do podejmowanych działań. Zarekomendowano przyjęcie europejskiej typologii bezdomności i wykluczenia mieszkaniowego ETHOS⁶¹ jako wspólnej definicji bezdomności.

⁵⁷ Konferencje Konsensusu są formą konsultacji społecznych, w których niezależne jury po zapoznaniu się z opiniami ekspertów ocenia kontrowersyjne kwestie społeczne i ogłasza raport końcowy. Europejska Konferencja Konsensusu w sprawie Bezdomności była pierwszym wydarzeniem tego typu na szczeblu europejskim w dziedzinie polityki społecznej. Została zorganizowana w Brukseli w dniach 9–10 grudnia 2010 r., w czasie trwania Europejskiego Roku Walki z Ubóstwem i Wykluczeniem Społecznym, z inicjatywy belgijskiej prezydencji Unii Europejskiej przy wsparciu Komisji Europejskiej i Europejskiej Federacji Krajowych Organizacji Pracujących na rzecz Ludzi Bezdomnych (FEANTSA), Press release: European Consensus Conference on Homelessness, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=637&langId=en&eventsId=315&moreDocuments=yes&tableName=events>

⁵⁸ Policy Recommendations of the Jury: European Consensus Conference on Homelessness (2010), Executive Summary: Policy recommendations of the Jury (2010), <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=637&langId=en&eventsId=315&moreDocuments=yes&tableName=events>.

⁵⁹ Jury udzieliło odpowiedzi na 6 pytań: Co oznacza bezdomność?, Czy zlikwidowanie bezdomności to realny cel?, Czy polityka oparta na mieszkalnictwie jest najskuteczniejszym podejściem w zwalczaniu bezdomności?, Jak zapewnić osobom bezdomnym współdziałanie w tworzeniu tej polityki?, W jakim stopniu ludzie powinni mieć dostęp do usług dla bezdomnych niezależnie od ich statusu prawnego i obywatelstwa?, Jakie powinny być elementy ogólnej strategii Unii Europejskiej? Summary: Policy recommendations of the Jury: European Consensus Conference on Homelessness.

⁶⁰ Zauważono, że wśród osób bezdomnych coraz częściej pojawiają się młodzi ludzie, kobiety, migranci i rodziny z dziećmi.

⁶¹ Typologię bezdomności i wykluczenia mieszkaniowego (ETHOS) opracowała Europejska Federacja Narodowych Organizacji Pracujących na rzecz Ludzi Bezdomnych. Typologia zakłada, że istnieją trzy domeny, które tworzą dom. Posiadanie domu oznacza posiadanie odpowiedniego schronienia przez niekorzystnymi zjawiskami atmosferycznymi (domena fizyczna), w którym można zachować prywatność (domena społeczna) i do którego zajmowania posiada się tytuł prawny (domena prawna). Brak którejkolwiek z domen oznacza bezdomność. Definicja ta umożli-

Jury⁶² stanęło na stanowisku, że bezdomności można i trzeba położyć kres. Wymaga to jednak zintegrowanego podejścia, obejmującego wszystkie istotne obszary polityki, takie jak polityka społeczna, mieszkalnictwo, zdrowie, zatrudnienie, edukacja i migracja. Uznano, że podejmowanie na bieżąco kroków zapobiegawczych i interwencyjnych w ramach strategii na szczeblu krajowym bądź regionalnym może zapobiegać wzrostowi liczby osób bezdomnych, a także umożliwiać znalezienie rozwiązań dla osób stojących u progu bezdomności. Wezwano do stworzenia strategii krajowych, ukierunkowanych na zapobieganie bezdomności, skracanie czasu trwania i redukcję jej najpoważniejszych form oraz poprawę jakości usług dla osób bezdomnych i dostępu do przystępnych cenowo mieszkań. Jury stwierdziło, że strategia europejska, wspierająca strategię krajowe, powinna uwzględniać specyfikę i stany wyjściowe działań na rzecz bezdomności w poszczególnych państwach członkowskich. Wezwano do rezygnacji ze schronisk i środków tymczasowego zakwaterowania, jako odpowiedzi na problem bezdomności, na rzecz stałych rozwiązań oraz do odejścia od stawiania osób bezdomnych w roli pasywnych odbiorców usług.

Jury wypowiedziało się również w kwestii migrantów napotykających bariery w dostępie do usług dla osób bezdomnych z uwagi na status prawny. Zauważono, że rośnie liczba migrantów dotkniętych ubóstwem i bezdomnością, do czego z uwagi na konieczność respektowania podstawowych praw człowieka nie powinno dochodzić na terenie Unii Europejskiej. W tym kontekście jury podkreśliło, że żadna osoba – bez względu na status prawny – nie może być pozbawiona środków do życia i powinna mieć zabezpieczone podstawowe potrzeby, takie jak zakwaterowanie, pomoc społeczną i opiekę zdrowotną. Wynika to z poszanowania ludzkiej godności. Wskazano na pilną potrzebę przeprowadzenia badań dotyczących związku między bezdomnością i migracją⁶³ oraz swobodnym przepływem osób w Unii Europejskiej, a także na temat wpływu migracji na usługi dla osób bezdomnych. Jury wezwało do zintegrowania podejścia do sytuacji migrantów i obywateli Unii Europejskiej doświadczających

liwia określenie czterech głównych pojęć – być bezdomnym, nie mieć mieszkania, żyć w trudnych warunkach mieszkaniowych, żyć w nieodpowiednich warunkach mieszkaniowych – które można uznać za brak miejsca zamieszkania. ETHOS stanowi zatem klasyfikację ludzi bezdomnych według ich warunków mieszkaniowych: <http://www.feantsa.org/spip.php?article120&lang=en>.

⁶² Jury Europejskiej Konferencji Konsensusu w Sprawie Bezdomności stanowił zespół ekspertów w dziedzinie polityki społecznej nie specjalizujących się w zagadnieniach związanych z bezdomnością. Skład członków jury przedstawiony został w informacji dotyczącej Konferencji Konsensusu, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=637&langId=en&eventId=315&moreDocuMents=yes&tableName=events>.

⁶³ W Polsce badania takie przeprowadził w 2010 r. Instytut Spraw Publicznych (ISP). Jego wyniki można znaleźć w raporcie K. Wysieńskiej i N. Rybińskiej, *Bezdomność uchodźców w Polsce – wyniki badania pilotażowego*, ISP, Warszawa 2010.

bezdomności z uwagi na status prawny lub administracyjny oraz podkreśliło szczególną odpowiedzialność polityki migracyjnej za zapobieganie temu zjawisku⁶⁴. Stwierdzono, że służby pomocy osobom bezdomnym nie mogą być wykorzystywane do rekompensowania niespójności polityki migracyjnej, a dostęp do usług dla bezdomnych nie może stanowić środka regulującego proces migracji. Wezwano decydentów politycznych wszystkich szczebli do uwzględnienia w podejmowanych działaniach wymogu równego traktowania oraz niedyskryminacji.

Nadrzędny wniosek Konferencji Konsensusu dotyczył konieczności opracowania ambitnej i zintegrowanej unijnej strategii do walki z bezdomnością, wspieranej przez strategię krajowe bądź regionalne, której długoterminowym celem będzie wyeliminowanie zjawiska bezdomności. Jury stwierdziło, że istnieją mocne podstawy do stworzenia takiej strategii, a aktualny kontekst polityczny – realizacja strategii Europa 2020 – stwarza ku temu szerokie spektrum możliwości.

Mimo tak przejrzyste sformułowanych wniosków i zaleceń dotyczących unijnej strategii do walki z bezdomnością oraz wielokrotnego podkreślania przez instytucje Unii Europejskiej potrzeby stworzenia takiej strategii, brak jest wyraźnych efektów podejmowanych na tej płaszczyźnie działań.

⁶⁴ W dniu 31 lipca 2012 r. Rada Ministrów przyjęła dokument o nazwie „Polityka migracyjna Polski – stan obecny i postulowane działania”, w którym przedstawiono m.in. zagadnienia związane z integracją cudzoziemców. W dokumencie wyrażono potrzebę podjęcia działań zmierzających do rozwiązania problemu dostępności mieszkań dla cudzoziemców objętych ochroną międzynarodową oraz zarekomendowano rozważenie możliwości objęcia programami integracyjnymi cudzoziemców, którym udzielono zgody na pobyt tolerowany – jeżeli zgoda została przyznana z uwagi na sytuację panującą w kraju pochodzenia. Zauważono, że kluczowym zagadnieniem w zakresie realizacji programów integracyjnych jest brak mieszkań, a środki przyznawane w ramach pomocy integracyjnej są niewystarczające, by cudzoziemcy mogli wynajmować mieszkania na wolnym rynku. W dokumencie pojawiła się również idea rozszerzenia oferty integracyjnej na inne kategorie cudzoziemców niż uchodźcy i osoby z przyznaną ochroną uzupełniającą, co zostało uznane za „znaczące wyzwanie”, które ma być realizowane w najbliższych latach. W dniu 23 kwietnia br. Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej rozpoczęło konsultacje dokumentu „Polska polityka integracji cudzoziemców – założenia i wytyczne”, który zawiera propozycje działań zmierzających do realizacji rekomendacji przedstawionych w dokumencie „Polityka migracyjna Polski – stan obecny i postulowane działania”. Kwestii dostępu do mieszkań przez cudzoziemców objętych ochroną międzynarodową poświęcony został pkt 1.2.2. dokumentu, wskazujący działania, które należy podjąć w celu przeciwdziałania utrudnieniom w dostępie do mieszkań tej grupy imigrantów. Dokumenty są dostępne na stronach: http://bip.msw.gov.pl/portal/bip/227/19529/Polityka_migracyjna_Polski.html; http://emn.gov.pl/portal/esm/704/10423/Konsultacje_dotyczace_polskiej_polityki_integracyjnej_wobec_cudzoziemcow.html

3.4. Europejska platforma w zakresie walki z ubóstwem i wykluczeniem społecznym

W przyjętej dnia 17 czerwca 2010 roku strategii na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu „Europa 2020”⁶⁵, walka z ubóstwem i wykluczeniem społecznym ponownie znalazła się wśród priorytetowych celów Unii Europejskiej. Do 2020 roku Unia Europejska będzie dążyła do zmniejszenia o 20 milionów liczby osób zagrożonych ubóstwem. Cel ten będzie realizowany w drodze jednego z kluczowych projektów strategii – Europejskiego programu walki z ubóstwem, stanowiącego kontynuację idei Europejskiego Roku 2010. Celem projektu jest dążenie do zapewnienia spójności gospodarczej, społecznej i terytorialnej oraz zwiększenie świadomości i uznanie podstawowych praw ludzi ubogich i wykluczonych społecznie⁶⁶.

Europejska platforma w zakresie walki z ubóstwem i wykluczeniem społecznym⁶⁷ stanowi jedną z inicjatyw służących realizacji celów społecznych strategii

⁶⁵ Komunikat Komisji Europa 2020 strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, COM(2010) 2020, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:PL:PDF>.

⁶⁶ Podstawowym instrumentem realizacji celów strategii „Europa 2020” na poziomie krajowym są aktualizowane corocznie Krajowe Programy Reform (KPR). Podlegają one analizie Komisji Europejskiej, która w razie potrzeby opracowuje stosowne zalecenia dla każdego państw członkowskich. Krajowy cel w zakresie przeciwdziałania ubóstwu zakłada obniżenie o 1,5 mln w stosunku do 2008 r. liczby osób zagrożonych ubóstwem i/lub deprawacją materialną i/lub żyjących w gospodarstwach domowych bez osób pracujących lub o niskiej intensywności pracy. W KPR z 2011 r. wśród działań istotnych z punktu widzenia przedmiotu niniejszej analizy znalazło się zwiększenie liczby dostępnych cenowo mieszkań na rynku wynajmu. W aktualizacji KPR, zadania do realizacji na lata 2012–2013 objęły kontynuowanie programu budownictwa socjalnego i komunalnego oraz tworzenia mieszkań chronionych, noclegowni i domów dla osób bezdomnych, modyfikowanie programu społecznego budownictwa czynszowego, a także racjonalizacja wykorzystywania zasobu komunalnych mieszkań czynszowych. Na lata 2013–2014 zaplanowano natomiast przyjęcie Krajowego Programu Przeciwdziałania Ubóstwu i Wykluczeniu Społecznemu 2020: Nowy Wymiar Aktywnej Integracji. Wskazano jednocześnie, że w 2012 r. rozpoczęto prace pilotażowe w zakresie wdrażania standardów usług i funkcjonowania instytucji pomocy i integracji społecznej oraz gminnego standardu wychodzenia z bezdomności. Testy tych standardów będą prowadzone w 2013 r. Oprócz KPR państwa przedkładają Komitetowi Ochrony Socjalnej Krajowe Raporty Społeczne (KRS), dotyczące ich strategii i postępów poczynionych w dziedzinie ochrony socjalnej i włączenia społecznego. Stanowią one uzupełnienie KPR o dziedziny będące przedmiotem współpracy na bazie otwartej metody koordynacji. W 2012 r. przedłożono pierwszy KRS, który w kwestii ubóstwa i wykluczenia społecznego odwołał się do KPR. http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nrp/nrp_poland_pl.pdf; http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/nrp2012_poland_pl.pdf; http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/nrp2013_poland_pl.pdf; ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=8730&langId=pl.

⁶⁷ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, Europejska platforma współpracy w zakresie walki z ubóstwem i wykluczeniem społecznym: europejskie ramy na rzecz spójności społecznej i tery-

Europa 2020⁶⁸. Celem platformy jest doprowadzenie do przyjęcia przez państwa członkowskie, instytucje Unii Europejskiej i zainteresowane strony zobowiązania do przeciwdziałania ubóstwu i wykluczeniu społecznemu. W ramach realizacji tego celu Komisja podjęła się wypracowania metod i znalezienia środków pozwalających na kontynuację prac w zakresie walki z bezdomnością i wykluczeniem mieszkaniowym, mając na uwadze wyniki Konferencji Konsensusu z 2010 roku.

W przyjętym dnia 20 lutego 2013 roku Komunikacie Komisji⁶⁹ państwa członkowskie zostały wezwane do wyznaczenia priorytetów w zakresie inwestycji społecznych i położenia większego nacisku na inwestowanie w kapitał ludzki i spójność społeczną, co powinno przyczynić się do osiągnięcia celów wyznaczonych w strategii „Europa 2020”. Komunikat ten stanowi zasadniczy element pakietu dotyczącego inwestycji społecznych, opierającego się na europejskiej platformie współpracy w zakresie walki z ubóstwem i wykluczeniem społecznym. Określa ramy polityki i konieczne do podejmowania działania oraz zawiera wytyczne dotyczące wykorzystania funduszy unijnych⁷⁰. Komunikatowi towarzyszy dokument roboczy służb Komisji dotyczący przeciwdziałania bezdomności w Unii Europejskiej⁷¹, w którym przedstawiono aspekty zjawiska bezdomności, jego przyczyny i skutki oraz zaprezentowano sposoby walki i możliwe do zastosowania strategie.

W dokumencie tym odniesiono się kilkakrotnie do kwestii migracji. Zauważono alarmujący wzrost liczby bezdomnych migrantów, w tym w szczególności migrantów nieudokumentowanych, którzy są zwykle pozbawieni dostępu do najbardziej podstawowych usług. Stwierdzono, że polityka migracyjna i integracyjna mają możliwość wzmacniania polityki poszczególnych krajów w walce z bezdomnością tej grupy osób. Wskazano, że zagwarantowanie podstawowo-

toralnej, KOM(2010) 758, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0758:FIN:PL:PDF>.

⁶⁸ Pozostałe cele społeczne strategii to osiągnięcie 75% wskaźnika zatrudnienia osób w wieku 20–64 lat; ograniczenie o 10% liczby osób przedwcześnie kończących naukę oraz zdobycie wyższego wykształcenia przez co najmniej 40% osób z młodego pokolenia – realizowane w ramach inicjatyw przewodnich „Mobilna młodzież” oraz „Program na rzecz nowych umiejętności i zatrudnienia”.

⁶⁹ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, Inwestycje społeczne na rzecz wzrostu i spójności, w tym wdrażanie Europejskiego Funduszu Społecznego na lata 2014–2020, COM(2013) 83, <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/files/download/082dbcc53b70d21c013d169be94f43f0.do>.

⁷⁰ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-125_pl.htm.

⁷¹ Jest to jeden z dokumentów towarzyszących Komunikatowi, Social Investment Package, Commission Staff Working Dokument, Confronting Homelessness in the European Union; SWD(2013) 42, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=9770&langId=en>.

wych praw, zwiększenie dostępu do zatrudnienia i zapewnienie podstawowych usług może przeciwdziałać bezdomności wśród nieudokumentowanych migrantów. Za niedopuszczalne uznano utrzymywanie migrantów w tzw. szarej strefie, gdzie są oni często pozbawieni podstawowych praw obywatelskich i społeczno-ekonomicznych.

Kontekst polityczny strategii „Europa 2020” umożliwiła niewątpliwie kontynuację działań i postęp w dziedzinie walki z bezdomnością i wykluczeniem mieszkaniowym. Unia Europejska postawiła przed sobą ambitny cel ochrony przynajmniej 20 milionów osób przed ryzykiem ubóstwa i wykluczenia społecznego, co można uznać za nowy impuls i nową siłę napędową do walki z wszelkimi formami ubóstwa, w tym z bezdomnością i wykluczeniem mieszkaniowym.

3.5. Stanowisko Parlamentu Europejskiego, Komitetu Regionów oraz Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego

Również Parlament Europejski podejmował działania na rzecz wsparcia walki z bezdomnością i wykluczeniem mieszkaniowym. W 2008 roku wydał pisemne oświadczenie, w którym stwierdził, że dostęp do odpowiedniego zakwaterowania jest podstawowym prawem człowieka, i zaapelował do Rady o zaangażowanie całej Unii Europejskiej na rzecz rozwiązania problemu bezdomności ulicznej do 2015 roku⁷². Apel ten został powtórzony w oświadczeniu Parlamentu z 2010 roku zawierającym zarówno wezwanie Komisji do stworzenia ambitnej strategii unijnej na rzecz przeciwdziałania bezdomności, jak i do wspierania państw członkowskich w opracowywaniu strategii krajowych, uwzględniających wytyczne przedstawione we Wspólnym Sprawozdaniu w Sprawie Ochrony Socjalnej i Integracji Społecznej za 2010 rok⁷³.

Szczegółowe zalecenia Parlamentu dotyczące strategii Unii Europejskiej na rzecz przeciwdziałania bezdomności zostały przedstawione w rezolucji z 2011 roku⁷⁴, w której po raz kolejny odwołano się – w zakresie wytycznych dotyczących zasadniczych elementów strategii – do Wspólnego Sprawozdania za 2010 rok. Parlament stanął na stanowisku, że strategia europejska, opierająca

⁷² Oświadczenie Parlamentu Europejskiego w sprawie rozwiązania kwestii bezdomności ulicznej, 0111/2007, DC\697434PL, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+WDECL+P6-DCL-2007-0111+0+DOC+PDF+V0//PL&language=PL>.

⁷³ Oświadczenie Parlamentu Europejskiego z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie strategii UE na rzecz przeciwdziałania bezdomności, P7_TA(2010)0499, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0499+0+DOC+XML+V0//PL>.

⁷⁴ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 14 września 2011 r. w sprawie strategii UE na rzecz przeciwdziałania bezdomności, P7_TA(2011)0383, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0383+0+DOC+XML+V0//PL>.

się na strategiach krajowych, powinna uwzględniać europejską typologię bezdomności i wykluczenia mieszkaniowego (ETHOS) oraz wychodzić poza monitorowanie i sprawozdawczość na rzecz opracowywania działań pozwalających na wspieranie rozwoju strategii krajowych. Zaapelowano, by w ramach działań na rzecz innowacji społecznych europejskiej platformy w zakresie walki z ubóstwem i wykluczeniem społecznym skoncentrować się na podejściach opartych na problemie mieszkalnictwa oraz wezwano do ścisłego powiązania strategii na rzecz walki z bezdomnością z funduszami europejskimi, w szczególności z funduszami strukturalnymi.

W 2010 roku Komitet Regionów przyjął opinię⁷⁵, w której stanął na stanowisku, że walka z bezdomnością musi być priorytetem w działaniach Unii Europejskiej na rzecz integracji społecznej. Komitet uznał, że spójność gospodarcza, społeczna i terytorialna nie jest możliwa, dopóki na terenie Unii Europejskiej znajdują się grupy ludzi bezdomnych, a przez to pozbawionych perspektyw rozwoju osobistego i zawodowego. W opinii wyrażono pogląd, że mieszkanie to podstawowe dobro osobiste i podstawowy warunek, by człowiek mógł funkcjonować w społeczeństwie. W tym kontekście wezwano Komisję do przeanalizowania zasady prawa do odpowiedniego mieszkania oraz przeanalizowania, jaki kształt można by nadać tej zasadzie. Władze lokalne i regionalne zostały natomiast wezwane do uznania prawa do mieszkania za jedno z podstawowych dóbr osobistych.

Zdaniem Komitetu do zwalczania bezdomności potrzeba energicznego działania oraz zajęcia wspólnego stanowiska. Pozwoli to na stworzenie podstaw dalszej pracy. Uznano, że realizacja przekrojowej strategii do walki z bezdomnością jest uzależniona od bardziej zdecydowanego wsparcia instytucji Unii Europejskiej. Wsparcie to nie powinno jednak stać w sprzeczności z poszanowaniem zasady pomocniczości ani z uznaniem zasadniczej roli władz lokalnych i regionalnych. Komitet zaapelował również o przyjęcie typologii ETHOS jako wspólnej definicji bezdomności oraz zaproponował utworzenie europejskiego centrum do spraw bezdomności, które pełniłoby rolę organu koordynującego działania na tej płaszczyźnie.

Także Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny zajął się kwestią bezdomności i wykluczenia społecznego. W 2011 roku sporządził opinię⁷⁶ zawierającą liczne wnioski i zalecenia dotyczące omawianego problemu. Wśród zasadniczych przesłań Komitetu znalazła się konieczność oparcia działań pro-

⁷⁵ Opinia Komitetu Regionów „Zwalczanie bezdomności”, CdR 18/2010, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:015:0041:0045:PL:PDF>.

⁷⁶ Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie problemu bezdomności, (2012/C 24/07), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:024:0035:0039:PL:PDF>.

wadzonych na rzecz walki z bezdomnością na zasadzie poszanowania praw człowieka, w tym prawa do odpowiedniego zakwaterowania, oraz potrzeba koordynowania inicjatyw unijnych w sposób zachęcający państwa członkowskie do ratyfikacji Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej. Stwierdzono, że Komisja powinna opracować strategię przeciwdziałającą bezdomności i wspierać państwa we wdrażaniu strategii krajowych, zgodnie z wytycznymi Wspólnego Sprawozdania za 2010 roku i z uwzględnieniem rekomendacji wypracowanych na Konferencji Konsensusu. Zalecono przyjęcie typologii ETHOS jako definicji zjawiska bezdomności oraz przeprowadzenie badań i analiz na szczeblu unijnym w celu zrozumienia przyczyn i struktury bezdomności.

W opinii poruszono również kwestię zwiększającej się liczby bezdomnych imigrantów i osób należących do mniejszości etnicznych. Komitet stwierdził, że usługi świadczone na rzecz osób bezdomnych nie powinny być wykorzystywane w celu kompensowania niekonsekwentnych działań klasy politycznej w dziedzinie migracji lub braku wyspecjalizowanych usług w zakresie przyjmowania imigrantów.

Stanowisko Komitetu w sposób jednoznaczny wiąże problem bezdomności imigrantów ze słabością polityki migracyjnej Unii Europejskiej. Nie wnikając w szczegóły tej polityki, warto poruszyć jedną zasadniczą kwestię.

Wspólna polityka imigracyjną ma na celu zapewnienie skutecznego zarządzania przepływami migracyjnymi, sprawiedliwego traktowania obywateli państw trzecich przebywających legalnie na terytorium państw członkowskich Unii Europejskiej, a także zapobieganie nielegalnej imigracji i handlowi ludźmi oraz wzmocnienie ich zwalczanie⁷⁷. Patrząc na kwestię polityki migracyjnej przez pryzmat prawa każdego człowieka do godnego życia oraz zderzając ją z polityką społeczną, w tym w szczególności z celami Unii Europejskiej w dziedzinie zwalczania ubóstwa i wykluczenia społecznego, nie sposób nie zgodzić się ze stanowiskiem Europejskiego Komitetu Ekonomiczno - Społecznego. Każda osoba, bez względu na status pobytowy, powinna mieć zapewnione podstawowe potrzeby, co wynika wprost z obowiązku poszanowania ludzkiej godności. Zapobieganie i ograniczanie nielegalnej imigracji powinno być realizowane w drodze skutecznej polityki powrotów, nie natomiast w drodze ograniczania migrantom nieudokumentowanym dostępu do podstawowych usług.

⁷⁷ Art. 79 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

4. Godne życie a prawo do mieszkania w praktyce

4.1. Prawa nieudokumentowanych dzieci migrantów do odpowiedniego zakwaterowania

Wiele istotnych aspektów prawa do odpowiedniego zakwaterowania poruszono w orzeczeniu Europejskiego Komitetu Praw Społecznych z dnia 20 października 2009 roku⁷⁸. Organizacja Defence for Children International (dalej: DCI) złożyła skargę, w której wniosła o stwierdzenie, że ustawodawstwo i praktyka odmawiające dzieciom przebywającym nielegalnie na terytorium Holandii dostępu do odpowiedniego zakwaterowania stanowią naruszenie postanowień Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej⁷⁹. Organizacja stanęła na stanowisku, że mieszkanie stanowi warunek konieczny do zachowania godności człowieka, dlatego też odmowa dostępu do zakwaterowania cudzoziemcom – nawet tym o nieuregulowanym statusie – powinna zostać uznana za sprzeczną z postanowieniami Karty⁸⁰.

Rząd holenderski stwierdził natomiast, że nieudokumentowane dzieci migrantów przebywające na jego terytorium nie należą do kręgu osób objętych prawami zagwarantowanymi Zrewidowaną Kartą, gdyż nie spełniają warunku określonego w jej załączniku⁸¹, tj. nie przebywają w kraju zgodnie z obowiązku-

⁷⁸ Skarga Defence for Children International p. Holandii (Nr 27/2008), decyzja Europejskiego Komitetu Praw Społecznych z dnia 20 października 2009 r.

⁷⁹ Organizacja zarzuciła naruszenie postanowień art. 31 Zrewidowanej Karty, zgodnie z którym w celu zapewnienia skutecznego wykonywania prawa do mieszkania Strony zobowiązują się podejmować działania zmierzające do: 1. Popierania dostępu do mieszkań o odpowiednim standardzie; 2. Zapobiegania i ograniczania bezdomności w celu jej stopniowego likwidowania; 3. Uczynienia kosztów mieszkań przystępnymi dla tych, którzy nie mają wystarczających zasobów; a także art. E stanowiącego, że korzystanie z praw ustanowionych w Karcie musi być zapewnione bez jakiegokolwiek dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak rasa, kolor skóry, płeć, język, wyznanie, przekonania polityczne lub przekonania innego rodzaju, pochodzenie narodowe lub pochodzenie społeczne, stan zdrowia, przynależność do mniejszości narodowej, urodzenie lub jakikolwiek inny czynnik.

⁸⁰ Organizacja powołała się na orzeczenie Europejskiego Komitetu Spraw Społecznych w sprawie ze skargi The International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) p. Francji (Nr 14/2003), w którym to Komitet stanął na stanowisku, że godność ludzka jest podstawową wartością i podstawą europejskiego systemu ochrony praw człowieka, a ochrona zdrowia stanowi warunek konieczny poszanowania ludzkiej godności. Komitet uznał, że ustawodawstwo lub praktyka odmawiające dostępu do opieki zdrowotnej cudzoziemcom, nawet jeżeli przebywają oni na terytorium państwa nielegalnie, jest spreczna z postanowieniami Karty.

⁸¹ Załącznik 1 określa zakres Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej w odniesieniu do osób nią chronionych. Zgodnie z §1 Załącznika do osób, o których mowa w artykułach enumeratywnie wymienionych w tym przepisie (w tym w art. 31 będącym podstawą przedmiotowej skargi), zalicza się obcokrajowców, tylko jeśli są obywatelami innych Stron legalnie mieszkającymi lub pracującymi na terytorium zainteresowanej Strony, z zastrzeżeniem, że artykuły te będą inter-

jącymi przepisami prawa. Rząd podniósł, że załącznik, o którym mowa, ogranicza zakres stosowania Karty do cudzoziemców, którzy są obywatelami innych stron Zrewidowanej Karty, legalnie przebywającymi lub pracującymi na terytorium zainteresowanej strony. Wskazano także, że gdyby państwo było zobowiązane do uznania prawa do mieszkania lub innych ekonomicznych, społecznych i kulturalnych praw osób przebywających na jego terytorium nielegalnie, prowadziłoby to do przedłużania czasu trwania stanu niezagodnego z prawem⁸².

Komitet odniósł się w pierwszej kolejności do zakresu podmiotowego Zrewidowanej Karty oraz do sposobu jej interpretacji. Stwierdził mianowicie, że postanowienia Karty odnoszą się do określonych wartości, które zainspirowały jej powstanie i wśród których wymieniono godność, niezależność, równość i solidarność. Komitet uznał, że Karta musi być interpretowana w sposób pozwalający na wprowadzenie w życie podstawowych praw socjalnych i nadanie im sensu⁸³. Tak dalece jak to możliwe powinna być interpretowana w zgodzie z innymi regułami prawa międzynarodowego, którego część stanowi, włącznie z odnoszącymi się do przedmiotowej sprawy zasadami dotyczącymi odpowiedniego schronienia dla osób znajdujących się w trudnej sytuacji, niezależnie od tego, czy przebywają na terytorium państwa legalnie, czy nielegalnie.

W odniesieniu do zakresu podmiotowego Zrewidowanej Karty Komitet stwierdził, że ograniczenia zawarte w jej załączniku obejmują szeroki zakres praw socjalnych i różnie na nie wpływają. Tego typu ograniczenia nie powinny jednak wywoływać nadmiernie negatywnych konsekwencji, w szczególności, gdy chodzi o ochronę osób należących do grup wrażliwych. W przypadku każdego z naruszeń podniesionych w skardze należy zatem w pierwszej kolejności ustalić, czy powołany przepis ma zastosowanie w przedmiotowej sprawie, a więc, czy obejmuje swoim zakresem podmiotowym konkretną grupę osób, w tym przypadku dzieci przebywające na terytorium Holandii bez podstawy prawnej.

pretowane w świetle postanowień art. 18 (ustanawiającego prawo do prowadzenia działalności zarobkowej na terytorium innych Stron) i art. 19 (regulującego prawo pracowników migrujących i ich rodzin do ochrony i pomocy). Przepis stanowi ponadto, że interpretacja ta nie stoi na drodze do rozszerzenia przez którąkolwiek ze Stron podobnych praw na inne osoby.

⁸² Odnosząc do powyższego twierdzenia, skarżąca organizacja wyjaśniła, że w skardze nie chodzi o doprowadzenie do ukonstytuowania prawa do otrzymania zgody na pobyt dziecka lub jego rodzica w kraju, rząd ma bowiem prawo wyboru – może deportować dziecko wraz z rodzicem, w przeciwnym razie powinien zapewnić mu niezbędną opiekę przez tak długi okres, jak znajduje się ono pod jurysdykcją państwa.

⁸³ W kwestii interpretacji postanowień Karty Komitet odwołał się do art. 31 §3 lit. c Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, zgodnie z którym przy interpretacji traktatu łącznie z jego kontekstem należy brać pod uwagę wszelkie odpowiednie normy prawa międzynarodowego mające zastosowanie w stosunkach między stronami.

Komitet stanął na stanowisku, że w przedmiotowej sprawie nie może mieć zastosowania art. 31 §1 Zrewidowanej Karty. Uznano bowiem, że nieudokumentowane dzieci migrantów nie są objęte zakresem podmiotowym powołanego przepisu. Komitet stwierdził, że odmowa zapewnienia tym dzieciom odpowiedniego mieszkania⁸⁴, definiowanego jako m.in. mieszkanie z zabezpieczonym prawnie tytułem użytkowania, nie oznacza automatycznie braku podstawowej opieki ze strony państwa.

Komitet dopatrzył się natomiast naruszenia przez Holandię art. 31 §2 Zrewidowanej Karty, nakładającego na państwo obowiązek zapobiegania bezdomności i ograniczania tego zjawiska. Uznano, że prawo do schronienia wiąże się ściśle z prawem do życia i jest zasadnicze dla poszanowania godności każdego człowieka. Komitet stwierdził, że dzieci należą do grupy osób szczególnie wrażliwych, a wychowywanie na ulicy postawiłoby je w sytuacji skrajnie niekorzystnej. Uznano, że odmowa przyznania dzieciom prawa do schronienia dotknęłaby je w sposób wyjątkowo ciężki. Komitet stanął zatem na stanowisku, że dzieci, bez względu na ich status pobytowy, należą do grupy osób objętych regulacją art. 31 §2 Zrewidowanej Karty, co oznacza, że państwo ma obowiązek zapewnienia schronienia dzieciom nielegalnie przebywającym na jego terytorium tak długo, jak długo znajdują się pod jego jurysdykcją⁸⁵.

