

19 czerwca 2010 r.

**STANOWISKO KOALICJI NA RZECZ RÓWNYCH SZANS
DOTYCZĄCE
PROJEKTU USTAWY O WDROŻENIU NIEKTÓRYCH PRZEPISÓW UNII EUROPEJSKIEJ W
ZAKRESIE RÓWNEGO TRAKTOWANIA
(PROJEKT Z DNIA 21.05.2010 r.)**

I. WSTĘP

Stanowisko dotyczące projektu ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania z dnia 21 maja 2010 r. zostało opracowane przez Koalicję na Rzecz Równych Szans (dalej: Koalicja). Koalicja skupia organizacje pozarządowe zajmujące się problemami przeciwdziałania dyskryminacji. Koalicja do tej pory wielokrotnie przedstawiała polskim władzom oraz opinii publicznej swoje stanowiska dotyczące postulowanych zmian w przepisach prawa oraz praktyki działania polskich władz w zakresie równego traktowania i przeciwdziałania dyskryminacji.

II. UWAGI OGÓLNE

Zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy, głównym jej celem jest implementacja dyrektyw UE¹ do polskiego porządku prawnego.

Zdaniem Koalicji projekt ustawy dokonuje implementacji w sposób niepełny i nie bierze pod uwagę definicji dyskryminacji, które zostały zidentyfikowane przez najnowsze orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE oraz doktrynę prawniczą. Jako przykłady można wskazać m.in. brak odniesienia m.in. do tzw. wielokrotnej dyskryminacji czy dyskryminacji przez asocjację.

¹ Są to:

- 1) dyrektywa Rady 86/613/EWG z dnia 11 grudnia 1986 r. w sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn pracujących na własny rachunek, w tym w rolnictwie, oraz w sprawie ochrony kobiet pracujących na własny rachunek w okresie ciąży i macierzyństwa (Dz. Urz. WE L 359 z 19.12.1986, str. 56; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 1, str. 330);
- 2) dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz. Urz. WE L 180 z 19.07.2000, str. 22; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 20, t. 1, str. 23);
- 3) dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. WE L 303 z 02.12.2000, str. 16; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 4, str. 79);
- 4) dyrektywa Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz. Urz. UE L 373 z 21.12.2004, str. 37);
- 5) dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja przededagowana) (Dz. Urz. UE L 204 z 26.07.2006, str. 23).

Słabą stroną projektu jest także instytucjonalne zabezpieczenie przed dyskryminacją. Projekt ustawy pomija też zupełnie rozwiązania przyjęte przez akty prawa międzynarodowego, np. Konwencji Praw Osób Niepełnosprawnych, w zakresie ochrony przed dyskryminacją osób żyjących z niepełnosprawnością.

W związku z tym, zdaniem Koalicji, **przyjęcie ustawy w proponowanym kształcie nie wzmocni wystarczająco przestrzegania zasady równego traktowania** w poszczególnych aspektach życia społecznego, co według uzasadnienia, jest jednym z celów przyjęcia ustawy. Istnieje także ryzyko, że będą nadal prowadzone lub wszczynane kolejne postępowania przeciwko Polsce przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości w sprawie niewdrożenia antidyskryminacyjnych Dyrektyw UE.

W uzasadnieniu projektu ustawy czytamy, że „konieczne jest wprowadzenie do krajowego porządku prawnego rozwiązań ustawowych zmierzających do realizacji zasady równego traktowania osób fizycznych, osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej”. W ocenie Koalicji rozwiązania ustawowe powinny nie tylko zmierzać do realizacji zasady równego traktowania, ale umożliwiać jej pełną realizację poprzez odpowiednie i skutecznie stosowane przepisy prawa. Jakkolwiek cel ustawy nie zawsze bywa w rzeczywistości osiągany, to jednak twórcy ustawy dotyczącej zasady równego traktowania powinni wprowadzić takie normy i rozwiązania organizacyjne, które mają rzeczywistą szansę na osiągnięciu postulowanego stanu rzeczy. Niestety, w obecnym brzmieniu projekt, jako niejasny, mało czytelny i nieprecyzyjny, nie przybliży Polski do stanu, w którym prawo do równego traktowania każdej jednostki w państwie będzie w pełni realizowane.

Według uzasadnienia projektu, jego celem jest także uzupełnienie istniejących regulacji w zakresie zasady równego traktowania (zawartych m.in. w Konstytucji, kodeksie pracy, ustawie o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy i in.). Projekt nie zawiera odniesienia do tych przepisów i przyjmuje rozwiązania dotyczące zasady równego traktowania rozbieżne z zasadami przyjętymi w innych aktach prawnych, szczegółowe uwagi w tym zakresie zostały rozwinięte w dalszej części.

Zdaniem Koalicji ustawa zawierająca przepisy o równym traktowaniu powinna także mieć **wymiar edukacyjny**. Materia zawarta w projekcie ustawy do tej pory regulowana była jedynie w sposób ogólny w Konstytucji RP oraz fragmentarycznie w przepisach poszczególnych ustaw (m.in. kodeksie pracy). Należy wskazać, że jest to zagadnienie w naszym ustawodawstwie nowe i mało znane w społeczeństwie. W związku z tym ustawa powinna być jasna i czytelna także dla osób nieposiadających wiedzy prawnej tak, aby każda osoba, wobec której potencjalnie mogłaby zostać naruszona zasada równego traktowania, mogła po zapoznaniu się z nią

sprawdzić, czy istotnie do takiego naruszenia wobec niej doszło, i z jakich środków może skorzystać w celu ochrony swych praw. Zdaniem Koalicji projekt ustawy nie spełnia tego warunku – jest zbyt niejasny, hermetyczny, a przyjęcie ustawy w zaproponowanym kształcie spowoduje, że nie będzie ona pełniła funkcji edukacyjnej i tylko w ograniczonym zakresie umożliwi obywatelom i obywatelkom skuteczne korzystanie z ich prawa do równego traktowania.

Ponadto, Koalicja postuluje zmianę tytułu projektu ustawy. Obecny, techniczny tytuł projektu sugeruje, że rzeczywistym celem ustawy może być jedynie formalne wdrożenie wspólnotowych przepisów antydyskryminacyjnych, do czego Polska jest zobowiązana na mocy członkostwa w UE, a nie wprowadzanie rzeczywistych zmian w życiu społecznym. Proponujemy zatem przyjęcie następującej nazwy projektu: „**Ustawa o równym traktowaniu**”, która pojawiała się na wcześniejszych etapach prac legislacyjnych. Naszym zdaniem to właśnie ta nazwa będzie najlepiej oddawać cel, dla którego projekt został przygotowany. Jednocześnie niepokój Koalicji budzi zawarte w tytule projektu sformułowanie o wdrożeniu niektórych przepisów UE. Zdaniem Koalicji proponowana ustawa powinna wdrożyć wszystkie przepisy UE dotyczące równego traktowania. Jednocześnie przepisy Dyrektyw UE w zakresie równego traktowania stanowią minimum i nie ma żadnych przeszkód, aby państwa członkowskie w swoim ustawodawstwie rozszerzały zasadę równego traktowania oraz wprowadzały wyższy poziom ochrony przed jej naruszeniami.

Już w tym miejscu należy także podnieść, że Koalicja dostrzega brak konsekwencji w konstruowaniu w projekcie katalogu przesłanek zakazanej dyskryminacji. Wybiórcze (np. w art. 6, 7, 8, 26 i 27 projektu ustawy), pozbawione racjonalnego uzasadnienia przedstawianie katalogów różnych przesłanek w kolejnych artykułach projektu ustawy wskazuje, że wbrew art. 32 Konstytucji, projektodawca obejmuje różnymi zakresami ochrony przed dyskryminacją konkretne grupy społeczne. Takie rozwiązania należy uznać za niedopuszczalne. Warto zwrócić uwagę, że przyjęte w projekcie ustawy wyłączenia i ograniczenia zakresu jest stosowania odbiegają znacznie od coraz powszechniejszej koncepcji **horyzontalnego działania konstytucyjnych wolności i praw**, a więc możliwości bezpośredniego powołania przepisu konstytucyjnego, np. art. 32 Konstytucji, jako żądania określonego zachowania od innej jednostki. Koncepcja horyzontalnego działania konstytucyjnych wolności i praw, jest znana i powszechna w wielu krajach zachodnich. L. Garlicki wskazuje na rozstrzygnięcie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, który uznał, że „szereg istotnych konstytucyjnych praw i wolności, choć nie wszystkie, nie tylko chronią obywatela wobec władzy państwowej, ale stanowią także podstawy porządku całego życia społecznego i wywierają bezpośredni wpływ na

stosunki prawne między obywatelami”². Również w Polsce, mimo iż koncepcja ta nie została bezpośrednio wyrażona w Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny dopuścił możliwość horyzontalnego działania prywatności³, co w konsekwencji może prowadzić do kolejnych rozstrzygnięć popierających tą koncepcję.

Dodać należy, iż obecnie toczą się zaawansowane prace na poziomie Unii Europejskiej dotyczące kolejnej, horyzontalnej dyrektywy, która obejmuje zakazem dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej, niepełnosprawności, wieku i religii m.in. takie dziedziny życia jak edukacja, dostęp do dóbr i usług. Warto mieć na uwadze, iż wejście w życie nowej dyrektywy wymusi na polskim ustawodawcy nowelizację zaproponowanych w projekcie ustawy przepisów. Co więcej, zakres ochrony przed dyskryminacją zaproponowany w projekcie ustawy jest o wiele bardziej ograniczony od tych, przedstawianych przez rząd w ubiegłych latach. W uzasadnieniu do projektu ustawy nie odniesiono się do tego i nie wyjaśniono w sposób jednoznaczny, dlaczego zakres ochrony przed dyskryminacją jest tak ograniczony.

Ponadto, w projekcie użyte zostały sformułowania „zasada równego traktowania”, „dyskryminacja” oraz „nierówne traktowanie”. Mając na uwadze przejrzystość ustawy oraz jej czytelność i przydatność, Koalicja postuluje posługiwanie się w projekcie ustawy terminem dyskryminacja, zamiast terminu „nierówne traktowanie”. Nieznany dotąd polskiemu prawu termin „nierówne traktowanie” może wywoływać wątpliwości interpretacyjne, których nie usuwa słowniczek pojęć zamieszczony w projekcie ustawy.

Niepokój Koalicji budzi fakt, iż rządowe prace nad stworzeniem ustawy kompleksowo regulującej kwestię równego traktowania znacząco się przedłużają (trwają co najmniej od 2002 r.). Brak takiej ustawy powoduje znaczne opóźnienie we wdrażaniu przepisów antydyskryminacyjnych UE, przez co Komisja Europejska przedstawiła Polsce zarzuty dotyczące niewłaściwego lub niepełnego wdrożenia dyrektyw antydyskryminacyjnych. Wobec tego Koalicja wyraża nadzieję, że niniejszy projekt, po uwzględnieniu poniższych uwag, zostanie w najbliższym czasie przyjęty przez Radę Ministrów i skierowany do dalszych prac legislacyjnych. Koalicja deklaruje także chęć uczestnictwa w debatach nad ostatecznym kształtem przepisów antydyskryminacyjnych.

III. UWAGI SZCZEGÓŁOWE

Rozdział 1 – Przepisy ogólne

Artykuł 1

² L. Garlicki: *Polskie prawo konstytucyjne, Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 96.

³ Por. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 lutego 2002 r., sygn. K 3/01.

Koalicja postuluje wpisanie do projektu ustawy nowego, dodatkowego art. 1, który określałby obszary życia objęte ochroną przed dyskryminacją i sposoby przeciwdziałania naruszeniom zasady równego traktowania. Postulujemy wykreślenie z projektu ustawy art. 1 w jego obecnej treści. Projektodawca zdecydował się na wyjaśnienie zakresu tematycznego ustawy (zakres przedmiotowy w art. 4 i 5 projektu) oraz wskazanie katalogu przesłanek zakazu nierównego traktowania w jednej jednostce redakcyjnej. Takie rozwiązanie budzi poważne zastrzeżenia. Po pierwsze bowiem, zdaniem Koalicji, zbędne jest przedstawienie w art. 1 zagadnień, których dotyczy ustawa, ponieważ tytuł ustawy po jego zmianie na „Ustawa o równym traktowaniu” będzie wyraźnie na to wskazywał. Po drugie prezentacja tak ważnego zagadnienia, jakim jest katalog przesłanek zakazu nierównego traktowania, powinna nastąpić w odrębnym artykule.

Mając na uwadze rzeczywisty cel proponowanej ustawy oraz postulowaną w niniejszych uwagach zmianę jej tytułu na: „Ustawa o równym traktowaniu”, konieczne jest wprowadzenie w art. 1 ustawy ogólnego przepisu statuującego **prawo do równego traktowania**, mającego przymiot prawa podmiotowego oraz **zakazującego jakiegokolwiek dyskryminacji z powodu przykładowo wymienionych przesłanek**. Uzasadnieniem proponowanego przez Koalicję rozwiązania jest, przede wszystkim, potrzeba wprowadzenia do polskiego ustawodawstwa wyraźnego i precyzyjnie sformułowanego prawa do równego traktowania, które będzie miało przymiot prawa podmiotowego. Prawo do równego traktowania znalazło wprawdzie wyraz w art. 32 Konstytucji, jednak ma ono wymiar ograniczony. Zgodnie z art. 32 ust. 1 Konstytucji „Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne”, a ust. 2 tego przepisu zakazuje dyskryminacji kogokolwiek w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym, z jakiegokolwiek przyczyny. Zasada równości została sformułowana przez polskiego ustrojodawcę w sposób ogólny i jak wskazują niektórzy przedstawiciele doktryny – nietypowy⁴. Aby uniknąć konfliktu przy tworzeniu listy zakazanych kryteriów różnicowania, wprowadzono formułę o zakazie dyskryminacji „z jakiegokolwiek przyczyny”. Istnieje jednak niebezpieczeństwo, że brak wskazania, choćby przykładowo, konkretnych cech prawnie chronionych, może łatwo doprowadzić do osłabienia ochrony tych wartości, na które w danym momencie nie będzie przyzwolenia politycznego. Zasada równości z art. 32 Konstytucji stanowi nie tylko zasadę konstytucyjną oraz jedną z idei przewodnich systemu wolności i praw, ale ponadto, zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego „przepis ten wyraża (...) szczególnego rodzaju prawo podmiotowe, prawo do równego traktowania”⁵. Jednocześnie jednak Trybunał uznaje, że prawo to ma wymiar ograniczony, co nabiera

⁴ L. Garlicki: *Komentarz do art. 32 Konstytucji*, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 4, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2005, s. 5.

⁵ Postanowienie TK z dnia 24 października 2001, sygn. SK 10/01, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 225.

szczególnego znaczenia przy rozpatrywaniu skarg konstytucyjnych. Trybunał – uznając prawo do równego traktowania za konstytucyjne prawo jednostki – podkreślił w powołanym wyżej postanowieniu, że „ma ono charakter niejako prawa ‘drugiego stopnia’ (‘metaprawa’), tzn. przysługuje ono w związku z konkretnymi normami prawnymi lub innymi działaniami organów władzy publicznej, a nie w oderwaniu od nich – niejako ‘samoistnie’. Jeżeli te normy lub działania nie mają odniesienia do konkretnych określonych w Konstytucji wolności i praw, prawo do równego traktowania nie ma w pełni charakteru prawa konstytucyjnego, a to sprawia, że nie może ono być chronione za pomocą skargi konstytucyjnej”. W związku z powyższym, mimo że interpretacja taka budzi kontrowersje⁶, powoływanie w skardze konstytucyjnej zarzutu naruszenia art. 32 Konstytucji musi uwzględniać jednocześnie inne konkretne prawo lub wolność. Oznacza to, że ochrona jednostki za pomocą art. 32 Konstytucji nie jest wystarczająca. W związku z tym wprowadzenie w „ustawie o równym traktowaniu” prawa do równego traktowania, a także wskazanie szerokiego katalogu przesłanek zakazujących różnicującego traktowania, wzmocniłoby ochronę jednostki w wielu dziedzinach życia. Ponadto wymienienie w art. 1 ustawy jak najszerszego katalogu przesłanek znanych ustawodawstwom innych krajów, w znaczny sposób ułatwi jednostce ochronę przed działaniami dyskryminacyjnymi. Nie będzie ona musiała wykazywać, że dana cecha ma charakter przesłanki, ze względu na którą zakazana jest dyskryminacja, jeśli taka *expressis verbis* będzie wymieniona w ustawie.

Zaproponowany przez projektodawcę w art. 1 katalog przesłanek wydaje się zatem zbyt ograniczony, nie zawiera bowiem innych, możliwych przyczyn nierównego traktowania. Poza tym, brak sformułowania „w szczególności” czy „m.in.” skłania do przyjęcia, że jest to katalog zamknięty. Tak skonstruowany przepis stoi w sprzeczności ze wskazywanym powyżej art. 32 Konstytucji RP, zgodnie z którym „nikt nie może być dyskryminowany (...) z **jakiegokolwiek** przyczyny” oraz art. 18^{3a} § 1 kodeksu pracy, zgodnie z którym zakazana jest dyskryminacja „**w szczególności** bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną (...)”. Wskazane byłoby zatem **poszerzenie katalogu o inne przesłanki** np. tożsamość płciową, stan cywilny, poglądy polityczne i inne przekonania, stan zdrowia i inne cechy osobiste, przynależność związkową, wygląd. Należy również tak sformułować przepis, aby lista stanowiła katalog otwarty.

Za takimi zmianami przemawia fakt, że dyskryminacja może mieć miejsce także z innych powodów, niż te enumeratywnie wymienione w projekcie ustawy. Przyjęcie ustawy w proponowanym kształcie spowoduje, że osoby, które doznają dyskryminacji z innych przyczyn

⁶ Postanowienie zapadło przy zdaniach odrębnych sędziów L. Garlickiego, K. Kolasińskiego, M. Safjana, J. Stępnia, J. Trzecińskiego.

będą pozbawione ochrony prawnej w tym zakresie. Ponadto dyrektywy, których przepisy mają być wdrożone przez ustawę, wyznaczają pewne minimum i nic nie stoi na przeszkodzie, by państwa zapewniły swoim obywatelom wyższy poziom ochrony. Takie rozwiązanie zostało przyjęte w wielu państwach członkowskich Unii Europejskiej – szeroki katalog przesłanek wprowadziła do swojego ustawodawstwa m.in. Szwecja, Finlandia, Belgia, Węgry, Bułgaria, Rumunia czy Irlandia Północna.

Zdaniem Koalicji art. 1 ustawy może przyjąć następujące brzmienie:

„Art. 1. 1. Każdy ma prawo do równego traktowania.

2. Jakakolwiek dyskryminacja, w szczególności ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, zdrowie, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, światopogląd, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, tożsamość płciową, stan cywilny, jest niedopuszczalna”.

Artykuł 2

Art. 2 projektu stanowi, że ustawa ma zastosowanie do osób fizycznych oraz do osób prawnych i jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną. Treść art. 2 wzbudza wątpliwości co do intencji projektodawcy – czy chodzi o wskazanie podmiotów, którym przysługuje ochrona przed dyskryminacją, czy też podmiotów które mogą naruszyć zasadę równego traktowania. Wobec treści art. 5 projektu ustawy oraz niewystarczających wyjaśnień w uzasadnieniu projektu wypada stwierdzić, że projektodawcy prawdopodobnie chodziło o podkreślenie tych podmiotów, którym będzie przysługiwała ochrona na podstawie przepisów ustawy. Należałoby zatem oprócz wskazania kto podlega ochronie przed dyskryminacją (np. osoby fizyczne, prawne), wyraźnie wskazać również **kto jest zobowiązany do stosowania się do zasady równego traktowania**, tj. że ustawę stosuje się „do wszystkich osób, zarówno sektora publicznego, jak i prywatnego, włącznie z instytucjami publicznymi.” Takie sformułowanie jest wprost zapisane zarówno w Dyrektywie 2000/78/WE, jak i Dyrektywie 2000/43/WE (art. 3 ust. 1 obu dyrektyw).

W związku z tym, w ocenie Koalicji, przepis art. 2 mógłby przyjąć brzmienie:

Art. 2.1 Ochrona przewidziana w ustawie przysługuje osobom fizycznym oraz osobom prawnym i jednostkom organizacyjnym niebędącym osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną.

2. Do przestrzegania zasady równego traktowania zobowiązane są wszystkie podmioty, zarówno z sektora publicznego, jak i prywatnego, włącznie z instytucjami publicznymi.

Artykuł 3

Art. 3 projektu zawiera słowniczek kluczowych dla ustawy pojęć. W artykule tym zdefiniowano m.in. dyskryminację bezpośrednią, dyskryminację pośrednią, molestowanie i molestowanie seksualne. Koalicja, jak wskazywano już powyżej, postuluje rezygnację w ustawie z pojęcia nierównego traktowania, które jest nieznanne polskiemu porządkowi prawnemu i może powodować trudności interpretacyjne i zastąpienie go znanym już polskiemu prawu pojęciem dyskryminacji.

Z brzmienia ustawy nie wynika, że dyskryminacja może występować w różnych formach: jako dyskryminacja bezpośrednia, dyskryminacja pośrednia, molestowanie, molestowanie seksualne oraz zachęcanie do dyskryminacji. Zarówno w kodeksie pracy, jak i dyrektywach jest to jasne, gdyż wszystkie formy są opisane w jednym artykule. Warto zatem uzupełnić definicje w art. 3 pkt 1, 2, 3 i 4 o informację, że stanowią one różne formy dyskryminacji. Warto również wyjaśnić w słowniczku definicję „zachęcania do dyskryminacji” (o czym dalej) i wskazać, że jest ono także jedną z form dyskryminacji.

W przeciwieństwie do definicji dyskryminacji bezpośredniej, pośredniej i molestowania, które odpowiadają tym przyjętym przez kodeks pracy w art. 18^{3a} § 3 i 4, definicja molestowania seksualnego zaproponowana w projekcie ustawy (art. 3 pkt 4) nie jest spójna z definicją kodeksową. Ustawa stanowi bowiem, że ilekroć mowa o molestowaniu seksualnym – „rozumie się przez to każde niepożądane zachowanie o charakterze seksualnym wobec osoby fizycznej (...)”, co powinno zostać uzupełnione o sformułowanie „lub odnoszące się do płci”, tak jak ma to miejsce w przypadku definicji w kodeksie pracy. Za taką zmianą przemawia fakt, że może mieć miejsca zachowanie odnoszące się do płci, naruszające godność osoby, stwarzające wobec niej poniżającą, uwłaczającą atmosferę, mimo że nie ma ono *stricto* „charakteru seksualnego”. Poza tym, skoro ustawa ma zastosowanie także w obszarze zatrudnienia, niezbędne jest, by definicje podstawowych pojęć używane w kodeksie pracy i w ustawie były spójne i nie wprowadzały niejasności interpretacyjnych.

Ponadto w sytuacji, w której zdefiniowane zostały formy dyskryminacji, wskazany jest, by w powołanym artykule zawrzeć również definicję, którą projektodawca umieścił w art. 9 projektu – „Zakazuje się nakłaniania innego podmiotu lub nakazywania innemu podmiotowi nierównego traktowania (...)”. Zarówno we wspólnotowych dyrektywach antydyskryminacyjnych (2000/78/WE, 2000/43/WE, 2006/54/WE, 2004/113/WE), w których jako jedną z form

dyskryminacji wskazano „zmuszanie do dyskryminacji”, jak i w kodeksie pracy, który przewiduje zakaz „**zachęcania do dyskryminacji**”, wszystkie formy dyskryminacji zawarte są w tym samym przepisie, dzięki czemu definicja dyskryminacji jest bardziej czytelna i zrozumiała.

W związku z tym, mając na uwadze kodeks pracy (art. 18^{3a} § 5) Koalicja sugeruje następujące brzmienie artykułu:

„Ilekroć w ustawie jest mowa o: (...) zachęcaniu do dyskryminacji – rozumie się przez to działanie polegające na zachęcaniu innej osoby do naruszenia zasady równego traktowania lub nakazaniu naruszenia tej zasady”.

Sformułowanie „zachęcanie”, w praktyce obejmuje szerszy zakres zakazanych zachowań, niż sformułowanie „nakłanianie”.

Wątpliwości budzi także zaproponowana definicja usług (pkt 7), przez które rozumie się „usługi w rozumieniu art. 57 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.” Taka definicja *de facto* niczego nie wyjaśnia, a odniesienie do konkretnego artykułu Traktatu wprowadza kolejną niewiadomą i nie przyczynia się do lepszego rozumienia terminów użytych w ustawie. Skoro ustawa wprowadza słowniczek, nic nie stoi na przeszkodzie, by przywołać również definicję usług przyjętą w Traktacie, tym bardziej, że nie jest ona obszerna.

Ponadto w art. 3 projektu powinny dodatkowo znaleźć się **definicje innych form dyskryminacji** zawarte w przepisach UE oraz innych aktach prawa międzynarodowego – dyskryminacji wielokrotnej, dyskryminacji przez asocjację oraz odmowy wprowadzenia racjonalnych usprawnień.

Dyskryminacja wielokrotna⁷

Pojęcie „dyskryminacji wielokrotnej” nie zostało w projekcie przewidziane. Zjawisko to ma miejsce wtedy, gdy ktoś doświadcza dyskryminacji z więcej niż jednego powodu, na przykład będąc gorzej traktowanym/traktowaną nie tylko ze względu na orientację seksualną, ale również ze względu na płeć i niepełnosprawność. Dyskryminacja wielokrotna zachodzi na przykład, gdy ktoś doświadcza dyskryminacji z kilku powodów, w oddzielnych sytuacjach. Przykładem może być kobieta niepełnosprawna, którą omija awans, ponieważ jej szef woli mężczyznę na stanowisku kierowniczym, a przy innej okazji ta sama osoba zostaje wykluczona, ponieważ nie jest w stanie uczestniczyć w spotkaniu, które odbywa się w miejscu niedostępnym dla niej ze względu na jej niepełnosprawność.