Orzeczenie to, mimo że dotyczy nieudokumentowanych dzieci migrantów, wydaje się ważne co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, Komitet podkreślił konieczność interpretowania postanowień Karty w duchu wartości, które przyświecały jej powstaniu, oraz wyraźnie powiązał prawo do życia i godność człowieka z odpowiednim zakwaterowaniem. Po drugie, odniósł się do zakresu podmiotów chronionych postanowieniami Karty i stwierdził, że istniejące na tej płaszczyźnie ograniczenia nie mogą wywoływać nadmiernie negatywnych skutków, zwłaszcza gdy chodzi o osoby należące do grup szczególnie wrażliwych. Oznaczałoby to, że sytuacja, w której dana grupa osób się znajduje, i sposób, w jaki oddziałuje ona na ich życie, powinny odgrywać kluczowe znaczenie przy ocenie możliwości ubiegania się o ochronę praw zagwaranto-

⁸⁴ Komitet, odwołując się do poprzednich orzeczeń, stwierdził, że odpowiednie mieszkanie w rozumieniu art. 31 §1 ZEKS to mieszkanie o odpowiednich warunkach sanitarnych i zdrowotnych, wyposażone w podstawowe udogodnienia, tzn. dostęp do bieżącej wody, ogrzewanie, elektryczność, to mieszkanie nieprzeludnione i z zabezpieczonym prawnie tytułem użytkowania.

⁸⁵ Organizacja podniosła w skardze, że dzieciom przebywającym nielegalnie w Holandii zapewnia się schronienie przez okres 12 tygodni, jeżeli współpracują z właściwymi organami władzy państwowej w celu powrotu do kraju pochodzenia, w przeciwnym razie nie kwalifikują się do tego typu pomocy. DCI rozważyła jednak, jak dziecko może współpracować z organami władzy, w sytuacji, gdy jego rodzice tego nie chcą współpracować. Organizacja twierdzi ponadto, że 12 tygodni z reguły nie wystarcza, by wrócić do kraju pochodzenia, a po upływie tego okresu dzieci nie mają prawa pobytu w schroniskach.

wanych postanowieniami Zrewidowanej Karty. Pozwala to z kolei przyjąć, że państwo nie jest zwolnione z odpowiedzialności za zapewnienie nieudokumentowanym migrantom przebywającym na jego terytorium podstawowej opieki, koniecznej dla poszanowania ludzkiej godności. Wydaje się, że zasadnicze znaczenie należy w każdej sytuacji przywiązywać do ochrony fundamentalnych praw człowieka i wartości uznanych we współczesnym świecie za nadrzędne, a wszelkie podejmowane przez państwo działania powinny mieć na celu urzeczywistnianie celów, do realizacji których powstała Karta.

4.2. Prawo każdego do mieszkania

W dniu 5 czerwca 2008 roku Europejski Komitet Praw Społecznych ogłosił decyzję w sprawie ze skargi *Europejskiego Związku Organizacji Pracujących na Rzecz Bezdomnych* (dalej: FEANTSA) *przeciwko Francji*⁸⁶. Komitet uznał, że Francja naruszyła Zrewidowaną Kartę Społeczną przez niezapewnienie obywatelom skutecznego prawa do mieszkania, w szczególności przez stosowanie niedostatecznych środków mających na celu eliminację bezdomności, niewspółmierne z zapotrzebowaniem budownictwo socjalne, bardzo złe warunki mieszkaniowe znacznej liczby obywateli, brak dostępu do urządzeń sanitarnych, w miejscach przeludnionych, a także niedziałające prawo w kwestii zapobiegania wysiedleniom. Francji zarzucono również, że system przyznawania lokali socjalnych nie funkcjonuje właściwie oraz że migranci są dyskryminowani w dostępie do mieszkań.

Rząd Francji bronił się argumentem, że art. 31 Zrewidowanej Karty nie nakłada na państwo obowiązku osiągnięcia „rezultatu”, a jedynie obowiązek podejmowania działań. A takie działania w opinii strony rządowej zostały podjęte w postaci różnych aktów prawnych, polityk, programów i planów dotyczących mieszkalnictwa. Komitet zgodził się, że art. 31 Karty nie może być interpretowany jako zobowiązujący państwo do osiągnięcia określonego rezultatu. Jednakże zauważa, powołując się na wcześniejsze orzeczenie (z dnia 9 września 1999 roku w sprawie ze skargi nr 1/1998 *International Commission of Jurists przeciwko Portugalii*), że prawa przyznane Kartą muszą mieć wymiar praktyczny i skuteczny, a nie tylko teoretyczny. Ponadto wskazał, że wdrażanie Karty wymaga od państw-stron podejmowania nie tylko prawnych działań, ale też zapewnienia środków finansowych i wprowadzenia określonych procedur niezbędnych do pełnej realizacji praw gwarantowanych Kartą (decyzja z dnia

⁸⁶ Skarga European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA) p. Francji (Nr 39/2006), decyzja Europejskiego Komitetu Praw Społecznych z dnia 5 czerwca 2008 r.

4 listopada 2003 roku w sprawie Autisme Europe przeciwko Francji, skarga nr 12/2002).

Komitet, dokonując wykładni Karty, wyraźnie wskazał źródła swoich inspiracji, tj. Europejską Konwencję Praw Człowieka, Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, jak również Komentarze Ogólne nr 4 i 7 Komitetu ONZ Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych oraz prace specjalnego sprawozdawcy ONZ ds. odpowiednich warunków mieszkaniowych.

Komitet zaznaczył również, że budowanie mieszkań socjalnych przez Francję jest niewystarczające w stosunku do potrzeb społecznych: *Brakuje wyraźnego mechanizmu politycznego, który dopilnowałby podjęcia natychmiastowych działań w celu zapewnienia mieszkań dla najbardziej poszkodowanych członków społeczeństwa oraz by ocena potrzeb najbardziej poszkodowanych stała się elementem programu zapewniania mieszkań socjalnych.*

Komitet poruszył także ważną kwestię dyskryminacji migrantów, wskazując, że zwłoki w przyznawaniu mieszkań migrantom nie mogą usprawiedliwiać np. dane socjodemograficzne. Komitet uznał, że we Francji istnieje pośrednia, systemowa dyskryminacja w tej kwestii. Co prawda niemożliwe byłoby wskazanie konkretnego sprawcy, bowiem na sytuacje, w które uwikłani są migranci, są wieloaspektowe, dotyczą ich różne procedury, a także składają się na nie różnorodne czynniki, które w konsekwencji prowadzą jednak do dyskryminacji. Z dowodów przedstawionych przez FEANTSA wynika, że czas oczekiwania przez migrantów na mieszkanie z zasobów gminy jest dłuższy w porównaniu z obywatelami francuskimi. Powodem jest m.in. uzależnianie przez władze otrzymania mieszkania przez migrantów od okresu zamieszkiwania w danej dzielnicy. Komitet przyznał rację FEANTSA i powołał się na dane statystyczne, z których faktycznie wynika taka dysproporcja, uznając, że istnieje we Francji problem dyskryminacji pośredniej migrantów w dostępie do mieszkalnictwa socjalnego. W konsekwencji Komitet stanął na stanowisku, że Francja dopuściła się naruszenia art. 31 w połączeniu z art. E (zakaz dyskryminacji) Zrewidowanej Karty.

W decyzji podkreślono również, że *Odpowiedzialność państwa nie sprowadza się jedynie do odpowiedzialności moralnej w odniesieniu do wadliwego funkcjonowania pewnych mechanizmów; państwo jest bezpośrednio odpowiedzialne za nieskorygowanie tych wadliwych rozwiązań. Jest to ważny punkt prawa zwyczajowego dla wszystkich, którzy mają do czynienia ze strukturalnymi przyczynami wykluczenia, gdy nie ma żadnej strony wyraźnie za to odpowiedzialnej: państwo jest odpowiedzialne za brak istnienia wyraźnie odpowiedzialnej strony, ze względu na sam fakt istnienia tego braku.*

Decyzja Komitetu w sprawie FEANTSA przeciwko Francji zbiega się z decyzją w sprawie ze skargi innej organizacji – Międzynarodowego Ruchu ATD Czwarty

Świat⁸⁷. I w tym przypadku Komitet stwierdził naruszenie przez władze francuskie art. 31 Karty. Obie decyzje mają precedensowy charakter w prawie międzynarodowym w zakresie ochrony praw ekonomicznych i społecznych oraz wyznaczają standardy ochrony praw socjalnych nie tylko dla Francji, ale w całej Europie. Komitet w precyzyjny sposób, punkt po punkcie pokazuje, na co państwo powinno zwrócić uwagę, jeśli chodzi o zapewnienie godnych warunków mieszkaniowych swoim obywatelom, tak by nie narazić się na zarzut naruszenia Karty Społecznej. Co ważne, odnosi się również do kwestii migrantów jako grupy szczególnie wrażliwej, bardziej niż inne narażonej na dyskryminację i wykluczenie w dostępie do mieszkań.

4.3. Prawo migrantów pozbawionych ochrony międzynarodowej do pomocy mieszkaniowej

Warto omówić jeszcze jedną sprawę (która znalazła swój finał przed sądem brytyjskim), interesującą z punktu widzenia omawianej problematyki. W sprawie *Limbuela przeciwko Secretary State of Home Department*⁸⁸ chodziło o odmowę przyznania pomocy mieszkaniowej cudzoziemcom, którzy ubiegali się w Wielkiej Brytanii o status uchodźcy, ale w konsekwencji otrzymali negatywną decyzję. Osoby te zostały bez dachu nad głową, były zmuszone spać na ulicy.

Pozwany, Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, nie przyznało pomocy grupie tzw. *failed asylum seekers*, na podstawie ustawy o Obywatelstwie, Imigracji i Azylu z 2002 roku (ang. *the Nationality, Immigration, and Asylum Act 2002*), która dopuszcza taką możliwość, jeśli następuje odmowa przyznania statusu uchodźcy. Jednakże ten sam akt prawny (ustęp 55(5)) wprowadza wyjątek, zgodnie z którym pomoc taka powinna być zapewniona w sytuacji, gdy jej brak mógłby doprowadzić do naruszenia podstawowych praw niedoszłych uchodźców. Sprawa trafiła do Izby Lordów, która starała się ustalić, czy doszło do naruszenia art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka zakazującego tortur lub niehumanitarnego traktowania albo karania.

Sąd wskazał, że poszukujący ochrony międzynarodowej nie mogli pracować w trakcie trwania procedury, a odmowa przyznania pomocy po jej zakończeniu spowodowała narażenie ich na ryzyko bezdomności, nędzy i głodu, tym samym doprowadzając do pogwałcenia EKPC. Sąd badał, czy *przekroczony został próg niehumanitarnego traktowania* i po przeanalizowaniu sprawy doszedł do wniosku, że pozostawanie na ulicy bez zakwaterowania i konieczność żebrania o jedzenie

⁸⁷ Skarga International Movement ATD Fourth World p. Francji (Nr 33/2006), decyzja Europejskiego Komitetu Praw Społecznych z dnia 5 czerwca 2008 r.

⁸⁸ R. (Adam i Limbuela) p. Secretary of State for the Home Department, wyrok z dnia 3 listopada 2005 r., (2005) UKHL 66, <http://www.escri-net.org/sites/default/files/Decision%20Limbuela%20%28en%20ingles%29.pdf>.

stanowiły przekroczenie tego progu w rozumieniu art. 3 Konwencji. Mimo że nie nastąpiła jeszcze „realna” szkoda, tj. migranci nie doznali większego materialnego czy psychicznego uszczerbku na skutek krótkotrwałego pozostawiania w bezdomności (na czas postępowania przed sądem przyznano im pewną formę zabezpieczenia – zapewniono im zakwaterowanie), to jednak istnienie rzeczywistego ryzyka w takiej sytuacji wystarczyło, by uznać, że ich prawa zostały złamane. Izba Lordów podkreśliła, że co prawda art. 3 Konwencji nie może być traktowany jako określający minimalny standard pomocy społecznej przyznawanej potrzebującym, ale odmowa udzielenia pomocy przez państwo w powiązaniu z zakazem pracy w trakcie postępowania uchodźczego doprowadziły do niegodnego traktowania. W decyzji wskazano, że w takich sytuacjach państwo nie powinno odmawiać pomocy, chyba że było jasne, że alternatywna pomoc w postaci schronienia, wyżywienia i podstawowych udogodnień była możliwa (np. świadczona ze strony instytucji charytatywnych). Zalecono również, by odmowa na podstawie ww. ustawy nie była automatyczna w przypadku każdego migranta, któremu nie przyznano ochrony międzynarodowej, ale tylko wobec tych, którzy składają wnioski o nadanie statusu uchodźcy tylko po to, by nie zostać deportowanymi (tzw. *long-time resident immigration offenders*).

Sprawa jest ciekawa o tyle, że decyzja Izby Lordów niejako nakłada na władze brytyjskie obowiązek zapewnienia godnych warunków życia także tym, którzy *de facto* powinni opuścić Wielką Brytanię z powodu odmowy udzielenia azylu. Z jednej strony wydaje się to nielogiczne i idące zbyt daleko rozwiązanie, z drugiej trudno sobie wyobrazić, że państwo mogłoby pozwalać na pozostawianie w nędzy pewnej grupy osób, która z powodu swojej nieuregulowanej sytuacji jest skazana na wykluczenie mieszkaniowe⁸⁹. Należy pamiętać, że decyzja ta zapadła w 2005 roku, tj. w czasie, kiedy w Wielkiej Brytanii panowała zupełnie inna atmosfera w kwestiach migracji niż obecnie. Aktualnie podobne rozstrzygnięcie raczej nie ujrzałoby światła dziennego, w sytuacji gdy rozważa się ograniczenie praw socjalnych nie tylko obywateli państw trzecich, ale także obywateli innych państw członkowskich Unii Europejskiej, za co zresztą Wielka

⁸⁹ Warto podkreślić, że w Polsce zgodnie z pierwotnym projektem nowej ustawy o cudzoziemcach zmiany, jakie miały być wprowadzone do ustawy o pomocy społecznej, pozbawiały osoby, którym udzielono zgody na pobyt tolerowany, jakiejkolwiek pomocy społecznej – w obecnym brzmieniu art. 5 pkt 2 b) osoby te mają prawo do schronienia, posiłku, niezbędnego ubrania oraz zasiłku celowego. Zgodnie z projektem ustawy taka forma pomocy miała być dostępna dla osób, które uzyskały w Polsce ochronę humanitarną (<http://www.bip.msw.gov.pl/portal/bip/242/21637>). Po uwzględnieniu uwag zgłoszonych w toku konsultacji społecznych (m.in. przez Stowarzyszenie Interwencji Prawnej), do pkt 2 b) dodano tę kategorię cudzoziemców. Zatem osoby, którym udzielono w Polsce zgody na pobyt tolerowany, będą również miały prawo do ww. świadczeń (<http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/70222/katalog/70259>).

Brytania została pozwana przez Komisję Europejską przed Trybunał Sprawiedliwości UE⁹⁰.

5. Rekomendacje dla Polski

Niniejsza analiza nie miała na celu przedstawienia sytuacji mieszkaniowej migrantów w Polsce, zbadania problemu bezdomności czy rozwiązań prawnych w tym zakresie w polskim kontekście, jednak po jej lekturze nie sposób nie odnieść się do Polski. Na zakończenie warto zatem przedstawić kilka rekomendacji, które z punktu widzenia praw jednostki i możliwości egzekwowania prawa do życia w godnych warunkach czy prawa do ochrony przed bezdomnością, wydają się kluczowe. Są one następujące:

- ratyfikacja Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej i uznanie kompetencji Komitetu do rozpatrywania skarg zbiorowych, co zagwarantuje jednostkom możliwość dochodzenia ukonstytuowanych Kartą praw, a przez to efektywniejszą ich realizację oraz wpłynie na politykę państwa w sferze społecznej;
- ratyfikacja Protokołu Fakultatywnego do Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych jako narzędzia pozwalającego na dochodzenie roszczeń z tytułu naruszenia praw zagwarantowanych Paktem oraz uznanie kompetencji Komitetu do rozpatrywania skarg indywidualnych;
- przystąpienie do Międzynarodowej Konwencji Ochrony Praw Migrantów Pracujących i Członków ich Rodzin, co zagwarantuje ochronę wszystkim grupom pracowników-migrantów przed wyzyskiem, w tym przed nadużyciami w zakresie najmu, oraz umożliwi wprowadzenie w życie określonych konwencją standardów dotyczących opieki społecznej, ochrony socjalnej i praw człowieka oraz egzekwowanie wynikających z nich obowiązków;
- przyjęcie typologii ETHOS jako definicji zjawiska bezdomności, co pozwoli na uznanie za osoby bezdomne nie tylko osób pozbawionych miejsca zamieszkania i stałego zameldowania lub osób niezamieszkujących w lokalu mieszkalnym i zameldowanych na pobyt stały w lokalu, w którym nie mają możliwości zamieszkiwania, oraz umożliwi klasyfikację osób bezdomnych według ich warunków mieszkaniowych i doprowadzi do uzyskania dokładnego obrazu zjawiska;
- przeprowadzenie wnikliwych badań i analiz oraz zebranie wiarygodnych danych dotyczących kwestii bezdomności i wykluczenia mieszkaniowe-

⁹⁰ [Http://www.wnp.pl/informacje/wielka-brytania-pozwana-przed-trybunal-ue-za-zasilki-dla-imigrantow,198845_1_0_0.html](http://www.wnp.pl/informacje/wielka-brytania-pozwana-przed-trybunal-ue-za-zasilki-dla-imigrantow,198845_1_0_0.html).

- go wśród wszystkich grup migrantów, co pozwoli na ocenę skali zjawiska i opracowanie skutecznych strategii politycznych;
- eliminacja bezdomności ulicznej jako najsłabszej formy ubóstwa stanowiącej niedopuszczalne odarcie człowieka z jego godności i wyraz nieludzkiego traktowania, co powinno bezwarunkowo obejmować wszystkie grupy migrantów, w tym migrantów nieudokumentowanych;
 - opracowanie i wdrożenie kompleksowej polityki zmierzającej do eliminacji bezdomności, szczególnie wśród grup osób wrażliwych i znajdujących się w wyjątkowo trudnej sytuacji życiowej, zorientowanej przede wszystkim na zapobieganie zjawisku i odchodzenie od wsparcia interwencyjnego na rzecz trwałych rozwiązań oraz zawierającej wyraźnie określone priorytety i wymierne liczbowo cele;
 - przyjęcie zintegrowanego podejścia do kwestii migrantów, obejmującego wszystkie istotne obszary polityki, takie jak polityka społeczna, migracyjna, mieszkalnictwo, zatrudnienie, zdrowie i edukacja, uwzględniającego zasadę równego traktowania i niedyskryminacji;
 - uwzględnianie w przyjmowanych strategiach, programach oraz aktach prawnych dotyczących kwestii mieszkaniowej grup szczególnie wrażliwych, m.in. migrantów, uchodźców, cudzoziemców, którym odmówiono udzielenia ochrony międzynarodowej, co powinno wynikać z założenia, że odpowiednie warunki mieszkaniowe stanowią warunek wstępny integracji.

6. Podsumowanie

Przedstawione w pierwszej części niniejszej analizy regulacje tworzą szerokie ramy do uznania prawa każdego, nie tylko obywateli danego państwa, ale także wszystkich migrantów tam zamieszkujących, do życia w godnych warunkach oraz do dostępu do zakwaterowania na zasadzie niedyskryminacji. Zarówno w systemie ONZ, jak i Rady Europy, w działalności orzeczniczej ETPC oraz EKPS widać, że dostrzeżono realny problem wykluczenia społecznego migrantów w kontekście nieodpowiednich warunków mieszkaniowych. W zaprezentowanych orzeczeniach widać, że prawo do mieszkania nierozdzielnie wiąże się z prawem do godnego życia, niejako wywodząc się z przyrodzonej godności każdego człowieka, także nieudokumentowanego migranta. Dzięki przyjęciu przez państwa zobowiązań wynikających w traktatów międzynarodowych w obszarze praw społecznych i ekonomicznych, jednostki, których prawa zostały naruszone, mają możliwość ich egzekwowania. Również na tle inicjowanych działań unijnych pojawiła się kwestia migrantów, którzy zostali uznani za grupę osób szczególnie narażonych na bezdomność i wykluczenie mieszkaniowe. Wyraźnie podkreślono konieczność respektowania podstawowych praw czło-

wieka bez względu na status pobytowy jednostki oraz potrzebę kompleksowego podejścia do kwestii migracji. Należy mieć zatem nadzieję, że wysuwane w kwestii migrantów postulaty znajdą odzwierciedlenie w podejmowanych na tej płaszczyźnie działaniach, a państwa przyjmą na siebie wiążące zobowiązania pozwalające na objęcie tej grupy osób wsparciem, przynajmniej w zakresie pozwalającym na zabezpieczenie ich podstawowych potrzeb. Wydaje się jednak, że mimo uznania odpowiednich warunków mieszkaniowych za podstawę godnego życia i fundamentalną potrzebę współczesnego społeczeństwa, to na wymierny efekt podejmowanych działań musimy jeszcze poczekać.

Niniejszy tekst powstał w ramach projektu Instytutu Spraw Publicznych „Mój dom – Twój dom? Badanie zagrożeń w integracji cudzoziemców w Polsce” współfinansowanego przez Europejski Fundusz na Rzecz Integracji Obywateli Państw Trzecich oraz budżet państwa.

Dyskryminacja cudzoziemców w dostępie do usług mieszkaniowych w Polsce. Między teorią a praktyką

1. Wprowadzenie

O dyskryminacji cudzoziemców w dostępie do usług mieszkaniowych w Polsce wiemy niewiele. Po pierwsze, wciąż jest za mało systemowych badań dotyczących zagadnienia nierównego traktowania w obszarze mieszkalnictwa osób o innym pochodzeniu etnicznym czy o innej narodowości¹. Te istniejące dotyczą w głównej mierze Romów, mniejszości etnicznej, która napotyka szczególne utrudnienia w dostępie do lokali mieszkalnych, boryka się z ciężkimi warunkami mieszkaniowymi oraz głębokimi uprzedzeniami ze strony Polaków². Po drugie, w Polsce nie istnieje problem gett etnicznych, w przeciwieństwie do

¹ Jednym z nich było badanie przeprowadzone przez Instytut Spraw Publicznych w 2010 r. dotyczące bezdomności uchodźców, jego wyniki można znaleźć w raporcie autorstwa K. Wysieńskiej i N. Ryabińskiej, *Bezdomność uchodźców w Polsce – wyniki badania pilotażowego*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2010. Od stycznia 2012 r. ISP oraz SIP realizują projekt finansowany z EFU „Badanie zagrożeń w integracji migrantów przymusowych w Polsce”, który zakłada zdiagnozowanie podstawowych problemów, z jakimi muszą się zmierzyć uchodźcy w Polsce, a które skutecznie utrudniają ich integrację ze społeczeństwem polskim: dyskryminacji na rynku mieszkaniowym, która to niejednokrotnie generuje problem bezdomności uchodźców oraz przemocy wobec kobiet-uchodźczyń. W ramach projektu przeprowadzone zostały testy dyskryminacyjne badające nierówne traktowanie migrantów na rynku mieszkaniowym w Warszawie i okolicach. Przebieg oraz wyniki testu opisane są w raporcie K. Wysieńska, *Czyj jest ten kawatek podłogi? Wyniki badań dyskryminacji uchodźców w dostępie do mieszkań*, „Analizy i Opinie”, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2013.

² Przykładem może być sprawa eksmisji polskiej rodziny z lokalu komunalnego, na miejsce której ma zostać osiedlona rodzina romska, więcej o „wojnie polsko-romskiej” w Kowarach na stronie: <http://jeleniagora.naszemiasto.pl/artukul/1118761,prokuratura-wyjasni-czy-zniewazono-romow-w-kowarach,id,t.html>, czy sprawa rumuńskich Romów we Wrocławiu: <http://wroc->

Stanów Zjednoczonych czy państw europejskich, jak np. Francja, Niemcy, Holandia³. W związku z tym nie dysponujemy danymi odnośnie do sytuacji cudzoziemców zamieszkujących w własnych enklawach. Ponadto cudzoziemcy stanowią wciąż niewielki odsetek polskiego społeczeństwa⁴ i wydaje się, że badacze, opinię publiczną czy media interesują problemy mieszkaniowe innych grup społecznych, liczniej reprezentowanych. Poza tym, jeżeli tworzy się mieszkania chronione, działania w tym obszarze są głównie podejmowane wobec wychowanków placówek opiekuńczo-wychowawczych, osób niepełnosprawnych czy osób chorujących psychicznie⁵.

Tymczasem kwestia mieszkalnictwa jest podnoszona niemal w każdej dyskusji czy debacie dotyczącej integracji cudzoziemców w Polsce. Truizmem byłoby pisać, że bez dachu nad głową trudno mówić o jakiegokolwiek integracji. Organizacje pozarządowe od lat alarmują, że najpoważniejszą barierą w integracji, poza m.in. kwestiami związanymi z zatrudnieniem, jest właśnie uzyska-

law.gazeta.pl/wroclaw/1,35751,13874397,_ldziecie_stad___Miasto_likwiduje_drugie_romskie_koczowisko.html.

³ A. Górny, A. Grzymała-Kazłowska, E. Kępińska, A. Fihel, A. Piekut, *Od zbiorowości do społeczności: rola migrantów osiedleńczych w tworzeniu się społeczności imigranckich w Polsce*, „Centre of Migration Research Working Paper” nr 27/85, Warszawa 2007, s. 35. W kontekście tworzenia gett etnicznych powstało pojęcie *social mix* (rozwinęte we Francji, a następnie używane w Belgii, Niemczech, Szwecji oraz Wielkiej Brytanii) oznaczające nakaz osiedlania w obrębie jednego osiedla/bloku/miasta zróżnicowanych społeczności. Pytanie, jakie się pojawia, to czy segregacja w kwestii osiedlania mniejszości etnicznych czy cudzoziemców może być postrzegana jako dyskryminacja? Na to pytanie nie ma jasnej odpowiedzi, bowiem z jednej strony polityka *social mix* zapobiega marginalizacji, np. osób biednych, niepełnosprawnych, imigrantów, ale z drugiej niesie za sobą ryzyko napięć społecznych z uwagi na sztuczne i planowe tworzenie wielokulturowych osiedli, w których np. mniejszości etniczne mogą sobie w ogóle nie życzyć mieszkać. Okazuje się, że polityka mająca na celu *social inclusion* nieraz nie przynosi zakładanych efektów i wręcz prowadzi do wykluczenia społecznego. Pewne jest, że działania w ramach polityki *social mix* powinny być prowadzone przy zaangażowaniu zarówno grup mniejszościowych, jak i większościowych i za obopólną aprobatą. Więcej na ten temat w: C. Johnston, *Housing policy and social mix: an exploratory paper*, Shelter, NSW, Sydney 2002, F. Da Fonesca Feitor, A. Wissmann, *Social mix policy approaches to urban segregation in Europe and the United States*, ZEF Bonn 2006.

⁴ Zgodnie z badaniami Eurostat, w 2010 r. obywatele innych krajów stanowili 0,1% populacji Polski. Jest to najmniejszy odsetek cudzoziemców wśród wszystkich krajów Unii Europejskiej.

⁵ Z informacji uzyskanych w 2012 r. z Urzędu m.st. Warszawy wynika, że w stolicy funkcjonuje 21 mieszkań chronionych, z czego 18 prowadzone jest dla usamodzielnianych wychowanków całodobowych placówek opiekuńczo-wychowawczych, 1 – dla osób niepełnosprawnych intelektualnie oraz 1 – dla osób chorujących psychicznie. Od października 2011 r. funkcjonuje pierwsze w Warszawie mieszkanie chronione dla cudzoziemców. Dla porównania Lublin, korzystając z m.in. z funduszy unijnych, od kilku lat obejmuje tą formą pomocy rodziny cudzoziemskie. Obecnie prowadzi 3 mieszkania chronione, z których do czerwca 2012 r. ma skorzystać w sumie 30 cudzoziemców (5 rodzin) – por. M. Szlachetka, *Pomoc dla uchodźców. Warszawa bierze z nas przykład*, „Gazeta Wyborcza Lublin” z dnia 19 grudnia 2011 r.

nie przez cudzoziemca mieszkania. Władze zdają się nie dostrzegać problemu, a nawet jeśli mają go w zasięgu wzroku, można usłyszeć, że nie tylko obywatele państw trzecich napotykać trudności w uzyskaniu mieszkania – znaczna grupa obywateli polskich jest w identycznej sytuacji co obcokrajowcy. To prawda, jednak nie można zapominać, że obywatel państwa trzeciego już na starcie jest w gorszej sytuacji niż jego sąsiad Polak – nie zna języka, kultury ani zwyczajów państwa przyjmującego, nie ma sieci znajomych, często też rodziny, która mogłaby pomóc w znalezieniu mieszkania. Ponadto, jak zostanie pokazane w dalszych rozdziałach niniejszego opracowania, nieraz cudzoziemiec zostaje pozbawiony samej możliwości ubiegania się o lokal mieszkalny – czy to komunalny, czy prywatny oferowany do wynajmu, np. przez pośrednika. Bywa także, że urzędnicy niewłaściwie, na niekorzyść cudzoziemców, interpretują przepisy.

Dodać można do tego wciąż silne stereotypy na temat cudzoziemców funkcjonujące w polskim społeczeństwie, uprzedzenia i niechęć do wpuszczania na swoje terytorium obcych, przy czym nie chodzi o obywateli Unii Europejskiej – obcokrajowcy zza zachodniej czy południowej granicy są zupełnie inaczej postrzegani i traktowani w Polsce. Zgodnie z badaniami CBOS-u z lutego 2013 roku⁶, do narodów najbardziej lubianych przez Polaków należą Czesi i Słowacy, ale także Anglicy, Hiszpanie czy Włosi. Najmniejszą sympatią cieszą się Romowie i Rumuni. Rosjan, Ukraińców, Czeczenów i Turków też nie lubimy. Sympatie i antypatie Polaków względem innych narodów już od kilku lat przedstawiają się podobnie i potwierdzają opinię, że jesteśmy bardziej otwarci na przybyszów z Zachodu, a obawiamy się naszych wschodnich sąsiadów.

Odnosząc te ogólne postawy do bardziej konkretnych sytuacji z życia codziennego, warto w tym miejscu powołać się na badania Aleksandry Winiarskiej oraz Ewy Nowickiej⁷, których celem było m.in. zbadanie doświadczeń długoletnich imigrantów oraz *poznanie opinii i interpretacji Polaków oraz imigrantów dotyczących wzajemnych relacji sąsiedzkich*⁸. Z ich opisu wynika, że badani Polacy zasadniczo są pozytywnie nastawieni do swoich sąsiadów – migrantów, o ile dostosowują się oni do polskich norm. Z kolei postrzeganie Polaków przez cudzoziemców zależy od tego, czy badanym jest „biedny” imigrant zza wschodniej granicy, czy bogaty obcokrajowiec z Zachodu, co potwierdza wyniki sondażu CBOS-u. Ci pierwsi wskazywali na funkcjonujące w społeczeństwie polskim stereotypy i uprzedzenia, które mogą na dalszym etapie prowa-

⁶ Zob. http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K_012_13.PDF.

⁷ A. Winiarska, E. Nowicka, *Polska w doświadczeniach długoletnich imigrantów* oraz A. Winiarska, *Życie obok siebie. Międzykulturowe sąsiedztwo w Warszawie*, oba teksty w: W. Klaus (red.), *Sąsiedzi czy intruzi? O dyskryminacji cudzoziemców w Polsce*, Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, Warszawa 2010.

⁸ *Ibidem*, s. 233.

dzić do dyskryminacji i wykluczenia. Podobne badania nt. „relacji sąsiedzkich” były prowadzone przez Ośrodek Badań nad Migracjami w 2011 roku⁹ i ich wyniki są zbliżone do powyższych. Migranci raczej pozytywnie oceniali wzajemne relacje, choć akurat w tym przypadku istotne znaczenie ma dobór grupy – badanymi byli głównie Wietnamczycy, którzy „kulturowo” nie są konfliktowi i nie mają w zwyczaju negatywnie wyrażać się o swoich stosunkach z Polakami¹⁰.

Są to informacje istotne z punktu widzenia omawianego zagadnienia. Po pierwsze, kontakty z sąsiadami uznaje się za jeden ze wskaźników integracji imigrantów ze społeczeństwem przyjmującym i jednocześnie za pierwszy krok w jej kierunku¹¹. Po drugie, wskazują na prawdopodobne źródła zachowań dyskryminujących obywateli państw trzecich w obszarze mieszkalnictwa. Bywa, że społeczność lokalna protestuje przeciwko utworzeniu lub funkcjonowaniu w jej obrębie ośrodka dla uchodźców – do takiej sytuacji np. w Łomży w 2009 roku, kiedy jeden z polityków swoimi wypowiedziami podsycił nastroje antyimigranckie (wskazując na rzekome zagrożenie przestępczością ze strony cudzoziemców, czego nie potwierdzają policyjne statystyki). Znana też jest sprawa ośrodka dla uchodźców, który miał powstać w Jastrzębiej Górze – mieszkańcy wsi protestowali wobec pomysłu utworzenia ośrodka, mówiąc, że „Czeczeni odstraszą turystów”, a ośrodek stanie się „bazą terrorystów”. „Nie jesteśmy rasistami, ale należy wybrać inną lokalizację” – pisali w liście protestacyjnym wysłanym do redakcji *Wiadomości24.pl*¹². Wcześniej został zamknięty ośrodek w Katowicach, na skutek silnego oporu władz i społeczności lokalnej¹³. Oczywiście zdarzają się przypadki pozytywnego ustosunkowania polskiej społeczności do sąsiadów – obywateli państw trzecich, a nawet wspierania ich czy wręcz

⁹ A. Górny, S. Toruńczyk-Ruiz, *Integration of migrants from the perspective of social ties and neighbour relations*, „CMR Working Paper”, nr 48(106), Warszawa 2011.