⁷ Tekst oryginalny „*Multiple discrimination: the need for justice for the whole person*” jest umieszczony na stronie Academy of European Law, <http://www.era.int/>, tłumaczenie zostało wykonane w ramach projektu Fundacji Autonomia pt. *Milczenie nie jest złotem. Przeciwdziałanie dyskryminacji i przemocy ze względu na płeć i orientację seksualną.*

Z dyskryminacją wielokrotną mamy do czynienia również w sytuacji, gdy wymaga się od danej osoby wypełnienia kilku warunków lub wyróżniania się kilkoma cechami jednocześnie. Nieposiadanie jednego „elementu” nie powoduje jeszcze całkowitej porażki, ale im więcej danych cech/atrybutów brakuje, tym mniejsza jest szansa na wypełnienie wymagań. Przypadki te pojawiają się w sytuacjach, gdy mamy do czynienia z szeregiem wymagań, chociażby dotyczących stanowiska pracy. Niespełnienie jednego z kryteriów znacznie zmniejsza szanse na zdobycie takiej pracy, a brak kolejnych pożądanых cech, jeszcze bardziej zmniejsza prawdopodobieństwo sukcesu.

„Dyskryminacją wielokrotną” jest również tzw. „**dyskryminacja krzyżowa**”, która pojawia się wtedy, gdy gorsze traktowanie ma więcej niż jedną przyczynę, a przyczyny te oddziałują wzajemnie na siebie tak, że nie da się ich od siebie oddzielić. Przykładowo, Turczynka skarży się na bezpośrednią dyskryminację ze strony pracodawcy. Jej pracodawca argumentuje, że zatrudnia przecież kobiety nie pochodzące z Turcji oraz mężczyzn z Turcji. To udowadnia jedynie, że nie zawsze wykluczani są Turcy i kobiety. Kobieta może więc wykazać, że to kombinacja dwóch charakterystyk była powodem gorszego traktowania. Ale może to nie wystarczyć. Gorsze traktowanie może dotyczyć jedynie kobiet z Turcji. Aby ukazać stopień i zakres dyskryminacji, na jaką jest narażona, musi być w stanie porównać swoją sytuację, z sytuacją mężczyzn nie-Turków. W celu przedstawienia całokształtu opresji, jaka ją spotyka, należy wziąć pod uwagę efekty, jakie daje nakładanie się na siebie jej pochodzenia, rasy i płci.

Mimo że dyrektywy nie podejmują otwarcie problemu dyskryminacji wielokrotnej, to zakładają pośrednio jej istnienie. Zarówno Dyrektywa 2000/43/WE, jak i Dyrektywa 2000/78/WE uznają, że różne charakterystyki/cechy, będące przyczynami dyskryminacji, mogą się krzyżować. Przykładowo w punkcie 14 preambuły Dyrektywy 2000/43/WE, napisano: *„Wdrażając zasadę równego traktowania bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne Wspólnota powinna, zgodnie z artykułem 3 ustęp 2 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, dążyć do wyeliminowania nierówności oraz do promowania równości kobiet i mężczyzn, szczególnie ze względu na fakt, iż kobiety są często ofiarami dyskryminacji opartej na wielu przesłankach jednocześnie”*. Ponadto, Komisja Europejska dostrzegając problem, w roku 2007, w ramach działań podczas Europejskiego Roku Równych Szans dla Wszystkich, zleciła badania tego zjawiska. Badania te zostały opublikowane w raporcie pt. *Zwalczanie dyskryminacji wielokrotnej: praktyki, strategie i prawa*⁸.

W związku z powyższym, należy stwierdzić, iż pojęcie „dyskryminacji wielokrotnej” powinno się znaleźć w ustawie o proponowanym przez Koalicję tytule „o równym traktowaniu”.

⁸ *Tackling Multiple Discrimination: practices, policies and laws*, European Commission, 2007.

W przeciwnym razie, istnieje niebezpieczeństwo, że w praktyce prawnicy (lub same osoby poszkodowane) będą raczej dążyć do tego, by podejmować się spraw na najmocniejszym dla nich gruncie, koncentrując się na naruszeniu tylko jednej z cech prawnie chronionych, ignorując inne aspekty, ze szkodą dla przedmiotu roszczenia. Instrument prawa w postaci zarzutu „wielokrotnej dyskryminacji” sprawi, iż ochrona przed dyskryminacją będzie prostsza i bardziej skuteczna.

Dyskryminacja przez asocjację

Kolejna definicja, której projektodawca nie uwzględnił, to „dyskryminacja przez asocjację”. Nie została ona zawarta we wspólnotowych dyrektywach antydyskryminacyjnych, niemniej jednak potrzeba jej wprowadzenia do krajowego prawa antydyskryminacyjnego wynika z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Trybunał wychodzi naprzeciw nowym wyzwaniom, jakie stawia praktyka przeciwdziałania dyskryminacji w państwach Unii Europejskiej. Za sprawą pytań prawnych, jakie do niego trafiają, Trybunał poprzez swoje orzecznictwo, bez konieczności zmian legislacyjnych w dyrektywach antydyskryminacyjnych, jest w stanie na bieżąco reagować i niwelować braki legislacyjne ustawodawcy unijnego.

Odnosząc się do zjawiska „dyskryminacji przez asocjację”, 31 stycznia 2008 r. Rzecznik Generalny Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wydał opinię w sprawie *Sharon Coleman przeciwko kancelarii prawnej Attridge Law* (C-303/06). Pytanie prawne zadane zostało przez Trybunał ds. Zatrudnienia z południowej dzielnicy Londynu Croydon. Pozew o dyskryminację w zatrudnieniu wniosła pani Sharon Coleman przeciwko kancelarii prawnej Attridge Law, w której pracowała w charakterze sekretarki prawnej. W 2002 roku urodziła niesłyszącego syna Oliviera, dodatkowo cierpiącego na niewydolność układu oddechowego. Po bezskutecznych prośbach kierowanych do kierownictwa firmy w sprawie możliwości dostosowania czasu jej pracy do obowiązków związanych z opieką nad niepełnosprawnym synem, została zmuszona do rezygnacji z pracy. Co więcej, w okresie bezpośrednio przed rezygnacją z zatrudnienia doznała, jak twierdziła, szykan ze strony pracodawcy właśnie z powodu formułowanych próśb. Jednym z głównych zarzutów pani Coleman było stosowanie wobec niej praktyk dyskryminacyjnych, szczególnie że w tej samej firmie pracowały osoby, które korzystały z elastycznego czasu pracy w związku z koniecznością opieki nad swoimi małymi, choć pełnosprawnymi dziećmi. Osoby te również nie były ofiarami szykan i innych działań uwłaczających godności pracowniczej, które na gruncie dyrektywy Nr 2000/78/WE zdefiniowane są jako molestowanie. W swojej opinii, Rzecznik Generalny Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oznajmił, że „na gruncie Dyrektywy 2000/78/WE, nie tylko osoby niepełnosprawne chronione są przed nierównym

traktowaniem w zatrudnieniu, ale także osoby, które w jakiś sposób doznały naruszenia swych praw z uwagi na powiązania z osobami niepełnosprawnymi”⁹.

W wyroku z dnia 17 lipca 2008 r. Trybunał uznał, że nie jest konieczne, by ktoś, kto jest obiektem dyskryminacji, musiał być źle traktowany z uwagi na ‘swoją niepełnosprawność’, bowiem wystarczy, by był on źle traktowany z uwagi na niepełnosprawność w ogóle. Także **‘więź’ z osobą niepełnosprawną może stanowić podstawę dyskryminującego traktowania**, które jest zakazane na gruncie dyrektywy 2000/78/WE.

W związku z powyższym, mając na celu jak najszerszą ochronę przed dyskryminacją, co najmniej wypełniającą wspólnotowe minimum, istnieje konieczność uwzględnienia definicji „dyskryminacji przez asocjację” w projekcie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania.

Warto również podnieść, że wszystkie przesłanki zakazanej dyskryminacji powinny być interpretowane szeroko i przewidziane środki ochrony przed dyskryminacją powinny być stosowane również w odniesieniu do tych jednostek, które nie są bezpośrednimi nosicielami cech prawnie chronionych, tzw. błędne przypisanie cechy prawnie chronionej.

Racjonalne usprawnienia oraz uniwersalne projektowanie

Projekt ustawy pomija sytuację osób niepełnosprawnych w odniesieniu do racjonalnych usprawnień, przewidzianych w art. 5 Dyrektywy Rady 2000/78/WE. Racjonalne usprawnienia to podejmowanie przez pracodawcę odpowiednich środków, koniecznych w danej sytuacji, aby umożliwić osobie niepełnosprawnej dostęp do zatrudnienia, wykonywanie pracy lub awansowanie, albo przejście szkolenia, w celu zapewnienia realizacji równego traktowania, chyba że takie środki nakładałyby nieproporcjonalnie duże obciążenie na pracodawcę. Istotne jest to, że nie uważa się za nieproporcjonalne środków, jeżeli zostaną one wystarczająco zrekompensowane środkami stosowanymi w ramach polityki danego państwa w zakresie niepełnosprawności.

Trzeba zauważyć, że przepis dyrektywy odnosi się jedynie do sfery zatrudnienia, nie obejmując innych istotnych sfer życia osób niepełnosprawnych. Ponadto, przepis ten nie został implementowany w sposób pełny do polskiego porządku prawnego. W kodeksie pracy brak jest regulacji na ten temat, na pracodawców nie został nałożony obowiązek wprowadzenia w zakładzie pracy racjonalnych usprawnień dla osób niepełnosprawnych. Częściowo regulacje dotyczące racjonalnych usprawnień znajdują się m. in. w ustawie o rehabilitacji zawodowej i

⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0303:EN:HTML>

społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych¹⁰. Koalicja dostrzega konieczność uwzględnienia w projekcie ustawy obowiązku podejmowania odpowiednich środków stanowiących racjonalne usprawnienia dla osób niepełnosprawnych. Bardzo ważne jest jednak to, że obowiązek ten powinien dotyczyć **każdej sfery życia osób niepełnosprawnych**, a nie jedynie sfery zatrudnienia. Jednocześnie Koalicja chciałaby zwrócić uwagę, że przepisy dotyczące racjonalnych usprawnień, skierowane jedynie do pracodawców, znajdowały się w poprzednich projektach ustaw dotyczących równego traktowania.¹¹

Wynika to przede wszystkim z założenia, że jakiegokolwiek regulacje odnoszące się do osób niepełnosprawnych, muszą uwzględniać postanowienia Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych, uchwalonej przez Organizację Narodów Zjednoczonych w dniu 13 grudnia 2006 r. Niestety Konwencja nie została jeszcze ratyfikowana przez Polskę (jej podpisanie nastąpiło w dniu 31 marca 2007 r.), ale wprowadzone przez nią rozwiązania pokazują, jak zagwarantować objęcie ochroną praw człowieka osób niepełnosprawnych. Zatem ustawa o równym traktowaniu powinna powstawać w duchu postanowień Konwencji i wprowadzać takie regulacje, które zapewnią ochronę i właściwą realizację praw człowieka oraz podstawowych swobód wszystkich osób żyjących z niepełnosprawnością. Ustawa o równym traktowaniu ma także wymiar edukacyjny, a jednym z jej celów powinno być promowanie zasady równego traktowania we wszystkich aspektach życia. Warto odnieść się do definicji dyskryminacji, przewidzianej przez art. 2 Konwencji i rozważyć uwzględnienie niektórych aspektów tej definicji w projektowanej ustawie.

„Dyskryminacja ze względu na niepełnosprawność” oznacza jakiegokolwiek różnicowanie, wykluczanie lub ograniczanie ze względu na niepełnosprawność, którego celem lub skutkiem jest naruszenie, utrudnienie lub uniemożliwienie uznania korzystania z lub wykonywania wszelkich praw człowieka i podstawowych wolności w dziedzinie polityki, gospodarki, społecznej, kulturalnej, obywatelskiej lub w jakiegokolwiek innej dziedzinie, na zasadach równości z innymi osobami. Obejmuje to wszelkie przejawy dyskryminacji, w tym **odmowę racjonalnego usprawnienia**

Pojęcie racjonalne usprawnienie (*reasonable accomodation*) Konwencja definiuje jako konieczne i stosowne modyfikacje i adaptacje nie wiążące się z nieproporcjonalnymi i

¹⁰ Art. 2 pkt 8 tej ustawy definiuje przystosowane stanowisko pracy osoby niepełnosprawnej jako stanowisko pracy, które jest oprzyrządowane i dostosowane odpowiednio do potrzeb wynikających z rodzaju i stopnia niepełnosprawności. Ponadto, na podstawie przepisów ustawy, pracodawca jest zobowiązany do dostosowań racjonalnych z punktu widzenia finansowego, a na wyższe koszty może dostać dofinansowanie ze źródeł publicznych.

¹¹ M.in. w projekcie ustawy o równym traktowaniu z 3 lipca 2008 r., w art. 6 pkt 8 oraz w projekcie z 25 września 2008 r. ustawy w sprawie wdrożenia niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania w art. 6 pkt 8

nadmiernymi obciążeniami, jeśli są one potrzebne w określonych przypadkach dla zapewnienia osobom niepełnosprawnym możliwości egzekwowania i korzystania z wszystkich praw człowieka i podstawowych wolności oraz ich wykonywania na zasadach równości z innymi. Niestety, w polskim systemie prawnym, brak jest ogólnej definicji odpowiadającej konwencyjnemu pojęciu racjonalnego usprawnienia¹².

Ponadto, zdaniem Koalicji, projekt ustawy o równym traktowaniu powinien także uwzględniać nieznaną dotychczas polskiemu prawu, a wprowadzoną przez Konwencję definicję „uniwersalnego projektowania”, które oznacza projektowanie produktów, środowiska, programów i usług w taki sposób, by były użyteczne dla wszystkich, w możliwie największym stopniu, bez potrzeby adaptacji lub specjalistycznego projektowania. „Uniwersalne projektowanie” nie wyklucza pomocy technicznych dla szczególnych grup osób niepełnosprawnych, tam gdzie jest to potrzebne.

Reasumując, brak definicji racjonalnych usprawnień, uniwersalnego projektowania oraz ogólnego obowiązku wprowadzania tego typu działań we wszystkich sferach życia, mogą prowadzić do dyskryminacji osób niepełnosprawnych. W związku z tym, w oczekiwaniu na ratyfikację Konwencji, konieczne jest uwzględnienie tych instytucji w projekcie ustawy statuującej prawo do równego traktowania.

Wypada nadmienić, że w Polsce od kilku lat toczy się dyskusja na temat „ustawy o wyrównywaniu szans osób z niepełnosprawnością”¹³, która uwzględniałaby część postulatów dotyczących funkcjonowania osób z niepełnosprawnością w kontekście prawa do równego traktowania. Warto jednak podkreślić, że środowisko osób niepełnosprawnych nie przedstawia jednolitego poglądu odnośnie do konieczności uchwalenia takiej ustawy, powołując się m. in. na jej niepełną regulację oraz potrzebę ratyfikacji Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych. Koalicja stoi na stanowisku, że to ustawa o równym traktowaniu powinna być nadrzędna w stosunku do innych norm prawnych regulujących sytuację konkretnych grup społecznych. Ustawa o równym traktowaniu powinna **wyznaczać pewien standard** w zakresie ochrony przed dyskryminacją, dlatego proponowane przez Koalicję postulaty zasługują na uwzględnienie.

Wprawdzie ratyfikacja Konwencji będzie oznaczać jej pierwszeństwo przed ustawami w porządku prawa polskiego, tym niemniej ustawa może już teraz stanowić wykonanie i wprowadzenie w życie jej postanowień.

¹² Można przykładowo jeszcze wskazać na sformułowanie „warunki niezbędne do korzystania z obiektów przez osoby niepełnosprawne”, przewidziane przez Prawo budowlane, czy też „działania ułatwiające korzystanie ze środków transportowych osobom niepełnosprawnym” wprowadzone przez Prawo przewozowe.

¹³ http://www.niepelnosprawni.pl/files/www.niepelnosprawni.pl/public/formularze/ustawa_ostateczna.pdf

Artykuł 4

Zakres przedmiotowy projektu ustawy nie może być w ocenie Koalicji przyjęty w zaproponowanej wersji, gdyż jest on zdecydowanie zbyt wąski. Zgodnie z pkt 4 lit. b, c i d art. 4, ustawę stosuje się w zakresie dostępu i warunków korzystania z zabezpieczenia społecznego, opieki zdrowotnej, oświaty i szkolnictwa wyższego. Tymczasem dyrektywa 2000/43/WE stanowi, że jej przepisy stosuje się w odniesieniu do „ochrony społecznej, łącznie z zabezpieczeniem społecznym i opieką zdrowotną, świadczeń społecznych, edukacji (...)”. Należy podkreślić, że pojęcie „zabezpieczenia społecznego” nie jest tożsame z ochroną społeczną i świadczeniami społecznymi – w skład systemu zabezpieczenia społecznego w Polsce wchodzi m.in. ubezpieczenia majątkowe i osobowe, ubezpieczenia społeczne, ochrona zdrowia, pomoc społeczna. Jednakże termin „ochrony społecznej”, użyty w dyrektywie, jest pojęciem znacznie szerszym. Podobnie pojęcie „oświaty i szkolnictwa wyższego” jest dużo węższe niż pojęcie „edukacji”, które to obejmuje zarówno dostęp do szkolnictwa wyższego, jak i ogólnie rozumianą oświatę, ale także dostęp do np. przedszkoli (i żłobków), szkół podstawowych, gimnazjów, szkół ponadgimnazjalnych, szkół dla dorosłych oraz wszystkich innych placówek edukacyjnych sektora publicznego i prywatnego.

Warto zwrócić uwagę, że art. 32 Konstytucji nie różnicuje zakresu ochrony w stosunku do poszczególnych grup społecznych – zakazana jest wszelka dyskryminacja w życiu politycznym, społecznym i gospodarczym, co wskazywano już wielokrotnie. Tymczasem analizując art. 1, 4, 6 i 7 projektu ustawy Koalicja dochodzi do wniosku, że ochrona przed dyskryminacją przyznana jest różnym grupom w różnych obszarach, co *de facto* oznacza **niczym nieuzasadnione różnicowanie ich sytuacji prawnej**¹⁴.

Ponadto w art. 4 projektu ustawy należałoby uwzględnić także konieczność objęcia przepisami ustawy wyborów członków organów kolegialnych dokonywanych przez przedstawicieli urzędów publicznych, tzn. nie przeprowadzanych w wyborach powszechnych. Chodzi tu o takie m.in. ciała jak: Rada ds. Uchodźców, Rada Polityki Pieniężnej oraz inne organy o podobnym sposobie dokonywania wyborów. W ten sposób władze publiczne będą dawały przykład edukacyjny całemu społeczeństwu, jak należy rozumieć ideę niedyskryminacji.

Artykuł 5

¹⁴ Trafna jest argumentacja **prof. dr hab. Bogusława Banaszaka** przedstawiona w opinii Prezydium Rady Legislacyjnej (RL-0303-58/08) z dnia 12 sierpnia 2008 r. o projekcie ustawy o równym traktowaniu, pkt III „Uwagi szczegółowe do projektu ustawy o równym traktowaniu”, pkt 3, <http://www.radalegislacyjna.gov.pl/index.php?id=377&id2=375>.

Art. 5 projektu niezwykle obszernie sformułował katalog wyłączeń od przepisów ustawy. Koalicja pragnie raz jeszcze podkreślić, że zasada równości wobec prawa i niedyskryminacji wynika wprost z Konstytucji RP (art. 32) i obejmuje wszystkie osoby przebywające na terenie naszego kraju. Oczywiście, tak samo jak i większość innych praw człowieka, może ona zostać ograniczona w drodze ustawy. Wszystkie wprowadzane ograniczenia powinny jednak być szczegółowo uzasadnione przez ustawodawcę. Istotę możliwych ograniczeń opisuje art. 31 ust. 3 Konstytucji. Warto zwrócić uwagę, iż ograniczenia mogą być wprowadzone jedynie, gdy są konieczne oraz nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Tymczasem art. 5 projektu obejmuje niezwykle szeroko różne wyłączenia. Do większości z nich nie odniesiono się także w uzasadnieniu. Brak jest wyjaśnienia, dlaczego wprowadzenie danego ograniczenia jest niezbędne. Często nie wynika to także z tzw. „zdrowego rozsądku” – trudno jest zrozumieć cel działania projektodawców.

W związku z powyższym, Koalicja postuluje:

- W art. 5 pkt 1 dotyczącym niestosowania ustawy do sfer życia prywatnego i rodzinnego usunięcie z projektowanych przepisów sfery życia prywatnego i pozostawienie jedynie sfery życia rodzinnego. W uzasadnieniu do projektu nie dokonano wyłomnienia wprowadzenia tego zakazu. Wydaje się on nieracjonalny i niepotrzebny. Problematyka dyskryminacji dotyka właśnie często sfery prywatnej jednostek. Ponadto wobec powoływanej już koncepcji horyzontalnego działania wolności i praw konstytucyjnych, takie wyłączenie budzi zastrzeżenia:

- Usunięcie art. 5 pkt 2, dotyczącego możliwości odmiennego traktowania w sferze usług edukacyjnych ze względu na płeć. Jest to wyłączenie niezwykle szeroko sformułowane, obejmujące całą sferę edukacji. Brak jest podstaw do formułowania tak szerokiego zakazu w dostępie do edukacji ze względu na płeć. W uzasadnieniu wskazano w zasadzie tylko jeden przykład, w jakim teoretycznie ten zakaz miałby zastosowanie. Jeśli celem projektodawcy jest pozostawienie możliwości funkcjonowania klas czy szkół, w których uczą się przedstawiciele jednej płci, to można sformułować bardzo wąskie wyłączenie w niniejszej ustawie lub też dopuścić wprost funkcjonowanie takich szkół/klas w ustawie o systemie oświaty. Ponadto ustawa posługuje się pojęciami „edukacja” oraz „oświata” – przy jednoczesnym braku zdefiniowania tych pojęć, które stosowane są często zamiennie,

- Przepis art. 5 pkt 3, wprowadzającym możliwość nierównego traktowania ze względu na płeć w dostępie do dóbr i usług, jest sprzeczny z art. 3 ust. 1 Dyrektywy Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług. Nie wprowadza ona możliwości takich ograniczeń. Projektodawca w uzasadnieniu w żadnym stopniu nie odniósł się do potrzeby wprowadzenia tego typu przepisu do polskiego porządku prawnego, nie wskazał żadnego *ratio legis* jego funkcjonowania. Koalicja nie przesądza, czy wprowadzenie pewnych ograniczeń nie jest konieczne. Wprowadzając je pamiętać jednak należy zawsze o **zasadzie proporcjonalności** – by ograniczenia te nie wypaczyły idei samego prawa. Poza tym wprowadzenie jakiegokolwiek ograniczenia powinno zostać szczegółowo wyjaśnione w uzasadnieniu do projektu,

- Sformułowane w art. 5 pkt 4 wyłączenie dotyczące możliwości nierównego traktowania w sferze działalności zawodowej i nauki związanej z zawodem, także na uczelniach wyższych, odnosi się do wszystkich przejawów dyskryminacji. Takie sformułowanie tego przepisu stoi w zasadzie w sprzeczności z art. 4 pkt 4 lit a. projektu. Dyrektywa 2000/43/WE w art. 4 zezwala na wprowadzenie pewnych ograniczeń odnośnie rasy w zakresie zatrudniania, jednak zakaz ten formułuje znacznie wężiej, niż jest to określone w przepisach projektu. Państwa członkowskie mogą wprowadzić ograniczenia jedynie w zakresie zatrudnienia (zatem odnośnie rodzaju działalności zawodowej lub warunków jej wykonywania), niemożliwe jest w związku z tym ograniczenie w dostępie do kształcenia zawodowego oraz nauki na studiach wyższych (to sfera edukacji). Dyrektywa też wprost odnosi się do istotności wprowadzenia takich ograniczeń (czego zabrakło w projekcie – „rzeczywistość” jest bowiem zupełnie inną przesłanką). Ponadto proporcjonalność ograniczeń odnosić się powinna do wymogów, których są one podstawą, a nie do celu. Cel musi być natomiast prawnie uzasadniony, a nie „jedynie” z prawem zgodny. Ponadto zakaz ten wydaje się być nadmierny, obejmując wszystkie podstawy dyskryminacji. Trudno jest wskazać np. zawód, dostęp do którego powinien być ograniczony ze względu na orientację seksualną lub światopogląd,

- Przepis art. 5 pkt 6 lit. a w zakresie możliwości różnego traktowania ze względu na wiek w sferze zatrudnienia jest niezrozumiały w zakresie *ratio legis* jego wprowadzenia. Nie jest ono zresztą wyjaśnione w uzasadnieniu do projektu. Jeśli jego celem jest ochrona pracowników małoletnich, to powinno być to wprost wskazane w treści przepisu. Wprowadzanie tak ogólnego przepisu może szczególnie dotknąć osoby starsze albo młodych pracowników, wchodzących na

rynek pracy, a więc te grupy, które mają już obecnie największe problemy z zatrudnieniem, i wobec których rząd stosuje różnego rodzaju zachęty i specjalne programy,

- W art. 5 pkt 7 wprowadzono budzące wątpliwości wyłączenie spod działań ustawy, które jest związane ze „statusem prawnym” osoby. Jest to sformułowanie języka prawniczego, a nie prawnego. Nie zostało ono także zdefiniowane w treści ustawy, projektodawca nie odniósł się do niego w uzasadnieniu do projektu. Pojęcie to pokrywa się także w zasadzie z wcześniej sformułowaną przesłanką odnośnie określania przez państwo warunków wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich na terytorium RP, bowiem przyznanie pobytu określa zarazem status prawny danego cudzoziemca. Określenie „status prawny” zostało przepisane wprost z dyrektywy 2000/43/WE i jest obce polskiemu porządkowi prawnemu, dlatego też powinno zostać usunięte. Interesy naszego państwa wystarczająco zabezpiecza sformułowanie „warunki wjazdu i pobytu”, które jest znane naszym przepisom. Wprowadzenie dodatkowego sformułowania, bez jego zdefiniowania, zdaniem Koalicji spowoduje znaczne problemy natury interpretacyjnej.