¹⁰ *Ibidem*, s. 94.

¹¹ A. Winiarska, *Życie obok siebie...*, s. 296.

¹² M. Pajura, M. Lużyński, *Przeciwdziałanie dyskryminacji i ksenofobii wobec uchodźców i marginalizowanych migrantów w Polsce*, Centrum Pomocy Prawnej im. H. Nieć, Kraków 2009, s. 17–18.

¹³ Polityka lokowania ośrodków dla uchodźców pozostawia wiele do życzenia. Zazwyczaj ludność miejscowa najczęściej nie jest poinformowana o decyzji. Rozwiązaniem nie jest także sytuowanie ośrodków w odosobnieniu od skupisk ludzkich (za przykład może posłużyć ośrodek dla uchodźców w Czerwonym Borze k. Łomży znajdujący się w głębokim lesie), co bynajmniej nie sprzyja integracji cudzoziemców ze społeczeństwem przyjmującym. Więcej na temat lokowania ośrodków można przeczytać w raporcie Stowarzyszenia Interwencji Prawnej i Fundacji Polskie Forum Migracyjne: A. Chrzanowska, W. Klaus, A. Kosowicz (red.), *Polityka wyboru i lokalizacji ośrodków dla uchodźców. Analiza i rekomendacje*, Warszawa 2011, dostępnym na stronie: <http://www.interwencjaprawna.pl/docs/polityka-wyboru-i-lokalizacji-osrodkow.pdf>.

protestowania przeciw przeprowadzce cudzoziemców, jednak nie wydaje się, że zdarzają się one często¹⁴.

Europejska Komisja Przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji (ECRI) w raporcie dotyczącym Polski z 2010 roku¹⁵ potwierdza, że w naszym kraju dochodzi do dyskryminacji cudzoziemców w obszarze mieszkalnictwa, oraz wskazuje na trudną sytuację mieszkaniową społeczności romskiej. ECRI zauważa także, że migranci przymusowi korzystający z pomocy integracyjnej napotykać problemy w poszukiwaniu mieszkania. Na takie i inne utrudnienia w dostępie do mieszkań wskazują sami cudzoziemcy zgłaszający się do instytucji pomocowych czy organizacji pozarządowych (o czym mowa będzie w 3 rozdziale niniejszej analizy). Zanim jednak przejdę do omówienia przypadków dyskryminacji, zarysuję podstawy prawne zasady niedyskryminacji w dostępie do usług mieszkaniowych.

2. Prawne podstawy zakazu dyskryminacji w dostępie do mieszkalnictwa

Zarówno międzynarodowe, jak i polskie prawo zawiera regulacje odnoszące się do zakazu dyskryminacji w różnych obszarach życia społecznego, w tym w dostępie do usług mieszkaniowych. Polskie prawo antydyskryminacyjne w dużej mierze zostało przyjęte w wyniku podjętych zobowiązań międzynarodowych, w szczególności przystąpienia w 2004 roku do Unii Europejskiej.

2.1. Międzynarodowe regulacje w zakresie równego traktowania

Zgodnie z Powszechną Deklaracją Praw Człowieka¹⁶, każdy człowiek ma prawo do życia na poziomie zapewniającym mu i jego rodzinie zdrowie i dobrobyt, z uwzględnieniem odpowiedniego mieszkania. Stanowi o tym art. 25, który w powiązaniu z art. 1 mówiącym o równości wszystkich ludzi pod względem godności oraz art. 2 wprowadzającym zasadę niedyskryminacji w korzystaniu w uprawnień przyznanych Deklaracją m.in. ze względu na jakiegokolwiek różnice rasy, wyznania czy narodowości, tworzy ogólne ramy do uznania równego prawa każdego człowieka do godnych warunków mieszkaniowych.

W systemie Organizacji Narodów Zjednoczonych wyraźnie podkreśla się obowiązek państwa do zapewnienia wszystkim obywatelom godnych warun-

¹⁴ Ł. Łotocki, *Sąsiedzi czy intruzi? Punkt widzenia praktyków oraz ekspertów. Raport z badania*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2010, s. 9–10.

¹⁵ Raport ECRI dotyczący Polski, opublikowany w czerwcu 2010 r.

¹⁶ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 10 grudnia 1948 r.

ków mieszkaniowych w ramach zasady niedyskryminacji. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na dwie konwencje ONZ¹⁷. Po pierwsze, na Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych¹⁸, który nakłada na państwa-sygnatariuszy obowiązek uznania prawa każdego do odpowiedniego poziomu życia, w czym zawiera się także mieszkanie oraz stałe polepszanie warunków bytowych (art. 11 ust. 1). Powinno to się odbywać bez dyskryminacji, m.in. ze względu na takie cechy prawnie chronione jak rasa, kolor skóry, pochodzenie narodowe, wyznanie (art. 2 ust. 2). Po drugie, Międzynarodowa Konwencja w sprawie Likwidacji Wszelkich Form Dyskryminacji Rasowej (CERD) w art. 5 lit. e) pkt iii) zobowiązuje państwa-strony Konwencji do wprowadzenia zakazu dyskryminacji rasowej we wszelkich jej formach, do jej wyeliminowania oraz do zagwarantowania wszystkim bez różnicy, bez względu na rasę, kolor skóry, pochodzenie narodowe bądź etniczne, równości wobec prawa, a zwłaszcza w dostępie do korzystania z enumeratywnie wymienionych praw, w tym prawa do mieszkania. Specjalny Sprawozdawca ds. odpowiednich warunków mieszkaniowych, Raquel Rolnik, wielokrotnie wskazywała konieczność zapewnienia zasady równego traktowania w obszarze mieszkalnictwa w stosunku do migrantów jako ich prawa do godnego życia, bez którego w ogóle nie można mówić o prawach człowieka¹⁹.

W europejskim systemie prawa międzynarodowego na uwagę zasługuje Europejska Konwencja Praw Człowieka, która w art. 8 ust. 1 stanowi, że każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. W powiązaniu z art. 14 Konwencji wprowadzającym zasadę niedyskryminacji wyraża ona ogólny nakaz równego traktowania w obszarze szeroko pojętego mieszkalnictwa. Konwencja posługuje się terminem „mieszkanie”, który jednak powinien być rozumiany szeroko, jako dom, miejsce zamieszkania czy przebywania²⁰. Ochrona „domu” obejmuje m.in. prawo własności, ale nie tylko – w jej zakres wchodzi również stosunek najmu czy spółdzielcze prawo do lokalu. Jednak nie tytuł prawny ma znaczenie, a „sytuacja realnie istniejąca”, bowiem nawet nielegalne zamieszkiwanie zosta-

¹⁷ Trzecim aktem prawnym, w którym można znaleźć odniesienie do prawa do godnego zamieszkania, jest Konwencja w sprawie Likwidacji Wszelkich Form Dyskryminacji Kobiet (CEDAW). Stanowi ona, że państwo-strona Konwencji powinno zapewnić kobietom w środowiskach wiejskich, na zasadzie równości z mężczyznami, prawo do korzystania z odpowiednich warunków życia, zwłaszcza do warunków mieszkalnych.

¹⁸ Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w 1966 r., Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 169.

¹⁹ UN General Assembly, *Right to adequate housing*, 9 sierpnia 2010 r., <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/478/91/PDF/N1047891.pdf?OpenElement>.

²⁰ L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do art. 1–18*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 537.

to uznane przez ETPC za mieszczące się w zakresie stosowania art. 8 Konwencji. Na przykład w sprawie *Buckley przeciwko Wielkiej Brytanii* Trybunał uznał za dom wóz cygański postawiony na terenie zakupionym przez skarżącego z naruszeniem przepisów o zagospodarowaniu przestrzennym²¹. Należy zaznaczyć, że Konwencja nie formułuje żadnego prawa do otrzymania mieszkania, co oznacza, że na władzy publicznej nie ciąży obowiązek jego zapewnienia każdemu potrzebującemu. Stanowisko takie ETPC przedstawił np. w słynnej sprawie *Chapman przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*²². Sprawa ta jest istotna jednak przede wszystkim z innego powodu – po raz pierwszy Trybunał w „sprawie cygańskiej” uznał prawo mniejszości romskiej do kultywowania swoich tradycji w kontekście zamieszkiwania w karawanie, właśnie w świetle ochrony prawa do prywatności²³. Warto jednak pamiętać, że orzeczenia te dotyczą w głównej mierze prawa do mieszkania, ale w kontekście naruszania „miru domowego” oraz ochrony domu przed ingerencją władz publicznych. Trybunał nie orzekł jak dotąd ogólnie w przedmiocie dyskryminacji w sektorze mieszkalnictwa.

Także Zrewidowana Europejska Karta Społeczna²⁴ wskazuje, że każdy ma prawo do mieszkania. Przede wszystkim państwa-sygnatariusze Karty są zobowiązane, w celu zapewnienia skutecznego wykonywania prawa do ochrony przed ubóstwem i marginalizacją społeczną, do podejmowania działań mających na celu popieranie dostępu osób zagrożonych biedą czy wykluczeniem m.in. do zatrudnienia, mieszkań, kształcenia, kultury, pomocy społecznej i medycznej (art. 30 lit. a). Karta w art. 31 precyzuje, że państwa zobowiązują się podejmować działania zmierzające do popierania dostępu do mieszkań o odpowiednim standardzie, do zapobiegania i ograniczania bezdomności w celu jej stopniowego likwidowania oraz uczynienia kosztów mieszkań przystępnymi dla tych, którzy nie mają wystarczających zasobów. Warto jeszcze wspomnieć o Międzynarodowej Konwencji Ochrony Praw Migranców Pracujących i Członków ich Rodzin²⁵, która w art. 43 stanowi, że migrujący pracownicy na równi

²¹ *Ibidem*, s. 538.

²² *Ibidem*, s. 539.

²³ J. Ringelheim, *Integrating Cultural Concerns in the Interpretation of General Individual Rights – Lessons from the International Human Rights Case Law*, UN Economic and Social Council, Genewa 2008, str. 8, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/discussion/JulieRingelheim1.pdf>.

²⁴ Polskę wiąże Europejska Karta Społeczna, sporządzona w Turynie dnia 18 października 1961 r. (Dz. U. z 1999 r., Nr 8, poz. 67). W dniu 25 października 2005 r. Polska podpisała Zrewidowaną Europejską Kartę Społeczną, ale wciąż jej nie ratyfikowała.

²⁵ Polska do tej pory nie przystąpiła do Konwencji Ochrony Praw Migranców Pracujących i Członków ich Rodzin. W ostatnim raporcie z 2010 r. ECRI wzywa Polskę do ratyfikowania m.in. tego aktu prawnego.

z obywatelami państwa zatrudnienia korzystają z ochrony przed wyzyskiem w zakresie najmu.

Regulacje te tworzą szerokie ramy do uznania prawa każdego, nie tylko obywatela danego państwa-strony umowy międzynarodowej, ale także obywateli państw trzecich tam zamieszkujących, do życia w godnych warunkach oraz do dostępu do zakwaterowania na zasadach niedyskryminacji.

W kontekście prawa Unii Europejskiej i zakazu dyskryminacji ze względu na rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość na uwagę zasługują postanowienia traktatów oraz tzw. dyrektywa rasowa, czyli dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 roku wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne. Jej celem jest *wyznaczenie ram walki z dyskryminacją ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne oraz wprowadzenie w życie w Państwach Członkowskich zasady równego traktowania*. Dyrektywę stosuje się do wszystkich osób, zarówno sektora publicznego, jak i prywatnego, włącznie z instytucjami publicznymi, w odniesieniu do dostępu do dóbr i usług oraz dostarczania dóbr i usług publicznie dostępnych, włącznie z zakwaterowaniem.

Uznaje się, że obszar mieszkalnictwa nie podlega kompetencji Unii Europejskiej²⁶. Jednak mając na uwadze fakt, iż dotyczy on milionów ludzi mieszkających w obrębie UE, opracowano szereg aktów prawnych bezpośrednio lub pośrednio odnoszących się do tej problematyki. Jeszcze zanim przyjęto instrumenty prawne, ówczesny Europejski Trybunał Sprawiedliwości kilka razy wypowiedział się w temacie dyskryminacji w sektorze mieszkalnictwa. Jedną ze spraw dotyczyła wymogu obywatelstwa jako warunku koniecznego do uzyskania zakwaterowania socjalnego i pożyczek o obniżonym oprocentowaniu²⁷. Trybunał uznał, że uregulowanie takie jest sprzeczne z przepisami Traktatu Wspólnot Europejskich i stanowi dyskryminację w rozumieniu prawa wspólnotowego. Inna sprawa, w której zapadł podobny wyrok, dotyczyła planowanych w Austrii regulacji wprowadzających wymóg posiadania specjalnego zezwolenia umożliwiającego nabycie nieruchomości, który odnosił się wyłącznie do nie-Austriaków²⁸. Sprawy te były rozpatrywane co prawda w oparciu o zasady swobody przedsiębiorczości i przepływu kapitału, jednak ich rozstrzygnięcie zapadło zgodnie z zasadami przyjętymi następnie w dyrektywie rasowej²⁹.

Dyrektywa nie wyjaśnia znaczenia użytego terminu „zakwaterowanie”, pozostawiając wiele wątpliwości co do jego interpretacji. Skoro nie ma na po-

²⁶ N. Boccadoro, *Housing rights and Racial Discrimination*, „European Anti-Discrimination Law Review”, Nr 9/2009, s. 21.

²⁷ Wyrok ETS z dnia 14 stycznia 1988 r., sprawa *Komisja p. Włochom* (sygn. C-63/86).

²⁸ Wyrok ETS z dnia 1 czerwca 1999 r., sprawa *Klaus Konle p. Austrii* (sygn. C-302/97).

²⁹ N. Boccadoro, *Housing rights...*, s. 22–23.

ziomie europejskim jednolitej interpretacji pojęcia użytego w dyrektywie, w systemach krajowych państw członkowskich dyrektywa została wdrożona w niejednolity sposób, a termin „zakwaterowanie” jest różnie rozumiany i definiowany. Przede wszystkim pełna implementacja dyrektywy rasowej w przypadku niektórych państw była żmudnym procesem i zajęła dobrych kilka lat. Kwestia przepisu odnoszącego się do obszaru mieszkalnictwa stała się szczególnie problematyczna, np. w przypadku niemieckiego kościoła, który obawiał się podlegania obowiązkowi wynajmu swoich nieruchomości każdemu, bez względu na wyznawaną wiarę³⁰.

W obszarze „zakwaterowania” mieści się sprzedaż lub wynajem nieruchomości, dzierżawa, kredyty mieszkaniowe³¹ czy też stosowanie wyższych stóp procentowych³², dostęp do mieszkań komunalnych, socjalnych, chronionych, zakwaterowanie w noclegowniach, domach samotnej matki, ośrodkach interwencji kryzysowej. Pojęcie to powinno obejmować także wynajem pokoi w placówkach typu hotele, motele, schroniska, pensjonaty. W zakres „usług mieszkaniowych” wchodzi najem bądź sprzedaż nieruchomości udostępnianych zarówno bezpośrednio przez prywatnych właścicieli, jak i przez agencje pośrednictwa. We Francji na przykład prawo zabrania dyskryminacji w dostępie do usług mieszkaniowych świadczonych także prywatnie i na tej podstawie, w jednej ze spraw zawisłych przed sądem, 80-latka została uznana winną dyskryminacji, bowiem odmówiła wynajęcia mieszkania kobiecie pochodzącej z Senegalu³³. W niektórych krajach wyłącza się jednak możliwość stosowania zakazu dyskryminacji w sytuacji, gdy właściciel wynajmuje swoje mieszkanie lub część swojego prywatnego lokalu, w którym np. sam mieszka³⁴. Uważa się bowiem, że tam, gdzie mamy do czynienia ze sferą prywatną czy relacjami rodzinnymi, zasada równego traktowania nie znajduje zastosowania: *w kontekście dostępu do dóbr i usług oraz dostarczania dóbr i usług istotne jest także przestrzeganie ochrony życia prywatnego i rodzinnego, jak również realizowanych w tym zakresie transakcji* (pkt 4 preambuły do dyrektywy rasowej).

Istotny jest wymóg „upublicznienia” świadczenia usług mieszkaniowych – dopóki oferta, np. najmu mieszkania, nie jest dostępna publicznie wszystkim zainteresowanym, dopóty nie podlega ocenie zgodności z zasadą niedyskryminacji. Wątpliwości pojawiają się jednak w kontekście innych form zakwaterowania czy usług mieszkaniowych – czy dostęp do miejsca kempingowego, sta-

³⁰ *Ibidem*, s. 24.

³¹ *Ibidem*, s. 25.

³² *Ibidem*, s. 29.

³³ *Ibidem*, s. 26.

³⁴ Tak jest np. w Wielkiej Brytanii, gdzie prawo pozwala na nierówne traktowanie w dostępie do zakwaterowania, które jest dzielone z właścicielem lub jego bliskimi.

cjonowanie karawany lub przyczepy kempingowej, sprzedaż łodzi mieszkalnej objęte są zakresem dyrektywy rasowej? Na te pytania nie ma jednoznacznej odpowiedzi, wraz z rozwojem orzecznictwa należy ich szukać w wyrokach sądów krajowych oraz Trybunału Sprawiedliwości UE, jeśli sprawy takie trafią na wokandy.

2.2. Polskie prawo antydyskryminacyjne

Do 2011 roku polskie prawo antydyskryminacyjne ograniczało się do ogólnej zasady równego traktowania wyrażonej w ustawie zasadniczej oraz przepisach Kodeksu pracy. Nie istniały regulacje wprowadzające nakaz równego traktowania osób o innej rasie, pochodzeniu etnicznym czy narodowości w obszarze mieszkalnictwa. Ofiary dyskryminacji w tym aspekcie były pozbawione podstawowego narzędzia, dzięki któremu mogłyby dochodzić swoich praw przed sądami, gwarancji materialnoprawnych i proceduralnych, jak chociażby reguły odwróconego ciężaru dowodu. W Kodeksie cywilnym oraz w innych aktach regulujących kwestie mieszkalnictwa i prawo lokalowe, tj. w ustawie o ochronie praw lokatorów³⁵ czy ustawie o dodatkach mieszkaniowych³⁶, nie ma żadnych zapisów antydyskryminacyjnych.

Zgodnie z art. 32 Konstytucji RP³⁷, wszyscy są równi wobec prawa i powinni być równo traktowani przez władze publiczne. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z żadnej przyczyny. Warto podkreślić, że zasada ta odnosi się nie tylko do obywateli RP, ale do wszystkich osób podlegających jurysdykcji RP. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, skoro ustrojodawca użył w odniesieniu do zakresu podmiotowego zasady równości określeń „wszyscy” i „nikt”, została ona rozciągnięta na ogół osób, zarówno na osoby fizyczne, jak i prawne³⁸. Oznacza to, że nie tylko obywatele polscy są objęci wyrażoną w przepisie art. 32 zasadą niedyskryminacji, ale również cudzoziemcy, obywatele państw UE oraz państw trzecich. Konstytucja zawiera także ogólnie sformułowany obowiązek zaspokajania potrzeb mieszkaniowych obywateli. Zgodnie z art. 75 ust. 1, władze publiczne prowadzą politykę sprzyjającą zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych obywateli, w szczególności przeciwdziałają bezdomności, wspierają rozwój budownictwa socjalnego

³⁵ Ustawa z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego, Dz. U. z 2005 r., Nr 31, poz. 266 ze zm.

³⁶ Ustawa z dnia 21 czerwca 2001 r. o dodatkach mieszkaniowych, Dz. U. z 2001 r., Nr 71, poz. 734.

³⁷ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483.

³⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 1999 r., SK 4/98, OTK 1999, Nr 2, poz. 24.

oraz popierają działania obywateli zmierzające do uzyskania własnego mieszkania. Mimo że przepis ten nie może być traktowany jako źródło praw podmiotowych czy roszczeń, jest wskazówką, że władze publiczne powinny podejmować określone działania celem umożliwienia swoim obywatelom zaspokajania ich potrzeb w tym właśnie zakresie. Co ważne, w kontekście niniejszej analizy, zakres podmiotowy osób, których ma dotyczyć polityka prowadzona przez władze publiczne, obejmuje wyłącznie obywateli – z tego przepisu nie wynika obowiązek władz publicznych do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych cudzoziemców³⁹.

W dniu 1 stycznia 2011 roku weszła w życie długo oczekiwana „ustawa o równym traktowaniu”, czyli Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 roku o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania⁴⁰. Ustawa wdraża postanowienia m.in. dyrektywy 2000/78/WE⁴¹ oraz 2000/43/WE⁴². Budzi ona wiele zastrzeżeń, m.in. co do konstytucyjności niektórych swoich zapisów (np. zamkniętego katalogu przesłanek prawnie chronionych) czy nierównej ochrony przyznanej różnym grupom mniejszościowym⁴³. Akurat jeśli chodzi o osoby o innej rasie, narodowości czy pochodzeniu etnicznym, ustawa zapewnia im ochronę we wszystkich obszarach (mieszkalnictwo, edukacja, zabezpieczenie społeczne, opieka zdrowotna).

Ustawa określa 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 (art. 1). Stosuje się ją do osób fizycznych oraz do osób prawnych i jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną (art. 2). Ustawa zakazuje dyskryminacji bezpośredniej, pośredniej, molestowania⁴⁴. Dla celów niniejszego opracowania szczególnie istotny jest przepis art. 4 ust. 4 lit. e), któ-

³⁹ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009.

⁴⁰ Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, Dz. U. Nr 254, poz. 1700.

⁴¹ Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz. U. UE z 2000 r., L303/16.

⁴² Dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, Dz. U. UE z 2000 r., L 180.

⁴³ Na etapie konsultacji społecznych krytyczne uwagi do ustawy zgłosiła m.in. Koalicja na Rzecz Równych Szans skupiająca kilkadziesiąt organizacji pozarządowych działających w obszarze niedyskryminacji, więcej na ten temat na stronie www.ptpa.org.pl.

⁴⁴ Definicje dyskryminacji bezpośredniej, pośredniej i molestowania zawiera art. 3 ustawy. Są one niemal identyczne z tymi zawartymi w Kodeksie pracy.

ry stanowi, że ustawę stosuje się w zakresie dostępu i warunków korzystania z usług, w tym mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw i energii, jeżeli są one oferowane publicznie. Na podstawie art. 6 zakazuje się nierównego traktowania 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. Zgodnie z art. 5 pkt 1 ustawy nie stosuje się do sfery życia prywatnego i rodzinnego oraz do czynności prawnych pozostających w związku z tymi sferami oraz do swobody wyboru strony umowy, o ile tylko nie jest podyktowany płcią, rasą, pochodzeniem etnicznym lub narodowością (pkt 3).

W tym miejscu należy się zastanowić, jakie działania wchodzą w zakres ustawy, tzn. co rozumiemy przez pojęcia „usług mieszkaniowych” oraz „oferowanych publicznie”. Jeśli chodzi o pierwszy termin, wobec braku polskiego orzecznictwa czy literatury dotyczącej ustawy równościowej, należy przyjąć interpretację tych pojęć w świetle dyrektywy rasowej, o czym była mowa wyżej. Co się tyczy drugiego sformułowania, art. 4 pkt 4) lit. e) stanowi, że ustawę stosuje się w zakresie dostępu i warunków korzystania z usług mieszkaniowych (a także rzeczy oraz nabywania praw i energii), „jeżeli są one oferowane publicznie”. W opinii prawnej na temat planowanych zmian w umowach z najemcami lokali użytkowych zawieranych z miastem st. Warszawa⁴⁵ dr Adam Bodnar wyjaśnia, że *pojęcie »publiczne« oznacza, że teoretycznie każda osoba, która chce z tej usługi skorzystać, posiada taką możliwość (chyba że nie spełnia określonych obiektywnie uzasadnionych kryteriów*. Wydaje się, że działalność polegająca na wynajmie pokoi w hotelach, pensjonatach i innych miejscach użyteczności publicznej czy też przyznawanie miejsc w akademikach spełnia to kryterium. Wątpliwość, jaka się pojawia, dotyczy wynajmu mieszkania – czy taka oferta spełnia wymóg „publiczności”? O ile jest zamieszczona w gazecie, internecie czy w innym miejscu, i tym samym jest skierowana do szerokiego kręgu potencjalnych zainteresowanych, odpowiedź powinna być twierdząca. Zasadniczo najwięcej kontrowersji w kwestii równego traktowania w dostępie do usług mieszkaniowych wzbudza kwestia wynajmu prywatnego mieszkania.

Zagadnienie dyskryminacji przy wynajmie prywatnych mieszkań nie było do tej pory analizowane ani opisywane w literaturze dotyczącej cudzoziemców. Pierwsze zakrojone na szeroką skalę badanie dyskryminacji migrantów w dostępie do usług mieszkaniowych za pomocą testu dyskryminacyjnego przeprowadził Instytut Spraw Publicznych na przełomie 2012 i 2013 roku. Wyniki testu potwierdzają informacje pojawiające się dotychczas na marginesie innych

⁴⁵ Opinia z dnia 10 lipca 2011 r. przygotowana na zlecenie Urzędu m.st. Warszawy.

badań⁴⁶, czyli fakt nieuzasadnionego, nierównego traktowania cudzoziemców przy wynajmie mieszkań przez prywatnych właścicieli. Bardzo często zdarza się bowiem odmowa wynajmu prywatnego mieszkania osobie o innym kolorze skóry, np. osobom pochodzącym z Afryki, oraz wielodzietnym rodzinom czeczeńskim. Zdarza się, że właściciel, słysząc w słuchawce obcy akcent, informuje, że oferta wynajmu jest już nieaktualna, gdy tymczasem pracownik organizacji pozarządowej, do której zgłasza się migrant, pytając o ogłoszenie, otrzymuje propozycję obejrzenia mieszkania. Kilka lat temu zdarzyła się sytuacja, kiedy jedna z wolontariuszek Stowarzyszenia Interwencji Prawnej szukała dla uchodźcy pochodzącego z Afryki mieszkania do wynajęcia za pomocą agencji pośrednictwa, która została poinformowana, że zainteresowany jest obcokrajowcem. Właścicielka mieszkania nie miała rzekomo nic przeciwko (sądząc zapewne, że chodzi o obywatela Unii Europejskiej). Agencja umówiła cudzoziemca wraz z wolontariuszką na spotkanie w celu obejrzenia lokalu, jednak kiedy właścicielka zobaczyła, że chodzi o osobę o czarnym kolorze skóry, wycofała się, mówiąc wprost, że „czarnemu” nie wynajmie mieszkania. Zdarzają się także sytuacje żądania wyższej kaucji od cudzoziemców, gdyż właściciele obawiają się ich niewypłacalności lub większych zniszczeń i kosztów, które wiązałyby się z ich usunięciem i które musieliby pokryć. Nie ma informacji odnośnie do sytuacji zakupu nieruchomości przez obywateli państw trzecich, zapewne z powodu niewielkiej liczby cudzoziemców, którzy mogą sobie na to pozwolić.

Pytanie, jakie się pojawia w kontekście wynajmu mieszkania przez prywatnego właściciela, brzmi: czy taki najem w ogóle jest objęty zakresem ustawy równościowej? Innymi słowy, czy właściciel, odmawiając np. Czechenowi wynajęcia swojej kawalerki, dopuszcza się dyskryminacji w dostępie do usług mieszkaniowych w rozumieniu przepisów ustawy? Z jednej strony przepis mówi jasno: *ustawę stosuje się w zakresie dostępu i warunków korzystania z usług, w tym usług mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw i energii, jeżeli są one oferowane publicznie*. Z drugiej jednak strony ustawy nie stosuje się do sfery życia prywatnego i rodzinnego oraz czynności prawnych pozostających w związku z tymi sferami. Czy wynajem mieszkania wchodzi w sferę życia prywatnego i rodzinnego? W pewnym sensie tak, gdyż dotyczy „własności prywatnej”, zatem mieści się w uprawnieniu każdego do swobodnego dysponowania swoją własnością. Dotyczy także indywidualnej

⁴⁶ A. Mikulska, *Rasizm w Polsce*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2011, A. Mikulska, *Ksenofobia i dyskryminacja na tle etnicznym – zarys sytuacji*, Warszawa 2008; M. Pajura, M. Lużyński, *Przeciwdziałanie dyskryminacji i ksenofobii wobec uchodźców i marginalizowanych migrantów w Polsce*, Centrum Pomocy Prawnej im. H. Nieć, Warszawa 2009; Ł. Łotocki, *Sąsiedzi czy intruzi? Punkt widzenia praktyków oraz ekspertów*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2010.

decyzji właściciela, komu pragnie powierzyć swoje mienie. Jednak należy się zastanowić, czy prawa te nie ulegają ograniczeniu właśnie ze względu na zakaz dyskryminacji, który co prawda nie obejmuje wszystkich sfer życia (stąd wyłączenie w obszarze prywatności), jednak stosuje się tam, gdzie dochodzi do świadczenia usług czy dostępu do nich.

Warto zwrócić uwagę, że zgodnie z dyrektywą rasową, stosuje się ją do *wszystkich osób, zarówno sektora publicznego, jak i prywatnego, włącznie z instytucjami publicznymi*⁴⁷. Zatem również osoby fizyczne świadczące usługi wynajmu mieszkania są objęte tą regulacją, nawet jeśli jest to najem okazjonalny, a nie działalność gospodarcza *stricte* zarobkowa. Poza tym wymóg „publiczności” zostaje spełniony, gdy ogłoszenie o wynajmie pojawia się w gazecie lub internecie i tym samym jest ogólnodostępne. Nie mówimy zatem o sytuacji, kiedy właściciel pragnie odnająć mieszkanie członkowi rodziny czy znajomemu – chodzi o publicznie złożoną ofertę wynajmu, na którą każdy ma prawo odpowiedzieć. Co więcej, spełniony jest także wymóg odpłatności, do której musi dochodzić, aby w ogóle można było mówić o „usłudze” w rozumieniu prawa wspólnotowego. Co prawda dyrektywa milczy na ten temat, ale definicję „usług” znajdziemy w art. 57 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, który stanowi, że *usługami w rozumieniu Traktatów są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób*. Tak sformułowane pojęcie „usługi” oznacza, że obejmuje ono stosunkowo szeroki wachlarz aktywności, jak np. bankowość, ubezpieczenia, transport, usługi rozrywkowe. Trybunał Sprawiedliwości UE uznał, że usługami w tym rozumieniu są także te świadczone przez przedsiębiorstwo niedziałające dla zysku, w obszarze sportu czy opieki medycznej⁴⁸.

Jeżeli chodzi o „publiczny charakter” świadczonej usługi, nie zawsze jest możliwe wskazanie wyraźnej granicy między sferą prywatną a publiczną. Notatka wyjaśniająca do projektu dyrektywy z 2008 roku o równym traktowaniu poza sferą zatrudnienia wskazuje jako przykład transakcji „czysto prywatnej”, która tym samym pozostaje poza zakresem stosowania prawa wspólnotowego, wynajem pokoju w prywatnym domu, który nie może być traktowany tak jak np. wynajem pokoi w hotelu⁴⁹. Ale co w sytuacji, kiedy właściciel wynajmuje cztery pokoje w swoim domu, oferując tzw. *bed and breakfast*? Usługi te są bardzo popularne w ostatnich latach w branży agroturystycznej – nieraz

⁴⁷ W oryginale: „Directive shall apply to all persons, as regards both the public and private sectors, including public bodies”.

⁴⁸ J. Ringelheim, *The Prohibition of Racial and Ethnic Discrimination in Access to Services under EU Law*, „European Anti-Discrimination Law Review”, nr 10/2010, s. 12.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 15.

bywa, że goście mieszkają właśnie „u gospodarza”, a nie w oddzielnym budynku. Czy wówczas mówimy o sferze życia prywatnego, czy raczej o usługach świadczonych publicznie w rozumieniu dyrektywy oraz ustawy równościowej? Nie ma jasnej odpowiedzi na te pytania – w gestii sądów krajowych i międzynarodowych będzie leżeć ocena sytuacji faktycznej i prawnej każdej rozpatrywanej sprawy.