Rozdział II Zasady równego traktowania i środki prawne dla ich ochrony

Zdaniem Koalicji art. 6 – 8 należy wykreślić z projektu i zastąpić zawarte w nich zasady równego traktowania generalną zasadą zawartą w proponowanym przez Koalicję nowym art. 1 projektu, o czym była mowa wyżej.

Jednocześnie, w związku z usunięciem z niniejszego rozdziału zasad równego traktowania, postulujemy zmianę nazwy Rozdziału II na „Środki prawne dla ochrony zasady równego traktowania”.

Artykuł 6 i 7

Jak wynika z analizy art. 6 i 7 projektu ustawy projektodawca zdecydował się na wprowadzenie do systemu polskiego prawa różnych zakresów ochrony przed dyskryminacją. Przepisy art. 6 i 7 zakazują nierównego traktowania ze względu na niektóre przesłanki w wybranych dziedzinach życia. Takie rozwiązanie jest całkowicie niezrozumiałe z punktu widzenia jednostki i potrzeby jej ochrony przed dyskryminacją. Można odnieść wrażenie, że ustawa zakazuje nierównego traktowania jedynie ze względu na:

1. płeć, rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość w zakresie dostępu i warunków korzystania z zabezpieczenia społecznego, usług, w tym mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw lub energii, jeżeli są one oferowane publicznie;

2. oraz rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość w zakresie opieki zdrowotnej oraz oświaty i szkolnictwa wyższego.

Zatem, można przypuszczać, że nierówne traktowanie ze względu np. na niepełnosprawność w dostępie do oświaty, nie jest zakazane. Proponowane treści art. 6, 7 projektu, uwzględniają poszczególne przesłanki, z powodu których zakazane jest nierówne traktowanie, ale zakaz sformułowany jest w sposób minimalistyczny.

Artykuł 8

Art. 8 ust. 1 jako jedyny zawiera w sobie zakaz nierównego traktowania ze względu ma wszystkie zawarte w projekcie przesłanki, jednakże zakaz ten obowiązuje jedynie w zakresie zatrudnienia, kształcenia zawodowego i innych sytuacjach wymienionych w tym przepisie. Ze względu na proponowane przez Koalicję brzmienie art. 1 projektu wprowadzające szeroki zakaz dyskryminacji postulujemy skreślenie tego przepisu z projektu.

Zgodnie z uzasadnieniem projektu, „Art. 8 ust. 2 przewiduje możliwość wyłączenia części przepisów projektu ustawy w zakresie podejmowania środków koniecznych w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, zdrowia albo wolności i praw innych osób, jednak tylko ze względu na religię lub wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. Przepis ten nawiązuje do art. 2 dyrektywy Rady 2000/78/WE, który wyłącza jej zastosowanie we wskazanym zakresie. Wyłączenia mają ponadto swoje uzasadnienie w ochronie innych wartości konstytucyjnych”.

Trudno zgodzić się z takim stanowiskiem. Po pierwsze, przepis art. 2 ust. 5 dyrektywy 2000/78/WE potwierdza jedynie obowiązywanie w systemach prawnych różnych państw **klauzul ograniczających** korzystanie z wolności i praw człowieka i zasady proporcjonalności *sensu largo*, stwierdzając, że dyrektywa „nie narusza środków przewidzianych przepisami krajowymi, które w społeczeństwie demokratycznym są niezbędne dla zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, obrony porządku i zapobiegania działaniom podlegającym sankcjom karnym, ochrony zdrowia i ochrony praw i wolności innych osób”. Przepis ten **nie stanowi upoważnienia** do wprowadzania wyjątków od zasady równego traktowania.

Po drugie, projektodawca niekonsekwentnie wymienił przesłanki nierównego traktowania. Dyrektywa 2000/78/WE, ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, wymieniając przesłanki, z powodu których zakazana jest dyskryminacja, wymienia religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek i orientację seksualną. W art. 8 ust.

1 projektu ustawy obok religii znalazło się natomiast także wyznanie i światopogląd, z kolei w art. 8 ust. 2 mającym odniesienie do art. 8 ust. 1, wskazano jedynie na wyznanie i światopogląd.

Po trzecie, nie można analizować treści art. 8 ust. 2 bez odniesienia do obowiązującego w Polsce porządku prawnego, na który składają się w pierwszej kolejności przepisy Konstytucji. Wypada przypomnieć, że klauzula ograniczająca korzystanie z wolności i praw konstytucyjnych, a więc także z prawa do równego traktowania, została przewidziana w art. 31 ust. 3 Konstytucji i ma ona charakter uniwersalny. Unormowanie to odnosi się do wszystkich konstytucyjnie wymienionych wolności i praw, niezależnie od tego, czy przepisy szczegółowe określają odrębne przesłanki ograniczania danej wolności i prawa¹⁵. Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie, i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą przy tym naruszać **istoty tych praw**. Ilekroć przepis szczegółowy wprowadza jakiegokolwiek unormowania ograniczeń wolności i praw, to przepis art. 31 ust. 3 Konstytucji będzie pełnił wobec niego rolę uzupełniającą. To znaczy, że znajdą zastosowanie te jego elementy, które nie pokrywają się z uregulowaniem szczegółowym, bądź te, które nie zostały wyraźnie przez to uregulowanie wyłączone.

Analizowanie powyższej kwestii na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego prowadzi do wniosku, że szczegółowa regulacja ograniczeń zawarta w przepisach o poszczególnych wolnościach i prawach nie wyłącza zastosowania przesłanek z art. 31 ust. 3 Konstytucji „w tym przynajmniej zakresie, w jakim treści normatywne nie pokrywają się”¹⁶. Trybunał Konstytucyjny traktuje bowiem łączne stosowanie przesłanek ograniczeń wolności i praw jednostki jako zasadę, podkreślając funkcję gwarancyjną przepisu art. 31 ust. 3 Konstytucji dla ochrony wolności i praw jednostki.

W związku z tym, klauzula ograniczająca z art. 31 ust. 3 Konstytucji odnosi się do prawa do równego traktowania z art. 32 Konstytucji bez względu na przesłanki zakazanej dyskryminacji (zakres tego prawa omówiono w uwadze do art. 1 projektu ustawy). Bez względu zatem na treść art. 8 ust. 2 projektu ustawy, klauzula ograniczająca ma zastosowanie do wszystkich przesłanek, z powodu których zakazane jest nierówne traktowanie. Trzeba także zauważyć, że art. 5 ust. 2 powoływanej Dyrektywy wymienia środki niezbędne dla „zapewnienia

¹⁵ Szerzej na ten temat: A. Łabno, *Ograniczenie wolności i praw człowieka na podstawie art. 31 ust. 3 Konstytucji III RP*, w: *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002.

¹⁶ Wyrok TK z dnia 16 lutego 1999 r., sygn. SK 11/98, OTK 1999, nr 2, poz. 22; Wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98, OTK ZU 1999, nr 1, poz. 2.

bezpieczeństwa publicznego, obrony porządku i zapobiegania działaniom podlegającym sankcjom karnym, ochrony zdrowia i ochrony praw i wolności innych osób”. Zatem projektodawca dążąc do implementacji art. 5 ust. 2 w/w Dyrektywy, dokonał samodzielnej interpretacji znaczenia tego przepisu, powołując się na „porządek publiczny” oraz pomijając „środki niezbędne dla zapobiegania działaniom podlegającym sankcjom karnym”.

Artykuł 10

Art. 10 projektu, zawiera podobny do art. 2 katalog podmiotów, których zakaz nierównego traktowania dotyczy. Po pierwsze nie jest jasne, czy są to podmioty zobowiązane do równego traktowania, czy też podmioty, którym przysługuje ochrona prawna przed nierównym traktowaniem, o którym mowa w ustawie. Po drugie, projektodawca powtarza w zasadzie rozwiązanie zawarte w art. 2 projektu – tyle, że o ile w art. 2 odnosi go do wszystkich cech prawnie chronionych, tym razem **ogranicza jego zakres** do sytuacji, w których naruszenie zasady równego traktowania następuje ze względu na rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość. Trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie takiego zabiegu legislacyjnego. W związku z tym Koalicja proponuje wykreślenie tego przepisu z treści projektu.

Artykuł 11

Art. 11 projektu dotyczy „**działań pozytywnych**”, które służą zapewnieniu całkowitej równości w praktyce. Koalicja sugeruje zmianę treści przedmiotowego artykułu projektu w następujący sposób:

„Nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania podejmowanie szczególnych środków mających zapobiegać, wyrównywać lub usuwać niedogodności, u podstaw których leży jedna z przyczyn określonych w art. 1”.

To treść bardziej zbliżona do wspólnotowej definicji „działań pozytywnych”, zawartej w Dyrektywach 2000/78/WE, 2000/43/WE, 2006/54/WE, 2004/113/WE, która jak się wydaje zawiera w sobie więcej możliwych działań, mających na celu zapewnianie całkowitej równości w praktyce. Warto skorzystać z definicji działań pozytywnych już funkcjonujących z polskim systemie prawnym, m.in. w kodeksie pracy.

Pozytywne obowiązki organów publicznych

Koalicja proponuje dodanie do rozdziału przepisów regulujących obowiązki w zakresie realizacji zasady równego traktowania. Zdaniem Koalicji projekt ustawy jest doskonałym miejscem na to,

aby wprowadzić powszechnie stosowany już w krajach europejskich tzw. pozytywny **obowiązek promowania** zasady równego traktowania przez organy publiczne oraz **aktywnego wdrażania** jej w swoje działania. Takie rozwiązania z powodzeniem funkcjonują np. na Węgrzech, w Wielkiej Brytanii, Irlandii Północnej, Irlandii, Szwecji. Polegają one na nałożeniu ustawą na wszystkie organy publiczne obowiązku aktywnego promowania zasady niedyskryminacji (nie tylko powstrzymywania się od dyskryminacji). Oznaczałoby to, że wszystkie swoje działania ww. organy musiałyby planować i realizować biorąc pod uwagę tzw. ocenę wpływu na zasadę równości (*equality impact assessment*). Takie podejście byłoby doskonałym instrumentem urzeczywistnienia konstytucyjnej zasady równości

Obowiązek racjonalnego usprawnienia oraz uniwersalnego projektowania

Koalicja postuluje także konieczność uwzględnienia w projekcie ustawy obowiązku podejmowania odpowiednich środków stanowiących racjonalne usprawnienie dla osób niepełnosprawnych. Jak zauważono w uwagach do art. 3, bardzo ważne jest to, że obowiązek ten powinien dotyczyć każdej sfery życia osób niepełnosprawnych, a nie jedynie sfery zatrudnienia. Obowiązek ten powinien zostać nałożony także na podmioty sektora prywatnego.

Koalicja proponuje również wprowadzenie przepisu nakładającego na władze publiczne obowiązek wprowadzania „uniwersalnego projektowania”, o którym mowa w uwadze do art. 3, w kształtowaniu polityki społecznej.

Artykuł 12

Art. 12 ust. 1 projektu stanowi: „W przypadku naruszeń zasady równego traktowania określonych w niniejszej ustawie oraz molestowania seksualnego (...) osobom fizycznym przysługują roszczenia określone w art. 13”. Sformułowanie to jest błędne, gdyż wynika z niego, że molestowanie seksualne nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania określonej w niniejszej ustawie.

Warto przypomnieć, że dyskryminacja, zgodnie ze wspólnotowymi dyrektywami antydyskryminacyjnymi oraz aktami prawa międzynarodowego występuje w różnych formach, które zostały wymienione w uwadze do art. 3 niniejszego projektu.

W związku z powyższym, artykuł 12 ust. 1 projektu mógłby brzmieć w następujący sposób:

„W przypadku naruszenia zasady równego traktowania, poszkodowanemu przysługują roszczenia określone w art. 13 ustawy”.

W odniesieniu do art. 12 projektu, wątpliwe wydaje się również powołanie art. 12 ust.1 pkt 1. Zarówno sytuacja, w której dochodzi do odrzucenia molestowania lub molestowania seksualnego, jak również sytuacja, w której dochodzi do podporządkowania się molestowaniu lub molestowaniu seksualnemu, mieszczą się w definicjach molestowania i molestowania seksualnego. To, czy doszło do działania bezprawnego zależy przede wszystkim od **sprzeciwu osoby pokrzywdzonej** („niepożądane zachowanie”). Jeżeli mamy do czynienia z zachowaniem niepożądanym, które wypełnia znamiona molestowania czy molestowania seksualnego (zachowanie którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika i stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery, a w odniesieniu do molestowania seksualnego dodatkowo, jeżeli jest to zachowanie o charakterze seksualnym lub odnoszące się do płci pracownika), zgodnie z literalnym brzmieniem definicji, nie ma znaczenia czy doszło do odrzucenia bądź podporządkowania się określonymu działaniu.

Wątpliwości budzi również treść art. 12 ust. 1. pkt 3 projektu. Mowa tu o możliwości skorzystania z roszczenia określonego w art. 13 przysługującego poszkodowanemu w przypadku nakłaniania innego podmiotu do naruszeń zasady równego traktowania lub nakazania innemu podmiotowi takich naruszeń. Pamiętając o uwagach do art. 3 projektu dotyczących treści art. 9 projektu, sformułowanie to jest błędne, gdyż wynika z niego, że „zachęcanie do dyskryminacji” nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania określonej w niniejszej ustawie (dyskryminacja, która stanowi nierówne traktowanie występuje w pięciu formach, jako dyskryminacja bezpośrednia, dyskryminacja pośrednia, molestowanie, molestowanie seksualne, zachęcanie do dyskryminacji).

Artykuł 13

Art. 13 ust. 1 projektu ustawy przewiduje m. in., że każdy, wobec którego została naruszona zasada równego traktowania, ma prawo do odszkodowania za poniesioną szkodę lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, a jeżeli została wyrządzona szkoda majątkowa, to przysługuje ponadto roszczenie o naprawienie szkody na zasadach określonych w kodeksie cywilnym. Przepis ten jest mało czytelny i budzi wątpliwości. Czy wobec brzmienia przepisu art. 13 ust. 1 podmiot, który poprzez naruszenie zasady równego traktowania poniósł szkodę, ma roszczenie o odszkodowanie i jednocześnie o zadośćuczynienie? Nie wdając się w tym miejscu w szczegółowe rozważania na temat pojęcia szkody, trzeba zauważyć, że szkodą jest wszelki uszczerbek w dobrach lub interesach prawnie chronionych, których poszkodowany doznał wbrew swojej woli¹⁷. Projektodawca posługuje się terminem: szkody, szkody majątkowej oraz

¹⁷ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 90.

krzywdy. W polskim systemie prawa cywilnego obowiązuje szerokie rozumienie pojęcia szkody, zgodnie z którym szkoda jest pojęciem nadrzędnym i obejmuje zarówno szkodę majątkową jak i niemajątkową. W art. 445 k.c. uszczerbek typu niemajątkowego określony został mianem krzywdy, a suma przeznaczona na złagodzenie tej krzywdy zadośćuczynieniem. Zatem krzywda i zadośćuczynienie stanowią szczególną postać szkody i odszkodowania.

Ponadto w art. 13 ust. 1 nie znalazł się nakaz zaprzestania praktyk dyskryminacyjnych i podjęcia **działań zapobiegających powtarzaniu się takich zachowań** w przyszłości, polegających np. na przyjęciu określonego sposobu postępowania lub planu działań. Nałożenie takiej sankcji dawałoby gwarancję, że zostały podjęte kroki, mające na celu zmianę praktyki czy polityki dyskryminacyjnej co skutecznie zapobiegałoby łamaniu nakazu równego traktowania przez ukarany podmiot w przyszłości w stosunku do innych osób. Koalicja postuluje zatem uzupełnienie ww. przepisu o taką możliwość.

Artykuł 14

Art. 14 ust. 1 – w odniesieniu do kwestii wytaczania przez organizacje/stowarzyszenia/osoby prawne powództw na rzecz ofiary dyskryminacji, projekt ustawy odsyła do ogólnych przepisów, tj. kodeksu postępowania cywilnego, który przewiduje taką możliwość. Jednakże istnieje potrzeba umożliwienia ww. podmiotom wytaczania powództw nawet w przypadkach, gdy ofiara nie jest zindywidualizowana – kiedy ma miejsce bezprawne działanie, a nie ma konkretnej osoby, która tego doświadcza (patrz szczegółowe uwagi w tym zakresie w uwagach do Rozdziału 4).

Ponadto, należy wprowadzić do ustawy przepis, mówiący o możliwości przeprowadzania tzw. **sytuacji testowych** (testów dyskryminacji/porównawczych) i korzystania z ich wyników w celach dowodowych. Sprawy o dyskryminację są wyjątkowo trudne, jeśli chodzi o stronę dowodową postępowania. Niezmiernie ciężko jest bowiem wykazać (uprawdopodobnić), że ktoś stał się ofiarą dyskryminacji, szczególnie tej pośredniej, ukrytej, niedającej się łatwo zidentyfikować. Dlatego też w niektórych krajach zaczęto przeprowadzać tzw. testy dyskryminacji, dzięki którym można wykazać, jak w danej sytuacji są traktowane osoby posiadające określone cechy – przyczyny innego traktowania – i nieposiadające ich. Sytuacje testowe są metodą eksperymentalną, mającą na celu wykrycie dyskryminacji. Polegają one na tym, że pary osób różniących się cechą, ze względu na którą można doznać dyskryminacji (np. kolor skóry, cechy charakterystyczne dla danej grupy etnicznej), udają się do miejsca, gdzie podejrzewa się, że dyskryminacja ma miejsce. Może to być restauracja, dyskoteka, agencja pośrednictwa nieruchomości, sklep, zakład pracy. Osoby dopuszczające się rzekomej

dyskryminacji są niczego nieświadome i nie wiedzą, że testujący są „podstawieni”.¹⁸ Jeżeli spośród pary testujących osoba posiadająca cechę, z powodu której może być dyskryminowana, jest gorzej traktowana niż osoba nieposiadająca tej cechy, a nie ma żadnego usprawiedliwienia dla zróżnicowania ich sytuacji, domniemywa się, że doszło do dyskryminacji.

Krajami, gdzie zapoczątkowano testy dyskryminacji, była Wielka Brytania i Stany Zjednoczone – zaczęto je tam przeprowadzać już w latach 60. i 70., głównie w sprawach o wynajem mieszkań. Przykładami innych państw europejskich, gdzie ta forma dowodowa jest z powodzeniem stosowana w postępowaniach sądowych są Francja, Szwecja i Węgry. W ostatnich latach francuski Sąd Kasacyjny uznał dopuszczalność testów dyskryminacji jako dowodów w kilku sprawach – dwie dotyczyły klubów nocnych, do których nie były wpuszczane osoby o innym pochodzeniu etnicznym, jedna odmowy przez agenta nieruchomości wynajmu mieszkań nie-Francuzom. Po zamieszkach, jakie miały miejsce we Francji jesienią 2005 r., stosowanie testów jako dowodów w sprawach o dyskryminację zostało oficjalnie uznane i w 2006 r. wprowadzono odpowiednie zmiany w przepisach prawnych. W tym samym roku wyposażono również w kompetencje do przeprowadzania testów HALDE – francuski organ ds. równego traktowania. W Szwecji metoda przeprowadzania testów dyskryminacji i wykorzystywania ich w celach dowodowych jest coraz częściej stosowana. Najbardziej znaną sprawą, która trafiła przed szwedzki sąd, jest „kazuś studentów prawa”. W sprawie tej grupa studentów przeprowadziła sytuacje testowe w kilku restauracjach i klubach nocnych. Cztery osoby doznały dyskryminacji (nie pozwolono im wejść do lokalu ze względu na ich pochodzenie etniczne – inny wygląd), wystąpiły na drogę sądową i zarówno sąd I instancji, jak i sąd odwoławczy uznały, iż nawet jeśli celem wizyt w lokalach było testowanie zachowań dyskryminacyjnych, osoby te stały się ofiarami dyskryminacji. Jeśli chodzi o Węgry, kwestia stosowania testów do celów dowodowych była w tym państwie przez długi czas dyskutowana i w zasadzie zaakceptowanie tego narzędzia nastąpiło dopiero w ostatnich latach. W 2004 r. przyjęte zostało rządowe rozporządzenie uznające prawo węgierskiego organu równościowego do przeprowadzania testów i prezentowania ich wyników w sądach.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Koalicji powinna zostać wskazana w polskiej ustawie o równym traktowaniu możliwość przeprowadzania tzw. testów dyskryminacji, dzięki którym można wykazać, jak w danej sytuacji są traktowane osoby posiadające określone cechy

¹⁸ Więcej na temat testów dyskryminacji można przeczytać w opracowaniu I. Rorive, *Proving Discrimination Cases – The Role of Situation Testing*, Centre for Equal Rights and Migration Policy Group 2009, http://www.migpolgroup.com/public/docs/153.ProvingDiscriminationCases_theroleofSituationTesting_EN_03.09.pdf

– przyczyny innego traktowania – i nieposiadające ich oraz wykorzystywania ich wyników w celach dowodowych w postępowaniach sądowych i administracyjnych.

Art. 14 ust. 2 projektu wprowadzający zasadę tzw. „**odwróconego ciężaru dowodu**”, wydaje się być sformułowany niezręcznie, a co więcej, jego brzmienie nie jest zgodne z brzmieniem i celem przepisów zawartych w szeregu dyrektyw regulujących ochronę zasady równego traktowania. Kwestię konieczności uprawdopodobnienia zaistnienia dyskryminacji kilkakrotnie omówił w swoich orzeczeniach także polski Sąd Najwyższy (SN)¹⁹ i wypracowane przez SN sformułowania wydają się być bardziej precyzyjne i powinny być wzięte pod uwagę przez projektodawcę.

Art. 14 ust. 3 projektu wprowadza niestety jeszcze większą nieprecyzyjność i co więcej, jego brzmienie może być niezgodne z celem przepisów unijnych. Interpretując bowiem dosłownie przepis ustępu wcześniejszego i przepis niniejszego ustępu, odnieść można wrażenie, że obie strony (zarzucający fakt dyskryminacji i podmiot, któremu dyskryminacyjne zachowania są zarzucane) są w podobnej sytuacji procesowej i mają takie same obowiązki. Takie określenie pozycji stron powoduje, że projekt nie implementuje w jasny sposób jednego z najważniejszych elementów unijnego prawa antydyskryminacyjnego, jakim jest „przeniesienie ciężaru dowodu”.

Zmiany fundamentalnej wymaga zatem brzmienie zarówno przepisu art. 14 ust. 2, jak i art. 14 ust. 3 poprzez jasne rozdzielenie „róli”, jaką pełnią poszczególne podmioty. Podmiot zarzucający działania dyskryminacyjne winien być zobowiązany jedynie do przedstawienia przed sądem lub właściwym organem, faktów, z których można domniemywać, iż doszło do złamania zasady równego traktowania, natomiast na stronie pozwanej winien ciążyć obowiązek dowiedzenia, że nie traktował nierówno bądź różnicując kierował się obiektywnymi powodami. Taką interpretację przepisów unijnych określających pozycje i obowiązki stron niejednokrotnie stosował Europejski Trybunał Sprawiedliwości w swoich wyrokach dotyczących równego traktowania²⁰.

Artykuł 15

Koalicja postuluje zmianę brzmienia przepisu art. 15 i wprowadzenie jednego, pięcioletniego terminu przedawnienia roszczeń z tytułu naruszenia zasady równego traktowania.

¹⁹ M.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 września 2006 roku, I PK 97/06, OSNAPiUS rok 2007, Nr 17-18, poz. 251, str. 733 lub wyrok Sadu Najwyższego z dnia 9 czerwca 2006 roku, III PK 30/06, OSNAPiUS rok 2007, Nr 11-12, poz. 160, str. 476.

²⁰ M.in. wyrok w sprawie C-196/02 *Vasiliki Nikoloudi przeciwko Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*.

Wprowadzenie do ustawy terminu 3 lat od dnia powzięcia przez poszkodowanego informacji o zaistnieniu zdarzenia, zdaniem Koalicji powodować będzie trudności dowodowe przy wykazywaniu momentu powzięcia tej wiadomości przez osobę poszkodowaną.

W związku z tym Koalicja proponuje następujące brzmienie art. 15:

„Termin przedawnienia roszczeń z tytułu naruszenia zasady równego traktowania wynosi 5 lat od zaistnienia zdarzenia stanowiącego naruszenie tej zasady.”

Rozdział 3 Organy ds. równego traktowania

Art. 18 i n.

Artykuł 18 i n. projektu powierzają wykonywanie zadań dotyczących realizacji zasady równego traktowania Rzecznikowi Praw Obywatelskich oraz Pełnomocnikowi do Spraw Równego Traktowania.

Takie rozwiązanie budzi wątpliwości zarówno co do zgodności z wymogami Unii Europejskiej w tym zakresie, jak i co do przejrzystości i jasności ról, jakie poszczególne organy miałyby pełnić w procesie przeciwdziałania dyskryminacji. Konieczność powołania urzędu lub urzędów ds. równego traktowania regulują następujące Dyrektywy antydyskryminacyjne:

- Dyrektywa 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne,
- Dyrektywa 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 wprowadzająca zakaz dyskryminacji z powodu płci w dostępie do dóbr i usług,
- Dyrektywa 2006/54/WE z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja przededagowana).

Obowiązek powołania organu lub organów ds. równego traktowania przewiduje także projekt dyrektywy w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną przedstawiony przez Komisję Europejską z 2 lipca 2008 r.

Warto podkreślić, że standardy europejskie nakładają na Państwa Członkowskie obowiązek ustanowienia organu lub organów, które będą wykonywały następujące zadania:

- świadczenie niezależnej pomocy ofiarom dyskryminacji,
- prowadzenie niezależnych badań dotyczących dyskryminacji,

- publikowanie niezależnych raportów i formułowanie niezależnych rekomendacji odnośnie przeciwdziałania dyskryminacji.