W tym miejscu należy zastanowić się nad relacją między prawem antydyskryminacyjnym a prawem własności przysługującym właścicielowi nieruchomości. Przede wszystkim ochronę własności zapewnia Konstytucja RP. Zgodnie z art. 64 ust. 1 każdy ma prawo do własności, innych praw majątkowych oraz prawo dziedziczenia. Prawa te podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej (ust. 2). Własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności (ust. 3). Szczegółowo kwestie związane z prawem własności zostały uregulowane w Kodeksie cywilnym⁵⁰ – zgodnie z art. 140 k.c.: *W granicach określonych przez ustawy i zasady współżycia społecznego właściciel może, z wyłączeniem innych osób, korzystać z rzeczy zgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem swego prawa, w szczególności może pobierać pożytki i inne dochody z rzeczy. W tych samych granicach może rozporządzać rzeczą.* Z przepisu tego wynika, że właścicielowi przysługuje uprawnienie do korzystania z rzeczy. Pojęcie „korzystania” ustawodawca charakteryzuje tylko przykładowo. Obejmuje ono w szczególności uprawnienia do pobierania pożytków i innych przychodów z rzeczy, czyli np. z wynajmu mieszkania, jako że czynsz z najmu jest pożytkiem cywilnym.

W świetle zakazu dyskryminacji w dostępie do usług mieszkaniowych problemem może być stosunkowo duża ochrona przyznana właścicielom w świetle polskiego prawa, którzy mają prawo do dysponowania nieruchomością (np. swoim mieszkaniem) – mogą ją sprzedać, wynająć, użytkować czy zapisać w testamencie. Teoretycznie więc także powinni mieć prawo wyboru, komu to mieszkanie wynajmą lub sprzedadzą. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego, prawo własności traktowane jest jako prawo podmiotowe o najszerzej treści i w porównaniu z innymi prawami – jako prawo najsilniejsze w stosunku do rzeczy⁵¹. Trybunał wskazał jednak, że nie jest ono prawem absolutnym: *do istoty tego prawa należy – z jednej strony swoboda korzystania z rzeczy własnej, z drugiej zaś, pewne ograniczenia tej swobody, stanowiące swoistą granicę istoty prawa własności, a w konsekwencji – także granicę ochrony tego prawa. Pojmowanie bowiem prawa własności jako prawa absolutnego do rzeczy, prowadziłoby [...] do naruszenia interesów innych podmiotów [...].*

⁵⁰ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 ze zm.

⁵¹ Orzeczenie TK z dnia 20 kwietnia 1993 r., OTK I/93, poz. 8.

Innymi słowy, prawo własności nie jest prawem nieograniczonym. Jego treść została określona w art. 140 k.c. w drodze wskazania granic, w obrębie których uprawniony może wykonywać swoje prawa w stosunku do rzeczy⁵². Są to przede wszystkim ustawy, ale także wzgląd na interesy innych podmiotów. Granice własności wyznaczają trzy elementy: ustawa, zasady współżycia społecznego i społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa. O ile wątpliwości mogą rodzić dwa ostatnie pojęcia z uwagi na ich ogólny charakter, o tyle pierwsze ograniczenie – ustawa – jasno wskazuje, że inne przepisy prawa mogą mieć wpływ na dysponowanie prawem własności. Dotyczy to wszystkich działań prawa, np. karnego czy administracyjnego. Przykładem takich przepisów może być ustawa o ochronie praw lokatorów⁵³. Zgodnie z jej przepisami właściciel lokalu posiada zarówno prawa, jak i obowiązki w stosunku do najemcy. W pewnym zakresie zatem prawo normuje relacje, jakie zachodzą między lokatorem i właścicielem w odniesieniu do wynajmowanej nieruchomości, tworząc swego rodzaju katalog tego, co wolno, a czego nie wolno właścicielowi. Przepisy te mają na celu ochronę „słabszej” strony stosunku najmu, jakim jest najemca.

Podobnie ma się rzecz z przepisami antydyskryminacyjnymi – ustawa o równym traktowaniu również może stanowić ograniczenie prawa własności. Rozumieć to należy w ten sposób, że właściciel chcąc wynająć swoje mieszkanie, nie może odmówić wynajmu np. osobie o innym pochodzeniu etnicznym, jeżeli motywem takiego działania byłaby wyłącznie cecha prawnie chroniona tej osoby. W przeciwnym razie może zostać oskarżony o dyskryminację. Zatem, mimo że powszechnie przyjmuje się, że właścicielowi „wszystko wolno” i po jego stronie istnieje domniemanie wyłączności korzystania i dysponowania rzeczami, własność nie jest prawem absolutnym i na tej podstawie właściciel jest zobowiązany respektować zakaz dyskryminacji⁵⁴. Z drugiej strony, w prawie cywilnym obowiązuje zasada swobody umów, zgodnie z którą strony mogą dowolnie kształtować swoje stosunki umowne. Na podstawie art. 353¹ k.c.: *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego*. Przepis ten dotyczy swobody kształtowania treści stosunku prawnego, ale obejmuje on również inne elementy, tj. swobodę decyzji o samym zawarciu umowy, swobodę wyboru kontrahenta czy swobodę formy, w jakiej umowa ma być zawarta⁵⁵. Jednakże, podobnie jak prawo własności, swoboda kontraktowania nie ma charakteru absolutnego.

⁵² K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*. T. 1, Wyd. 6, Warszawa 2011.

⁵³ Ustawa z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego, tekst jednolity Dz. U. z 2005 r., Nr 31, poz. 266.

⁵⁴ E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*. Wyd. 4, Warszawa 2010.

⁵⁵ Uzasadnienie do uchwały SN (PSIC) z 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995, Nr 10.

Artykuł 353¹ k.c. wprowadza trzy rodzaje takich ograniczeń: ustawę, właściwość (naturę) stosunku i zasady współżycia społecznego. W kontekście przedmiotowej analizy istotne jest uregulowanie ustawy równościowej, która wyraźnie stanowi w art. 5 ust. 3, iż jej przepisów nie stosuje się do swobody wyboru strony umowy, o ile tylko nie jest oparty na płci, rasie, pochodzeniu etnicznym lub narodowości. Oznacza to, że osoba zawierająca umowę, np. najmu czy sprzedaży, nie może w zupełnie dowolny sposób decydować o wyborze kontrahenta. Jeżeli powodem odmowy wynajmu mieszkania jest inna narodowość, rasa czy pochodzenie etniczne, działanie takie będzie bezprawne.

3. Praktyczne problemy w sprawach o dyskryminację w mieszkalnictwie

Wielu obywateli państw trzecich przyjeżdżających do Polski napotyka bariery w zakwaterowaniu. Jedynie migranci przymusowi – osoby ubiegające się o nadanie statusu uchodźcy – na czas procedury mają zapewnione miejsce w ośrodkach dla uchodźców. Poza możliwością zakwaterowania w ośrodkach otwartych istnieje system tzw. świadczeń pozaośrodkowych, dzięki którym cudzoziemcy mogą wynająć mieszkanie na wolnym rynku. Wysokość świadczeń jest bardzo niska, obecnie wynosi ok. 1500 złotych⁵⁶ na czteroosobową rodzinę, co w stolicy jest kwotą absolutnie niewystarczającą do pokrycia kosztów wynajmu dwupokojowego mieszkania. Na pomoc w znalezieniu schronienia mogą liczyć także ofiary handlu ludźmi, którym Fundacja La Strada organizuje tymczasowe zakwaterowanie. Inne kategorie cudzoziemców, może oprócz małżonków obywateli polskich z racji zamieszkiwania z rodziną, muszą liczyć wyłącznie na siebie. Organizacje pozarządowe od lat otrzymują od migrantów skargi na problemy z uzyskaniem jakiegokolwiek lokum. Nie chodzi wyłącznie o najem mieszkania na wolnym rynku, ale także o wpis na listę oczekujących na wynajem lokalu komunalnego, otrzymanie miejsca w domu samotnej matki czy otrzymanie schronienia w Ośrodku Interwencji Kryzysowej⁵⁷. Innym problemem jest dostępność placówek dla bezdomnych cudzoziemców – od lat brakuje w nich miejsc dla rodzin liczących wielu członków, często w placówkach tych obowiązuje podział według płci. Do tego dochodzą działania polegające na odsyłaniu cudzoziemców do „Dębaka” (jednego z ośrodków pobytowych dla cudzoziemców w Polsce prowadzonego przez Urząd ds. Cudzoziemców) – w sy-

⁵⁶ Z tych środków cudzoziemiec opłaca nie tylko mieszkanie, ale również koszty wyżywienia, ubrań, środków czystości itp.

⁵⁷ Więcej na ten temat w: W. Klaus, K. Wencel, *Dyskryminacja cudzoziemców w Polsce w latach 2008–2010*, [w:] W. Klaus (red.), *Sąsiedzi czy intruzi? O dyskryminacji cudzoziemców w Polsce*, Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, Warszawa 2010, str. 84.

tuacji, gdy nie bardzo wiadomo, co zrobić z cudzoziemcem, urzędnik nakazuje udać się do Urzędu ds. Cudzoziemców, który, w jego przekonaniu, powinien zająć się sprawą, mimo że może ona akurat dotyczyć kwestii wykraczających poza kompetencje tego konkretnego urzędu.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o pomocy społecznej⁵⁸, prawo do świadczeń z pomocy społecznej (jeśli umowy międzynarodowe nie stanowią inaczej) przysługuje obywatelom polskim mającym miejsce zamieszkania i przebywającym na terytorium RP oraz niektórym kategoriom cudzoziemców zamieszkujących w Polsce (art. 5). Należą do nich osoby, które posiadają zezwolenie na osiedlenie się, pobyt rezydenta długoterminowego WE, zamieszkanie na czas oznaczony udzielone cudzoziemcowi w związku z posiadaniem zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego WE, uzyskanego w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej, który zamierza wykonywać pracę lub prowadzić działalność gospodarczą, podjąć lub kontynuować studia lub szkolenie zawodowe lub wykaże, że zachodzą inne okoliczności uzasadniające jego zamieszkiwanie na terytorium RP. Następnie, przepis wskazuje osoby, które uzyskały status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą. Pełne prawo do pomocy społecznej mają także obywatele państw członkowskich Unii Europejskiej, państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub Konfederacji Szwajcarskiej oraz członkowie ich rodzin mające prawo pobytu lub prawo stałego pobytu w Polsce. Cudzoziemcy przebywający w Polsce na podstawie zgody na pobyt tolerowany mają prawo jedynie do schronienia, posiłku, niezbędnego ubrania oraz zasiłku celowego. Ofiary handlu ludźmi mogą uzyskać świadczenia w formie interwencji kryzysowej, schronienia, posiłku, niezbędnego ubrania oraz zasiłku celowego. Jeżeli rozpatrujemy zatem przypadek nierównego traktowania cudzoziemca w dostępie do zakwaterowania oferowanego w ramach pomocy społecznej, jedynie wymienione kategorie zostały zrównane w tym uprawnieniu z obywatelami polskimi. Należy pamiętać, że nie każda odmowa przyznania cudzoziemcowi pomocy w formie np. schronienia może zostać uznana za dyskryminację. Nie będzie nią sytuacja, w której cudzoziemcowi, np. przebywającemu na podstawie zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony w związku z wykonywaną pracą, organ administracji odmówi przyznania pomocy z racji nieobjęcia tej kategorii cudzoziemców przepisami prawa. Inną sprawą jest kwestia zasadności i słuszności pewnych rozwiązań prawnych przyznających pewne uprawnienia tym, a nie innym migrantom. Dla przykładu, ustawa o dodatkach mieszkaniowych⁵⁹ nie wprowadza

⁵⁸ Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, Dz. U. z 2004 r., Nr 64, poz. 593 ze zm.

⁵⁹ Ustawa z dnia 21 czerwca 2001 r. o dodatkach mieszkaniowych, Dz. U. z 2001 r., Nr 71, poz. 734.

rozróżnienia na obywateli polskich i cudzoziemców, stanowiąc, że dodatek mieszkaniowy przysługuje „najemcom” czy „osobom”. Oznacza to, że o tę formę pomocy mieszkaniowej mogą się ubiegać również migranci, o ile spełnią warunki przewidziane w ustawie.

Bezspornie migranci przymusowi powinni mieć zapewnione schronienie na czas trwania procedury o nadanie statusu uchodźcy i następnie, po uzyskaniu pobytu w Polsce, pomoc w znalezieniu mieszkania w ramach programów integracyjnych. Z racji zobowiązań międzynarodowych w obszarze ochrony praw uchodźców Polska musi zapewnić im pomoc w tym zakresie. Inne grupy migrantów także mniej lub bardziej potrzebują takiej pomocy, jednak, co należy podkreślić, rozumiałe jest, że nie wszystkie kategorie cudzoziemców zrównane są w uprawnieniach z obywatelami polskimi. Dla przykładu, sytuacja ofiar handlu ludźmi różni się od sytuacji studentów, małżonków obywateli polskich czy też cudzoziemców na stałe przebywających w Polsce. Jeżeli jednak ustawodawca różnicuje kategorie cudzoziemców, których sytuacja prawna i faktyczna jest zbliżona lub niemal identyczna, można się zastanowić, czy przepisy prawne nie wprowadzają zróżnicowania, które nie znajduje żadnego obiektywnego uzasadnienia. Może zatem zdarzyć się tak, że przepisy prawne same w sobie są dyskryminujące. Taka też bywa praktyka niektórych urzędów wynikająca z błędnej interpretacji prawa. Jeżeli do dyskryminacji jednak dochodzi, może się okazać, że niezwykle trudno będzie ją udowodnić.

3.1. Trudności dowodowe

Przypadki dyskryminacji nie są sprawami łatwymi do udowodnienia. Dzieje się tak m.in. dlatego, że do nierównego traktowania niejednokrotnie dochodzi za zamkniętymi drzwiami zakładu pracy, w relacjach, np. między urzędnikiem i petentem, pracodawcą i pracownikiem, lekarzem i pacjentem, wynajmującym i najemcą. W wielu sytuacjach pokrzywdzony nie dysponuje dokumentami potwierdzającymi fakt zaistnienia dyskryminacji czy nagraniami rejestrującymi dyskryminujące praktyki, nie ma świadków i ofiara dyskryminacji nie ma żadnego potwierdzenia swojej wersji wydarzeń. Nawet jeżeli są świadkowie, zdarza się, że nie chcą zeznawać w sądzie. Trudności dowodowe pojawiają się przede wszystkim, gdy mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią – częściej występującą, ukrytą, bardziej zwoalowaną formą nieuzasadnionego nierównego traktowania. W kontekście dostępu do mieszkań wynajmowanych przez osoby prywatne (o czym więcej w dalszej części analizy), kwestie dowodowe mogą okazać się skuteczną barierą w dochodzeniu swoich praw na drodze sądowej⁶⁰. Dlatego też

⁶⁰ N. Boccadoro, *Housing rights...*, *op. cit.*, s. 30.

tak ważna jest z punktu widzenia ofiary dyskryminacji zasada odwróconego ciężaru dowodu, dzięki której pokrzywdzony zyskuje ułatwienie i gwarancję skutecznego postępowania. Zgodnie z tą zasadą, powód ma jedynie uprawdopodobnić fakt wystąpienia dyskryminacji, a na pozwanym ciąży obowiązek wykazania, że nie dopuścił się takiego zachowania lub też że nierówne traktowanie było obiektywnie uzasadnione.

Mając na uwadze trudności z udowodnieniem nieuprawnionego nierównego traktowania, warto zauważyć, że istnieje w nauce metoda eksperymentalna pozwalająca wykazać dyskryminację w dostępie do usług, także mieszkaniowych. Chodzi o badania audytowe zwane inaczej sytuacjami testowymi czy testami dyskryminacyjnymi (ang. *situation testing*), które w sektorze mieszkalnictwa są z powodzeniem przeprowadzane od wielu lat w USA i w Wielkiej Brytanii. Tak jak zostało wspomniane wcześniej, w Polsce pierwsze testy w sektorze mieszkalnictwa zostały przeprowadzone przez Instytut Spraw Publicznych na przełomie 2012 i 2013 roku. Ich wyniki pokazały, że w Polsce istnieje problem dyskryminacji cudzoziemców w dostępie do mieszkań. Jeśli chodzi o testy, których wyniki miałyby służyć w konkretnej sprawie w postępowaniu przed sądem, do tej pory nie zapadł jeszcze żaden wyrok w oparciu o wyniki testu dyskryminacyjnego.

Obecnie w wielu krajach europejskich przeprowadza się testy, badając m.in. dostęp do dóbr i usług, a ich wyniki mogą pod pewnymi warunkami służyć jako dowód w sprawie⁶¹. Przykładem może być interesujące orzeczenie sądu belgijskiego wydane w oparciu o przeprowadzony wcześniej test dyskryminacyjny. W sprawie tej dotyczącej wynajmu mieszkania sąd zastosował zasadę odwróconego ciężaru dowodu właśnie na podstawie wyników testów dyskryminacyjnych⁶². Dwoje ludzi o obcym pochodzeniu etnicznym zgłosiło się do agencji wynajmu lokali, chcąc zasięgnąć informacji na temat jednego z apartamentów znajdujących się w ofercie. Umówiono spotkanie w celu obejrzenia mieszkania, jednak jeszcze tego samego dnia agencja poinformowała, że lokal został już wynajęty znajomemu właściciela. Z uwagi na to, że mieszkanie było wciąż w ofercie agencji, para poprosiła znajomego, aby zadzwonił do agencji i zapytał, czy ogłoszenie jest nadal aktualne. Kiedy znajomy powiedział agentowi, że pyta o mieszkanie w imieniu belgijskich znajomych, okazało się, że oferta jest aktualna i agent zaproponował spotkanie. Gdy zobaczył parę cudzoziemców, zaczął się wykręcać i tłumaczyć, że w zasadzie właściciel wolał starszych loka-

⁶¹ Więcej na ten temat K. Wencel, *Owoc zatrutego drzewa? Situation testing jako dowód w sprawach o dyskryminację*, [w:] W. Klaus (red.), *Sąsiedzi czy intruzi – o dyskryminacji cudzoziemców w Polsce*, Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, Warszawa 2010, s. 311.

⁶² Sąd Brukseli I Instancji, wyrok z dnia 3 czerwca 2005 r., www.diversite.be.

torów, którzy nie będą zakłócać spokoju w domu, gdzie sam również mieszkał. Po skonfrontowaniu tych faktów sędzia uznał, że zeznania powodów i ich znajomego były wystarczające, aby uprawdopodobnić nierówne traktowanie pary ze względu na jej obce pochodzenie. Pozwani nie potrafili obalić tego domniemania i zostali uznani winnymi dyskryminacji. Jak widać, test został przeprowadzony w najprostszy z możliwych sposobów – znajomy osób, które doznały dyskryminacji, zadzwonił do agencji po tym, jak parze tej odmówiono możliwości obejrzenia lokalu, a po uzyskaniu pozytywnej odpowiedzi, przekazał swoim znajomym uzyskane informacje. Sędziemu wystarczyło to, by uprawdopodobnić fakt dyskryminacji. Testy w sektorze mieszkalnictwa wydają się dobrym narzędziem do wykazania nieuprawnionego nierównego traktowania. Mogą być przeprowadzane, jak w opisanej powyżej sprawie, za pomocą rozmowy telefonicznej (którą najlepiej byłoby zarejestrować) albo przez uprzednio przeszkolonych testerów wysyłanych do agencji pośrednictwa czy bezpośrednio na spotkanie z właścicielem nieruchomości.

Prowadzone w Stanach Zjednoczonych przy użyciu testów dyskryminacyjnych badania w sektorze mieszkalnictwa dotyczyły m.in. wykazania dyskryminujących praktyk w stosunku do Afroamerykanów i Latynosów. Testy były przeprowadzane zarówno przez prywatne podmioty, jak i przez państwowe instytucje, już od lat 50. XX wieku. Narodowe, duże badania audytowe sponzorowane przez państwo (*U.S. Department of Housing and Urban Development*) były prowadzone w 1977 i 1989 roku. W ostatnich 30 latach przeprowadzono też mniejsze testy, niezależnie jednak od skali testów i podmiotów je przeprowadzających, wszystkie wykazały wysoki poziom dyskryminacji w sektorze mieszkalnictwa. Badania ww. grup narodowościowych udowodniły, że przedstawiciele obu grup poszukujący mieszkania doświadczają dyskryminacji w wielu aspektach transakcji związanych z wynajmem i kupnem mieszkania czy domu. Testy wykazały, że otrzymują oni oferty rzadziej niż biali Amerykanie i muszą włożyć więcej wysiłku, aby uzyskać stosowne informacje i dopełnić transakcji⁶³. W USA sprawą, w której zapadł wyrok stanowiący punkt zwrotny w kwestii korzystania przez sąd z wyników „testów dyskryminacyjnych”, była sprawa z lat 80. Pan Coles, Afroamerykanin, chciał wynająć mieszkanie od agencji pośrednictwa – Havens Realty Corporation. Uzyskał jednak informację, że agencja nie posiada aktualnie żadnych ofert wynajmu, które mogłyby go zainteresować. Pan Coles zawiadomił organizację *non-profit* działającą w obszarze mieszkalnictwa, która następnie przeprowadziła test z panem Colesem w roli głównej. Drugim testerem była osoba biała – pan Willis. Obaj mężczyźni

⁶³ J. Yinger, *Evidence on Discrimination in Consumer Markets*, „Journal of Economic Perspectives”, nr 2/1998, s. 30–32.

parokrotnie kontaktowali się z Havens celem otrzymania informacji na temat ofert wynajmu, ale tylko panu Willisowi złożono propozycję wynajmu. Przed Sądem Najwyższym pan Coles wystąpił jako powód (w sprawie, którą „testował”). Sąd uznał jego interes prawny i zasądził odszkodowanie, mimo że podczas testu zamiarem pana Colesa nie było wynajęcie mieszkania, ale zbadanie, czy dochodzi do zakazanej prawem dyskryminacji⁶⁴.

3.2. Niedozwolone kryterium – kasus Pruszkowa

Jedną z form dyskryminacji zakazanej przez prawo jest dyskryminacja pośrednia, przez którą polska ustawa równościowa rozumie *sytuację, w której dla osoby fizycznej ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje lub szczególnie niekorzystna dla niej sytuacja, chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne*.

Przykładem dyskryminacji pośredniej w dostępie do usług mieszkaniowych może być praktyka Urzędu Miasta w Pruszkowie w przedmiocie stosowania niedozwolonego kryterium w stosunku do osób ubiegających się o lokal mieszkalny z zasobów gminy. Zgodnie z pkt 2 uchwały Rady Miejskiej Pruszkowa nr XLV/508/2002 z dnia 23 maja 2002 roku w sprawie zasad wynajmowania lokali wchodzących w skład mieszkaniowego zasobu gminy, „umowy najmu są zawierane tylko z mieszkańcami Pruszkowa”, przez co Urząd rozumie osoby posiadające stałe zameldowanie na terenie miasta. W sprawie pewnej rodziny cudzoziemskiej, monitorowanej przez Stowarzyszenie Interwencji Prawnej od 2009 roku, brak meldunku stałego okazał się barierą uniemożliwiającą uzyskanie mieszkania komunalnego. Mimo że cudzoziemki (migrantki przymusowe posiadające pełne prawo do ubiegania się o lokal z zasobów gminnych) znajdowały się w dramatycznej sytuacji, władze miasta konsekwentnie odmawiały im możliwości ubiegania się o mieszkanie⁶⁵.

Tymczasem meldunek nie może stanowić kryterium, według którego przyznawane są mieszkania komunalne, warunkiem takim może być miejsce zamieszkania, ale nie zameldowania. Wojewoda Mazowiecki w swoim wystą-

⁶⁴ I. Rorive, *Proving Discrimination Cases. The Role of Situation Testing*, Migration Group Policy and Centre for Equal Rights 2009, s. 45–46.

⁶⁵ Więcej na ten temat: W. Klaus, K. Wencel, *Dyskryminacja cudzoziemców w Polsce...*, *op. cit.*, s. 89.

pieniu w przedmiotowej sprawie jednoznacznie wskazał na bezprawność takiego wymogu, powołując się na orzecznictwo sądów administracyjnych: *Dla przyjęcia danej osoby za mieszkańca danej gminy nie ma znaczenia fakt zameldowania ani jego okres trwania. Mieszkańcem gminy jest każda osoba fizyczna, która ma miejsce zamieszkania na terenie konkretnej gminy (wyrok WSA w Opolu z dnia 7 maja 2009 r., sygn. akt II SA/Op 93/09)*⁶⁶. W tym miejscu warto przywołać także orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 23 lutego 2011 roku odnośnie do wprowadzenia przez gminę w procedurze wynajmu lokali komunalnych kryterium dochodu minimalnego, bez uzyskania którego zawarcie umowy najmu było niedopuszczalne. Sąd uznał, że *Przyjęte przez Radę Miejską kryteria oraz wprowadzenie nowej kategorii prawnej w postaci – najogólniej rzecz ujmując – zdolności czynszowej osób ubiegających się o najem powoduje, że z prawa uzyskania najmu lokali gminnych będą mogły skorzystać osoby nie najuboższe, kosztem osób o najniższym dochodzie w rodzinie, z natury rzeczy nieposiadających zdolności zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych we własnym zakresie. Rozwiązanie takie musi budzić zastrzeżenia z punktu widzenia wskazanej wyżej konstytucyjnej zasady równości obywateli względem prawa (zasady wynajmowania lokali mają rangę przepisu prawa miejscowego) i nie może być akceptowane w obowiązującym porządku prawnym zakładającym konieczność zapewnienia przez wspólnotę gminną określonych potrzeb o charakterze socjalnym*⁶⁷. Sąd wskazał, że określając krąg uprawnionych do uzyskania lokalu z zasobu mieszkaniowego gminy, rada musi pamiętać, by nie wprowadzać do uchwały zapisów o charakterze dyskryminującym pewne grupy mieszkańców. Sprawa ta, co prawda, nie dotyczyła cudzoziemców i dyskryminacji ze względu na pochodzenie etniczne czy narodowość, jednak pokazuje, że niedozwolone są nieuzasadnione obiektywnymi przesłankami kryteria różnicujące osoby ubiegające się o lokale komunalne. W sprawie Pruszkowa głównym problemem jest interpretacja przepisu, który sam w sobie nie dyskryminuje, jednak poprzez wymóg posiadania meldunku różnicuje sytuację obywateli polskich i obywateli państw trzecich. Warto zacytować jeszcze inne orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim (wyrok z dnia 30 czerwca 2011 r. II SA/Go 306/2011): *Pojęcie wspólnoty samorządowej zostało zdefiniowane w art. 16 ust. 1 Konstytucji RP, z którego wynika, że tworzy ją z mocy prawa ogół mieszkańców jedno-*

⁶⁶ Wystąpienie Wojewody Mazowieckiego z dnia 28 kwietnia 2010 r. (nr LEX.1.0558/66/10) adresowane do Stowarzyszenia Interwencji Prawnej.

⁶⁷ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 23 lutego 2011 r. (sygn. IISA/Go 1/11).

stek zasadniczego podziału terytorialnego, w tym przypadku gminy. Takie właśnie znaczenie należy nadać pojęciu wspólnoty samorządowej użytym w art. 4 ust. 1 ustawy o ochronie praw lokatorów. Mieszkańcem gminy jest zatem każda osoba fizyczna mająca miejsce zamieszkania na terenie tej gminy. Jak wynika z tego przepisu, prawo do ubiegania się o zawarcie umowy najmu lokalu mieszkalnego z gminnego zasobu ma każdy mieszkaniec gminy nie mający zaspokojonych potrzeb mieszkaniowych, mający niskie dochody. Omawiana ustawa nie wprowadza innych ograniczeń wyłączających możliwość zawarcia umowy najmu lokalu z gminnego zasobu mieszkaniowego. [...]. Brak jest natomiast jakichkolwiek podstaw, aby do uchwały wprowadzić – jak ma to miejsce w niniejszej sprawie – unormowania, które postawią w niekorzystnej sytuacji i bezpodstawnie różnicują sytuację osób znajdujących się w podobnych warunkach materialnych i mieszkaniowych, które być może kwalifikowałyby się do ubiegania się o wynajem lokalu gminnego w świetle uregulowań uchwały, gdyby nie wprowadzono niekorzystnych dla nich postanowień. Zasady wynajmowania lokali winny być tak skonstruowane, by ci, spośród mieszkańców gminy, którzy spełniają podstawowe kryteria przedmiotowe, od których zależy wynajęcie lokalu z zasobu mieszkaniowego gminy, mieli równe szanse na czynienie starań o uzyskanie lokalu, z uwzględnieniem przewidzianego przez ustawodawcę pierwszeństwa zawarcia umowy najmu przysługującego osobom spełniającym wskazane w tym względzie w uchwale kryteria [wyrok NSA z dnia 17 listopada 2004 r., I OSK 883/04, LEX nr 164541, wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 5 października 2005 roku, II SA/Wr 110/03, z dnia 22 stycznia 2008 roku, IV SA/Wr 541/07, z dnia 4 grudnia 2008 roku, IV SA/Wr 485/08, z dnia 12 sierpnia 2010 roku, IV SA/Wr 338/10].

Do równie ciekawych wniosków doszedł Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach (wyrok z dnia 12 kwietnia 2012 r. II SA/Gi 827/11) wskazując, że: *Gmina obowiązana jest tworzyć warunki do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych wszystkich wymagających tego członków wspólnoty samorządowej, nie zaś jedynie tych członków wspólnoty, którzy w gminie są zameldowani i to wyłącznie na pobyt stały. Nadto możliwość ubiegania się o najem lokalu wchodzącego w skład mieszkaniowego zasobu gminy, jak również warunki najmu zależą wyłącznie od dochodu gospodarstwa domowego i warunków zamieszkiwania. Wprowadzanie w tej mierze nieprzewidzianych w ustawie wyłączeń przewidujących, że wnioski niektórych kategorii osób, z racji nie przewidzianych w ustawie okoliczności, w ogóle nie będą rozpatrywane, w istotny sposób narusza wskazane wyżej przepisy.*

Kwestie zasad oraz ochrony praw lokatorów oraz gospodarowania mieszkaniowym zasobem gminy reguluje Ustawa z dnia 21 czerwca 2001 roku o ochro-

nie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego⁶⁸. Zgodnie z nią, gmina ma obowiązek zapewnić lokale socjalne i lokale zamienne, a także zaspokajać potrzeby mieszkaniowe gospodarstw domowych o niskich dochodach, co ma szczególne znaczenie w kontekście niezamożnych rodzin cudzoziemskich. Jej przepisy dotyczą zarówno obywateli polskich, jak i cudzoziemców. Warto przypomnieć, że przepisy ustawy równościowej zakazują dyskryminacji ze względu na m.in. rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość w zakresie dostępu i warunków korzystania z usług, w tym usług mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw i energii, jeżeli są one oferowane publicznie.

Rozumienie powyższych przepisów i praktyka pruszkowskiego Urzędu poprzez wymaganie stałego meldunku jest niewłaściwa, gdyż pośrednio dyskryminuje cudzoziemców – osoby o innym pochodzeniu etnicznym, narodowości czy rasie. W większości przypadków nie mają oni bowiem możliwości uzyskania meldunku – właściciele prywatnych mieszkań bardzo niechętnie meldują cudzoziemców nawet na pobyt czasowy. Nie to jednak stanowi istotę problemu – sam wymóg wykazania się stałym zameldowaniem jest bezprawny, jeśli zastosowany wobec Polaków i obywateli państw trzecich powoduje ukształtowanie niekorzystnej sytuacji tych ostatnich.

Warto dodać, że Urząd Miejski w Pruszkowie wykazuje zupełne niezrozumienie prawa wspólnotowego oraz zasad obowiązywania tego prawa w Polsce i w stosunku do osób zamieszkujących na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej, co w konsekwencji prowadzi do jego błędnego zastosowania. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem Urzędu „Prawo unijne odnosi się tylko do obywateli Unii Europejskiej”, a skoro cudzoziemka „nie posiada obywatelstwa polskiego ani obywatelstwa innego państwa – członka Unii Europejskiej”, przepisy dyrektywy nie mają wobec niej zastosowania. Poza tym, wyłącza się możliwość zastosowania ww. postanowień dyrektywy z uwagi na art. 3 ust. 2 dyrektywy, zgodnie z którym nie znajduje ona zastosowania do osób o innym obywatelstwie, z uwagi na pozostawienie państwom członkowskim możliwości samodzielnego regulowania kwestii dotyczących wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich na terytorium ich państw oraz traktowania związanego z ich statusem prawnym. W przedmiotowej sprawie nie ma jednak zastosowania art. 3 ust. 2 dyrektywy, a przyjęte przez Urząd Miasta rozumienie przepisów ww. dyrektywy jest absolutnie niewłaściwe i niezgodne z podstawowymi zasadami stosowania prawa wspólnotowego oraz orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w tym zakresie. Wystarczy chociażby podać

⁶⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r., Dz. U. z 2001 r., Nr 71, poz. 733 ze zm.

przykład wyroku ETS w sprawie *Feryn*⁶⁹, w którym dyrektywa 2000/43/WE jak najbardziej znalazła zastosowanie w przypadku obywateli państw trzecich o innym pochodzeniu etnicznym, nieposiadających obywatelstwa państwa członkowskiego UE (w tym przypadku belgijskiego)⁷⁰. Trybunał uznał, że: *Okoliczność, że pracodawca publicznie oświadcza, iż nie będzie zatrudniał pracowników o określonym pochodzeniu etnicznym lub rasowym, stanowi bezpośrednią dyskryminację przy zatrudnianiu w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. A) dyrektywy Rady 2000/43/WE, ponieważ takie deklaracje mogą poważnie zniechęcać określonych kandydatów do składania swojej kandydatury, a tym samym stanowić dla nich przeszkodę w dostępie do rynku pracy. Publiczne oświadczenia, w których pracodawca informuje, że w ramach swojej polityki rekrutacyjnej nie będzie zatrudniał osób o określonym pochodzeniu etnicznym lub rasowym, są wystarczające dla domniemania, w rozumieniu art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/43, że ma miejsce bezpośrednio dyskryminująca polityka zatrudnienia.*

3.3. Migranci przymusowi a dostęp do mieszkań w Warszawie

Pośród wszystkich kategorii obywateli państw trzecich na zakwaterowanie po przybyciu do Polski mogą liczyć jedynie migranci przymusowi – na czas trwania postępowania o przyznanie ochrony międzynarodowej mają zagwarantowane miejsce w ośrodku dla uchodźców lub otrzymują środki finansowe na wynajem mieszkania. Uznani uchodźcy i osoby z przyznaną ochroną uzupełniającą otrzymują wsparcie w ramach Indywidualnych Programów Integracji (IPI), w tym pomoc w poszukiwaniu mieszkania. Po zakończeniu programu teoretycznie powinni już być na tyle samodzielni, by zapewnić sobie zakwaterowanie i znaleźć mieszkanie, które będą w stanie opłacić z uzyskiwanych przez siebie dochodów. Okazuje się jednak, że w przypadku znacznej części migrantów pozostaje to w sferze teorii. Wspomniane wyżej pilotażowe badanie przeprowadzone przez Instytut Spraw Publicznych w 2010 roku dotyczące bezdomności uchodźców wykazało, że wszyscy uchodźcy są narażeni na wykluczenie mieszkaniowe lub bezdomność, a wielu z nich jej doświadcza. Konsekwencjami bezdomności są nierzadko przemoc, agresja i uzależnienia (w tym od pomocy socjalnej).