Co więcej, Dyrektywa 2006/54/WE wprowadza dodatkową kompetencję dla organu/organów ds. równości, w postaci obowiązku wymiany dostępnych informacji z właściwymi organami europejskimi, takimi jak przyszły Europejski Instytut ds. Równości Płci.

Konieczność ustanowienia w Polsce niezależnego organu ds. przeciwdziałania dyskryminacji z powodu rasy i pochodzenia etnicznego podkreśliła także w ostatnim raporcie (15 czerwca 2010) Europejska Komisja Przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji (ECRI).

Zgodnie z wymogami europejskich dyrektyw antydyskryminacyjnych, niezbędnym elementem funkcjonowania organu/organów ds. równego traktowania jest **niezależność** ich działań. Chociaż powołane wyżej dyrektywy nie definiują w sposób szczegółowy aspektu niezależności, to przy interpretacji tego wymogu pomocnymi są m.in. tzw. Zasady Paryskie²¹ (rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 48/134 z dnia 20 grudnia 1993 r.), które w sposób szczegółowy określają aspekt niezależności funkcjonowania instytucji praw człowieka. Określając kompetencje i działanie organu ds. równego traktowania, należy mieć również na uwadze Rekomendacje Europejskiej Komisji przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji (ECRI) działającej przy Radzie Europy. ECRI w swoich Rekomendacjach Nr 2 z 1997 r. dotyczących funkcjonowania organów ds. zwalczania rasizmu, ksenofobii, antysemityzmu i nietolerancji²² w sposób bardzo szczegółowy reguluje zakres i formy działania urzędów tych organów.

W specjalistycznej literaturze dotyczącej funkcjonowania organów ds. równego traktowania²³ podkreśla się, że niezależność, aby być w pełni zagwarantowana i realizowana, musi przejawiać się na szeregu poziomów. Począwszy od tzw. niezależności *de iure* (wprost uregulowanej w przepisach prawa), aż do tzw. niezależności *de facto*, czyli powinna mieć odzwierciedlenie w codziennym funkcjonowaniu urzędu.

Niezależność winna być obecna co najmniej na takich poziomach jak:

- codzienne zarządzanie administracyjne urzędem,
- budżet i możliwość swobodnego rozporządzania zasobami finansowymi,
- obieranie określonych kierunków działania i podejmowanie decyzji odnośnie angażowania się urzędu w rozwiązywanie konkretnych problemów dotyczących dyskryminacji,

²¹ <http://www2.ohchr.org/english/law/parisprinciples.htm>

²² http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n2/Rec02en.pdf

²³ Bieżącą analizą aspektów niezależności organów ds. równego traktowania zajmuje się m.in. EQUINET – Europejska Sieć Urzędów ds. Równego Traktowania. Jednym z ważniejszych opracowań dot. tej problematyki jest raport: „Between Impartiality and Responsiveness: Equality Bodies and Practices of Independence”, opracowany przez Dr. Kutsala Yesilkagita z Uniwersytetu w Utrechcie (2008 r.) http://www.equineteurope.org/practices_of_independence_to_print_1.pdf

- polityczne i administracyjne usytuowanie organu.

Ww. dokumenty międzynarodowe zawierają także nawet takie wymagania, jak **konieczność odzwierciedlenia różnych poglądów i interesów różnych grup społecznych** (w tym organizacji pozarządowych) podczas wyboru osób kierujących urzędem, czy też konieczność dysponowania przez urząd własnym budynkiem oraz urzędnikami (pkt 5 Zasad Paryskich).

Zaproponowane przez projektodawcę rozwiązania instytucjonalne wydają się być niezadowolające. Przepis, na mocy którego wykonywanie zadań dotyczących realizacji zasady równego traktowania powierza się Pełnomocnikowi do Spraw Równego Traktowania, wydaje się szczególnie kontrowersyjny i nietrafiony. Niejasna jest rola i usytuowanie zaproponowanego w projekcie ustawy organu wykonującego zadania z zakresu równego traktowania – Pełnomocnika do Spraw Równego Traktowania. Po pierwsze, nazwa organu budzi wątpliwości co do natury i usytuowania organu w systemie administracji publicznej. Zgodnie z polskim prawem (ustawa o Radzie Ministrów), Rada Ministrów może ustanowić pełnomocnika rządu do określonych spraw, których przekazanie członkom Rady Ministrów nie jest celowe. Zgodnie z terminologią przyjętą w ustawie, pełnomocnik jest więc pełnomocnikiem rządu. Wprowadzenie nowej terminologii w projekcie ustawy (projekt ustawy posługuje się jedynie sformułowaniem pełnomocnik) budzi niejasność i wątpliwości. Nie jest znana ww. funkcja w dotychczasowej praktyce administracji publicznej w Polsce. Może to zostać odczytane jako chęć uniknięcia skojarzenia i powiązania pełnomocnika z Radą Ministrów, czego *de facto* nie da się uniknąć.

Zgodnie z powołanym wyżej szeregiem antydyskryminacyjnych dyrektyw unijnych, organ ds. równego traktowania winien cechować się daleko posuniętą niezależnością, co jest warunkiem *sine qua non* poprawnego jego funkcjonowania. Jeżeli intencją projektodawcy było nadanie statusu organu ds. równego traktowania Pełnomocnikowi, to istnieje głęboko uzasadniona obawa, iż Pełnomocnik nie będzie niezależny w swoim działaniu, i *de facto*, będzie organem politycznie zależnym od rządu. Przemawiają za tym następujące argumenty, zaproponowane w projekcie ustawy:

- powoływanie i odwoływanie Pełnomocnika przez Prezesa Rady Ministrów,
- brak jakichkolwiek wymogów co do kwalifikacji Pełnomocnika, które kandydat/kandydatka na to stanowisko miałby/miałyby spełniać,
- brak jakichkolwiek informacji o kadencyjności pełnionego urzędu,
- nadanie Pełnomocnikowi rangi Sekretarza Stanu w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów (co jednocześnie przemawia za upolitycznieniem stanowiska),

- powierzenie obsługi merytorycznej, organizacyjno-prawnej, technicznej i kancelaryjno-biurowej Pełnomocnika Kancelarii Prezesa Rady Ministrów,
- brak wyodrębnionego budżetu Pełnomocnika,
- podkreślenie, że do Pełnomocnika należy realizowanie polityki rządu w zakresie zasady równego traktowania.

Dziwić musi także brak w zaproponowanym projekcie jakichkolwiek regulacji dotyczących obowiązku współpracy Pełnomocnika z organizacjami pozarządowymi, które zajmują się przeciwdziałaniem dyskryminacji, tym bardziej, że współpraca taka wprost jest wymieniona w uzasadnieniu do przepisów ustawy (str. 25). Obowiązek takiej współpracy nakładają na organ ds. równego traktowania także wprost przepisy dyrektyw. Nie znajdują one odzwierciedlenia w przepisach projektu. Zdaniem Koalicji warto rozważyć także wpisanie wprost możliwości zlecenia części zadań realizowanych przez urząd ds. równego traktowania organizacjom pozarządowym. Jest to szczególnie zasadne w sytuacji, gdy organ ten jest usytuowany centralnie, a ma za zadanie udzielanie porad ofiarom dyskryminacji. Rozważyć także należałoby wpisanie **obowiązku współpracy z placówkami naukowymi**, szczególnie wobec obowiązku prowadzenia przez organ niezależnych badań dotyczących dyskryminacji.

Podkreślić należy, że ustanowienie Pełnomocnika ds. Równego Traktowania w żaden sposób nie wypełnia zobowiązań ciążących na Polsce, wynikających z uczestnictwa naszego kraju w strukturze Unii Europejskiej. Powołanie Pełnomocnika będzie jedynie potwierdzeniem obecnego *status quo*, czyli ustawowym potwierdzeniem istnienia i funkcjonowania Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania. Pełnomocnik nie będzie miał żadnych ustawowych kompetencji ani do udzielania pomocy prawnej ofiarom naruszeń zasady równego traktowania, ani do sporządzania raportów i rekomendacji dotyczących przeciwdziałania dyskryminacji. Nawet w sytuacji podejmowania przez Pełnomocnika takich działań, nie będzie można w żadnym wypadku przypisać im cechy niezależności – kluczowej dla poprawnego i pełnego wykonywania ww. zadań.

Ponadto Koalicja postuluje dodanie do Rozdziału 3 przepisów pozwalających organom właściwym w sprawach równego traktowania wytaczanie powództw w interesie publicznym oraz określenie pozytywnych obowiązków organów publicznych.

Wytaczanie powództw w interesie publicznym

Zdaniem Koalicji niezmiernie ważnym instrumentem w procesie ochrony zasady równego traktowania (którym dysponuje wiele urzędów antydyskryminacyjnych w UE, m.in. węgierski, belgijski, brytyjski) jest możliwość wytaczania powództw w interesie publicznym. Doskonałym

przykładem efektywności takich działań jest m.in. sprawa Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding przeciwko Firma Feryn NV, w którą zaangażował się belgijski urząd ds. równego traktowania (Centrum Równych Szans i Zwalczenia Rasizmu). Sprawa ta, dzięki możliwości wytaczania powództwa w interesie publicznym była przedmiotem rozważań Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości²⁴, który stwierdził jasno, że „artykuł 15 dyrektywy 2000/43 wymaga, by również w sytuacji braku możliwego do zidentyfikowania pokrzywdzonego system sankcji stosowanych w przypadkach naruszenia przepisów krajowych wydanych w celu transpozycji dyrektywy 2000/43 powinien być skuteczny, proporcjonalny i odstraszący”²⁵.

Uprawnienie takie powinno poza urzędem ds. równego traktowania przysługiwać także organizacjom społecznym, działającym w sferze ochrony praw człowieka lub przeciwdziałania dyskryminacji, o czym szczegółowo piszemy dalej.

Odpowiednie przepisy w tym zakresie powinny być wprowadzone ustawą o równym traktowaniu do treści kodeksu postępowania cywilnego, o czym piszemy szczegółowo niżej.

Rozdział 4 Przepisy zmieniające, dostosowujące i końcowe

Artykuł 25

Art. 25 projektu zawiera propozycję zmian w ustawie o Rzeczniku Praw Obywatelskich (RPO). Zdaniem Koalicji jest ona niejasna i nie wzmacnia szczególnie pozycji Rzecznika w zakresie zwalczania dyskryminacji. Co więcej, nowelizacji ustawy o RPO należy zarzucić pozorność i powierzchowność. Przykładem takiej pozorności jest m.in. wprowadzenie ogólnego odnośnika do tytułu ustawy, który mówi o tym, iż ustawa o RPO dokonuje w zakresie swojej regulacji wdrożenia dyrektyw Wspólnot Europejskich. Taki zabieg musi budzić poważne zastrzeżenia, gdyż jak wykazano poniżej, projekt ustawy w sposób powierzchowny definiuje antydyskryminacyjne kompetencje Rzecznika. Takie podejście do sprawy może nasuwać myśl, iż zabieg ten ma jedynie na celu obejście obowiązku całościowej implementacji Dyrektyw antydyskryminacyjnych.

Projekt ustawy proponuje „dopisanie” do kompetencji RPO zadania „stania na straży realizacji zasady równego traktowania”. Należy to traktować jako zabieg pozorny, gdyż RPO w swoich ustawowych kompetencjach posiada już takie zadanie, a jego formalne doprecyzowanie nie wnosi do zakresu obowiązków RPO znaczących zmian w jego funkcjonowaniu. Należy także pamiętać, że zgodnie z obecnie obowiązującą ustawą o RPO, Rzecznik bada, czy wskutek

²⁴ C-54/07

²⁵ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:223:0011:0012:PL:PDF>

działania lub zaniechania organów, organizacji i instytucji, obowiązanych do przestrzegania i realizacji tych wolności i praw, nie nastąpiło naruszenie prawa, a także zasad współżycia i sprawiedliwości społecznej. Wynika z tego, że RPO ma już obecnie kompetencje do wkraczania w sytuacje, gdzie naruszone zostały prawa i wolności obywatelskie na linii instytucje publiczne – obywatel. To jednak jedynie w niewielkiej części pokrywa się z wymogami ustanowionymi przez prawo wspólnotowe. Zgodnie z ustawodawstwem unijnym, zakazane są przejawy dyskryminacji także między podmiotami prywatnymi (np. prywatny pracodawca – pracownik, prywatny przedsiębiorca – klient). W obecnym kształcie ustawa nie zapewnia w pełni gwarancji instytucjonalnych dochodzenia praw naruszonych dyskryminacją właśnie w sytuacjach, gdzie do tego naruszenia doszło w sferach innych niż na styku państwo-obywatel. Proponowany projekt ustawy nie daje Rzecznikowi żadnych dodatkowych kompetencji ani obowiązków w zakresie wkraczania w te sfery i jednocześnie pozostawia je bez jakiegokolwiek regulacji instytucjonalnej, wymaganej przez prawo UE. Tym samym oznaczać będzie, że bardzo **ważna część Dyrektyw antydyskryminacyjnych nie zostanie wdrożona do legislacji polskiej.**

Warto także nadmienić, że wyposażenie Rzecznika w takie kompetencje jedynie w zakresie pomocy ofiarom dyskryminacji będzie niezrozumiałe dla pozostałych osób, chcących skorzystać z pomocy RPO w innych sprawach – będą miały one wówczas oferowaną znacznie uboższą pomoc. Może to doprowadzić np. do wzrostu postaw ksenofobicznych – że trzeba być przedstawicielem mniejszości, by Rzecznik komuś pomógł. Te dodatkowe kompetencje niewątpliwie skomplikują działanie pracowników Biura RPO.