Niewystarczająca liczba lokali komunalnych i socjalnych, niewydolność ekonomiczna uchodźców oraz niechęć do wynajmowania mieszkań cudzoziem-

⁶⁹ Wyrok ETS z dnia 10 lipca 2008 r., sprawa C-54/07 *Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding p. Firma Feryn NV*.

⁷⁰ Zarzuty dotyczyły publicznych wypowiedzi kierownika firmy, iż jego przedsiębiorstwo poszukiwało monterów, lecz nie mogło zatrudnić „cudzoziemców” z uwagi na niechęć klientów do udostępniania tym osobom prywatnych mieszkań na czas wykonywania prac.

com są głównymi przyczynami popadania w bezdomność i pozostawiania w niej (warto zaznaczyć, że problemy te dotyczą w dużym stopniu także Polaków). W przypadku cudzoziemców okazuje się, że barierą może być również praktyka przyznawania lokali. Wielu cudzoziemców zgłaszających się do organizacji pozarządowych, mieszkających w różnych dzielnicach Warszawy i w jej okolicach sygnalizowało w ostatnich latach problemy w związku z procedurą ubiegania się o mieszkania komunalne. W niektórych urzędach cudzoziemcom objętym ochroną międzynarodową i spełniającym wymogi przewidziane prawem urzędnicy odmawiali wpisania na listę osób oczekujących na mieszkanie i ich wnioski nie były przyjmowane bądź rozpatrywane. Zdarzały się odmowy uzasadniane „trudną sytuacją mieszkaniową” na terenie danej dzielnicy czy gminy, która „nie pozwala na przyjmowanie do realizacji spraw osób związanych z dzielnicą w sposób przejściowy”. W jednej z dzielnic Warszawy pracownicy urzędu stali na stanowisku, że w przypadku, gdy cudzoziemcy legitymują się tzw. pobytem tolerowanym (z którym wiąże się posiadanie karty pobytu na terenie Polski na rok), brakuje podstawy prawnej do umieszczenia ich na liście osób uprawnionych do zawarcia umowy najmu lokalu z zasobów komunalnych⁷¹.

Od połowy stycznia 2013 roku na terenie miasta Warszawy obowiązuje nowa uchwała Nr XVII/353/2011 z dnia 16 czerwca 2011 roku⁷² zmieniająca dotychczasową uchwałę Nr LVIII/1751/2009 Rady m.st. Warszawy z dnia 9 lipca 2009 roku w sprawie zasad wynajmowania lokali wchodzących w skład mieszkaniowego zasobu m.st. Warszawy⁷³. Zgodnie zarówno ze „starą”, jak i z „nową” uchwałą, uchodźcom oraz osobom z przyznaną ochroną uzupełniającą przyznaje się do pięciu lokali komunalnych rocznie, w ramach konkursu organizowanego przez Warszawskie Centrum Pomocy Rodzinie. Konkurs odbywa się w ten sposób, że raz w roku specjalna Komisja powoływana przez WCPR wskazuje pięć rodzin spośród wnioskujących o pomoc mieszkaniową cudzoziemców, biorąc pod uwagę sytuację wnioskodawców w oparciu o następujące kryteria: sytuacja rodzinna, mieszkaniowa, zdrowotna, materialna, okres pobytu w Polsce z uwzględnieniem wysiłków na rzecz integracji. Po dokonaniu wyboru WCPR występuje do Biura Polityki Lokalowej Urzędu m.st. Warszawy o zawarcie z wybranymi osobami umowy najmu⁷⁴.

⁷¹ W. Klaus, K. Wencel, *Dyskryminacja cudzoziemców w Polsce...*, *op. cit.*, s. 89.

⁷² Dz. Urz. Woj. Maz. z 2011 r., Nr 116, poz. 3676.

⁷³ Uchwała Nr LVIII/1751/2009 Rady m.st. Warszawy z dnia 9 lipca 2009 r. w sprawie zasad wynajmowania lokali wchodzących w skład mieszkaniowego zasobu miasta stołecznego Warszawy, Dz. Urz. Woj. Maz. Nr 132, poz. 3937, zmieniona uchwałą Nr XVII/353/2011 Rady m.st. Warszawy z dnia 16 czerwca 2011 r. (Dz. Urz. Woj. Maz. Nr 116, poz. 36376).

⁷⁴ Dla przykładu w 2010 roku pomocą mieszkaniową zostało objęte 15 osób, w tym 9 dzieci, umowy najmu zawarto z 4 rodzinami – obywatelami Rosji narodowości czeczeńskiej oraz z 1 oso-

Z jednej strony należy się cieszyć, że chociaż pięć mieszkań zostało wydzielone z zasobów miasta dla cudzoziemców, z drugiej jednak strony tych kilka lokali jest absolutnie niewystarczające w stosunku do potrzeb. Przepis uchwały stanowi przykład działań afirmatywnych, przy czym rozwiązanie to nie zostało wprowadzone czasowo, jak zazwyczaj dzieje się w przypadku dyskryminacji pozytywnej. Jest ono jednak pozytywnym rozwiązaniem mającym na celu wyrównywanie szans mniejszościowej grupy marginalizowanej poprzez zagwarantowanie puli pięciu mieszkań przeznaczonych do wynajmu wyłącznie przedstawicielom tej grupy.

Problem, jaki się pojawił w kontekście starej uchwały, nie dotyczył *stricte* przepisu, a jego interpretacji. Rozumienie ww. zapisu uchwały było następujące: skoro przepisy dają możliwość uzyskania mieszkania w drodze konkursu, migranci przymusowi nie mają już prawa starać się o lokal komunalny na zasadach ogólnych⁷⁵. Praktyka taka stanowiła dyskryminację bezpośrednią, gdyż ani uchwała, ani akty wyższego rzędu nie różnicują uprawnień obywateli polskich i obywateli państw trzecich w tym zakresie. Na szczęście ta interpretacja została zmieniona i, zgodnie z wyjaśnieniami Urzędu, wszyscy uchodźcy oraz osoby, którym przyznano ochronę uzupełniającą lub pobyt tolerowany, mogą na ogólnych zasadach ubiegać się o lokal komunalny z zasobów m.st. Warszawy⁷⁶. Zgodnie z opinią Biura Prawnego: *Jeżeli cudzoziemiec spełnia kryteria dochodowe i metrażowe oraz ma miejsce zamieszkania na terenie m.st. Warszawy, to jest uprawniony do ubiegania się o lokal mieszkalny z gminnego zasobu. Co więcej, o nabyciu przez cudzoziemca przymiotu mieszkańca gminy nie przesądza posiadanie przez niego określonego rodzaju zezwolenia na przebywanie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej*⁷⁷. Podsumowując, uchodźcy, cudzoziemcy z ochroną międzynarodową lub zgodą na pobyt tolerowany mają pełne prawo, aby ich wnioski o wynajęcie mieszkania z zasobów gminy były rozpatrzone na takich samych zasadach jak wnioski obywateli polskich, a po spełnieniu określonych warunków mają oni prawo do otrzymania mieszkania. Odmowa kwalifikowania cudzoziemców do kolejki osób oczekujących na lokal tylko dlatego, że posiadają kartę pobytu wydaną na czas oznaczony, jest działaniem bezprawnym i nie może mieć miejsca, co na szczęście zrozumiał Urząd m.st. Warszawy, wydając stosowną interpretację przepisów.

bą ze Sri Lanki, były to lokale usytuowane na terenie następujących dzielnic: Mokotów, Wawer, Ochota oraz Praga Północ.

⁷⁵ Więcej na ten temat w: K. Wencel, W. Klaus, *Dyskryminacja cudzoziemców*.

⁷⁶ Pismo Biura Polityki Społecznej oraz Biura Polityki Lokalowej Urzędu Miasta st. Warszawy z dnia 17 marca 2011 r. (PL-UM-WLM-ATO-7140-26-4-11) oraz z dnia 9 marca 2011 r. (PS-R-JPI-8120-24-3-11), adresowane do Stowarzyszenia Interwencji Prawnej.

⁷⁷ Pismo Biura Polityki Społecznej Urzędu m.st. Warszawy z dnia 9 marca 2011 r. adresowane do Wiceprzewodniczącego Rady m.st. Warszawy (sygn. PS-R-JPI-8120-24-3-11).

Na koniec warto jeszcze odnieść się do nowej uchwały w sprawie zasad wynajmowania lokali mieszkalnych wchodzących w skład mieszkaniowego zasobu m.st. Warszawy. Jedną z ważniejszych zmian, jakie wprowadziła, jest usunięcie zapisu stanowiącego, że w przypadku posiadania tytułu prawnego do innego lokalu automatycznie odmawia się zawarcia umowy najmu lokalu pochodzącego z zasobu m.st. Warszawy. Jest to niezwykle istotna zmiana, również w kontekście cudzoziemców, którzy niejednokrotnie z racji posiadania umowy najmu mieszkania wynajętego na wolnym rynku (nie zawsze o odpowiednim standardzie, często ze względów ekonomicznych zamieszkanego przez wieloosobową rodzinę), byli pozbawieni możliwości ubiegania się o mieszkanie komunalne czy socjalne. W obecnym brzmieniu uchwały odmowa następuje m.in. wtedy, gdy wnioskodawca (ale także jego małżonek, osoba pozostająca faktycznie we wspólnym pożyciu lub inna osoba zgłoszona do wspólnego zamieszkiwania) jest właścicielem lokalu, budynku mieszkalnego lub jego części i może go używać lub gdy posiada spółdzielcze prawo do lokalu. Natomiast w przypadku posiadania tytułu prawnego, jakim jest umowa najmu zajmowanego lokalu, każdy przypadek jest badany indywidualnie i jeżeli osoba wynajmująca mieszkanie na wolnym rynku spełnia kryteria dochodowe i metrażowe, może otrzymać lokal z miasta.

4. Podsumowanie

Do dyskryminacji cudzoziemców – obywateli państw trzecich w dostępie do usług mieszkaniowych dochodzi. Świadczą o tym przywołane wyżej badania, doniesienia ze strony samych cudzoziemców oraz obserwacje organizacji pozarządowych na temat obowiązujących przepisów prawa i jego stosowania w praktyce. Główną bolączką polskiego sektora mieszkalnictwa jest niewielka liczba lokali komunalnych w stosunku do potrzeb, nie tylko cudzoziemców, ale i Polaków. Dopóki pula mieszkań z zasobów gminnych nie zwiększy się, problem będzie narastał. Inną przeszkodą w zapewnieniu obywatelom państw trzecich dachu nad głową są stereotypy na temat cudzoziemców funkcjonujące wśród właścicieli wynajmujących mieszkania na wolnym rynku. Mimo przypadków niewywiązywania się z umowy przez najemców-cudzoziemców, niszczenia mienia czy innych problematycznych sytuacji, do których dochodzi (ale nie należy zapominać, że ze strony polskich najemców również), wynajmujący nie powinni kierować się uprzedzeniami i generalizować, zakładając, że wszyscy „Czeczenci są wielodzietni, a Romowie kradną”. W tym obszarze potrzebna jest zmiana świadomości skutkująca zmianą wizerunku migranta – złodzieja, niewyścignego, wyjeżdżającego bez uprzedzenia i pozostawiającego po sobie steretę nieopłaconych rachunków. Pomóc w tym mogłyby np. kampanie społeczne

oraz systematyczne działania edukacyjno-informacyjne adresowane do ogółu społeczeństwa.

Poza tym nie mogą istnieć uchwały rad miejskich wprowadzające kryteria zameldowania, gdyż jest to działanie bezprawne. Także praktyka urzędów w kwestii interpretacji przepisów co do zasady neutralnych i wspólnych dla wszystkich adresatów norm prawnych nie może być dyskryminująca. Aby osiągnąć ten cel, należałoby zwiększyć świadomość urzędników w obszarze prawa antydyskryminacyjnego, np. poprzez serię seminariów, szkoleń czy warsztatów. Pozytecznym działaniem mającym na celu zapobieżenie przypadkom dyskryminacji, mogłoby być opracowanie wewnątrzurzędowego regulaminu antydyskryminacyjnego i opracowanie polityki równościowej, która miałaby być stosowana zarówno w stosunkach wewnątrz urzędu (np. w relacjach pracodawca – pracownik), jak i na zewnątrz (urzędnik – petent). Innym rozwiązaniem, prowadzącym do polepszenia sytuacji cudzoziemców w dostępie do mieszkań, mogłyby być działania afirmatywne czy inaczej – stosowanie tzw. dyskryminacji pozytywnej poprzez wydzielanie z puli mieszkań komunalnych i socjalnych liczby mieszkań dla migrantów przymusowych – tak, jak dzieje się obecnie w przypadku konkursu pięciu mieszkań na terenie m.st. Warszawy, jednak tych mieszkań powinno być zdecydowanie więcej. Działania powinny skupiać się również na tworzeniu mieszkań chronionych (i rotacyjnych) z przeznaczeniem dla najbardziej potrzebujących cudzoziemców, podobnie jak dla innych grup społecznych znajdujących się w trudnej sytuacji. Na koniec, w przypadku gdy dojdzie do naruszenia zasady równego traktowania, warto przeprowadzać testy dyskryminacyjne, stosować i promować tę metodę jako skuteczny sposób udowodnienia dyskryminacji w dostępie do usług mieszkaniowych.

Dowodzenie w sprawach o dyskryminację. Możliwości i ograniczenia udowodnienia nierównego traktowania

1. Wprowadzenie

Sprawy o dyskryminację są wyjątkowo trudne do udowodnienia. Do zachowań noszących znamię nieuprawnionego nierównego traktowania dochodzi bowiem niejednokrotnie za zamkniętymi drzwiami zakładu pracy, w relacjach np. między urzędnikiem i petentem, pracodawcą i pracownikiem, lekarzem i pacjentem. Zazwyczaj nie ma świadków takiego zdarzenia, więc ofiara dyskryminacji może jedynie zdać relację z tego, czego doświadczyła, posługując się „słowem przeciwko słowu”. W takich sytuacjach tradycyjne metody dowodzenia mogą okazać się niewystarczające. Nawet jeżeli są świadkowie, w wielu przypadkach nie chcą oni zeznawać w sądzie. Pokrzywdzony często nie dysponuje także dokumentami potwierdzającymi, że stał się ofiarą dyskryminacji, czy nagraniami rejestrującymi dyskryminujące praktyki.

Dyskryminacja jest zjawiskiem niedookreślonym, biorącym się z subiektywnego odczucia osoby dyskryminowanej, nieraz trudnym do ujęcia w ramy prawne i jeszcze trudniejszym do udowodnienia przed sądem. Motyw, który był przyczyną odmiennego traktowania, zazwyczaj istnieje jedynie w umyśle sprawcy dyskryminacji. Dlatego wykazanie, że podstawą innego traktowania była konkretna cecha prawnie chroniona, może okazać się dużym problemem¹. Trudności dowodowe pojawiają się szczególnie, gdy mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią – częściej występującą, ukrytą, bardziej zawoalowaną formą nieuzasadnionego nierównego traktowania. Do dyskryminacji bezpośredniej ze względu na rasę, pochodzenie narodowościowe czy etniczne

¹ *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji*, Agencja Praw Podstawowych i Rada Europy 2010, s. 134.

dochodzi stosunkowo rzadko, choć jej przypadki wciąż się zdarzają. Jako jej przykład można podać chociażby wydarzenia z przełomu 2010 i 2011 roku w Poznaniu, kiedy do kilku lokali gastronomicznych nie wpuszczono Romów, otwarcie wskazując na ich pochodzenie etniczne jako przyczynę odmowy². Podobnie w sprawie *Feryn*³ Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że mamy do czynienia z dyskryminacją bezpośrednią. W takich sprawach udowodnienie nieuzasadnionego nierównego traktowania jest o tyle prostsze, że następuje wyraźne wskazanie cechy prawnie chronionej, ze względu na którą podmiot dopuszczający się dyskryminacji odmiennie traktuje daną grupę czy jednostkę. Inaczej jednak sytuacja przedstawia się, kiedy dochodzi do dyskryminacji pośredniej. Tutaj szczególne znaczenie ma przesunięcie ciężaru dowodu na stronę pozwaną oraz wykorzystanie innych, nietradycyjnych środków dowodowych, dzięki którym strona powodowa może uprawdopodobnić fakt dyskryminacji. Dzieje się tak, gdyż w przypadku dyskryminacji pośredniej ofiara zazwyczaj nie dysponuje danymi, które potwierdzałyby, że pozornie neutralne kryterium czy praktyka powoduje w jej przypadku szczególnie niekorzystną sytuację. Bez przesunięcia ciężaru dowodu w wielu sprawach nie udałoby się w ogóle dowieść nierównego traktowania, bowiem to strona powodowa jest w posiadaniu informacji wskazujących na określone różnicowanie. Przykładem tego może być dyskryminacja pracowników w kwestii wynagrodzenia przez pracodawcę przyznającego nagrody i premie pieniężne z pozoru wszystkim zatrudnionym, ale faktycznie tylko tym, którzy są w pełni dyspozycyjni. Takie określenie elementów wynagrodzenia prowadzi do sytuacji, że pracownicy – matki lub ojcowie małych dzieci, mniej dyspozycyjni od swoich bezdzietnych kolegów czy koleżanek z pracy, otrzymują bonusy rządziej lub nie otrzymują ich wcale, co wpływa na wymiar ich pensji. W tym przypadku pracownik dochodzący swoich roszczeń nie będzie mógł wykazać przed sądem, że jego sytuacja w porównaniu z innymi jest faktycznie gorsza, gdyż nie będzie miał dostępu do dokumentacji pracowniczej (umowy, paski płac, charakterystyka osób zatrudnionych) będącej w posiadaniu pracodawcy. Dzięki zasadzie przeniesienia cięż-

² W sprawie jednej z ofiar sąd I instancji dnia 24 października 2011 r. oddalił powództwo, uznając, że właścicielce klubu nie można przypisać odpowiedzialności za działania zatrudnianych przez nią ochroniarzy. W dniu 29 lutego 2012 r. Sąd Apelacyjny uchylił wyrok sądu I instancji, uznając, że właścicielka klubu, nie wpuszczając do niego Romów, dopuściła się dyskryminacji, za co musi przeprosić oraz zapłacić 10 tys. zł zadośćuczynienia na rzecz Wielkopolskiego Stowarzyszenia Kulturalno-Oświatowego Polskich Romów. Sprawę monitoruje Helsińska Fundacja Praw Człowieka, więcej na stronie <http://www.hfhrpol.waw.pl/dyskryminacja/home/strona-6>.

³ Wyrok z dnia 10 lipca 2008 r., sprawa C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding p. Firma Feryn NV*.

żaru dowodu to pozwany pracodawca, udostępniając konkretne dane, będzie musiał udowodnić, że nie dopuścił się dyskryminacji.

Inną przeszkodą w skutecznym dochodzeniu swoich praw przed sądami i innymi właściwymi organami jest niska świadomość kwestii związanych z równym traktowaniem, nawet wśród prawników, sędziów, adwokatów czy radców prawnych profesjonalnie zajmujących się świadczeniem pomocy prawnej. Tymczasem możemy się spodziewać, że spraw o nierówne traktowanie będzie w polskich sądach przybywać (nie tylko w sądach pracy), szczególnie z uwagi na wejście w życie w dniu 1 stycznia 2011 roku nowego prawa antydyskryminacyjnego – Ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania⁴.

2. Rozkład ciężaru dowodu

Zgodnie z ogólną zasadą rozłożenia ciężaru dowodu, w toku postępowania strony są zobowiązane dowieść przytaczanych przez nie faktów i okoliczności sprawy, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne. Koncepcja ciężaru dowodu (*onus probandi*) dotyczy możliwości uznania przez sąd za stwierdzone jedynie tych faktów, które zostały dowiedzione, oraz nieuwzględnienia tych faktów, które dowiedzione nie zostały⁵. W sprawach o dyskryminację punkt ciężkości rozkłada się inaczej, gdyż następuje tzw. przerzucenie ciężaru dowodu. Oznacza to, że powód ma obowiązek jedynie uprawdopodobnić, a nie udowodnić fakt zaistnienia dyskryminacji, natomiast to pozwany musi udowodnić, że nie dopuścił się dyskryminacji albo też że nierówne traktowanie było obiektywnie uzasadnione. Zgodnie z tą zasadą sąd powinien uznać, że doszło do dyskryminacji, nawet jeśli powód jedynie przedstawi fakty, z których sąd wywnioskuje, że do dyskryminacji mogło dojść, a pozwany nie podważy słuszności tego wniosko-
wania⁶. Sąd w toku analizy sprawy korzysta ze zwykłych domniemań faktycznych, czyli z wynikającego z doświadczenia życiowego przekonania, że w typowym

⁴ Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, Dz. U. z 2010 r., Nr 254, poz. 1700. W 2011 r. do sądów okręgowych i rejonowych wpłynęło łącznie 30 spraw o przyznanie odszkodowania na podstawie art. 13 Ustawy. Sądy rozpatrzyły 17 spraw, w tym 9 spraw oddalono, 3 sprawy zwrócono, 1 sprawę odrzuciono i 2 umorzono. 13 spraw pozostawiono do rozpatrzenia na 2012 r., informacje uzyskane na podstawie interpelacji poselskiej, <http://orka2.sejm.gov.pl/IZ7.nsf/main/6009A444>.

⁵ M. Zima-Parjaszewska, *Postępowania sądowe o dyskryminację osób LGBT w zatrudnieniu – wybrane problemy*, [w:] K. Śmiszek (red.), *Dyskryminacja ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową w zatrudnieniu*, Kampania Przeciwko Homofobii, Warszawa 2011, s. 57.

⁶ Opinia prawna Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w sprawie z powództwa *Mirosława Harasyma p. Przedsiębiorstwu Państwowej Komunikacji Samochodowej w Bytowie* w związku z apelacją powoda od wyroku Sądu Rejonowego w Człuchowie z dnia 10 listopada 2006 r. (sygn.

przebiegu wydarzeń określone postępowanie mogło mieć związek z działaniem dyskryminacyjnym. Jeżeli pozwany nie zdoła obalić tego domniemania, sąd powinien stwierdzić zaistnienie przypadku dyskryminacji⁷. Przerzucenie ciężaru dowodu na pozwanego ma na celu ułatwienie uzyskania przez powoda prawnej ochrony przed dyskryminacją oraz umożliwienie skutecznego dochodzenia swoich praw. Zobowiązanie pozwanego do ponoszenia części ciężaru dowodowego nałożonego na powoda jest zatem warunkiem efektywnego i rzeczywistego funkcjonowania materialnych gwarancji niedyskryminacji.

Po przedstawieniu przez powoda faktów, które wskazywałyby na jego nierówne potraktowanie, czyli w chwili, kiedy zostanie ustanowione domniemanie dyskryminacji, strona przeciwna powinna udowodnić, że do dyskryminacji w rzeczywistości nie doszło. Tak wyrażony obowiązek jest jednak co najmniej niejasny. Może być bowiem trudno udowodnić, że nie dopuściło się danego czynu lub że dane zdarzenie nie zaszło⁸. Udowodnienie powinno odbywać się przez złożenie wyjaśnień na temat tego, co się wydarzyło (lub co się nie zdarzyło), oraz przez przedstawienie dowodów na poparcie tych twierdzeń. Może to się odbyć np. przez przekazanie dodatkowych wyjaśnień do stwierdzeń strony powodowej lub przez uzupełnienie obrazu przez nią zarysowanego bądź też przez przedstawienie faktów w innym świetle, z innej perspektywy. Na przykład w jednej ze spraw powódka postawiła zarzut, że jako kandydatka starająca się o pracę, z uwagi na wyznawaną religię (islam) i noszenie chusty była podczas rozmowy kwalifikacyjnej szczegółowo wypytywana o tę kwestię: dlaczego nosi chustę, co robi w sytuacji, gdy ludzie są temu przeciwni. Kiedy nie otrzymała pracy, wystąpiła do duńskiego organu równościowego ze skargą na dyskryminację z powodu wyznania/religii. W toku postępowania wyjaśniającego pracodawca potwierdził, że rzeczywiście zadawał kandydatce te pytania, jednak powodem była potrzeba sprawdzenia jej reakcji. Gdyby bowiem otrzymała pracę, musiałaby zmierzyć się z klientami, którzy mogliby o to pytać i nie być zbyt delikatni w swoich uwagach. Pracodawca uważał, że umiejętność radzenia sobie z krytyką czy napastliwymi pytaniami ze strony klientów była istotną kwestią, którą uwzględniał w toku rekrutacji i przy podejmowaniu decyzji o zatrudnieniu. To wyjaśnienie pracodawcy w powiązaniu z faktem, że również inne kandydatki były pytanе o chusty, a jedna z nich została w konsekwencji zatrudniona, wystarczyło do obalenia zarzutu o dyskryminację⁹.

akt P 284/06) o uznanie za bezskuteczne wypowiedzenia umowy o pracę, rozdział „Przesunięcie ciężaru dowodu”, pkt 31.

⁷ *Ibidem*.

⁸ M. van den Brink, *Accusations of discrimination and the shifting burden of proof*, Working Paper for the ERA Meeting 5-6 November 2007, Trier, s. 6.

⁹ *Ibidem*, s. 7.

Przeniesienie ciężaru dowodu ma szczególne znaczenie w sprawach o dyskryminację pośrednią. W przypadku tej formy dyskryminacji należy wykazać, że określone kryteria, wymogi czy praktyki mają nieproporcjonalnie niekorzystny wpływ na określoną grupę. Dlatego w takich sprawach pomocne mogą okazać się dane statystyczne, o których mowa będzie dalej. Bowiem aby wystąpić z domniemaniem, że zaszła dyskryminacja pośrednia, powód może przedstawić dowody statystyczne potwierdzające ogólne schematy odmiennego traktowania¹⁰.

2.1. Ciężar dowodu w świetle antydyskryminacyjnego prawa Unii Europejskiej

Zasada rozkładu ciężaru dowodu w sprawach o nierówne traktowanie jest ugruntowana w systemie prawnym Unii Europejskiej. Tematyka ta jest również przedmiotem zainteresowania Rady Europy – mowa przede wszystkim o zakazie dyskryminacji zawartym w art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Co prawda przepisy Konwencji ani jej protokołów dodatkowych nie regulują kwestii proceduralnych, w tym przypadku związanych z dowodzeniem i rozkładem ciężaru dowodu, jednakże Europejski Trybunał Praw Człowieka wypowiedział się na ten temat przy okazji kilku spraw, co stanowi przedmiot dalszych rozważań.

Prawo Unii Europejskiej przewiduje *expressis verbis* obowiązek odwrócenia ciężaru dowodu. Dyrektywy antydyskryminacyjne Unii Europejskiej, w tym Dyrektywa 2000/43¹¹, Dyrektywa 2000/78¹² oraz Dyrektywa 2002/73¹³, przewidują zasadę przerwania ciężaru dowodu z powoda na pozwanego w sprawach dyskryminacyjnych. Jeszcze zanim te instrumenty prawne zostały przyjęte, kwestie dowodowe zostały uregulowane w *dyrektywie Rady 97/80/WE z dnia 15 grudnia 1997 roku* dotyczącej ciężaru dowodu w przypadku dyskryminacji ze względu na płeć¹⁴. Jej preambuła w pkt 4–7 zawiera informacje na temat konsultacji społecznych w sprawie treści dyrektywy, wskazując następnie cel wprowadzenia uregulowania w sprawie rozkładu ciężaru dowodu. Punkt 7

¹⁰ *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji, op. cit.*

¹¹ Dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne.

¹² Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy.

¹³ Dyrektywa 2002/73/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 września 2002 r. zmieniająca dyrektywę Rady 76/207/EWG w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy.

¹⁴ Dyrektywa Rady 97/80/WE z dnia 15 grudnia 1997 r. dotycząca ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć, Dziennik Urzędowy L 014, 20/01/1998 P. 0006–0008.

stanowi, że *Zgodnie z postanowieniami art. 1 Porozumienia Wspólnota i Państwa Członkowskie postawiły sobie za cel, między innymi, poprawę warunków życia i pracy; skuteczne wprowadzenie w życie zasady równości traktowania mężczyzn i kobiet przyczyniłoby się do osiągnięcia tego celu.* Wynika z tego, że celem wprowadzenia reguły odwróconego ciężaru dowodu jest zapewnienie realizacji zasady równości w praktyce, co w przypadku odmiennego uregulowania, mogłoby się okazać iluzoryczne. Potwierdza to pkt 17 (*Strony skarżące mogłyby być pozbawione skutecznych środków realizacji zasady równości traktowania przed sądami krajowymi, jeżeli skutkiem przedstawienia dowodu jawnej dyskryminacji nie byłoby przesunięcie na stronę pozwaną ciężaru dowodu, że jej praktyka nie jest w rzeczywistości dyskryminująca*) oraz pkt 18 preambuły dyrektywy (*Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich przyjął więc, że zasady dotyczące ciężaru dowodu muszą być dostosowane w odniesieniu do niewątpliwych przypadków dyskryminacji oraz że dla skutecznego stosowania zasady równości traktowania ciężar dowodu musi przejść na stronę pozwaną, jeżeli przedstawiony jest dowód takiej dyskryminacji*). W dyrektywie słusznie wskazano także, o czym była mowa wcześniej, że o wiele trudniej jest udowodnić dyskryminację, jeżeli jest ona pośrednia (pkt 19).

Artykuł 1 dyrektywy 97/80 potwierdza założenie przyjęte w preambule i wskazuje jej cel, którym jest zapewnienie, że działania podjęte przez Państwa Członkowskie w celu realizacji zasady równości traktowania mają stać się skuteczniejsze, aby umożliwić wszystkim osobom, które uznają, że została wobec nich naruszona zasada równości traktowania, *potwierdzenie ich praw w procesie sądowym po wyczerpaniu możliwości przed innymi właściwymi organami.* W związku z tym państwa członkowskie są zobowiązane zagwarantować ofiarom dyskryminacji ochronę ich praw, precyzując, że w sytuacji, gdy *przedstawią przed sądem lub innym właściwym organem fakty, z których można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, zadaniem strony pozwanej będzie udowodnienie, że zasada równości traktowania nie została naruszona* (art. 4 ust. 1). Dyrektywa wyjaśnia także, że państwa członkowskie mogą wprowadzać zasady dowodowe korzystniejsze dla strony skarżącej (art. 4 ust. 2). Termin wdrożenia dyrektywy 97/80 został wyznaczony na dzień 1 stycznia 2001 roku. Polska, przystępując do Unii Europejskiej w 2004 roku i dokonując nowelizacji Kodeksu pracy, wdrożyła postanowienia niniejszej dyrektywy w obszarze zatrudnienia.

Jeżeli chodzi o tzw. dyrektywę rasową, pkt 21 uzasadnienia preambuły określa cel polityczny leżący u podstaw przerwania ciężaru dowodu. Jest nim, podobnie jak w przypadku dyrektywy 97/80, skuteczność stosowania zasady równego traktowania. Zgodnie z art. 8 ust. 1 państwa członkowskie są zatem zobowiązane podejmować *takie środki, które są niezbędne, zgodnie z ich kra-*

owymi systemami prawnymi, w celu zapewnienia, że gdy osoba, która uważa się za pokrzywdzoną nieprzestrzeganiem wobec niej zasady równego traktowania i przedstawia przed sądem lub właściwym organem fakty, z których można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, to na stronie pozwanej ciąży udowodnienie, że zasada równego traktowania nie została naruszona. Dyrektywa także wskazuje, że przepis ten nie jest przeszkodą dla państwa członkowskiego, aby ustanowiło ono zasady dowodowe bardziej korzystne dla powoda. (art. 8 ust. 2). Zasady odwróconego ciężaru dowodu nie stosuje się natomiast do postępowań karnych (art. 8 ust. 3). Państwa Członkowskie mogą nie stosować zasady odwróconego ciężaru dowodu do postępowań, w których ustalenie faktów należy do sądu lub właściwego organu (art. 8 ust. 5). Dla przykładu, we Francji (ale też i w Polsce) zasady odwróconego ciężaru dowodu nie stosuje się w postępowaniu administracyjnym, które ma charakter inkwizycyjny i w którym obowiązek organu do rzetelnego przeprowadzenia postępowania dowodowego został wyraźnie sformułowany, co oznacza inicjowanie i przeprowadzanie niezbędnych dowodów z urzędu. W tym przypadku nie można mówić nawet o rozkładzie ciężaru dowodu, gdyż nie ma w tej procedurze żadnych elementów zasady kontrydiktoryjności – w postępowaniu administracyjnym to organ, działając jak inkwizytor, ma obowiązek zgromadzić wszelkie dowody.

Artykuł 10 dyrektywy 2000/78 wprowadza zasadę odwróconego ciężaru dowodu, stanowiąc, że do udowodnienia, że nie wystąpiło pogwałcenie zasady równego traktowania, zobowiązana jest strona pozwana w przypadku, gdy ofiary dyskryminacji *ustalą przed sądem lub innym właściwym organem fakty, które nasuwają przypuszczenie o zaistnieniu bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji.* Zatem gdy powód wykaże takie fakty (domniemanie dyskryminacji), na pozwanego przerzuca się ciężar dowiedzenia, że zasada równego traktowania nie została naruszona lub też że różnica w traktowaniu nie stanowiła w tym przypadku dyskryminacji. Oznacza to, że pozwany musi wykazać, że nie doszło do naruszenia zakazu dyskryminacji, a gorsze traktowanie (lub uprzywilejowanie) wynikało z obiektywnych przesłanek niemających związku z daną cechą prawnie chronioną.

Warto zwrócić uwagę, że rozwiązanie przyjęte w dyrektywach dotyczących równego traktowania odpowiada podejściu przyjętemu we wcześniejszej dyrektywie w sprawie ciężaru dowodu, jak również w linii orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, ale także Komisji Praw Człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych czy Ogólnoamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka¹⁵.

¹⁵ Opinia prawna Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka..., *op. cit.*, pkt 36.

2.2. Rozkład ciężaru dowodu w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Problematyka dowodzenia dyskryminacji pojawia się w orzeczeniach zarówno Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC), jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Oba Trybunały słusznie zauważyły, że w sprawach o nierówne traktowanie pokrzywdzeni natrafiają na szczególne trudności dowodowe i w obu porządkach prawnych, zarówno Rady Europy, jak i Unii Europejskiej, kwestie dowodowe w sprawach o nierówne traktowanie wymagają specjalnej uwagi. Orzeczenia w tej materii nie są co prawda liczne, ale po pierwsze, warto przeanalizować, w jaki sposób została wyinterpretowana i następnie rozumiana przez TSUE zasada odwróconego ciężaru dowodu, jeszcze zanim zostały przyjęte tzw. dyrektywy równościowe. Po drugie, w orzeczeniach ETPC i TSUE można zauważyć interesującą ewolucję w dopuszczaniu różnych środków dowodowych w sprawach dyskryminacyjnych, np. danych statystycznych, o czym będzie mowa niżej.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej bardzo wczesnie zrozumiał, że w sprawach, w których mamy do czynienia z nieuzasadnionym nierównym traktowaniem, ofiara dyskryminacji może napotykać na szczególne problemy w trakcie procesu, jeżeli ciężar dowodu będzie spoczywał właśnie na niej. Zostało to podkreślone w wyroku z 1989 roku w sprawie *Danfoss*¹⁶ dotyczącej różnicowania wynagradzania pracowników ze względu na staż pracy. W uzasadnieniu orzeczenia Trybunał wskazał, że w sytuacji, kiedy system wynagradzania nie jest przejrzysty i nie pozwala na zidentyfikowanie kryteriów, jakimi pracodawca się posłużył, różnicując wynagrodzenia pracowników, ciężar udowodnienia braku dyskryminacji spoczywa na pracodawcy. Natomiast pracownik musi jedynie wykazać, że przeciętne wynagrodzenie pracowników jednej z płci jest niższe niż pracowników płci przeciwnej w porównaniu z odpowiednio dużą liczbą pracowników. Zasada ta, po raz pierwszy tak wyraźnie wyartykułowana, została w późniejszym czasie zapisana wprost w przepisach dyrektyw antydyskryminacyjnych. Zanim jednak zostały one przyjęte, wypracowana linia orzecnicza została uwzględniona w dyrektywie dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć (97/80/WE)¹⁷.

¹⁶ Wyrok ETS z dnia 17.10.1989 r., *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark p. Dansk Arbejdsgiverforening* („Danfoss”), sygn. C-109/88, http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61988J0109&lg=en.

¹⁷ Późniejsze orzeczenia w sprawach dotyczących zagadnienia kryterium stażu pracy nie pokrywają się jednak ze stanowiskiem zajęтым w wyroku w sprawie *Danfoss*, patrz m.in. sprawa *Nimz, Gerster i Kording, Nikoloudi*.

W kontekście tej dyrektywy warto jeszcze raz podkreślić, że bardzo często ofiara dyskryminacji nie ma możliwości dowiedzenia dyskryminacji, ponieważ w większości przypadków nie ma dostępu do informacji niezbędnych do jej udowodnienia. Przykładowo, w sprawie o dyskryminację w zatrudnieniu pracownik nie ma dostępu do dokumentów czy informacji dotyczących warunków zatrudnienia czy wynagradzania innych pracowników, co utrudnia, a często wręcz uniemożliwia mu dowiedzenie przed sądem, że został potraktowany w sposób odmienny od innych pracowników właśnie ze względu na daną cechę prawnie chronioną. Dlatego bardziej racjonalne jest, by to pracodawca był zobowiązany wykazać obiektywne powody, które stały się podstawą odmiennego traktowania, niż wymaganie, by to powód udowodnił, że czynniki takie nie występowały.

Ciekawym orzeczeniem ilustrującym to zagadnienie, w którym Trybunał odpowiedział na pytanie prejudycjalne dotyczące dyrektywy 97/80, jest sprawa *Kelly przeciwko National University of Ireland*¹⁸. Sprawa dotyczyła sporu między Patrickiem Kellym a Państwowym Uniwersytetem Irlandii z powodu odmowy wydanej przez ten Uniwersytet ujawnienia dokumentów dotyczących procesu selekcji kandydatów ubiegających się o kształcenie zawodowe. Patrick Kelly, wykwalifikowany nauczyciel, złożył na ww. Uniwersytecie podanie o przyjęcie go na studia magisterskie w zakresie nauk społecznych dla pracowników socjalnych, jednak zostało ono odrzucone. Kelly poczuł się zdyskryminowany i wystąpił na drogę sądową. Jednocześnie złożył do sądu wnioski, w którym żądał od uniwersytetu odpisów dokumentów zgromadzonych w toku rekrutacji (m.in. odpisów zarchiwizowanych podań, kart punktacyjnych kandydatów). Wniosek o ujawnienie dokumentów został oddalony, od czego Kelly się odwołał i jednocześnie złożył do sądu odwoławczego wniosek o wystąpienie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniem prejudycjalnym. Sąd krajowy, mając wątpliwości, czy oddalenie wniosku o ujawnienie dokumentów jest zgodne z prawem unijnym, zwrócił się do TSUE z następującym pytaniem (jednym z pięciu): czy art. 4 ust. 1 dyrektywy 97/80 uprawnia kandydata ubiegającego się o kształcenie zawodowe, który uważa, że odmówiono mu dostępu do kształcenia zawodowego, ponieważ nie zastosowano w stosunku do niego zasady równego traktowania, do uzyskania informacji o odpowiednich kwalifikacjach innych kandydatów na przedmiotowe studia, tak aby kandydat ten mógł „przedstawić przed sądem lub innym właściwym organem stan faktyczny, z którego można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji”? Innymi słowy, TSUE miał rozstrzygnąć, czy odmowa uzyskania

¹⁸ Wyrok TSUE z dnia 21.07.2011 r. *Patrick Kelly p. National University of Ireland (University College, Dublin)*, sprawa C-104/10.

dokumentów będących w posiadaniu uniwersytetu nie narusza gwarancji procesowych Patricka Kelly'ego, czyli wyrażonej w dyrektywie zasady odwróconego ciężaru dowodu.

Po przeanalizowaniu sprawy Trybunał zauważył, że na osobie, która uważa się za pokrzywdzoną, z uwagi na naruszenie zasady równego traktowania, spoczywa obowiązek przedstawienia faktów, z których można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji. Jedynie w przypadku, gdy osoba ta przedstawi takie fakty, do osoby pozwanej należy udowodnienie, że nie miało miejsca naruszenie zasady niedyskryminacji. Celem dyrektywy 97/80 jest zapewnienie, by działania podejmowane przez państwa członkowskie w celu realizowania zasady równości były skuteczne, stąd wprowadzenie reguły odwróconego ciężaru dowodu. Zatem państwa członkowskie nie mogą stosować regulacji mogących zagrozić realizacji celów wytyczonych przez daną dyrektywę i w konsekwencji pozbawić ją jej skuteczności. Jednakże w rozpatrywanej sprawie Trybunał uznał, że wykładni ww. przepisu dyrektywy należy dokonywać w ten sposób, że nie uprawnia on kandydata, któremu odmówiono kształcenia zawodowego, do uzyskania specyficznych informacji posiadanych przez Uniwersytet, tak aby mógł on uprawdopodobnić fakt dyskryminacji. Co ważne, Trybunał wskazał, że *nie można jednak wykluczyć, że odmówienie przez stronę pozwaną dostępu do informacji w kontekście przedstawiania takich faktów może zagrozić realizacji celu wytyczonego przez omawianą dyrektywę, a tym samym pozbawić zwłaszcza art. 4 ust. 1 tejże dyrektywy jego skuteczności (effet utile). Do sądu krajowego należy weryfikacja, czy tak jest w przypadku sprawy w postępowaniu głównym.* Trybunał zatem z jednej strony uznał, że w tej konkretnej sprawie Uniwersytet nie był zobowiązany do ujawnienia informacji dotyczących rekrutacji i nie naruszył tym samym uprawnień strony powodowej w kwestii przeniesienia ciężaru dowodu i uprawdopodobnienia dyskryminacji. Z drugiej jednak strony zostawił otwartą furtkę, wskazując, że w innym stanie faktycznym być może takie działanie stanowiłoby naruszenie postanowień dyrektywy. Wskazał przy tym, że to sąd krajowy będzie władny ocenić, czy taka sytuacja zdarzyła się.

Inną sprawą zawistą przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w której analizowano kwestię rozkładu ciężaru dowodu, w tym przypadku między pracodawcą a pracownikiem, była sprawa *Cadman*¹⁹. Sprawa ta dotyczyła zasady równości wynagrodzeń kobiet i mężczyzn w kontekście stażu pracy jako czynnika wpływającego na wysokość wynagrodzeń. Szczególnie interesująca jest opinia rzecznika generalnego, w której szczegółowo omawia on zagadnienie

¹⁹ Sprawa C-17/05, *B.F. Cadman p. Health & Safety Executive*, wyrok TSUE z dnia 3 października 2006 r.

nie rozkładu ciężaru dowodu w sprawach o dyskryminację pośrednią. Rzecznik wskazał, że zgodnie z art. 2 ust. 2 dyrektywy 97/80 dyskryminacja pośrednia może być uzasadniona, w przeciwieństwie do dyskryminacji bezpośredniej. Jeżeli chodzi o przypadki dyskryminacji pośredniej, to skarżący (w tym przypadku pani Cadman) zobowiązany jest udowodnić, że sporny przepis (dotyczący kryterium stażu pracy) powoduje zasadniczo odmienne skutki w odniesieniu do pracowników jednej płci. Zatem na początkowym etapie ciężar dowodu spoczywa na pracowniku. Tylko w przypadku zaprezentowania takiego dowodu, pracodawca ma obowiązek przedstawienia uzasadnienia praktyki rzekomo neutralnej. Jeśli pracownik przedłoży odpowiedni środek dowodowy, wówczas pracodawca musi wykazać, że kwestionowana praktyka czy kryterium dążą do realizacji zgodnego z prawem celu, są konieczne do jego osiągnięcia i proporcjonalne (pkt 25 opinii). Trybunał ostatecznie uznał, że co prawda pracodawca nie musi szczególnie wykazywać, że odwołanie do kryterium stażu jest właściwe dla osiągnięcia założonego celu w zakresie danego stanowiska pracy (gdyż co do zasady staż pracy łączy się z kwestią wynagradzania), ale mogą istnieć sytuacje, w których odwołanie się do kryterium stażu pracy powinno być uzasadnione przez pracodawcę w sposób szczegółowy.

Przechodząc do orzecznictwa ETPC dotyczącego zakazu dyskryminacji, z analizy spraw rozstrzyganych w oparciu o art. 14 EKPC wynika, że skarżący, kierując sprawę do sądu, powinien zwrócić uwagę na cztery kwestie. Po pierwsze, powinien podać niedozwolone kryterium różnicujące, inaczej mówiąc, cechę prawnie chronioną, ze względu na którą jest odmiennie traktowany. Po drugie, wskazać dyskryminujące, w jego ocenie, traktowanie, któremu podlegał. Następnie wykazać, że jego sytuacja jest podobna (porównywalna) do sytuacji osób należących do grupy porównawczej lub od niej znacząco różna, i w końcu – wskazać prawo lub wolność chronioną Konwencją, które w jego przypadku zostało naruszone²⁰.

Sprawą, w której jednoznacznie rozstrzygnięto kwestię rozłożenia ciężaru dowodu w sprawach dotyczących dyskryminacji opartych na art. 14 EKPC, jest sprawa *Nachova przeciwko Bułgarii*²¹. W sprawie tej funkcjonariusze państwa zastrzelili dwóch więźniów pochodzenia romskiego, którzy zbiegli z miejsca odbywania kary pozbawienia wolności. W skardze do sądu podniesiono, że decydującym powodem wydarzeń, które doprowadziły do śmierci dwóch mężczyzn, oraz nieprzeprowadzenia skutecznego i adekwatnego postępowania wyjaśnia-

²⁰ L. Garlicki (red.), *Konwencja o ochronie praw Człowieka. Komentarz do art. 1–18*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010..., *op. cit.*, s. 791.

²¹ Wyrok ETPC z dnia 26 lutego 2004 r., sprawa *Nachova i inni p. Bułgarii*, skargi nr 43577/98 i 43579/98.

jącego przypadek spowodowania śmierci człowieka w wyniku interwencyjnego użycia broni palnej przez funkcjonariuszy były uprzedzenia i nieprzyjazny stosunek wobec Romów. Trybunał, rozpatrując materiał dowodowy, uwzględnił dowody potwierdzające powszechne występowanie zjawiska stosowania przemocy wobec Romów przez wymiar sprawiedliwości w Bułgarii. Orzekł na korzyść strony skarżącej, wyraźnie wskazując, że skoro władze nie podjęły działań mających na celu wykrycie u sprawców ewentualnego motywu rasistowskiego i nie przeprowadzono oceny zgromadzonych dowodów pod tym właśnie kątem, państwo odpowiada za naruszenie art. 14 w zw. z art. 2 Konwencji. Co ważne, po raz pierwszy ciężar dowodu został przeniesiony na pozwane państwo. Trybunał potwierdził, że w sprawach o dyskryminację rozpatrywanych w oparciu o art. 14 należy go przerzucić na pozwanego, jednocześnie wskazując, że takie stanowisko jest zgodne z prawodawstwem i orzecznictwem Unii Europejskiej, powołując się wprost na przepisy dotyczące reguł dowodowych w sprawach o dyskryminację wynikających z dyrektyw 2000/43 i 2000/78. W późniejszym wyroku w sprawie *Stoica przeciwko Rumunii*²², czy w kilku innych sprawach „romskich”²³, Trybunał potwierdził swoje stanowisko, ugruntowując funkcjonowanie tej zasady.

Co ważne, przełomem w rozumieniu problemu nierównego traktowania w tych sprawach jest sama zmiana sposobu badania zarzutu dyskryminacji rasowej. Rozkład ciężaru dowodu jest istotny, ale ważny jest przede wszystkim sposób dokonywania oceny konkretnego przypadku: jest on badany głównie na tle ogólnej sytuacji danej grupy mniejszościowej, bez kazuistycznej analizy stanu faktycznego sprawy²⁴. W sprawie *Sampanis przeciwko Grecji*²⁵ Trybunał wskazał, że na państwie ciąży obowiązek wykazania, że odmienne traktowanie jest usprawiedliwione obiektywnymi czynnikami. Sprawa ta dotyczyła dyskryminacji pośredniej i wyrok jest o tyle istotny ze względu na swoje dowodowe konkluzje, że jasno stwierdza, że art. 14 Konwencji obejmuje również tę formę dyskryminacji, czyniąc ten przepis *skutecznym narzędziem zwalczania dyskryminacji pośredniej*²⁶. Podobnie Trybunał rozstrzygnął sprawę *D.H. p. Czechom*²⁷, która dotyczyła dyskryminacji pośredniej – umieszczania dzieci romskich

²² Wyrok ETPC z dnia 4 marca 2008 r., sprawa *Stoica p. Rumunii*, skarga nr 42722/02.

²³ Np. sprawa *D.H. i inni p. Republice Czeskiej* (skarga nr 57325/00), ale także *Timishev p. Rosji* (skargi nr 55762/00 i 55974/00).

²⁴ K. Sękowska-Kozłowska, *Sprawy o dyskryminację osób pochodzenia romskiego a rozkład ciężaru dowodu w postępowaniu przed ETPCz. Komentarz do wyroku ETPCz w sprawie Stoica p. Rumunii*, www.prawaczlowieka.edu.pl.

²⁵ Wyrok z dnia 5 czerwca 2008 r., sprawa *Sampanis p. Grecji*, skarga nr 32526/05.

²⁶ L. Garlicki (red.), *Konwencja...*, s. 774.

²⁷ Wyrok z dnia 13 listopada 2007 r., sprawa *D.H. p. Czechom [Sprawa D.H. i inni p. Republice Czeskiej]*, skarga nr 57325/00.

w szkołach specjalnych. W orzeczeniu Trybunał ustalił reguły dowodowe obowiązujące odtąd w takich sprawach, stwierdzając, że zagwarantowanie skutecznej ochrony osobie podnoszącej zarzut dyskryminacji pośredniej wymaga, aby reguły te były łagodniejsze niż zwykle²⁸. Sprawa ta jest interesująca także z innego powodu – po raz pierwszy Trybunał otwarcie dopuścił możliwość udowodnienia dyskryminacji innymi środkami, w tym wypadku na podstawie dowodów statystycznych, o czym będzie mowa w kolejnym rozdziale niniejszego opracowania.

2.3. Polskie przepisy prawne a ciężar dowodu w sprawach o dyskryminację

Zgodnie z ogólną zasadą dowodzenia w sprawach cywilnych, rozkład ciężaru dowodu jest następujący: ten, który coś twierdzi, ma obowiązek to udowodnić. I tak, zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. Oznacza to, że strona, chcąc dowieść swoich twierdzeń, powinna przedstawić dowody na ich poparcie, fakty nieudowodnione nie zostaną zaś uwzględnione przez sąd i nie będą wywoływać skutków prawnych z nimi związanych, co w konsekwencji może prowadzić do przegrania sprawy²⁹. Dowodzenie twierdzeń nie jest jednak obowiązkiem strony, sąd nie może też nakazać przeprowadzenia określonego dowodu³⁰. W sprawach o dyskryminację ciężar się jednak przesuwa i mamy do czynienia z jego odwróceniem czy inaczej – przerzuceniem.

Polskie prawo antydyskryminacyjne w dużej mierze jest wynikiem zobowiązań międzynarodowych, jakie podjęła Polska, przystępując do Unii Europejskiej, Organizacji Narodów Zjednoczonych czy Rady Europy. Zarówno przepisy Kodeksu pracy, jak i tzw. ustawy równościowej zawierają regułę odwróconego ciężaru dowodu, jednak jest ona rozumiana nieco odmiennie niż w dyrektywach równościowych. Zasada ta nie oznacza, że ofiara dyskryminacji jest zwolniona z podejmowania prób wykazania nierównego traktowania³¹. Jest ona zobowiązana je uprawdopodobnić, czyli wskazać, po pierwsze, cechę prawnie chronioną, ze względu na którą została wobec niej naruszona zasada równo-

²⁸ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Wolters Kluwer, 5 wydanie, Warszawa 2010, s. 761.

²⁹ M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny, część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 116–117.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ K. Gonera, *Rozkład ciężaru dowodu w sprawach o dyskryminację w zatrudnieniu w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, referat wygłoszony podczas seminarium „Dowodzenie w postępowaniach o dyskryminację – wyzwania” zorganizowanego przez Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, Warszawa 2011.

go traktowania. Następnie wykazać związek przyczynowy między zachowaniem stanowiącym w jej odczuciu dyskryminację i faktem posiadania tej cechy. Sprawca dyskryminacji może natomiast obalić domniemanie w dwojaki sposób. Może udowodnić, że pokrzywdzony nie znajdował się w sytuacji podobnej lub porównywalnej do sytuacji osoby będącej źródłem porównania. Może też próbować wykazać, że podstawą odmiennego traktowania nie jest cecha chroniona, ale jego zachowanie czy praktyka były podyktowane innymi, obiektywnymi różnicami. Na przykład różnica w wynagrodzeniu kobiety i mężczyzny zatrudnionych na podobnym stanowisku może wynikać z wyższych kwalifikacji lub innego zakresu obowiązków każdego z nich. Jeżeli jednak sprawca dyskryminacji nie zdoła obalić domniemania, będzie musiał wykazać, że odmienne traktowanie jest obiektywnie uzasadnionym i proporcjonalnym środkiem. Skutkami naruszenia ciężaru dowodu w procesie cywilnym, zarówno w świetle art. 6 Kodeksu cywilnego, jak i przepisów odnoszących się do zasady przerzucenia ciężaru dowodu, jest możliwość podniesienia związanego z tym faktem zarzutu apelacyjnego lub złożenia skargi kasacyjnej. Oznacza to, że gdyby sąd niewłaściwie zastosował reguły dowodowe w toku rozpatrywania sprawy, strona odwołująca się od niekorzystnego dla niej wyroku mogłaby podnieść zarzut niezastosowania bądź błędnego zastosowania np. zasady przeniesienia ciężaru dowodu w sprawie o dyskryminację.

W Kodeksie pracy zasada przesunięcia ciężaru dowodu uregulowana jest w art. 18^{3b} § 1, który wskazuje, że za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu uważa się różnicowanie przez pracodawcę sytuacji pracownika ze względu na cechę lub cechy prawnie chronione, czego skutkiem *w szczególności jest odmowa nawiązania lub rozwiązanie stosunku pracy, niekorzystne ukształtowanie wynagrodzenia za pracę lub innych warunków zatrudnienia albo pominięcie przy awansowaniu lub przyznawaniu innych świadczeń związanych z pracą, pominięcie przy typowaniu do udziału w szkoleniach podnoszących kwalifikacje zawodowe – chyba że pracodawca udowodni, że kierował się obiektywnymi powodami*. Właśnie w tej klauzuli *chyba że* zawiera się reguła odwróconego ciężaru dowodu. W opinii niektórych ekspertów taka konstrukcja nie jest najwłaściwsza z uwagi na niejasność sformułowania³². Jednakże stosowana jest ona przez sądy pracy i, jak pokazuje orzecznictwo, nie powoduje większych problemów interpretacyjnych w praktyce.

Do niedawna stosowanie zasady odwróconego ciężaru dowodu było możliwe wyłącznie w sprawach pracowniczych, jednak wraz z wejściem w życie w dniu 1 stycznia 2011 roku ustawy o równym traktowaniu obowiązuje także w postępowaniach toczących się w związku z naruszeniem zasady równo-

³² Np. według ekspertów przygotowujących ww. opinię Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka.

go traktowania w innych obszarach, m.in. dostępu do opieki zdrowotnej, zabezpieczenia społecznego czy usług mieszkaniowych. Nowa ustawa w art. 14 ust. 2 i 3 formułuje tę zasadę w następujący sposób: *Kto zarzuca naruszenie zasady równego traktowania, uprawdopodobnia fakt jej naruszenia (ust. 2). W przypadku uprawdopodobnienia naruszenia zasady równego traktowania ten, któremu zarzucono naruszenie tej zasady, jest obowiązany wykazać, że nie dopuścił się jej naruszenia (ust. 3).* Nie ma jeszcze wyroków przyznających odszkodowanie w sprawach wytaczanych na podstawie tej ustawy, zatem trudno stwierdzić, jak przepisy te są stosowane przez sądy cywilne.

W orzecznictwie sądów pracy przyjmuje się, że powód – pracownik dochodzący swoich roszczeń przed sądem pracy – powinien nie tylko uprawdopodobnić fakt dyskryminacji, ale wskazać cechę prawnie chronioną, ze względu na którą jest odmiennie traktowany, czyli *prawdopodobne niedozwolone kryterium różnicowania sytuacji własnej i innego pracownika*³³. Takie stanowisko orzecznictwa jest jednak krytykowane, a w doktrynie przyjmuje się, że samo uprawdopodobnienie nierównego traktowania powoduje domniemanie faktyczne, że różnicowanie powstało w wyniku dyskryminacji. Jednak samo domniemanie dyskryminacji powinno być na tyle „silne”, aby sąd nie oddalił powództwa, uznając, że jest ono bezzasadne³⁴.

Warto w tym miejscu omówić różnicę między domniemaniem prawnym a faktycznym, gdyż ma to znaczenie dla zrozumienia istoty domniemania dyskryminacji. Domniemanie prawne jest ustanowione przepisami prawnymi, które wskazują konkretnie, w jakich okolicznościach należy przyjąć domniemanie istnienia określonych zachowań, zjawisk, stanów czy zależności. Przykładem może być domniemanie ojcostwa, a także domniemanie dobrej wiary. Jeżeli chodzi o domniemanie faktyczne, nie opiera się ono na przepisach prawa, a na wiedzy, logicznym myśleniu i doświadczeniu życiowym podmiotu stosującego prawo. Wynika ono zatem z rozumowania sądu. W opinii Pawła Czarneckiego, polska konstrukcja domniemania zawierająca się w ww. sformułowaniu Kodeksu pracy przerzucającym ciężar dowodu na pracodawcę jest dalej idącym rozwiązaniem, lepiej chroniącym interesy pracownika niż standardy przyjęte w dyrektywach równościowych³⁵. Dzieje się tak, gdyż w dyrektywie rasowej czy dyrektywie 97/80 nie mamy do czynienia z domniemaniem, ale raczej z regułą wnioskowania: *na plan pierwszy wysuwa się obowiązek powoda czującego się pokrzywdzonym przez naruszenie w stosunku do niego zasady równego trak-*

³³ K. Gonera, *Rozkład ciężaru dowodu...*, s. 10.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ P. Czarnecki, *Rozkład ciężaru dowodu w sprawach na tle dyskryminacji*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2006, nr 3.

towania, by uwiarygodnił swoje roszczenie przez udowodnienie faktów pozwalających przypuszczać, że do owego naruszenia rzeczywiście doszło (przywołując np. w razie dyskryminacji pośredniej określone dane statystyczne)³⁶. Udowodnienie tych okoliczności zostaje przerzucone na pozwanego, który musi wykazać, że do naruszenia zasady równego traktowania nie doszło. Tak skonstruowany przepis wyrażający odwrócenie ciężaru dowodu nie stanowi domniemania, za to istotną rolę pełni tutaj sąd, który będzie decydował, czy dowiedziono faktu uwiarygodniającego dyskryminację, czy też nie. W polskiej konstrukcji prawnej pracownik nie musi nawet uwiarygodniać dyskryminacji, wystarczy, że zarzuci ją pracodawcy i wykaże, że jego sytuacja różni się od innych osób lub różni się ona w sposób niekorzystny. Innymi słowy, nie jest on zobowiązany uwiarygodnić, że przyczyny, dla których jego sytuacja jest odmienna, skutkują naruszeniem wobec niego zasady równego traktowania³⁷. Dlatego, zdaniem autora, polskie rozwiązanie jest dalej idące niż regulacje wspólnotowe i można tu mówić o *całkowitym* przerzuceniu ciężaru dowodu. Wadą polskiej konstrukcji jest natomiast ograniczenie zasady swobodnej oceny dowodów poprzez ustanowienie domniemania prawnego.

Problematyka ciężaru dowodu znalazła swój wyraz m.in. w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który stwierdził, że pracownik powinien wykazać fakty uprawdopodobniające zarzut nierównego traktowania w zatrudnieniu, a wówczas na pracodawcę przechodzi ciężar dowodu, że kierował się obiektywnymi powodami. Sąd Najwyższy wskazał, że uzasadnienie zarzutu dyskryminacji nie może być ogólnikowe. Twierdzenia powoda powinny nawiązywać do okoliczności wskazanych przez pracodawcę jako względy, którymi kierował się, różniąc pracowników (art. 18^{3b} § 1 *in fine* Kodeksu pracy)³⁸. W innym orzeczeniu³⁹ Sąd Najwyższy stwierdził, że w sytuacji, gdy powód zarzuca naruszenie przepisów odnoszących się do dyskryminacji, to on powinien wskazać przyczynę, ze względu na którą był dyskryminowany – zgodnie z art. 18^{3b} § 1 Kodeksu pracy: *powód powinien wykazać nierówne traktowanie w porównaniu z innymi osobami znajdującymi się w jednakowej sytuacji faktycznej i prawnej, pozwany zaś broniąc się przed zarzutem dyskryminacji musi wykazać, że to nierówne traktowanie – jeżeli faktycznie miało miejsce – było obiektywnie usprawiedliwione i nie wynikało z przyczyn pozwalających na przypisanie mu działania dyskryminującego powoda*. Zatem w celu uruchomienia szczególnego mechanizmu rozkładu ciężaru dowodu, pracownik, który we własnej ocenie był dyskrymino-

³⁶ *Ibidem*, s. 14.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Wyrok SN z dnia 4 stycznia 2008 r., I PK 188/07.

³⁹ Wyrok SN z dnia 24 maja 2007 r., II PK 308/06.

wany, powinien wskazać przyczynę dyskryminacji oraz okoliczności dowodzące nierównego traktowania z tej przyczyny, a powinno to nastąpić w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji.

Ciekawym orzeczeniem z uwagi na uzasadnienie bogate w odniesienia do prawa Unii Europejskiej i orzecznictwa TSUE jest wyrok SN w sprawie pracownicy zatrudnionej w urzędzie miejskim na stanowisku radcy prawnego⁴⁰. Nie wchodząc w szczegóły dotyczące stanu faktycznego, warto zwrócić uwagę na rozumienie zasady odwróconego ciężaru dowodu przez Sąd Najwyższy. Przede wszystkim Sąd odwołał się do art. 10 dyrektywy 2000/78, wskazując, że w jej świetle powinno się dokonywać wykładni przepisu Kodeksu pracy. Następnie podał przykład rozumienia zasady odwróconego ciężaru przez TSUE, przywołując wyrok *Vasiliki Nikoloudi przeciwko Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*. W sprawie tej Trybunał stwierdził, że w przypadku, gdy pracownik powołuje się na naruszenie zasady równości traktowania na jego niekorzyść i gdy przedstawi fakty, z których można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, wykładni prawa wspólnotowego (a w szczególności dyrektywy Rady 97/80/WE z dnia 15 grudnia 1997 r. dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć) należy dokonać w ten sposób, że na stronie pozwanej ciąży obowiązek dowiedzenia, że naruszenie tej zasady nie miało miejsca. Sąd powołał się również na orzeczenie w sprawie *Susanna Brunnhofer przeciwko Bank der österreichischen Postspar-kasse AG*, w którym TSUE przyjął, że na pracownikach, którzy uznają się za ofiary dyskryminacji, spoczywa ciężar dowiedzenia, iż otrzymują niższą płacę niż płacona przez pracodawcę ich kolegom oraz w rzeczywistości wykonują taką samą pracę lub pracę równej wartości, porównywalną do wykonywanej przez wybranego pracownika, do porównania z którym dochodzi. Pracodawca może wówczas nie tylko kwestionować fakt, iż warunki stosowania zasady równego wynagrodzenia (w tym przypadku dla mężczyzn i kobiet) są spełnione, ale również przedstawiać obiektywne powody, niezwiązane z jakąkolwiek dyskryminacją, by uzasadnić różnicę w wynagrodzeniu.

3. Środki dowodowe i metody dowodzenia dyskryminacji

Zanim przejdę do omówienia dostępnych w prawie polskim środków dowodowych oraz zasad rządzących postępowaniem dowodowym, warto wspomnieć o trzech kwestiach, których w sprawach o dyskryminację udowodnić nie potrzeba. Przede wszystkim bez znaczenia są poglądy, preferencje, uprzedzenia czy stereotypy, którymi się kieruje podmiot dopuszczający się dyskry-

⁴⁰ Wyrok SN z dnia 22 lutego 2007 r., I PK 242/06.

minacji. Dla oceny sytuacji nie powinien też się liczyć zamiar dyskryminacji czy jego brak. Takie kwestie faktyczne są bez znaczenia dla uznania, czy prawne kryterium dyskryminacji zostało spełnione⁴¹. Należy udowodnić, czy doszło do nieuprawnionego nierównego traktowania, czy nie. Oczywiście okoliczności sprawy będą miały znaczenie, ale nie czynniki wymienione wyżej. Dla przykładu, we wspomnianej wcześniej sprawie *Feryn* właściciel firmy tłumaczył, że jego publiczne ogłoszenie, iż nie zamierza zatrudniać migrantów, brało się z niechęci jego klientów do pracowników o innym kolorze skóry. Nie miało to jednak znaczenia, gdyż liczył się fakt dyskryminacji, jakiej się dopuścił, prezentując takie stanowisko. Poza tym nie należy udowadniać, że celem danej praktyki czy zachowania jest odmienne traktowanie. Innymi słowy, nawet jeśli podmiot dopuszczający się dyskryminacji miał dobrą wolę w przyjęciu danej praktyki, ale praktyka ta powoduje niekorzystną sytuację określonej osoby czy grupy, zostanie uznana za dyskryminującą⁴².

3.1. Katalog środków dowodowych

Polski Kodeks postępowania cywilnego⁴³ w art. 3 wprowadza zasadę prawdy, zgodnie z którą strony i uczestnicy postępowania są obowiązani dokonywać czynności procesowych zgodnie z dobrymi obyczajami, dawać wyjaśnienia co do okoliczności sprawy zgodnie z prawdą i bez zatajania czegokolwiek oraz przedstawiać dowody. Obowiązek ten jest określany jako „ciężar procesowy” i stanowi jednocześnie obowiązek o charakterze moralnym⁴⁴. Warto podkreślić, że pierwszy z wymienionych obowiązków, tj. obowiązek dokonywania czynności procesowych zgodnie z dobrymi obyczajami, został wprowadzony do przepisu nowelizacją Kodeksu postępowania cywilnego z 2011 roku, która zaczęła obowiązywać od dnia 2 maja 2012 roku⁴⁵. U podstaw tej zmiany leży jedno z założeń nowelizacji, której celem było m.in. *wprowadzenie regulacji w zakresie nałożenia na strony i uczestników postępowania tzw. ciężaru wspierania postępowania w połączeniu z nowym ujęciem reguł dotyczących prezentacji materiału procesowego przez strony. Towarzyszy temu nałożenie na strony ciężaru działania w postępowaniu*

⁴¹ *Ibidem*, s. 137.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 ze zm.

⁴⁴ A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Wyd. 5, Warszawa 2011.

⁴⁵ Zgodnie z ustawą o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 16 września 2011 r. (Dz. U. z 2011 r., Nr 233, poz. 1381).

zgodnie z *dobrymi obyczajami*⁴⁶. Takie rozwiązanie ma służyć częściowemu rozstrzygnięciu problemu nadużywania uprawnień procesowych, m.in. przez możliwość zastosowania sankcji w postaci nieuwzględnienia czynności procesowej przez sąd, jeżeli czynność ta została dokonana w sposób sprzeczny z prawem, z zasadami współżycia społecznego albo miała na celu obejście prawa⁴⁷. Zmiana ta może mieć praktyczne znaczenie w kontekście prezentowania przed sądem wyników testów dyskryminacyjnych jako dowodów w sprawie. W tym znaczeniu istotna wydaje się również nowelizacja art. 6 Kodeksu postępowania cywilnego przez dodanie § 2, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania są obowiązani przytaczać wszystkie okoliczności faktyczne i dowody bez zwłoki, aby postępowanie mogło zostać przeprowadzone sprawnie i szybko.

Dowodem jest informacja zgłaszana przez strony postępowania, mająca oparcie w rzeczywistości, natomiast nośnikiem takiej informacji jest środek dowodowy. Kodeks postępowania cywilnego zawiera otwarty katalog środków dowodowych – przewiduje możliwość przeprowadzenia dowodu z dokumentów, zeznania świadków, opinii biegłych, oględzin oraz przesłuchania stron. Katalog ten nie jest zamknięty i możliwe są inne środki dowodowe, jak np. dowód z grupowego badania krwi, fotografii, rysunku. Istotne znaczenie ma art. 308 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego, zgodnie z którym sąd w toku postępowania może dopuścić dowód o charakterze wizualnym i audialnym (np. dowód z filmu, telewizji, fotokopii, płyt lub taśm dźwiękowych, a także innych przyrządów utrwalających lub przenoszących obrazy albo dźwięki). Ze względu na coraz większe możliwości techniczne manipulowania takimi dowodami, dowód powinien zostać przeprowadzony w sposób wykluczający możliwość zniekształcenia zawartych w nim informacji. W tym przypadku ma zastosowanie także zasada swobodnej oceny dowodów zawarta w art. 233 Kodeksu postępowania cywilnego. Zatem sąd teoretycznie mógłby dopuścić dowód z nagrania, na którym zostałyby utrwalone np. rozmowa telefoniczna w sprawie zatrudnienia, podczas której pada stwierdzenie, że firma nie zatrudnia cudzoziemców – osób o innej narodowości.

W kontekście poruszanej tematyki warto zwrócić uwagę na dwa środki dowodowe, które w sprawach o dyskryminację mogą mieć szczególne znaczenie. Po pierwsze, istotny może być dowód o charakterze audialnym czy wizualnym, czyli nagranie. W sytuacji, kiedy nie ma świadków dyskryminacji, a pokrzywdzony nie jest w stanie przedstawić żadnych dokumentów, nagranie rozmowy

⁴⁶ Uzasadnienie projektu nowelizacji, druk sejmowy Sejmu RP VI kadencji Nr 4332, s. 42, za: A. Góra-Błaszczkowska, *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz do artykułów 1–729*, Legalis Warszawa 2013.

⁴⁷ *Ibidem*.

wy czy czyjejs wypowiedzi może być jedynym dowodem dyskryminacji. Nie jest jednak pewne, czy sąd dopuści taki dowód w każdej sprawie, bowiem w orzecznictwie sądów nie ma jednoznacznie zarysowanego stanowiska. Wynika to z m.in. z tego, że taki rodzaj utrwalania informacji może w niektórych sytuacjach naruszać prawo innych osób do prywatności. Dla przykładu, w jednej ze spraw (niedotyczącej dyskryminacji) sąd uznał, że niedopuszczalne jest wykorzystywanie w postępowaniu cywilnym taśmy magnetofonowej czy wideo, która została nagrana bez zgody lub wiedzy osoby zainteresowanej, jeżeli nagraniem dotyczy jej życia prywatnego i zostało wykonane w domu, ogrodzie czy hotelu. Ale w innej sprawie sąd uznał za dowód w procesie rozwodowym w zakresie wykazania winy w rozkładzie pożycia małżeńskiego nagranie magnetofonowe rozmów prowadzonych przez strony, nawet jeżeli nagrania te powstały bez wiedzy jednej z nich⁴⁸. W sprawie rozpatrywanej przez Sąd Najwyższy, dotyczącej stosowania podsłuchu, rozważano kwestie bezprawności działania i wyższego interesu mogącego wyłączyć bezprawność tego rodzaju działania⁴⁹. Co prawda przepisy prawa dopuszczają możliwość stosowania podsłuchu (np. w działaniach policji), jednak w rozpatrywanej sprawie sąd nie widział podstaw do przyjęcia istnienia takich okoliczności, uznając, że w imię prawdomówności czy problemu fałszywych zeznań nie można poświęcić tajemnicy komunikowania się, uznanej za dobro konstytucyjne chronione na gruncie prawa cywilnego przepisami o ochronie dóbr osobistych.

Po drugie, w sprawach o dyskryminację środkiem dowodowym, który mógłby mieć niebagatelne znaczenie, jest opinia biegłego. Zgodnie z art. 278 Kodeksu postępowania cywilnego, sąd może wezwać jednego lub kilku biegłych w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych. Następnie, na podstawie art. 290 Kodeksu postępowania cywilnego, sąd może zażądać opinii odpowiedniego instytutu naukowego lub naukowo-badawczego, które mogą udzielić dodatkowych wyjaśnień (pisemnych lub ustnych). Czym są „wiadomości specjalne”? Jest to wiedza ekspercka, której sąd nie ma, a która jest niezbędna do ustalenia określonych faktów, potwierdzenia lub wykluczenia twierdzeń wysuwanych przez strony. Wiedzą taką mogą być specjalistyczne informacje dotyczące określonej problematyki, np. testów dyskryminacyjnych⁵⁰. W środowisku organizacji pozarządowych podnosi się kwestię możliwości wzywania na biegłych ekspertów mających właśnie „wiadomości specjalne” w określonej dziedzinie. Wydaje się, że nic nie stoi na przeszkodzie, by biegłymi mogły być osoby

⁴⁸ A. Laskowska, *Dowody w postępowaniu cywilnym uzyskane w sposób sprzeczny z prawem*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 12, s. 99.

⁴⁹ Wyrok SN z dnia 13 listopada 2002 r., I CKN 1150/2000.

⁵⁰ Więcej na ten temat w kolejnym rozdziale.

mające dużą wiedzę w dziedzinie równego traktowania i bogate doświadczenie w kwestii problemów, którymi zajmują się kierowane bądź reprezentowane przez nie organizacje czy instytucje, swego rodzaju „autorytety” w danym środowisku. Osoby takie mogłyby m.in. przedstawić wyniki badań, które bezpośrednio lub pośrednio potwierdzałyby dyskryminację w stosunku do powoda lub ogólnie wskazywałyby na dyskryminujące praktyki w danym obszarze życia społecznego, np. w dostępie do zatrudnienia czy usług mieszkaniowych⁵¹.

3.2. Swobodna ocena dowodów

Zgodnie z art. 227 Kodeksu postępowania cywilnego *przedmiotem dowodu są fakty, mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie*, co oznacza, że wszelkie zdarzenia i stany faktyczne, które są ważne dla danej sprawy, mogą podlegać dowodzeniu. Selekcji faktów dokonuje sąd przy uwzględnieniu zasady prawdy materialnej i zasady kontrydiktoryjności. Co ważne, istotność dowodu wynika bezpośrednio z przedmiotu postępowania i wiąże się z tym, co twierdzą obie strony. Istotność jest także oceniana przez sąd⁵². Z problematyką tą jest ściśle związane zagadnienie ciężaru dowodu unormowane w art. 6 Kodeksu cywilnego i art. 232 Kodeksu postępowania cywilnego. Zgodnie z przepisem Kodeksu postępowania cywilnego, *strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Sąd może dopuścić dowód nie wskazany przez stronę*. Oznacza to, że jeżeli strona twierdzi, że jakiś fakt zaistniał, powinna przedstawić na to dowód. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że sąd może, co prawda, sam dopuścić dowód niewskazany przez stronę, ale nie jest to jego obowiązek, a prawo. Nie musi on zastępować swoim działaniem bezczynności strony i kieruje się własną oceną, czy zgromadzony materiał jest wystarczający do rozstrzygnięcia sprawy⁵³. W literaturze można spotkać się ze stanowiskiem, że sąd ma obowiązek działania z urzędu, jeżeli przemawia za tym interes publiczny⁵⁴. Innymi słowy, w sytuacjach szczególnych sąd powinien dopuścić dowód niewskazany przez strony (na przedstawiane przez nie istotne i sporne okoliczności faktyczne), gdyby w jego ocenie zebrany w toku sprawy materiał dowodowy nie wystarczał do jej rozstrzygnięcia⁵⁵.

⁵¹ W Polsce istnieją następujące rodzaje biegłych: osoba figurująca na liście biegłych prowadzonej przez prezesów sądów okręgowych (biegły z listy), inna osoba, o której wiadomo, że posiada wiedzę w danej dziedzinie (biegły *ad hoc*) oraz instytucja naukowa lub specjalistyczna (biegły instytucjonalny). W omawianym przypadku mogłoby to być biegły z drugiej lub trzeciej kategorii.

⁵² T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2007, s. 538.

⁵³ M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 357.

⁵⁴ T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 550.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 348.

Zasada swobodnej oceny dowodów została unormowana w art. 233 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego, zgodnie z którym *sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału*. Reguła ta oznacza zatem, że sąd ocenia materiał dowodowy, z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie w ocenie ich mocy i wiarygodności oraz biorąc pod uwagę swoje doświadczenie życiowe i zawodowe⁵⁶. Przepis ten przyznaje sędziemu znaczną swobodę decyzyjną w ocenie materiału dowodowego, który, co warto podkreślić, z jednej strony może nieść pewne ograniczenia, z drugiej jednak daje przestrzeń do ewentualnego przyjęcia innych, „niestandardowych dowodów”, jak chociażby danych statystycznych czy wyników testu dyskryminacyjnego.

Swobodna ocena dowodów ma jednak swoje ramy – powinny być one określone wymaganiami prawa procesowego, doświadczeniem życiowym, regułami logicznego myślenia, poziomu świadomości prawnej oraz dominującymi poglądami na sądowe stosowanie prawa. W tak zarysowanych granicach sąd powinien dokonywać oceny materiału dowodowego w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny⁵⁷.

Zasada swobodnej oceny dowodów, jako antyteza dowolności, odnosi się do wszystkich środków dowodowych, co jednak nie oznacza, że nie ma różnicy w podejściu do poszczególnych ich rodzajów. W każdym razie nie ma podstaw do przyjęcia formalnej hierarchii środków dowodowych z punktu widzenia ich wiarygodności i mocy. Ponadto sąd nie zawsze musi brać pod uwagę materiały źródłowe. Pozytywnych ustaleń może on dokonywać także na podstawie dowodów pośrednich. Jak zauważył Sąd Najwyższy, w systemie opierającym się na swobodnej ocenie dowodów nie można z góry pozbawiać mocy dowodowej innych dowodów (oprócz dowodów bezpośrednich)⁵⁸.

3.3. Dane statystyczne i inne środki dowodowe w sprawach o dyskryminację

Dane statystyczne nie są wymienione wśród dostępnych środków dowodowych, jednak, co zostało wskazane wyżej, Kodeks postępowania cywilnego zawiera ich otwarty katalog, zatem nic nie stoi na przeszkodzie, by sąd dopuścił dowód, który co prawda nie jest „tradycyjnym” dowodem, powszechnie sto-

⁵⁶ *Ibidem*, s. 349.

⁵⁷ A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, *Kodeks postępowania cywilnego...*, *op. cit.*

⁵⁸ T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, *op. cit.*, s. 556.

sowanym przez uczestników postępowania w sprawach o odszkodowanie, ale w sprawach o dyskryminację może mieć istotne znaczenie.

Dane czy też dowody statystyczne mogą odgrywać ważną rolę, ułatwiając skarżącemu wysunięcie domniemania dyskryminacji. Mogą one być szczególnie przydatne w celu wykazania dyskryminacji pośredniej, ponieważ w takich sytuacjach kwestionowany przepis, kryterium bądź praktyka są z pozoru neutralne, gdy tymczasem w rzeczywistości powodują niekorzystną sytuację danego podmiotu lub określonej grupy jednostek. W takim przypadku zalecane jest koncentrowanie się na rezultatach zastosowania przepisu, kryterium lub praktyk, aby wykazać, że są one nieproporcjonalnie niekorzystne dla określonych grup osób w porównaniu z innymi osobami znajdującymi się w podobnej sytuacji. Uznaje się, że powoływanie się na dane statystyczne powinno odbywać się na początkowym etapie postępowania, by przenieść ciężar dowodu⁵⁹. Na przykład jeżeli z danych wynika, że dzieci cudzoziemców – osoby o innej narodowości – są gorzej traktowane w systemie edukacji, na dalszym etapie postępowania państwo będzie zobowiązane przedstawić przekonujące wyjaśnienie tego stanu rzeczy.

W kontekście dyskryminacji pośredniej statystyki mają na celu podkreślenie faktu, że zastosowanie danej praktyki czy kryterium co do zasady neutralnych prowadzi jednak do tego, że danej kategorii osób staje się niekorzystna. W literaturze zagranicznej można spotkać się z koncepcją, że w związku z tym, że w prawie unijnym współistnieją dwa sposoby rozumienia dyskryminacji pośredniej, rodzi to różne konsekwencje dla adresatów norm wyrażonych w przepisach prawnych⁶⁰. Pierwsza z definicji dyskryminacji pośredniej znajduje się w ww. dyrektywie 97/80 i oparta jest na pojęciu „niewspółmiernego wpływu” (*disparate impact*): jeżeli wydaje się, że pozornie neutralny środek w rzeczywistości oddziałuje na znacząco dużą liczbę członków danej grupy, środek ten powinien być postrzegany jako „podejrzany” i może być dalej stosowany, o ile zostanie przedstawione uzasadnione i obiektywne wyjaśnienie tego stanu rzeczy⁶¹. Ta koncepcja dyskryminacji pośredniej jest stosowana w prawie równościowym Unii Europejskiej w odniesieniu do spraw z zakresu równości kobiet i mężczyzn. Jest ona oparta na analizie statystycznej dotyczącej wpływu pozornie neutralnego kryterium na dwie kategorie osób (np. kryterium stażu, mającego wpływ na poziom wynagrodzenia). Zadaniem sądu będzie dokonanie

⁵⁹ *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji...*, op. cit., s. 141.

⁶⁰ O. de Schutter, *Methods of proof in the context of combating discrimination*, [w:] *Proving discrimination. The dynamic implementation of EU anti-discrimination law: the role of specialized bodies. Report of the first expert's meeting, 14–15.01.2003*, Centre for Equal Opportunities and Opposition to Racism, Migration Group Policy, 2003 Cormack, s. 24.

⁶¹ *Ibidem*.

takiej analizie, by ustalić, czy dowody statystyczne przedstawione przez strony mogą być wzięte pod uwagę.

Drugie rozumienie dyskryminacji pośredniej jest następujące: mimo że niektóre środki nie zostają zastosowane ze względu na cechę prawnie chronioną, ze względu na swoją naturę mogą niekorzystnie wpływać na podmioty wyróżniające się taką cechą. Nie istnieje zatem w tym przypadku konieczność statystycznego wykazania, że „niewspółmierny wpływ” rzeczywiście odbywa się ze szkodą dla tej kategorii podmiotów. Innymi słowy, nie jest konieczne ustalenie, że konkretne kryterium czy warunek w praktyce dotyka znacząco wyższego odsetka osób należących do kategorii chronionej przed dyskryminacją – wystarczy, że może mieć taki efekt (zgodnie ze stanowiskiem TSUE w orzeczeniu *O’Flynn przeciwko Adjudication Officer*)⁶². To podejście ma za podstawę art. 13 dawnego Traktatu o Wspólnocie Europejskiej stanowiącego podstawę prawną przyjęcia dyrektyw 2000/43 i 2000/78. Co jednak ważne, w preambułach obu dyrektyw znajdujemy wyraźne przyzwolenie na stosowanie dowodów statystycznych celem wykazania nierównego traktowania. W pkt 15 preambuły dyrektywy rasowej czytamy, że *Ocena faktów, które nasuwają przypuszczenie istnienia bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji, należy do sądu krajowego lub innego właściwego organu, zgodnie z zasadami prawa krajowego lub praktyką krajową. Zasady te mogą przewidywać w szczególności, że fakt występowania dyskryminacji pośredniej można udowodnić z wykorzystaniem wszelkich środków, również na podstawie danych statystycznych*. Uwzględnienie tej możliwości wprost w przepisach dyrektywy zmienia zatem rozumienie dyskryminacji pośredniej. Zakres zakazu tej formy dyskryminacji jest znacznie szerszy, bowiem jeżeli „dozwolone” są dowody statystyczne, chodzi nie tylko o zakazane „podejrzane” środki, ale także o zastosowanie środków, które okazują się mieć nieproporcjonalny wpływ na niektóre chronione prawem kategorie podmiotów.

Zatem dopuszczenie dowodów statystycznych zmienia podejście skupiania się na identyfikacji wątpliwych (podejrzanych) środków na rzecz „niewspółmiernego wpływu”, tym samym rozszerzając zakres zakazanych praktyk. Przyjęcie takiego rozumienia ma wpływ na kwestie metodologii opracowania danych statystycznych i następnie ich ewentualnego przyjęcia przez sąd⁶³. Co ważne dla niniejszego opracowania, w kontekście polskiego systemu prawnego problemem może okazać się opracowanie danych według kryteriów opierających się o cechy prawnie chronione będące jednocześnie danymi wrażliwymi. Bardzo często zdarza się, że dostępne statystyki uwzględniają podziały jedynie ze względu na płeć, gdyż rejestracja zdarzeń, np. ze względu na rasę czy orien-

⁶² *Ibidem*, s. 25.

⁶³ *Ibidem*, s. 27–32.

tację seksualną, może być niemożliwa (np. z uwagi na ograniczenia prawne w zbieraniu danych osobowych z kategorii tzw. danych wrażliwych). Z taką sytuacją mamy do czynienia w Polsce – dane przetwarzane w ramach Krajowego Systemu Informacji Policji (KSIP) czy statystyki prowadzone w Ministerstwie Sprawiedliwości dotyczące wyroków i prowadzonych postępowań w sprawach o dyskryminację oprócz kryterium płci nie zawierają innych powodów dyskryminacji, np. pochodzenia etnicznego, mimo że istnieje możliwość przygotowania tych danych⁶⁴. Nie funkcjonuje też, mimo zaleceń i podejmowanych od wielu lat prób, baza zawierająca kompleksowe dane na temat zjawisk o charakterze dyskryminacyjnym, ksenofobicznym czy rasistowskim⁶⁵.

3.3.1. Dowody statystyczne w orzecznictwie ETPC i TSUE

Analiza orzecznictwa antydyskryminacyjnego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka pozwala zauważyć, że Trybunał coraz chętniej odwołuje się do danych statystycznych czy wyników badań organów międzynarodowych, a nawet raportów organizacji pozarządowych. Jest to ze wszech miar właściwy kierunek, bowiem najczęściej dyskryminacja jest zjawiskiem o charakterze systemowym, dotyczącym danej grupy społecznej, w mniejszym zaś stopniu jednostkowych przypadków⁶⁶. Takie dane czy badania mogą właśnie potwierdzać dyskryminację systemową, co z kolei może poświadczać zarzuty powoda w jego indywidualnej sprawie. Poza tym dyskryminujące mogą być nie tylko akty prawne, pojedyncze zachowania, ale także stan faktyczny wynikający z długotrwałej praktyki⁶⁷. Dane statystyczne są potwierdzeniem takiego stanu i stanowią wiarygodny, obiektywny dowód w sprawie.

Jedną z pierwszych spraw, w których wykorzystano dowody statystyczne, była sprawa *Hugh Jordan p. Zjednoczonemu Królestwu*⁶⁸. Przedstawiono w niej jako dowody dyskryminującej praktyki dane statystyczne, ETPC uznał jednak, że same dane statystyczne nie są wystarczającym dowodem na wystąpienie

⁶⁴ Np. statystyki MS zawierają dane dotyczące przestępstw o charakterze rasistowskim, ale w odniesieniu do spraw o dyskryminację zawierają wyróżnienie jedynie ze względu na płeć. Postulowane są zmiany istniejących systemów zbierania danych oraz stworzenie nowego narzędzia zbierającego informacje o zdarzeniach dyskryminacyjnych, więcej na ten temat w: W. Klaus, J. Frelak (red.), *Metodologia przygotowania bazy danych do identyfikacji zdarzeń o charakterze dyskryminacyjnym, ksenofobicznym czy rasistowskim*, Stowarzyszenie Interwencji Prawnej i Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2010.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ K. Sękowska-Kozłowska, *Sprawy o dyskryminację...*

⁶⁷ Wyrok z dnia 20 czerwca 2006 r., sprawa *Zarb Adami p. Malcie*, skarga nr 17209/02.

⁶⁸ Wyrok z dnia 4 maja 2001 r., sprawa *Hugh Jordan p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 24746/94.

nierównego traktowania. Mimo że w tym przypadku Trybunał niejako odrzucił dowód ze statystyk, sprawa ta jest istotna z innego powodu – po raz pierwszy Trybunał uznał *explicite*, że zakaz dyskryminacji wyrażony w art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka obejmuje także dyskryminację pośrednią⁶⁹. Trybunał stwierdził, że do dyskryminacji może także dochodzić, gdy z dowodów wynika, że określona polityka państwa powoduje wyjątkowo niekorzystną sytuację wyłącznie dla pewnej grupy obywateli. Innymi słowy, środki przyjęte przez władze państwowe rodzą niekorzystne skutki tylko dla określonej grupy, mimo że nie taka była intencja władz⁷⁰. W tym wyroku oraz w trzech innych wyrokach dotyczących *de facto* tego samego rodzaju spraw⁷¹ Trybunał stwierdził, że *gdy ogólna polityka lub środek ma nieproporcjonalny wpływ na pewną grupę, to nie jest wykluczone uznanie ich za dyskryminujące nawet wówczas, gdy nie są one skierowane lub adresowane do tej grupy*. Choć w tym przypadku Trybunał odmówił uznania statystyk za dowód potwierdzający, dyskryminującą praktykę w rozumieniu art. 14 EKPC, jednakże w późniejszych orzeczeniach Trybunał był już mniej niechętny dowodom statystycznym i akceptował je jako pełnoprawny sposób wykazania dyskryminujących praktyk.

Kilka lat po wyroku *Hugh Jordan* ETPC orzekł w sprawie *Hoogendijk p. Holandii*⁷² dotyczącej przepisu, zgodnie z którym, aby uzyskać rentę z tytułu niezdolności do pracy, należało spełnić warunek rocznego pozostawania w stosunku pracy bezpośrednio przed powstaniem tej niezdolności. W sprawie tej ETPC odniósł się do opracowania danych do celów przeniesienia ciężaru dowodu: *Trybunał uważa, że jeżeli na podstawie niekwestionowanych, oficjalnych danych statystycznych skarżący jest w stanie wykazać istnienie prima facie sytuacji, że dany przepis – mimo iż sformułowany w sposób neutralny – w rzeczywistości dotyka wyraźnie wyższego odsetka kobiet niż mężczyzn, wówczas obowiązkiem pozwanego rządu jest dowiedzenie, że wynika to z czynników obiektywnych, niezwiązanych z dyskryminacją ze względu na płeć*. Co prawda w tym orzeczeniu Trybunał uznał, że dane statystyczne nie stanowią podstawy do automatycznego stwierdzenia praktyk dyskryminacyjnych, jednak zaakceptował ten szczególnie środek dowodowy, orzekając *de facto* w oparciu o przekazane przez stronę skarżącą oficjalne statystyki.

Pytanie, jakie się pojawia, brzmi: jaki „próg” należy przekroczyć, aby ustalić, czy doszło do dyskryminacji? W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości

⁶⁹ L. Garlicki (red.), *Konwencja...*, s. 773.

⁷⁰ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz...*, s. 759.

⁷¹ Chodzi o wyroki z dnia 4 maja 2001 r. w sprawach: *Hugh Jordan p. Zjednoczonemu Królestwu*, *McKerr p. Zjednoczonemu Królestwu*, *Kelly i inni p. Zjednoczonemu Królestwu* oraz *Shanaghan p. Zjednoczonemu Królestwu*.

⁷² Wyrok z dnia 6 stycznia 2005 r., sprawa *Hoogendijk p. Holandii*, skarga nr 58461/00.

Unii Europejskiej można znaleźć wskazówkę – co prawda Trybunał wprost nie określił takiej sztywnej granicy, zazaczył jednak, że powinny to być „znaczące” dane. W opinii rzecznika generalnego w sprawie *Nolte* (stanowiącego swego rodzaju podsumowanie orzecznictwa TSUE) możemy znaleźć następujące wyjaśnienie: *[A]by środek mógł zostać uznany za dyskryminujący musi on mieć wpływ na „znacznie więcej kobiet niż mężczyzn” [Rinner-Kühn] lub „znacząco niższy odsetek mężczyzn niż kobiet” [Nimz, Kowalska] lub „w dużo większym stopniu na kobiety niż na mężczyzn” [De Weerd, nazwisko panieńskie Roks, i inni]. A następnie: Jak wynika ze spraw, odsetek kobiet, na które wpływa środek, musi być wyraźnie widoczny. W sprawie Rinner-Kühn Trybunał stwierdził występowanie sytuacji dyskryminacyjnej, gdy odsetek kobiet wyniósł 89%. W tym przypadku dane per se wskazujące na 60% [...] byłyby zatem prawdopodobnie niewystarczające do stwierdzenia dyskryminacji”.*

Inną sprawą, w której TSUE rozstrzygał w oparciu o dane statystyczne, jest sprawa *Seymour-Smith*⁷³. Dotyczyła ona niezgodnego z prawem rozwiązania stosunku pracy – prawo przyznawało osobom pracującym u danego pracodawcy bez przerwy przez okres dłuższy niż dwa lata specjalną ochronę, jednak kryterium to było łatwiejsze do spełnienia przez mężczyzn. Co prawda w rozpatrywanym przypadku przedstawione dane statystyczne (z których wynikało, że 77,4% mężczyzn i 68,9% kobiet spełniało kryterium) nie zdołały przekonać sędziów, że kobietom rzeczywiście było trudniej spełnić to kryterium, jednak Trybunał doszedł do ciekawych wniosków, twierdząc, że niższy poziom dysproporcji także dowodziłby dyskryminacji, *jeżeli ujawniałby utrzymującą się i stosunkowo stałą różnicę w perspektywie długookresowej między kobietami i mężczyznami.*

Jeśli chodzi o wspólnotowy dorobek orzeczniczy w sprawach o nierówne traktowanie i wykorzystanie dowodów statystycznych, obie dyrektywy antydyskryminacyjne, tj. dyrektywa 2000/43 oraz 2000/78, zawierają odniesienie do możliwości ich użycia. Co prawda w samych przepisach dyrektyw nie znalazła się szczegółowa regulacja w tym zakresie, jednakże ustawodawca europejski, uznając wagę kwestii dowodowych, wskazał w preambułach dyrektyw, że udowodnienie dyskryminacji może odbywać się także dzięki wykorzystaniu dowodów statystycznych. Nie należy zapominać, że przepisy dyrektywy stanowią minimalny standard, a państwa członkowskie mogą ustanowić wyższą ochronę przed dyskryminacją, w tym przewidzieć możliwość wykorzystania także innych środków dowodowych celem wykazania nierównego traktowania.

⁷³ Wyrok ETS z dnia 9 lutego 1999 r., sprawa C-167/97, R p. *Secretary of State for Employment, ex. parte Seymour-Smith and Perez*.

Jak zostało już wcześniej wspomniane, ETPC coraz częściej odwołuje się do środków dowodowych, takich jak: dane statystyczne, wyniki badań międzynarodowych organów czy organizacji pozarządowych potwierdzających systemową dyskryminację, czego przykładem może być nierówne traktowanie mniejszości romskiej. Jedną z takich spraw była *D.H. przeciwko Czechom*⁷⁴. Dotyczyła ona systemu szkół „specjalnych”, przeznaczonych dla dzieci z trudnościami w nauce, do których kierowane były dzieci romskie. Mimo że sama praktyka dotyczyła nie tylko Romów i wydawała się być neutralna, testy były tak skonstruowane, że dzieci romskie nie były w stanie osiągnąć satysfakcjonującego wyniku i rozpocząć nauki w głównym nurcie kształcenia. Strona powodowa przedłożyła jako dowód tego twierdzenia dane statystyczne, wskazujące na szczególnie wysoki odsetek uczniów romskich umieszczonych w szkołach „specjalnych”. ETPC stwierdził, że chociaż dane nie były precyzyjne, to pokazywały jednak, że liczba dzieci romskich uczęszczających do takich szkół była „nieproporcjonalnie wysoka” w stosunku do ich udziału w całej populacji. Następnie, Trybunał zauważył, że gwarancja skutecznej ochrony w razie zarzutu dyskryminacji pośredniej wymaga, aby stosowane reguły dowodowe były łagodniejsze niż zwykle⁷⁵. Trybunał stwierdził również, że w procedurze strasburskiej nie ma żadnej hierarchii dowodów, formalnej zasady decydującej o ich ocenie ani przeszkody proceduralnej, która uniemożliwiłaby przyjęcie dowodów, również statystycznych.

W innej sprawie *Opuz przeciwko Turcji*⁷⁶, dotyczącej sprawy przemocy domowej, ETPC ustalił, że państwo nie zapewniło ofiarom przemocy ochrony przed nieludzkim i poniżającym traktowaniem oraz przed utratą życia. Następnie uznał, że państwo dopuściło się dyskryminacji skarżących, gdyż niezapewnienie odpowiedniej ochrony wynikało z faktu, że ofiary przemocy były kobietami. Doszedł do tego wniosku częściowo na podstawie dowodów, że ofiarami przemocy domowej są głównie kobiety. Trybunał wziął pod uwagę również dane wskazujące na stosunkowo ograniczone stosowanie przez sądy krajowe środków prawnych mających na celu ochronę ofiar przemocy w rodzinie. Co ciekawe, w tej sprawie pod uwagę została wzięta opinia Amnesty International i Komitetu ONZ ds. Likwidacji Dyskryminacji Wobec Kobiet, które wskazywały na to, że przemoc wobec kobiet jest znaczącym problemem w Turcji.

Należy wyjaśnić, że nie w każdej sprawie, w której mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią, dane statystyczne muszą służyć uprawdopodob-

⁷⁴ Wyrok ETPC z dnia 13 listopada 2007 r., sprawa *D.H. p. Czechom [Sprawa D.H. i inni p. Republice Czeskiej]*, skarga nr 57325, patrz również komentarz do wyroku <http://www.prawaczlowieka.edu.pl/index.php?orzeczenie=388e77e8949de491d4cc79ff92ad3b0a4ba7831b-b0>.

⁷⁵ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz...*, s. 761.

⁷⁶ Wyrok ETPC z dnia 3 marca 2011 r., sprawa *Opuz p. Turcji*, skarga nr 33401/02.

nieniu nierównego traktowania. W niektórych przypadkach wystarczą informacje wynikające z ogólnej wiedzy, np. o tym, że muzułmanom nie wolno jeść wieprzowiny⁷⁷.

3.3.2. Zapytania ankietowe, nagrania, opinie eksperckie

W niektórych państwach członkowskich Unii Europejskiej prawo przewiduje możliwość uzyskania dowodu w postaci informacji niezbędnej do ustalenia, czy na pierwszy rzut oka mamy do czynienia z dyskryminacją (dowód *prima facie*)⁷⁸. Pokrzywdzony, zanim wystąpi na drogę sądową, ma możliwość lub wręcz obowiązek skontaktowania się z podmiotem, który dopuścił się względem niego niewłaściwego zachowania, i żądania od niego wyjaśnień na ten temat. Odpowiedzi udzielane są na formularzu. Pozwalają one sądowi na wyciągnięcie odpowiednich wniosków w kontekście oceny materiału dowodowego. Wnioski mogą być wyciągnięte także w związku z odmową wypełnienia tego formularza⁷⁹. Procedura ankietowa jest uregulowana prawnie i stosowana w Irlandii Północnej, gdzie metodę tę stosuje irlandzki Trybunał ds. Równości. Przewidziane są specjalne druki dla wnioskującego i podmiotu udzielającego odpowiedzi (do pobrania na stronie Trybunału)⁸⁰. Mimo że procedura taka może nie być przewidziana prawem w innych krajach, nie należy jednak zapominać, że na podstawie ogólnych zasad dowodzenia, w tym wolności dowodowej, ofiara dyskryminacji ma prawo przedstawić każdy dowód, który przyczyni się do wyjaśnienia sprawy i będzie poświadczal jej twierdzenia. Pokrzywdzony zawsze może się zwrócić do podmiotu, który dopuścił się dyskryminacji, z prośbą o pisemne wyjaśnienia. W niektórych przypadkach, kiedy nie doszło do naruszenia nakazu równego traktowania, udzielenie wyczerpujących informacji

⁷⁷ Przykładem może być sprawa wniesiona do słoweńskiego Rzecznika zasady równości, która dotyczyła zapewniania przez pracodawcę pracownikom posiłków, które zawierały produkty zawierające mięso lub tłuszcz wieprzowy. Jeden z pracowników, muzułmanin, zwrócił się z wnioskiem o alternatywny, miesięczny dodatek na wyżywienie, umożliwiający mu zakup żywności we własnym zakresie (dodatek taki pracodawca wydawał jedynie tym pracownikom, którzy mogli wykazać konieczność stosowania alternatywnej diety ze względów zdrowotnych). Był to przypadek pośredniej dyskryminacji, ponieważ praktyka, z pozoru neutralna, wywierała negatywny wpływ na muzułmanów, którym nie wolno jeść wieprzowiny. Uwzględniając okoliczności tej sprawy, nie trzeba było przedstawiać dowodów statystycznych, aby wykazać negatywny wpływ tej zasady na muzułmanów, ponieważ z łatwością można sprawdzić, że muzułmanom nie wolno jeść wieprzowiny, zapoznając się z informacjami o ich praktykach religijnych.

⁷⁸ L. Farkas, *How to Present a Discrimination Claim: Handbook on seeking remedies under the EU Non-discrimination Directives*, European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, lipiec 2011, s. 48.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

w tym zakresie może być pomocne w przekonaniu pokrzywdzonej osoby, że zachowanie nie wyczerpało znamion dyskryminacji⁸¹.

Ciekawą sprawą (gdzie stan faktyczny i rozstrzygany problem jest zbliżony do omawianej wcześniej sprawy *Kelly przeciwko National University of Ireland*), w której wystosowano pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości UE, jest sprawa *Galina Meister*⁸². Pytanie zadane przez stronę skarżącą dotyczyło tego, czy wskazane przepisy dyrektyw równościowych (m.in. art. 8 ust. 1 dyrektywy Rady 2000/43/WE oraz art. 10 ust. 1 dyrektywy Rady 2000/78/WE) należy interpretować w ten sposób, że pracownikowi, który twierdzi, że spełnia warunki zajęcia stanowiska oferowanego przez pracodawcę, ale jego kandydatura nie została uwzględniona, przysługuje prawo do uzyskania od pracodawcy informacji na temat tego, czy zatrudnił on innego kandydata i jeżeli tak, na podstawie jakich kryteriów ten inny kandydat został zatrudniony? Wątpliwości budzi domniemanie, czy brak udzielenia przez pracodawcę odpowiedzi pozwala przypuszczać, że doszło do zarzucanej mu przez pracownika dyskryminacji? Zanim jeszcze zapadł wyrok, w dniu 12 stycznia 2012 roku rzecznik generalny wydał opinię, w której na pierwsze z pytań odpowiada, że przepisów tych nie należy interpretować w ten sposób, że kandydat ubiegający się o stanowisko, jeśli nie został przyjęty, musi mieć możliwość zażądania od pracodawcy, aby ten poinformował go, czy i na podstawie jakich kryteriów zatrudnił innego kandydata, nawet jeśli okaże się, że kandydat wykaże w sposób prawdopodobny, że spełnia warunki ujęte w ogłoszeniu pracodawcy o naborze. Jeżeli chodzi o odpowiedź na drugie pytanie, rzecznik sugeruje, że *sąd krajowy powinien ocenić postawę pracodawcy polegającą na odmowie przekazania informacji zażądanych przez odrzuconego kandydata do zatrudnienia na temat wyniku naboru i na temat kryteriów, które pracodawca przyjął, dokonując rekrutacji jednego z kandydatów, nie ograniczając się wyłącznie do stwierdzenia, że pracodawca nie udzielił odpowiedzi, ale rozpatrując ten brak w szerszym kontekście faktycznym, w który się on wpisuje*⁸³. TSUE w rozstrzygnięciu z dnia 19 kwietnia 2012 roku⁸⁴ w zasadzie zgodził się z tą opinią, przyznając, że ww. przepisy należy interpretować w ten sposób, że nie ustanawiają one prawa pracownika, który twierdzi w sposób przekonujący, że spełnia wa-

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Zob. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:301:0010:02:PL:H TML>.

⁸³ Opinia Rzecznika Generalnego Paola Mengozziego przedstawiona w dniu 12 stycznia 2012 r., sprawa C-415/10 *Galina Meister p. Speech Design Carrier Systems GmbH*, <http://dokumenty.e-prawnik.pl/orzecznictwo/unia-europejska/c-41510-meister.html>.

⁸⁴ Wyrok TSUE z dnia 19 kwietnia 2012 r., sprawa C-415/10 *Galina Meister p. Speech Design Carrier Systems GmbH*.

runki określone przez pracodawcę w ogłoszeniu o rekrutacji, ale jego kandydatura nie została uwzględniona, do uzyskania informacji na temat tego, czy w wyniku procedury rekrutacyjnej zatrudnił on innego kandydata. TSUE podkreślił, że nie można jednak wykluczyć, iż całkowite odmówienie przez stronę pozwaną dostępu do informacji stanowi jeden z elementów, które należy wziąć pod uwagę w kontekście przedstawienia faktów pozwalających domniemywać istnienie bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji. A sąd krajowy będzie władny sprawdzić, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności zawistego przed nim sporu, czy tak jest w rozpatrywanym przezeń przypadku⁸⁵.

Innymi środkami dowodowymi, które mogłyby pomóc potwierdzić powodowi podnoszone zarzuty, są np. nagrania audio lub wideo oraz opinie biegłych i ekspertów. Jeżeli chodzi o nagrania, w niektórych państwach jest sprawą dyskusyjną, czy mogą one stanowić dowód, jeśli powstały bez wiedzy czy zgody strony rejestrowanej. W sprawach o dyskryminację takie materiały są szczególnie istotne, gdyż nieraz mogą to być jedyne dowody na dyskryminującą praktykę czy zachowanie. W sprawie zawistej przed ETPC – *Lüdi przeciwko Szwajcarii*⁸⁶ Trybunał przyjął za dowód nagranie z podsłuchu, mimo że nie było oczywiste, czy tak zdobyty dowód nie narusza prawa do prywatności.

Warto jednak pamiętać, że to prawo krajowe co do zasady reguluje kwestie dopuszczalności wykorzystywania tego rodzaju dowodów w postępowaniach sądowych. I tak, np. w Rumunii prawo antydyskryminacyjne dopuszcza wykorzystanie nagrań audio i wideo, a Krajowa Rada ds. Przeciwdziałania Dyskryminacji może zaakceptować każdy dowód przedstawiony podczas postępowania, które się przed nią toczy⁸⁷. Z kolei na Węgrzech Organ ds. Równego Traktowania często sięga po opinie eksperckie w sprawach, w których pojawia się problem określenia równej płacy za jednakową pracę. W tego typu skargach specjalistyczna techniczna analiza jest niezbędna, by ocenić, czy praca wykonywana na dwóch różnych stanowiskach może być uznana za pracę jednakowej wartości. Innym obszarem, w którym zleca się wykonanie ekspertyz, jest edukacja – np. w jednej ze spraw ekspert przedstawił opinię w kwestii tego, czy warunki zapewniane przez szkołę są zgodne z prawem, w celu ustalenia, czy władze

⁸⁵ Więcej o wyroku można przeczytać w ciekawym komentarzu autorstwa A. Szczerby-Zawady dostępnym na na stronie <http://www.prawaczlowieka.edu.pl/index.php?orzeczenie=16da813bd551ff6880e9c1bf6ceb03103ef69db4-b0>.

⁸⁶ Wyrok ETPC z dnia 15 czerwca 1992 r., sprawa *Lüdi p. Szwajcarii*, skarga 12433/86.

⁸⁷ L. Farkas, *How to Present a Discrimination Claim: Handbook on seeking remedies under the EU Non-discrimination Directives*, European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, July 2011, s. 50.

miejskie nie naruszyły zobowiązań wobec dzieci-uczniów z lekkim stopniem niepełnosprawności⁸⁸.

3.4. Testy dyskryminacyjne jako szczególna metoda udowodnienia dyskryminacji

3.4.1. Czym są testy dyskryminacyjne

Testy dyskryminacyjne (*situation testing*), zwane inaczej sytuacjami testowymi czy badaniami audytowymi, zaczęto stosować w latach 60. w Stanach Zjednoczonych i w Wielkiej Brytanii. Prace były prowadzone równoległe w ośrodkach naukowych i instytucjach działających na rzecz równego traktowania⁸⁹. Początkowo tę technikę wykorzystywano głównie w obszarze wynajmu mieszkań oraz zatrudnienia⁹⁰. Na kontynencie europejskim⁹¹ testy przeprowadza się m.in. w Wielkiej Brytanii, Belgii, Bułgarii, Czechach, Danii, Finlandii, Francji, Holandii, Słowacji, Szwecji, na Węgrzech i Łotwie, od niedawna także w Austrii, we Włoszech i na Cyprze⁹². Stosowanie testów dyskryminacyjnych w niektórych systemach prawnych jest uregulowane wprost – jest tak np. we Francji, na Węgrzech oraz, w pewnym zakresie, w Belgii. W ustawodawstwach innych krajów prawo nie reguluje bezpośrednio tej kwestii, jednak dowody z testów są akceptowane przez sądy, choć kwestia dopuszczalności tego typu dowodów jest dyskusyjna⁹³.

Czym są zatem testy dyskryminacyjne? Jest to metoda eksperymentalna mająca na celu zmierzenie efektywności formalnych sposobów przeciwdziałania dyskryminacji, wykrycie i określenie skali zjawiska dyskryminacji⁹⁴. Testy są przeprowadzane zgodnie z wypracowaną metodologią⁹⁵ i różnią się w zależności od tego, czy mają służyć celom naukowo-badawczym, czy konkretnej spra-

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ K. Wysieńska, *Testy dyskryminacyjne – metoda i zastosowania*, „Badania Ekspertyzy, Rekomendacje” Instytutu Spraw Publicznych, Warszawa 2011.

⁹⁰ M. Koss-Goryszewska, *Testy dyskryminacyjne. Charakterystyka techniki i zastosowanie w wybranych krajach*, [w:] W. Klaus (red.), *Sąsiedzi czy intruzi? O dyskryminacji cudzoziemców w Polsce*, Warszawa 2010, s. 301–310.

⁹¹ I. Rorive, *Situation tests in Europe: Myths and realities*, „European Anti-Discrimination Law Review” 2006, nr 3, s. 33.

⁹² I. Rorive, *Proving Discrimination Cases – The Role of Situation Testing*, Brussels 2009, s. 56.

⁹³ K. Wencel, *Owoc zatrudnego drzewa? Situation testing jako dowód w sprawach o dyskryminację*, „Studia Prawnicze” 2010, zeszyt 3(185).

⁹⁴ Wysieńska, *Testy dyskryminacyjne...*, s. 5.

⁹⁵ Szerzej o tym, czym są testy dyskryminacyjne, na jakie pytania testy mogą dać odpowiedź, a na jakie nie, omówienie metodologii oraz dwóch testów przeprowadzonych w Polsce patrz: K. Wysieńska, *Testy dyskryminacyjne...*, *op. cit.*

wie sądowej. W pierwszym przypadku, uzyskane wyniki niekoniecznie muszą służyć udowodnieniu dyskryminacji w jednostkowej sprawie zawisłej przed sądem, co nie znaczy, że nie mogą potwierdzać twierdzeń powoda, uprawdopodobniając fakt wystąpienia dyskryminacji, której doświadczył. Testy o charakterze badawczym można bowiem z powodzeniem wykorzystać jako dowód statystyczny, pokazujący, że w danym obszarze czy sektorze obserwuje się dyskryminację pewnych grup mniejszościowych. Testy wykorzystywane w działaniach litygacyjnych są przeprowadzane odmienną techniką i w inny sposób rejestrowane są ich wyniki.

W konstruowaniu testu, czy to na potrzeby badań naukowych, czy postępowania sądowego, niezmiernie istotna jest metodologia, która stanowi gwarancję wiarygodności zastosowania tego narzędzia. Na potrzeby niniejszego opracowania należy wyjaśnić, że metodologia ta może różnić się w zależności od kraju, czy danego ośrodka badawczego przeprowadzającego testy, jednak niezależnie od różnic, wspólne pozostają kluczowe elementy. Na przykład we wszystkich rodzajach testów powinno być spełnione kryterium „3xP”, oznaczające, że testerzy powinni być podobni, podobający się oraz prawdopodobni. Testerzy przechodzą również specjalne szkolenie mające na celu przygotowanie ich do wzięcia udziału w sytuacjach będących przedmiotem testu⁹⁶. Ponadto, jak wynika z analizy orzecznictwa sądów krajowych państw, gdzie testy są stosowane, a ich wyniki wykorzystywane przed sądami, nawet wyniki testu przeprowadzonego nie do końca ściśle z wypracowaną metodologią, mogły być uznane przez sąd jako dowód dyskryminacji. Dla przykładu – test nie był powtarzany (a zaleca się, by test był przeprowadzony najlepiej kilkakrotnie), bądź też testującym był znajomy ofiary dyskryminacji (naraził się na ewentualny zarzut braku obiektywności).

Test dyskryminacyjny z wykorzystaniem aktorów⁹⁷ może zostać zastosowany np. w badaniu ewentualnej odmowy wstępu do lokalu gastronomicznego osobie o innym pochodzeniu etnicznym. Wyglądałby on następująco: niezależna instytucja (np. organizacja pozarządowa lub instytucja publiczna, jak np. *ombudsman*) przyjmuje skargę na nierówne traktowanie i po uznaniu, że doszło do dyskryminacji, organizuje test, który ma potwierdzić jej wnioski bądź je zanegować. Test można by przeprowadzić na dwa sposoby, albo z udziałem ofiary i dobranej do niej testera, albo z udziałem dwóch testerów, z których jeden stanowiłby „odpowiednik” ofiary – osoby charakteryzującej się cechą, ze względu na którą doszło do dyskryminacji. W tym drugim przypadku kwe-

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Istnieją trzy sposoby przeprowadzenia testów dyskryminacyjnych – przy udziale osób, przez telefon oraz za pomocą pisemnych aplikacji.

stią problematyczną może okazać się uznanie testera za ofiarę dyskryminacji, jeżeli jego intencją nie była rzeczywista wola dostania się do lokalu, a jedynie zbadanie określonego zachowania. Chodziłoby bowiem o wykazanie interesu prawnego w wytaczanym powództwie, czyli uprawnienie do bycia stroną w postępowaniu sądowym. Niezależnie od dokonanego wyboru, ważne, by testerzy byli obiektywni, mieli nieposzlakowaną opinię, a także wykazywali wolę uczestnictwa w dalszych etapach postępowania. Następnie istotny jest dobór pary, z uwagi na wymóg spełnienia kryterium „3xP”. W kolejnym etapie testerzy powinni zostać przeszkoleni, aby być w pełni przygotowani do sytuacji, w której będą uczestniczyć. Jeżeli podczas testu jeden z testerów, charakteryzujący się cechą, ze względu na którą istnieje domniemanie dyskryminacji, nie zostałby wpuszczony do lokalu, a w odstępie kilku minut jego odpowiednik dostałby się tam bez problemów, uznać można, że doszło do dyskryminacji. Na zakończenie, niezwykle istotna jest procedura rejestracji przebiegu testu, czyli sporządzenie protokołu, w którym zostanie szczegółowo opisane m.in. co się wydarzyło w trakcie testu, jakie padały wypowiedzi etc. Przygotowany materiał z przebiegu testu mógłby być następnie przedstawiony przed sądem.

3.4.2. Testy dyskryminacyjne w postępowaniu sądowym

Odnosząc powyższe rozważania dotyczące rozkładu ciężaru dowodu do instytucji procesowej w postaci testu dyskryminacyjnego, warto wyjaśnić, że w przypadku zastosowania zasady odwróconego ciężaru dowodu, dowód z testów dyskryminacyjnych może być wykorzystywany na samym początku procesu lub na dalszym jego etapie. W tym pierwszym przypadku powód, chcąc uprawdopodobnić fakt dyskryminacji, przedstawiłby wyniki testu. Jeśli chodzi o drugą możliwość, w pierwszym rzędzie to pozwany miałby wykazać, że nie naruszył zasady równego traktowania. Powód, gdyby chciał podważyć dowody przedstawione przez pozwanego, może zgłosić wniosek dowodowy, np. w postaci przeprowadzenia testu dyskryminacyjnego. Za tym rozwiązaniem może przemawiać fakt, że zastosowanie takiego dowodu wyłącznie jako środka mającego uprawdopodobnić fakt dyskryminacji (przed właściwym postępowaniem dowodowym) byłoby niecelowe jako sprzeczne z zasadą ekonomii procesowej (może się bowiem okazać, że pozwany nie jest w stanie udowodnić swoich racji). Poza tym wyniki testu nie uprawdopodobniają faktu dyskryminacji, a go potwierdzają. Mimo tych wątpliwości, w praktyce wydaje się zasadniejsze przedstawienie wyników testu już przy formułowaniu zarzutu na wstępnym etapie postępowania, szczególnie w kontekście zarysowanych zmian w Kodeksie postępowania cywilnego.

Jak zostało wspomniane wyżej, procedury testowe różnią się w zależności od tego, czy test przeprowadza się w celach naukowych, czy na potrzeby postępowania sądowego. Jeżeli chodzi o testy stosowane w działaniach litygacyjnych, wymagają one udziału realnych osób, tj. testerów, którzy w postępowaniu sądowym będą występować jako powodowie lub świadkowie. Mając na uwadze wyżej przedstawione przepisy polskiego Kodeksu postępowania cywilnego odnośnie do środków dowodowych, nie wydaje się, aby dowód z przesłuchania strony czy świadka budził jakiegokolwiek wątpliwości. Wątpliwe może być natomiast samo uznanie wyniku testu jako wiarygodnego dowodu, szczególnie jeśli został on przeprowadzony przez podmiot niemogący wykazać się obiektywnością. Wątpliwości dotyczą ewentualnej prowokacji czy naruszenia przez testujących prawa do prywatności, jak również konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego oraz doktryny owocu zatrutego drzewa⁹⁸. Czy sąd zaakceptowałby jako dowód wynik takiego testu? Nawet jeżeli tak, pojawia się inne pytanie: jak byłby traktowany dokument – protokół z wynikami przeprowadzonego testu?

Biorąc pod uwagę uregulowania Kodeksu postępowania cywilnego, mamy do czynienia albo z dokumentem urzędowym, albo prywatnym. Problem, jaki może się pojawić, dotyczy wagi takiego protokołu, który nie byłby dokumentem urzędowym, a prywatnym. Zgodnie z art. 245 k.p.c., dokument prywatny stanowi dowód na to, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Dokumenty urzędowe stanowią zaś dowód na to, co zostało w nich urzędowo zaświadczone (art. 244 k.p.c.). Podział ten ma podstawowe znaczenie w postępowaniu cywilnym – odgrywa on tak istotną rolę ze względu na wagę, jaką przywiązuje się do obu rodzajów dokumentów w postępowaniu dowodowym i w ramach analizowania jego wyników. Z dokumentem urzędowym związane są bowiem dwa domniemania – tzw. domniemanie autentyczności i domniemanie prawdziwości. W odniesieniu do pierwszego domniemania przyjmuje się, że organ, który figuruje w dokumencie, jest tym, który ten dokument sporządził. W kontekście ewentualnego protokołu zawierającego wyniki testu, istotne jest szczególnie drugie domniemanie – zgodności z prawdą tego, co zostało w dokumencie urzędowo stwierdzone⁹⁹. Z drugiej jednak strony, przepisy te regulują jedynie formalną moc dowodową dokumentów urzędowych, a nie rozstrzygają o znaczeniu dokumentu dla wyniku procesu, co jest przedmiotem oceny sądu, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów. Dokument urzędowy nie jest też dowodem niepodważalnym. Nie ma jednak wątpliwości, że dowód w postaci dokumentu urzędowego miałby większą moc w stosunku do dokumentu prywatnego. Wątpliwości dotyczące

⁹⁸ Więcej na ten temat w: K. Wencel, *Owoc zatrutego drzewa?...*, *op. cit.*

⁹⁹ A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, *Kodeks postępowania cywilnego...*, *op. cit.*

mocy dowodowej protokołu z przeprowadzonego testu zgłaszali sami sędziowie, wskazując na ew. problemy w jego zaakceptowaniu przez sądy¹⁰⁰.

W odniesieniu do możliwości wykorzystania wyników testu w postępowaniu o dyskryminację, doświadczenia zagraniczne pokazują, że jest to możliwe, choć nie oczywiste. W różnych sprawach, które trafiły na wokandy sądów w Belgii, Francji, Szwecji czy na Węgrzech, testy były przeprowadzane bardziej lub mniej profesjonalnie, zgodnie z opracowaną metodologią lub też *ad hoc* – bez przygotowania czy przeszkolenia osób biorących w nich udział. Co ważne, we wszystkich tych krajach sądy zaakceptowały tę formę udowodnienia dyskryminacji. W Polsce, mimo obaw związanych z dopuszczalnością wykorzystania wyników testu dyskryminacyjnego w postępowaniu litygacyjnym oraz braku orzecznictwa w tej materii, wydaje się, że dowód z testu dyskryminacyjnego zostałby dopuszczony przez sąd na podstawie ogólnych zasad dowodzenia¹⁰¹. Jeżeli tak, zaakceptowanie takiego środka dowodowego przez polskie sądy stanowiłoby ogromne ułatwienie w dochodzeniu swoich praw przez ofiary dyskryminacji w związku z naruszeniem zasady równego traktowania.

4. Podsumowanie

Analiza polskich oraz unijnych przepisów prawnych w obszarze niedyskryminacji, jak również „równościowego” orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej prowadzi do wniosku, że problematyka dowodzenia w sprawach o dyskryminację jest jednym z istotniejszych zagadnień funkcjonowania zasady równego traktowania. Bez wprowadzenia odpowiednich rozwiązań, zarówno na poziomie przepisów, jak i praktyki ich stosowania, realizacja tej zasady będzie fikcją, a hasło „równość” pustym sloganem. Państwa podpisujące się pod dokumentami wprowadzającymi polityki równościowe powinny mieć świadomość, że gwarancją skutecznej ochrony praw ofiar nieuprawnionego nierównego traktowania jest przyjęcie konkretnych zapisów prawnych i rozwiązań systemowych.

W polskim prawie od 2004 roku odpowiednie przepisy funkcjonują w Kodeksie pracy, a od roku 2011, wraz z przyjęciem ustawy o równym traktowaniu, także w innych niż zatrudnienie obszarach, m.in. dostępie do zabezpieczenia

¹⁰⁰ Podczas seminarium dla sędziów zorganizowanego w grudniu 2011 roku przez Stowarzyszenie Interwencji Prawnej i INPRIS – Instytut Prawa i Społeczeństwa dotyczącego stosowania prawa antydyskryminacyjnego, w tym kwestii testów dyskryminacyjnych, pojawił się pomysł, by protokół z przebiegu testu sporządzał komornik, wówczas dokument miałby walor dokumentu urzędowego. Jest to interesująca propozycja wymagająca dalszego zbadania pod kątem regulacji prawnych i metodologii dotyczącej konstruowania testu.

¹⁰¹ K. Gonera, *Rozkład ciężaru dowodu...*, s. 19.

społecznego, opieki zdrowotnej, edukacji czy usług mieszkaniowych. Niestety, ustawa stanowi minimum tego, czego wymaga od nas Unia Europejska, i nie zapewnia pełnej ochrony wszystkim kategoriom podmiotów narażonych na dyskryminację. Trudno też oczekiwać, by ofiary powoływały się na dane statystyczne czy badania dotyczące skali zjawiska dyskryminacji w Polsce, skoro takich oficjalnych danych nie ma lub są one fragmentaryczne. Inny problem, jaki może się pojawić, to praktyka stosowania przepisów – czy w sprawach o dyskryminację sądy (szczególnie te niższego rzędu) we właściwy sposób potrafią stosować zasadę odwróconego ciężaru dowodu? Czy mają świadomość ograniczeń i utrudnień, na jakie napotyka pokrzywdzony, dochodzący swoich praw na skutek dyskryminacji?

Wreszcie, czy są na tyle otwarci, by dopuścić inne, „niestandardowe” dowody, jak np. dane statystyczne czy wyniki testów dyskryminacyjnych? Polska judykatura nie jest zbyt bogata w wyroki w sprawach, w których stwierdzone zostało naruszenie zakazu dyskryminacji. Wraz z rozwojem tej dziedziny prawa można się spodziewać, że orzeczeń zasądających odszkodowanie bądź zadośćuczynienie będzie przybywać. Aby tak się jednak stało, pokrzywdzeni muszą mieć świadomość swoich praw, ale także gwarancję ułatwień w toku ich dochodzenia. Służyć temu mają przedstawione wyżej reguły rządzące postępowaniem sądowym oraz możliwości wykazania nierównego traktowania.

Noty o autorach

Katarzyna Bogatko – prawniczka, ekspertka Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego, koordynatorka licznych projektów. Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. S. Wyszyńskiego oraz Wydziału Stosowanych Nauk Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego. Współautorka m.in.: publikacji „Prawo antydyskryminacyjne w praktyce sądowej. Raport z monitoringu”.

Wojciech Burek – doktor nauk prawnych, adiunkt w Instytucie Europeistyki Uniwersytetu Jagiellońskiego. Absolwent Wydziału Prawa i Administracji UJ, Szkoły Praw Człowieka Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka oraz Szkoły Prawa Amerykańskiego UJ i *Catholic University of America*. Studiował również socjologię w Instytucie Socjologii UJ. Laureat Nagrody im. Stanisława Kutrzeby w dziedzinie praw człowieka w Europie (Instytut Maxa Plancka Prawa Międzynarodowego i Publicznego Prawa Porównawczego w Heidelbergu). Autor i współautor licznych publikacji naukowych z zakresu praw człowieka, prawa antydyskryminacyjnego Unii Europejskiej, międzynarodowego prawa karnego oraz prawa umów międzynarodowych.

Karolina Kędziora – radczyni prawna, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji UW, Szkoły Prawa Amerykańskiego UW, Szkoły Praw Człowieka przy Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka. Certyfikowana trenerka antydyskryminacyjna (przez brytyjską organizację Interights oraz Akademię Treningu Antydyskryminacyjnego przy Willa Decjusza). Absolentka Women’s Human Rights Training Institute w Sofii (Bułgaria), a także Specjalistycznej Szkoły Facylitacji Społecznej na rzecz Przeciwdziałania Dyskryminacji – szkoły trenerskiej, poziom zaawansowany (Towarzystwa Edukacji Antydyskryminacyjnej). Wykładowczyni podyplomowych studiów „Gender mainstreaming” w PAN. Wiceprezeska Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego. Autorka wielu artykułów, analiz i innych publikacji na temat dyskryminacji, m.in. książki „Dyskryminacja i mobbing w zatrudnieniu”.

Witold Klaus – doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Kryminologii Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, Prezes Stowarzyszenia Interwencji Prawnej, absolwent Szkoły Praw Człowieka Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka oraz Podyplomowych Studiów Ewaluacji Programów Społecznych w Instytucie Socjologii UW. Zdobywca Społecznego Nobla 2008 dla innowatora społecznego, nagrody przyznawanej przez Fundację Ashoka – Innovators for the Public. Autor wielu publikacji z zakresu praw człowieka, praw cudzoziemców, kryminologii i sprawiedliwości naprawczej.

Patrycja Mickiewicz – aplikantka radcowska, absolwentka Wydziału Prawa Wyższej Szkoły Handlu i Prawa w Warszawie, członkini Stowarzyszenia Interwencji Prawnej, gdzie w ramach Sekcji do Spraw Cudzoziemców zajmuje się poradnictwem prawnym dla cudzoziemców oraz przeciwdziałaniem dyskryminacji.

Katarzyna Sękowska-Kozłowska – doktor nauk prawnych, adiunkt w Poznańskim Centrum Praw Człowieka Instytutu Nauk Prawnych PAN, wykładowczyni Gender Studies na Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Główne zainteresowania badawcze: ochrona praw człowieka w ramach ONZ, przeciwdziałanie dyskryminacji ze szczególnym uwzględnieniem dyskryminacji ze względu na płeć. Autorka monografii „Komitet ONZ ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet – ustrój, kompetencje, funkcjonowanie” (Toruń 2011) oraz licznych artykułów z dziedziny praw człowieka.

Monika Szulecka – absolwentka Instytutu Profilaktyki Społecznej i Resocjalizacji Uniwersytetu Warszawskiego. Brała udział w polskich i międzynarodowych projektach badawczych o tematyce migracyjnej. Interesują ją w szczególności zagadnienia z zakresu integracji ekonomicznej migrantów, zjawisko nielegalnych migracji oraz wybrane polityki migracyjne. Od 2007 roku współpracuje z Ośrodkiem Badań nad Migracjami Uniwersytetu Warszawskiego, a w ostatnim czasie również konsultowała bądź prowadziła działania badawcze w ramach projektów realizowanych przez organizacje pozarządowe, w tym Stowarzyszenie Interwencji Prawnej. Jest autorką kilku publikacji poświęconych tematyce migracyjnej oraz członkiem zespołu redakcyjnego Biuletynu Migracyjnego.

Katarzyna Wencel – prawniczka, absolwentka Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku oraz podyplomowych studiów w Kolegium Europejskim w Brugii, doktorantka w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, członkini Stowarzyszenia Interwencji Prawnej, gdzie w ramach Sekcji ds. Cudzoziemców

zajmuje się przeciwdziałaniem dyskryminacji ze względu na rasę, pochodzenie etniczne czy narodowość.

Monika Wieczorek – aplikantka radcowska, prawniczka w Polskim Towarzystwie Prawa Antydyskryminacyjnego, gdzie zajmuje się m.in. pomocą prawną w sprawach dotyczących nierównego traktowania i dyskryminacji. Współredaktorka raportu „Prawo antydyskryminacyjne w praktyce polskich sądów powszechnych” oraz książki „Równi” – zbioru reportaży o dyskryminacji z uwzględnieniem perspektywy prawnej. Autorka komentarzy eksperckich z zakresu prawa pracy, prawa cywilnego i praw człowieka. Publikowała m.in. w „Rzeczpospolitej” i „Gazecie Prawnej”.