Co więcej, nawet po wprowadzeniu zmian proponowanych przez projekt ustawy, działania RPO będą nadal miały charakter uznaniowy, tzn. Rzecznik będzie miał bardzo duży margines dowolności w aspekcie angażowania się w zgłaszane do niego sprawy dotyczące nierównego traktowania. Tym samym pod znakiem zapytania pozostaje efektywność działań RPO, a także dostępność jego „usług” dla wszystkich osób, które padły ofiarami dyskryminacji. Ważnym aspektem prawa europejskiego regulującego zakaz nierównego traktowania jest obowiązek **udzielania pomocy ofiarom dyskryminacji** – nie tylko osobom fizycznym, ale także osobom prawnym. W kontekście obecnych i planowanych przepisów ustawy o RPO mało prawdopodobnym wydaje się możliwość skorzystania przez osoby prawne z pomocy prawnej w sytuacji, w której padły one ofiarami nierównego traktowania.

Analizując rozwiązania poszczególnych krajów członkowskich UE w aspekcie implementacji przez nie obowiązku powołania organu/organów ds. równego traktowania, należy stwierdzić, że rozwiązanie polegające na dodaniu kompetencji antydyskryminacyjnych Ombudsmanowi jest sytuacją niezwykle rzadką. Na takie usytuowanie urzędu ds. równego

traktowania zdecydowały się w UE jedynie cztery kraje – Łotwa, Grecja, Czechy i Cypr. Wszystkie inne kraje członkowskie powołały odrębne instytucje ds. równości. Rozwiązania te mają różne formy organizacyjne – od klasycznych urzędów Ombudsmanów wyspecjalizowanych w dziedzinie równego traktowania (np. Szwecja, Finlandia, Litwa), poprzez specjalne urzędy antydyskryminacyjne (np. Węgry, Irlandia, Belgia, Luksemburg, Estonia), czy też specjalistyczne komisje ds. równości (np. Holandia, Bułgaria, Rumunia, Wielka Brytania, Północna Irlandia, Francja).

Doświadczenie tych nielicznych krajów, które zdecydowały się na umieszczenie zadań antydyskryminacyjnych w strukturze Ombudsmanów (na wzór rozwiązania proponowanego przez projekt ustawy), pokazuje, że niestety, zadania te nie są traktowane priorytetowo. Np. zgodnie z informacjami statystycznymi opracowanymi przez greckiego Rzecznika Praw Obywatelskich, do jego urzędu zgłaszanych jest jedynie kilkadziesiąt skarg na dyskryminację rocznie. W tym samym czasie, do węgierskiego Urzędu ds. Równego Traktowania, takich skarg wpływa ponad tysiąc rocznie. To pokazuje, jak ogromne znaczenie społeczne, także w wymiarze edukacyjnym, ma ustanowienie **odrębnej instytucji zajmującej się przeciwdziałaniem dyskryminacji**. W przypadku większych struktur, w których obowiązek działania na rzecz równego traktowania jest jednym z wielu aspektów pozostających w kompetencjach organu, uwidacznia się marginalizowanie tej tematyki. Jak pokazują doświadczenia łotewskie, gdzie kompetencje antydyskryminacyjne przekazano tamtejszemu Ombudsmanowi, zadanie przeciwdziałania dyskryminacji zostało zminimalizowane poprzez zlikwidowanie Departamentu ds. Przeciwdziałania Dyskryminacji pod pretekstem kryzysu ekonomicznego (przy jednoczesnym zachowaniu innych departamentów). Te sytuacje pokazują bardzo jasno, jakie nieprawidłowości mogą się zdarzyć w przypadku przekazania kompetencji antydyskryminacyjnych Rzecznikowi Praw Obywatelskich.

Należy podkreślić, że polski RPO nigdy nie specjalizował się w tak specyficznej dziedzinie, jaką jest przeciwdziałanie dyskryminacji i oferowanie na szeroką skalę pomocy w tym obszarze. Nie gwarantuje to poprawnego wypełnienia zobowiązań wynikających z prawa wspólnotowego.

Propozycja wprowadzenia *actio popularis* do k.p.c.

Koalicja proponuje wprowadzenie do projektu zmiany w k.p.c., polegającej na wprowadzeniu możliwości wytaczania powództwa, gdy ma miejsce bezprawne działanie, a nie ma konkretnej osoby, która tego doświadcza (tzw. *actio popularis*). Za możliwością **podejmowania działań w ważnym interesie publicznym**, bez konieczności istnienia zindywidualizowanej ofiary

dyskryminacji, przemawia orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w sprawie Feryn (wyrok z dnia 10 lipca 2008 r. nr sprawy C-54/07), interpretując przepis art. 6 dyrektywy 2000/43 (zgodnie z którym państwa członkowskie mogą przyjmować lub utrzymywać przepisy bardziej korzystne dla zasady równego traktowania od przepisów ustanowionych w dyrektywie) stwierdził, że brak możliwego do zidentyfikowania skarżącego nie pozwala przyjąć, iż nie miała miejsca jakakolwiek dyskryminacja bezpośrednia – zgodnie z przyjętą interpretacją dyrektywy mogą być wytaczane powództwa, nawet jeżeli brak jest konkretnej ofiary dyskryminacji.

W razie przyjęcia takiego rozwiązania, należałoby dokonać odpowiednich zmian w kodeksie postępowania cywilnego, szczególnie art. 61 § 4 k.p.c. Przepis ten przyznaje organizacjom społecznym, do których zadań statutowych należy ochrona równości oraz przeciwdziałanie dyskryminacji przez bezpodstawne, bezpośrednie lub pośrednie zróżnicowanie praw i obowiązków obywateli, prawo do wytaczania powództw lub wstępowania do postępowania. Jednak w sprawach o roszczenia z tego zakresu możliwość wytaczania powództwa na rzecz obywateli oraz przystępowania do postępowania, odbywa się wyłącznie za zgodą powoda. W przepisach zmieniających zawartych w projekcie powinno się zatem znaleźć odesłanie do kodeksu postępowania cywilnego, gdzie należałoby wprowadzić zmianę, zgodnie z którą możliwe byłoby wytaczanie powództw w ogólnym interesie społecznym, w sytuacji gdy dochodzi do naruszenia zasady równego traktowania, a także przewidzenie możliwości przyłączenia się do postępowania w interesie społecznym (jak w wielu innych postępowaniach), bez wymogu zgody strony.

IV. UWAGI DO UZASADNIENIA USTAWY

Skutki finansowe wprowadzenia ustawy

Nie sposób nie odnieść się także do opisanych w projekcie skutków finansowych, jakie wywołać może wprowadzenie ustawy. Ich opis wskazuje, że wprowadzane przepisy, szczególnie odnośnie stworzenia polskiego tzw. organu równościowego (*equality body*) są zabiegiem czysto formalnym. Warto zastanowić się, czy rzeczywiście takie uregulowanie spowoduje, iż Komisja Europejska wycofa się z prowadzonych przeciwko Polsce postępowań.

Koalicja nie może zaakceptować sytuacji, w której Rzecznikowi Praw Obywatelskich powierzana jest funkcja urzędu ds. równego traktowania przy założeniu, że nie zostaną w żadnym razie zwiększone jego wydatki. Należy zwrócić uwagę, że zdaniem wielu organizacji

pozarządowych działających na rzecz równości i niedyskryminacji, obecnie Rzecznik dość rzadko zajmuje się zagadnieniami pomocy ofiarom dyskryminacji. Taka kategoria spraw nie pojawia się w rocznych sprawozdaniach sporządzanych przez Biuro Rzecznika. Dziwi więc, skąd projektodawcy uznali, że obecna infrastruktura i zaplecze kadrowe wystarczą do prowadzenia tego typu zadań. Rzecznik w zasadzie w zasadzie nie dysponuje odpowiednią liczbą doświadczonej i wyspecjalizowanej kadry do rozpatrywania takich spraw. Sposób ich prowadzenia (a pamiętać należy, że przepisy wspólnotowe nałożyły na organy równościowe obowiązek świadczenia pomocy ofiarom dyskryminacji) będzie także, zgodnie z przepisami dyrektyw, znacząco odmienny od spraw podejmowanych obecnie przez pracowników Biura Rzecznika. To wymusi zarówno zatrudnienie nowych osób, jak i ew. przekwalifikowanie części z obecnych pracowników. Ponadto zwiększenie kompetencji musi za sobą pociągać **przekazanie środków finansowych na ich realizację**. W przeciwnym razie będzie to zabieg czysto fikcyjny.

Poza pomocą dla ofiar organy równościowe mają także obowiązek prowadzenia badań oraz opracowywania raportów. Działania te są obecnie niezwykle marginalnie podejmowane przez biuro Rzecznika Praw Obywatelskich. Do ich prowadzenia wymagana jest bowiem odpowiednia wiedza i umiejętności, a także środki finansowe na ich podejmowanie. Bez nich działania tego typu nie będą prowadzone, co naruszy postanowienia dyrektyw i spowoduje, iż Polska znów może stać się podmiotem postępowania w sprawie niewłaściwego lub niepełnego wdrożenia przepisów wspólnotowych.

Organy ds. równego traktowania w całej UE aktywnie zajmują się także promowaniem zasady równego traktowania. Trudno sobie także wyobrazić, jak RPO ma prowadzić to niezwykle ważne zadanie bez jakichkolwiek środków. Jak wskazano w niniejszej opinii, nawet w tych nielicznych państwach członkowskich UE, które zdecydowały się na przydzielenie funkcji przeciwdziałania dyskryminacji urzędowi Ombudsmana, utworzyły w nich odrębne departamenty zajmujące się równością.

W związku z powyższym zaproponowane w projekcie ustawy „bezkosztowe” rozwiązanie nie może znaleźć akceptacji i zrozumienia Koalicji i może prowadzić do kolejnych postępowań wytaczanych przez Komisję Europejską przeciwko Polsce.

Zdziwienie Koalicji wywołuje opisanie innych skutków finansowych w postaci wynagrodzenia samego Pełnomocnika. Wiadomo, że zadania swoje będzie on wykonywał przy pomocy oddelegowanych urzędników. Należałoby oszacować, ile osób będzie potrzebnych do wsparcia Pełnomocnika w realizacji jego zadań, oszacować koszty ich wynagrodzeń oraz prowadzenia biura i podejmowania innej działalności wpisanej w treść projektu zgodnie z art. 21 ust. 2 oraz ust. 3. Wszystkie te wydatki powinny zostać wpisane w treść uzasadnienia. Warto

jeszcze raz zwrócić uwagę na opisywaną powyżej konieczność wydzielenia biura Pełnomocnika z Kancelarii Prezesa Rady Ministrów.

Podobnie brak jest wskazanych i przewidzianych środków na opracowanie i wdrożenie Krajowego Programu Działań na rzecz Równego Traktowania. To jeden z ważnych instrumentów, jaki formułuje projekt ustawy. Konieczne jest wskazanie, ile środków zostanie przeznaczonych na jego przygotowanie, które musi zostać poprzedzone rzetelną analizą stanu obecnego w zakresie równego traktowania, jak i potrzeb. Niezbędne jest również przewidzenie, jaki budżet będzie przeznaczony na realizację Krajowego Programu. Bez budżetu będzie on nie znaczącym dokumentem, który nie wywrze żadnych skutków na życie społeczne.

Podsumowując, zdaniem Koalicji należy wyliczyć i wskazać rzeczywiste koszty wprowadzenia ustawy w życie. Nie należy mieć złudzeń, że Komisja Europejska zadowolili się takimi ogólnymi sformułowaniami, bowiem na pierwszy rzut oka widać, że są one opracowane jedynie fasadowo. W takim kształcie nie wypełnią zatem zaleceń dyrektyw dotyczących równego traktowania.

V. ZAKOŃCZENIE

Koalicja na Rzecz Równych Szans wyraża głęboką nadzieję, że powyższe stanowisko zostanie poddane szczegółowej analizie, a poszczególne uwagi i postulaty zostaną uwzględnione w trakcie dalszych prac nad projektem ustawy. Oczekujemy także na konkretne odniesienie się do postulowanych przez nas zmian i formułowanych argumentów na dalszym etapie prac.

Jacek Białas – Amnesty International Polska

Karolina Kędziora – Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego

dr Witold Klaus – Stowarzyszenie Interwencji Prawnej

Krzysztof Śmiszek - Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego

Katarzyna Wencel – Stowarzyszenie Interwencji Prawnej

dr Monika Zima – Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego