

Wojciech Burek*
Witold Klaus**

DEFINIOWANIE DYSKRYMINACJI W PRAWIE POLSKIM W ŚWIETLE PRAWA UNII EUROPEJSKIEJ ORAZ PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

I. Wprowadzenie

Definiowanie pojęcia „dyskryminacja” jest kluczowe do prawidłowego stosowania przepisów zakazujących dyskryminacji i wprowadzających zasadę równego traktowania. Zakaz dyskryminacji i zasada równego traktowania stanowią dzisiaj fundament zarówno systemów konstytucyjnych większości państw świata, jak i międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka. Zasady te są bezpośrednio związane z pojęciem równości. Dążenie do jej zagwarantowania wszystkim ludziom korzystającym z praw i podstawowych wolności jest jednym z głównych celów każdego systemu ochrony praw człowieka¹.

O ile w umowach międzynarodowych z dziedziny ochrony praw człowieka oraz w systemach prawa krajowego wielu państw często posługiwano się pojęciem „dyskryminacja”, o tyle jedynie sporadycznie i w sposób bardzo ogólny podejmowano próby jego zdefiniowania. Istotną zmianę w tym zakresie przyniosło prawo Unii Europejskiej (dalej: UE)², a dokładniej przepisy tzw. prawa antydyskryminacyjnego UE. Jednym z najważniejszych czynników wyróżniających oraz świadczących o nowej jakości prawa antydyskryminacyjnego UE w stosunku do regulacji prawa międzynarodowego oraz krajowego są właśnie bardzo precyzyjne definicje. Jednak, co cieka-

* Dr Wojciech Burek – doktor nauk prawnych, adiunkt w Instytucie Europeistyki UJ.

** Dr Witold Klaus – doktor nauk prawnych, adiunkt w Instytucie Nauk Prawnych PAN.

¹ A. Michalska, *Prawa człowieka w systemie norm międzynarodowych*, Warszawa 1982, s. 82–102.

² W tekście konsekwentnie będzie stosowana aktualna nazwa, również wówczas, gdy odwołania będą czynione do sytuacji sprzed powstania Unii Europejskiej (wejścia w życie Traktatu z Maastricht – Dz. Urz. WE 1992 C 191/1, tj. 1 XI 1993 r.) oraz wejścia w życie Traktatu z Lizbony – Dz. Urz. UE 2007 C 306/1 (1 XII 2009 r.), który wprowadził zmiany uzasadniające rezygnację z wcześniej stosowanej nazwy „prawo wspólnotowe”.

we, nie zdecydowano się na przyjęcie ogólnej definicji dyskryminacji, zdefiniowano natomiast szczegółowo poszczególne jej formy³. Trzon prawa antydyskryminacyjnego UE stanowią dzisiaj cztery dyrektywy (tj. dyrektywa Rady 2000/43/WE wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne⁴, dyrektywa Rady 2000/78/WE ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy⁵ – chroniąca przed dyskryminacją ze względu na „religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną”, dyrektywa Rady 2004/113/WE wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług⁶, dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/54/WE w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania mężczyzn i kobiet w dziedzinie zatrudnienia i pracy⁷)⁸, które posługują się jednolitymi definicjami dyskryminacji bezpośredniej, pośredniej, molestowania oraz molestowania seksualnego. W celu prawidłowej rekonstrukcji pojęcia dyskryminacji w prawie UE należy również odwołać się do uregulowanych we wszystkich z wymienionych dyrektywach pojęć: ochrony przed represjami (wiktyimizacją), zmuszania do zachowań dyskryminacyjnych oraz możliwości prowadzenia działań pozytywnych/akcji afirmatywnych (określanych również pojęciem dyskryminacji odwrotnej). W kontekście dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność istotne znaczenie dla prawidłowego rozumienia pojęcia dyskryminacji ma również instytucja tzw. racjonalnych usprawnień dla osób niepełnosprawnych (art. 5 dyrektywy 2000/78).

Specyfiką prawa antydyskryminacyjnego UE jest okoliczność, że zakres (obszar) jego zastosowania jest wyraźnie wskazany w dyrektywach, a ochrona wynikająca

³ Inne wyróżniające cechy charakterystyczne prawa antydyskryminacyjnego to wyraźne wskazanie zakresu zastosowania tych przepisów, wprowadzenie gwarancji proceduralnych dla ofiar dyskryminacji (zasady odwrócenia ciężaru dowodu, konieczności wprowadzenia w prawie krajowym państw członkowskich realnych, odstraszących sankcji) oraz obowiązek powołania przez państwa członkowskie specjalnych organów ds. równości, które mają m.in. wspierać ofiary dyskryminacji, gromadzić stosowne dane odnośnie skali tego zjawiska oraz prowadzić badania.

⁴ Dz. Urz. WE 2000 L 180/22.

⁵ Dz. Urz. WE 2000 L 303/16.

⁶ Dz. Urz. WE 2004 L 373/37.

⁷ Dz. Urz. WE 2006 L 204/23.

⁸ Źródła prawa antydyskryminacyjnego UE uzupełniane są również przez kilka innych dyrektyw (m.in. dyrektywę Rady 79/7/EWG w sprawie stopniowego wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego, Dz. Urz. 1979, L 6/24; dyrektywę Rady 92/85/EWG w sprawie wprowadzenia środków służących wspieraniu poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły, i pracownic karmiących piersią, Dz. Urz. 1992, L 248/1; dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/41 w sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn prowadzących działalność na własny rachunek oraz uchylająca dyrektywę Rady 86/613/EWG, Dz. Urz. UE 2010, L 180/1; a także przepisy prawa pierwotnego, tj. normy materialne: art. 8, 10 oraz art. 157 ust. 1–2 oraz art. 4 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE 2012 C 326/1, dalej: TFUE), jak również rozdział III Karty Praw Podstawowych UE (Dz. Urz. 2012 C 326/2), w szczególności art. 21 oraz 23, ponadto normy kompetencyjne: art. 19 i art. 157 ust. 3 TFUE.

z prawa UE przysługuje jedynie w sytuacji dyskryminacji ze względu na wyraźnie wskazane cechy chronione/kryteria różnicowania, wprowadzając zamknięty katalog cech chronionych, do których należą: płeć, rasa lub pochodzenie etniczne, religia lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek oraz orientacja seksualna⁹. Takie ograniczenia jego zastosowania powodują, że w przypadku tych państw członkowskich, które implementowały dyrektywy w sposób minimalistyczny (dyrektywy wyraźnie wskazują, że wyznaczają jedynie wymagania minimalne, ale nic nie stoi na przeszkodzie, aby wprowadzić bardziej progresywne rozwiązania wewnętrzne), może dojść do sytuacji, w której zakaz dyskryminacji będzie regulowany przez różne reżimy prawne, w zależności od tego, czy dany reżim jest objęty prawem UE, czy też nie. Możliwość taką w szczególności zwiększają liczne zobowiązania prawnomiędzynarodowe państw członkowskich z dziedziny ochrony praw człowieka (część umów zawiera klauzule antydyskryminacyjne oraz specyficzne definicje dyskryminacji), a także normy prawne (w tym rangi konstytucyjnej), które obowiązywały przed implementacją prawa UE. Takim państwem jest właśnie Polska.

W Polsce zakaz dyskryminacji oraz zasada równego traktowania, ze szczególnym uwzględnieniem równego traktowania kobiet i mężczyzn, uregulowana jest już na poziomie konstytucyjnym (art. 32 i 33 Konstytucji RP z 1997 r.¹⁰). Polska związana jest również licznymi umowami międzynarodowymi, które zawierają klauzule antydyskryminacyjne, w tym część z nich definiuje pojęcie dyskryminacji. Wreszcie w procesie implementacji dyrektyw antydyskryminacyjnych wprowadzono liczne zmiany do wcześniej obowiązujących ustaw, jak również przyjęto rozwiązania nowe, dedykowane jedynie implementacji prawa antydyskryminacyjnego UE (ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania z 2010 r.¹¹ – dalej: ustawa o wdrożeniu). W przyjmowanych w związku z implementacją dyrektyw przepisach opierano się zasadniczo na definicjach przyjętych w prawie UE oraz ograniczono zakres ich zastosowania do tych obszarów, które wynikają z prawa UE. O ile jednak w ustawie o wdrożeniu przyjęto zamknięty katalog cech chronionych/kryteriów różnicowania, pokrywający się z tym, jaki wynika z dyrek-

⁹ W prawie UE zakazana jest również dyskryminacja ze względu na przynależność do/posiadanie obywatelstwa innego państwa członkowskiego UE (art. 18 TFUE). Na tym zakazie opiera się funkcjonowanie rynku wewnętrznego UE i w związku z tym należy odróżnić tę zasadę od przepisów prawa antydyskryminacyjnego. Więcej o zakazie dyskryminacji ze względu na przynależność do innego państwa członkowskiego zob. m.in. A.P. van der Mei, *The outer limits of the prohibition of discrimination on grounds of nationality: a look through the lens of Union Citizenship*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2011, vol. 18, nr 1–2, s. 62–85. Warto również zauważyć, że kryteria różnicowania/cechy chronione ujęte są szerzej w Karcie Praw Podstawowych – art. 21. Jednak w związku z ograniczonym zakresem zastosowania Karty (wiąże przede wszystkim instytucje UE, a państwa członkowskie tylko w zakresie, w jakim stosują prawo UE), a także brakiem wyraźnych podstaw w traktatach do podejmowania działań przez UE w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji również ze względu na te nowe cechy, przepis ten nie ma aktualnie dużego praktycznego znaczenia.

¹⁰ Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

¹¹ Dz. U. z 2010 r. Nr 254, poz. 1700.

tyw, to już w innych przepisach (w szczególności w kodeksie pracy¹²) zdecydowano się na katalog otwarty, a wymieniona wprost w przepisach prawa pracy lista cech chronionych obejmuje zarówno kryteria wynikające z prawa UE, jak i nowe, dodatkowe cechy. Klauzula antydyskryminacyjna zawarta w Konstytucji RP oraz liczne przepisy zawarte w wiążących Polskę umowach międzynarodowych zawierają odmiennie regulacje i to zarówno jeśli chodzi o zakres podmiotowy, jaki przedmiotowy zakazu dyskryminacji. W konsekwencji polskie prawo antydyskryminacyjne cechuje się wyjątkowym skomplikowaniem i brakiem przejrzystości. Opiera się na wielu zróżnicowanych źródłach, niejednolitym podejściu do kryteriów różnicowania/cech chronionych, niejednolicie skonstruowanych zakresach (obszarach) zastosowania oraz różnych sposobach definiowania pojęcia „dyskryminacja”.

Celem autorów niniejszego opracowania jest dokonanie pewnych wyjaśnień i systematyzacji dotyczących jednego jedynie aspektu, tj. definicji dyskryminacji. W artykule przede wszystkim zostaną przedstawione – zawarte w obowiązujących w Polsce przepisach – definicje dyskryminacji wraz z cechami chronionymi/kryteriami różnicowania (zakres podmiotowy) oraz zakresem zastosowania ochrony przed dyskryminacją (zakres przedmiotowy). Punktem wyjścia do przedstawienia definicji legalnych będzie ujęcie opisowe i teoretycznoprawne, przybliżające w sposób ogólny pojęcie dyskryminacji. Następnie przedstawione zostaną definicje przyjęte w prawie UE oraz w prawie międzynarodowym. Przed przedstawieniem definicji występujących w prawie polskim wskazane zostaną pokrótce polskie przepisy antydyskryminacyjne. Odnosząc się do wyjątkowego skomplikowania i chaosu charakteryzującego polskie prawo antydyskryminacyjne, w konkluzjach zostanie zaproponowana ogólna definicja dyskryminacji, która zdaniem autorów może mieć znaczenie porządkujące i pozwalające lepiej zrozumieć, a w konsekwencji stosować prawo antydyskryminacyjne w Polsce. Być może również będzie mogła stanowić punkt wyjścia do ewentualnych przyszłych prac nad kompleksową ustawą antydyskryminacyjną.

2. Pojęcie dyskryminacji w ujęciu opisowym

Dyskryminacja w ujęciu socjologicznym to forma nieusprawiedliwionego okolicznościami nierównego traktowania, charakteryzującego się długotrwałością i celowością, podstawą którego jest posiadanie przez daną osobę czy grupę określonej cechy. Warto podkreślić, że raz zapoczątkowana nierówność ma tendencję do pogłębiania się – dochodzi do powstania swoistego błędnego koła, polegającego na tym, że mniejsze możliwości dostępu do dóbr w jednej dziedzinie pociągają za sobą deprivację w innych sferach życia. Dyskryminacja jest zatem jednocześnie działaniem niesprawiedliwym i systematycznym, które zmierza do utrzymania uprzywilejowanej pozycji grupy dominującej¹³.

¹² Tekst jedn.: Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 ze zm.

¹³ T.F. Pettigrew, M.C. Taylor, *Discrimination* (w:) E.F. Borgatta, R.J.V. Montgomery (red.), *Encyclopedia of Sociology*, New York 2000, s. 688–889, 693–694. K. Olechnicki, P. Załęcki, *Słownik socjologiczny*, Toruń 1997, s. 49–50; C.N. Macrae, Ch. Stangor, M. Hewstone (red.), *Stereotypy i uprzedzenia*, Gdańsk 1999, s. 228. Więcej na temat definicji dyskryminacji oraz jej

Nie każde nierówne traktowanie jest jednak dyskryminacją. Inaczej mówiąc – nadanie dwóm grupom różnych uprawnień jest prawnie dopuszczalne. Aby uznać, że dyskryminacja miała miejsce, konieczne jest nie tylko stwierdzenie faktycznej i celowej nierówności tych grup, ale także brak usprawiedliwienia owego rozróżnienia, tzn. brak jakiegokolwiek uzasadnionego prawem celu bądź wprowadzenie różnego traktowania w nierównych proporcjach. Na temat ograniczeń w równym traktowaniu, czyli możliwości wprowadzania przez prawo rozróżnień w uprawnieniach i sytuacji odmiennych grup, wypowiedział się parokrotnie Trybunał Konstytucyjny. Stwierdził on m.in., że „jeżeli w przyznawaniu praw występują nie usprawiedliwione różnice, to wówczas mamy do czynienia z sytuacją nierówności”¹⁴. Odstępstwa od zasady równego traktowania mogą mieć miejsce, jeśli są relewantne (czyli racjonalnie uzasadnione), proporcjonalne (porównując wagę interesu, dla którego wprowadzono te normy, do interesów, które zostaną naruszone przez wprowadzenie zróżnicowania) oraz pozostają w związku z innymi wartościami konstytucyjnymi¹⁵. Istotne jest także, że określone zróżnicowanie w prawach dwóch czy więcej grup może zostać uznane za dyskryminację dopiero wówczas, gdy zachodzi istotne podobieństwo pomiędzy tymi grupami lub sytuacjami, w których się one znajdują¹⁶.

Ronald Dworkin zauważa, że wykluczenie i różnicowanie jest immanentnym elementem prawa jako systemu¹⁷. Nie wszystkim jednostkom przepisy przyznają takie same uprawnienia, na część podmiotów celowo nałożono ograniczenia co do możliwości egzekwowania niektórych uprawnień (np. nie każdy może zawrzeć związek małżeński, choćby z uwagi na wiek). Jednak jak słusznie zauważa Andrzej Kojder, istotny jest nie tyle sam fakt istnienia zróżnicowania, a powody jego wprowadzenia. Za dopuszczalne uważa on takie rozróżnienia, których źródłem są określone zachowania człowieka (np. w postaci ograniczania praw osób, które popełniły czyny zabronione). Za niedopuszczalne uznaje jednakże ograniczenia podyktowane uprzedzeniami. „Ekskluzji z powodu takiej czy innej konstytucji biologicznej, społecznej tożsamości, preferencji seksualnej, wyznania religijnego, obyczajowości itp. nie uznaje się współcześnie za usprawiedliwioną. Takie i podobne różnice między ludźmi nie powinny różnicować ich sytuacji prawnej, co wszelako nie oznacza, że prawo nie może w sytuacjach szczególnych pewnych ludzi na jakiś czas marginalizować, tzn. ograniczać ich uprawnień i nakładać na nich ciężary itp.”¹⁸

relacji z takimi pojęciami, jak tolerancja, równość, wykluczenie zob.: A. Winiarska, W. Klaus, *Dyskryminacja i nierówne traktowanie jako zjawisko społeczno-kulturowe*, Studia Biura Analiz Sejmowych 2011, nr 2(26), s. 10–14.

¹⁴ Wyrok TK z 12 IV 1994 r., U 6/93, cyt. za: L. Garlicki, *Zasada równości i zakaz dyskryminacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* (w:) B. Oliwa-Radzikowska (red.), *Obywatel – jego wolności i prawa. Zbiór studiów przygotowany z okazji 10-lecia urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 1998, s. 71.

¹⁵ Wyrok TK z 16 XII 1997 r., K 8/97, cyt. za: B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 227–229.

¹⁶ L. Garlicki, *op. cit.*, s. 67.

¹⁷ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998.

¹⁸ A. Kojder, *Wykluczenie prawne jako fakt społeczny* (w:) A. Turska (red.), *Prawo i wykluczenie społeczne. Studium empiryczne*, Warszawa 2010, s. 20.

Równość zawiera w sobie dwa elementy: równość w prawie i równość wobec prawa. Odwołują się one do dwóch etapów działania prawa – jego tworzenia i stosowania. Równość w prawie (zwana także równością formalną) oznacza takie formułowanie przepisów, by w jednakowy sposób kształtowały sytuację prawną podmiotów jednakowych. Zasadę tę sformułował już Arystoteles, mówiąc, że podobne rzeczy powinny być traktowane podobnie, tymczasem niepodobne – różnie, jednak proporcjonalnie do ich zróżnicowania. Podobieństwo rzeczy (osób czy grup) powinno być określane ze względu na pewną istotną cechę, którą one posiadają. Oczywiście problem pojawia się, gdy przychodzi do zdefiniowania podobieństwa, a zatem do wyboru owej cechy. Wówczas, zdaniem Wojciecha Sadurskiego, to słuszność oraz sprawiedliwość powinny stanowić podstawę do określenia, kto powinien być (lub jest) równy¹⁹. W sukurs może tu przyjść z pewnością pojęcie godności i równości każdego człowieka. Druga zasada – równości wobec prawa – oznacza natomiast, że prawo powinno być jednakowo, równo (zgodnie z jedną i tą samą regułą) stosowane wobec wszystkich członków społeczeństwa, posiadających określoną, istotną cechę wspólną. Należy zauważyć, że takie sformułowanie zasady równości wobec prawa dopuszcza (a nawet nakazuje) odmienne traktowanie podmiotów różnych. Jak już wyżej wspomniano, samo różnicowanie w uprawnieniach jest dopuszczalne, o ile towarzyszy mu odpowiedni cel i zachowane są odpowiednie proporcje²⁰.

3. Definicje dyskryminacji w prawie UE

Jak wspomniano wyżej, charakterystyczne dla prawa antydyskryminacyjnego UE jest wyraźne zdefiniowanie oraz szerokie ujęcie różnych form dyskryminacji. Szczególną rolę w tym zakresie odegrał Trybunał Sprawiedliwości UE, który część definicji wyprowadził ze swojej działalności orzeczniczej (m.in. definicję dyskryminacji pośredniej²¹). Wraz z kolejnymi zmianami w dyrektywach dotyczących dyskryminacji ze względu na płeć (dyrektywy przyjmowane po Traktacie z Amsterdamu²² opierały się już na jednolitych definicjach) ostatecznie doszło do ujednoczenia definicji i form dyskryminacji w poszczególnych dyrektywach antydyskryminacyjnych. I tak, zdefiniowano w nich następujące formy dyskryminacji:

- dyskryminacja bezpośrednia: „gdy ze względu na [odpowiednią cechę chronioną w prawie UE, np. płeć lub niepełnosprawność – W.B., W.K.] osoba

¹⁹ W. Sadurski, *Równość wobec prawa*, „Państwo i Prawo” 1978, nr 8–9, s. 59–60, 63–64.

²⁰ M. Wandzel, *Równe traktowanie kobiet i mężczyzn*, Kraków 2003, s. 12–13, L. Garlicki, *op. cit.*, s. 65–66.

²¹ Zob. w szczególności wyrok z 31 III 1981 r. w sprawie 96/80 *Jenkins v. Kingsgate (Clothing Products) Ltd* oraz wyrok z 13 V 1986 r. w sprawie C-170/84 *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*. Więcej o dyskryminacji pośredniej zob. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2013.

²² W Traktacie z Amsterdamu (Dz. Urz. WE 1997 C 340/1) rozszerzono kompetencje UE w zakresie prawa antydyskryminacyjnego poprzez rozszerzenia katalogu cech chronionych/kryteriów różnicowania (wprowadzono dzisiejszy art. 19 TFUE).

traktowana jest mniej przychylnie niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inną osobę w podobnej sytuacji”;

- dyskryminacja pośrednia: „gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka mogą doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji dla osób [posiadających cechę chronioną prawem UE, np. określoną płeć lub niepełnosprawność – W.B., W.K.] w stosunku do innych osób, chyba że taki przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione legalnym celem, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są odpowiednie i konieczne”;
- molestowanie: „niepożądane zachowanie mające związek z [cechą chronioną w prawie UE – np. płcią lub niepełnosprawnością – W.B., W.K.], a jego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby i stworzenie onieśmiałej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery”;
- molestowanie seksualne: „sytuacja, w której ma miejsce niepożądane zachowanie werbalne, niewerbalne lub fizyczne o charakterze seksualnym, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby, w szczególności przy stwarzaniu atmosfery zastraszania, wrogości, poniżenia, upokorzenia lub obrazy”.

Dodatkowymi formami dyskryminacji, które nie wymagają specjalnej definicji, są:

- zmuszanie lub zachęcanie do zachowań dyskryminacyjnych,
- ochrona przed wiktyimizacją (przed represjami) – negatywnym traktowaniem, będącym reakcją/odwetem za skorzystanie z przepisów chroniących przed dyskryminacją.

Możliwość prowadzenia działań pozytywnych/akcji afirmatywnych uregulowano w dyrektywach w następujący sposób: „Dla zapewnienia całkowitej równości w praktyce zasada równego traktowania nie stanowi przeszkody dla utrzymywania lub przyjmowania przez Państwo Członkowskie szczególnych środków mających zapobiegać lub wyrównywać niedogodności związane z [płcią, rasą lub pochodzeniem etnicznym, wiekiem, niepełnosprawnością, religią lub światopoglądem, orientacją seksualną – W.B., W.K.]”.

Natomiast wspomniane wyżej racjonalne usprawnienia dla osób niepełnosprawnych zostały zdefiniowane w następujący sposób: „W celu zagwarantowania przestrzegania zasady równego traktowania osób niepełnosprawnych przewiduje się wprowadzenie racjonalnych usprawnień. Oznacza to, że pracodawca podejmuje właściwe środki, z uwzględnieniem potrzeb konkretnej sytuacji, aby umożliwić osobie niepełnosprawnej dostęp do pracy, wykonywanie jej lub rozwój zawodowy bądź kształcenie, o ile środki te nie nakładają na pracodawcę nieproporcjonalnie wysokich obciążeń. Obciążenia te nie są nieproporcjonalne, jeżeli są w wystarczającym stopniu rekompensowane ze środków istniejących w ramach polityki prowadzonej przez dane Państwo Członkowskie na rzecz osób niepełnosprawnych”.

Analiza zmian w definiowaniu i kierunek poszerzenia form dyskryminacji w prawie antydyskryminacyjnym UE pozwala zaobserwować proces wyjścia poza jedynie zapewnienie formalnej równości (zakaz dyskryminacji bezpośredniej – inaczej nazywanej jawną) na obszar dążenia do osiągnięcia równości faktycznej/rzeczywistej (ochrona przed dyskryminacją pośrednią – inaczej nazywaną ukrytą, możliwość

prowadzenia działań pozytywnych/akcji afirmatywnej) i ochrony przed naruszeniem godności (molestowanie i molestowanie seksualne).

Na dzisiejszym etapie rozwoju prawa antydyskryminacyjnego UE zakres jego zastosowania wykazuje znaczne różnice w zależności od konkretnej cechy chronionej. Ze względu na wszystkie cechy chronione zasada równego traktowania powinna mieć zastosowanie do wszystkich osób (zarówno sektora publicznego, jaki prywatnego) w odniesieniu do zatrudnienia (stosunki pracy oraz zatrudnienie niepracownicze), na które składają się następujące obszary: dostęp do zatrudnienia (rekrutacja), warunki i przebieg zatrudnienia (w tym wynagradzanie), szkolenia zawodowe oraz członkostwo w związkach zawodowych (art. 157 TFUE, dyrektywa 2000/78, część dyrektywy 2000/43, część dyrektywy 2006/54).

Ochrona przed dyskryminacją ze względu na płeć obejmuje również dodatkowo: system zabezpieczenia społecznego (dyrektywa 79/7, dyrektywa 2006/54), dostęp do towarów i usług świadczonych publicznie (dyrektywa 2004/113), prowadzenie działalności na własny rachunek (dyrektywa 2010/41) oraz wprowadza specjalne przepisy chroniące kobiety w ciąży i w okresie macierzyństwa (dyrektywa 92/85).

Najszersza ochrona jak dotychczas została zagwarantowana w odniesieniu do rasy i pochodzenia etnicznego, która obok stosunków pracy dotyczy również: ochrony społecznej, łącznie z zabezpieczeniem społecznym i opieką zdrowotną, świadczeń społecznych, edukacji, dostępu do dóbr i usług oraz dostarczania dóbr i usług publicznie dostępnych, włącznie z zakwaterowaniem (część dyrektywy 2000/43).

4. Definicje dyskryminacji w wiążących Polskę umowach międzynarodowych

W prawie międzynarodowym zakaz dyskryminacji jest bezpośrednio powiązany z prawami człowieka. Rozwój międzynarodowej ochrony praw człowieka rozpoczął się zasadniczo dopiero po II wojnie światowej wraz z powstaniem Organizacji Narodów Zjednoczonych (dalej: ONZ). Już w Preambule do Karty Narodów Zjednoczonych z 1945 r.²³ znalazło się wezwanie do równouprawnienia mężczyzn i kobiet, a wśród celów ONZ wskazano działanie na rzecz praw człowieka „bez względu na rasę, płeć, język i wyznanie” (art. 1 pkt 3). Jeszcze wyraźniej zakaz dyskryminacji i równość w dostępie do praw człowieka uregulowano w – niewiążącej prawnie w momencie jej przyjmowania (dziś przynajmniej część jej postanowień jest traktowana jako odzwierciedlająca wiążące prawo zwyczajowe) – Powszechnej deklaracji praw człowieka z 1948 r.²⁴ (Preambuła, art. 2, art. 7), a więc pierwszym dokumentem międzynarodowym zawierającym ogólny katalog praw człowieka. Na regulacji zawartej w Powszechnej deklaracji wzorowano się, przyjmując na forum ONZ w 1966 roku dwie umowy międzynarodowe – Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i poli-

²³ Dz. U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90 ze zm.

²⁴ Tekst zamieszczony m.in. w: A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 1996, s. 154.

tycznych²⁵ i Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych²⁶, które w zamierzeniu miały przekształcić postanowienia Deklaracji w normy prawnie wiążące (ogólne klauzule antydyskryminacyjne zawarto w art. 2 obu Paktów). Zakaz dyskryminacji można znaleźć również w innych umowach międzynarodowych z dziedziny ochrony praw człowieka przyjętych na poziomie uniwersalnym – w ramach systemu Narodów Zjednoczonych. Polska jest stroną następujących z nich: Konwencji UNESCO w sprawie zwalczania dyskryminacji w dziedzinie oświaty z 1960 r.²⁷, Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 1965 r.²⁸, Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 1979 r.²⁹ oraz Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych z 2006 r.³⁰

Uzupełnieniem powszechnych umów międzynarodowych jest Konwencja nr 111 Międzynarodowej Organizacji Pracy (dalej: MOP), dotycząca dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu z 1958 r.³¹

Zasadniczo równoległe (od 1949 r.) z rozwojem praw człowieka w ramach systemu uniwersalnego rozwijał się europejski system regionalny w ramach Rady Europy. Zakaz dyskryminacji w korzystaniu „z praw i wolności wymienionych w niniejszej Konwencji” znalazł się w podstawowym dokumencie w ramach tego systemu – Europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r.³² (art. 14). Podobnie jak w przypadku ONZ, również tutaj zakaz dyskryminacji regulowano także w innych umowach międzynarodowych przyjmowanych w ramach tej organizacji międzynarodowej. Polska jest stroną jedynie jednej z nich³³: Konwencji ramowej o ochronie mniejszości narodowych z 1995 r.³⁴

W umowach zawierających ogólne katalogi praw człowieka występują otwarte katalogi kryteriów różnicowania/cech chronionych, w których wymienione są tylko przykładowe z nich. Analiza wyżej wymienionych dokumentów (Powszechna deklaracja z 1948 r.) i umów międzynarodowych wskazuje, że *expressis verbis* wymieniono w nich następujące cechy chronione: płeć, rasa, kolor skóry, język, religia/wyznanie, poglądy polityczne lub inne przekonania, narodowość, pochodzenie

²⁵ Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

²⁶ Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169.

²⁷ Dz. U. z 1964 r. Nr 40, poz. 268.

²⁸ Dz. U. z 1969 r. Nr 25, poz. 187.

²⁹ Dz. U. z 1982 r. Nr 10, poz. 71.

³⁰ Dz. U. z 2012 r. poz. 1169.

³¹ Dz. U. z 1961 r. Nr 42, poz. 218.

³² Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

³³ Polska jak dotychczas nie ratyfikowała Protokołu nr 12 do Europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności z 2000 r. (European Treaty Series 177) wprowadzającego ogólną klauzulę antydyskryminacyjną do Europejskiej Konwencji oraz Konwencji w sprawie zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet, w tym przemocy domowej z 2011 r. (European Treaty Series 210). Więcej o zaległościach ratyfikacyjnych Polski z dziedziny ochrony praw człowieka – zob. K. Sękowska-Kozłowska, R. Wieruszewski, *Zaległości ratyfikacyjne Polski w dziedzinie praw człowieka*, Europejski Przegląd Sądowy 2013, nr 3, s. 4–13.

³⁴ Dz. U. z 2002 r. Nr 22, poz. 209.

społeczne, pochodzenie narodowe i etniczne, niepełnosprawność, stan cywilny, sytuacja majątkowa, urodzenie, przynależność do mniejszości narodowych³⁵. W żadnej z umów zawierających ogólny katalog praw człowieka (Pakty z 1966 r., Europejska Konwencja z 1950 r.) nie zdecydowano się na zdefiniowanie dyskryminacji. Definicje takie znajdują się natomiast w umowach wyspecjalizowanych. Są to:

- definicja dyskryminacji w dziedzinie oświaty – Konwencja UNESCO w sprawie zwalczania dyskryminacji w dziedzinie oświaty z 1960 r.: „W rozumieniu niniejszej Konwencji wyraz «dyskryminacja» oznacza wszelkie wyróżnianie, wykluczanie, ograniczanie lub uprzywilejowanie ze względu na rasę, kolor skóry, płeć, język, wyznanie, przekonania polityczne lub jakiegokolwiek inne, narodowość lub pochodzenie społeczne, sytuację materialną lub urodzenie, które ma na celu albo którego skutkiem jest przekreślenie lub naruszenie zasady jednakowego traktowania w dziedzinie oświaty, a w szczególności:
 - a) zamknięcie dostępu jakiegokolwiek jednostce lub grupie osób do oświaty jakiegokolwiek stopnia lub typu,
 - b) ograniczenie jakiegokolwiek osobie lub grupie osób oświaty do niższego jej stopnia,
 - c) utworzenie lub utrzymywanie oddzielnych systemów oświatowych lub zakładów nauczania dla jakiegokolwiek osób lub grup osób, poza przypadkami przewidzianymi w artykule 2 niniejszej Konwencji albo
 - d) stawianie jakiegokolwiek osoby lub grupy osób w sytuacji niedającej się pogodzić z godnością człowieka” (art. 1);
- definicja dyskryminacji rasowej – Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 1965 r.: „W niniejszej Konwencji wyrażenie «dyskryminacja rasowa» oznacza wszelkie zróżnicowanie, wykluczenie, ograniczenie lub uprzywilejowanie z powodu rasy, koloru skóry, urodzenia, pochodzenia narodowego lub etnicznego, które ma na celu lub pociąga za sobą przekreślenie bądź uszczuplenie uznania, wykonywania lub korzystania, na zasadzie równości, z praw człowieka i podstawowych wolności w dziedzinie politycznej, gospodarczej, społecznej i kulturalnej lub w jakiegokolwiek innej dziedzinie życia publicznego” (art. 1);
- definicja dyskryminacji kobiet – Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 1979 r.: „W rozumieniu niniejszej konwencji określenie «dyskryminacja kobiet» oznacza wszelkie zróżnicowanie, wyłączenie lub ograniczenie ze względu na płeć, które powoduje lub ma na celu uszczuplenie albo uniemożliwienie kobietom, niezależnie od ich stanu cywilnego, przyznania, realizacji bądź korzystania na równi z mężczyznami z praw człowieka oraz podstawowych wolności w dziedzinach życia politycznego, gospodarczego, społecznego, kulturalnego, obywatelskiego i innych” (art. 1);

³⁵ Znamienny jest brak wśród nich orientacji seksualnej, która pierwszy raz w wiążących prawnie przepisach międzynarodowych pojawiła się dopiero wraz z przyjęciem przez państwa członkowskie Unii Europejskiej Traktatu amsterdamskiego w 1997 r.

- definicja dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność – Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych z 2006 r.: „«Dyskryminacja ze względu na niepełnosprawność» oznacza jakiegokolwiek różnicowanie, wykluczanie lub ograniczanie ze względu na niepełnosprawność, którego celem lub skutkiem jest naruszenie lub zniweczenie uznania, korzystania lub wykonywania wszelkich praw człowieka i podstawowych wolności w dziedzinie polityki, gospodarki, społecznej, kulturalnej, obywatelskiej lub w jakiegokolwiek innej, na zasadzie równości z innymi osobami. Obejmuje to wszelkie przejawy dyskryminacji, w tym odmowę racjonalnego usprawnienia” (art. 2);
- definicja dyskryminacji w zatrudnieniu lub w wykonywaniu zawodu – Konwencja nr 111 MOP z 1958 r.: „Dla celów niniejszej konwencji określenie «dyskryminacja» oznacza:
 - a) wszelkie rozróżnienie, wyłączenie lub uprzywilejowanie oparte na rasie, kolorze skóry, płci, religii, poglądach politycznych, pochodzeniu narodowym lub społecznym, które powoduje zniweczenie albo naruszenie równości szans lub traktowania w zakresie zatrudnienia lub wykonywania zawodu;
 - b) wszelkie inne rozróżnienie, wyłączenie lub uprzywilejowanie powodujące zniweczenie albo naruszenie równości szans lub traktowania w zakresie zatrudnienia lub wykonywania zawodu, które będzie mogło być wymienione przez zainteresowanego Członka po zasięgnięciu opinii reprezentatywnych organizacji pracodawców i pracowników, o ile takie istnieją, oraz innych właściwych organizacji.
- 2. Rozróżnienia, wyłączenia lub uprzywilejowania, oparte na kwalifikacjach wymaganych dla określonego zatrudnienia nie są uważane za dyskryminację” (art. 1).

Zakres (obszar) zastosowania zakazu dyskryminacji różni się w zależności od tego, czy zawarty jest w umowie/dokumencie o charakterze ogólnym, czy wyspecjalizowanym. W tym pierwszym przypadku wyznacza go zakres praw i wolności w niej/nim przewidzianym. Bardziej szczegółowo i zasadniczo szerzej jest on wyznaczany w przypadku większości umów wyspecjalizowanych. Specjalną sytuacją stosunkowo wąsko wskazanego zakresu zastosowania jest Konwencja UNESCO w sprawie zwalczania dyskryminacji w dziedzinie oświaty z 1960 r. oraz Konwencja nr 111 MOP z 1958 r.

5. Polskie przepisy antydyskryminacyjne

W oparciu o genezę i okoliczności wprowadzenia przepisów prawa polskiego, które dotyczą/mogą mieć zastosowanie do spraw związanych z równym traktowaniem, można dokonać ich podziału na dwie grupy, tj. przepisy, które zostały wprowadzone bezpośrednio w związku z obowiązkiem implementowania prawa antydyskryminacyjnego UE, oraz przepisy, które obowiązywały w prawie polskim zasadniczo jeszcze przed dostosowywaniem uregulowań krajowych do standardów unijnych.

Zdecydowana większość norm antydyskryminacyjnych, jakie obecnie znajdują się w polskich przepisach prawnych, została wprowadzona w związku ze zobowiąza-

niami wynikającymi z członkostwa Polski w UE. W tym kontekście, w szczególności należy wskazać na:

- stosowne postanowienia kodeksu pracy (dalej: k.p.), w którym określono zasady równego traktowania i niedyskryminacji w zatrudnieniu. Pierwsza ogólna klauzula antydyskryminacyjna w kodeksie pracy została wprowadzona już w 1998 r. (dzisiejszy art. 11³). W 2002 r. została rozszerzona o wyraźne wskazanie, że zakazana jest dyskryminacja bezpośrednia i pośrednia. Jednak zasadnicza zmiana została dokonana kompleksową nowelizacją z 2003 r., która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2004 r.³⁶ W jej wyniku kolejny raz zmodyfikowano ogólną klauzulę zawartą w art. 11³ k.p., dodając do niej m.in. wyraźne odesłanie do orientacji seksualnej jako cechy chronionej, a także zmieniono kilka innych przepisów z pierwszych dwóch rozdziałów kodeksu. Przede wszystkim jednak wprowadzono nowy rozdział IIa „Równe traktowanie w zatrudnieniu”. Liczne błędy i nieścisłości w zawartych tam definicjach³⁷ spowodowały, że w 2008 r. przyjęto kolejną nowelizację tych przepisów³⁸, która zaczęła obowiązywać od dnia 18 stycznia 2009 r.;
- postanowienia antydyskryminacyjne i wprowadzenie zasady równego traktowania w dostępie i korzystaniu z usług rynku pracy i instrumentów rynku pracy, zawarte w ustawie o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy z 2004 r.³⁹;
- postanowienie umożliwiające organizacjom społecznym, do których zadań statutowych należy ochrona równości oraz niedyskryminacji, wytaczanie za zgodą ofiar nierównego traktowania powództwa na ich rzecz oraz wstępowanie do postępowania w każdym jego stadium – art. 61 § 4 kodeksu postępowania cywilnego⁴⁰ – wprowadzone ustawą zmieniającą kodeks cywilny z 2004 r.;
- ustawę o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania z 2010 r. oraz szereg postanowień szczegółowych w innych ustawach, które zostały zmienione lub wprowadzone tą ustawą, tj. postanowienia kodeksu postępowania administracyjnego⁴¹, kodeksu pracy, ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich⁴², ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych⁴³, ustawy o systemie zabezpieczeń społecznych⁴⁴, ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, ustawy o emeryturach kapitałowych⁴⁵.

³⁶ Dz. U. z 2003 r. Nr 213, poz. 2081.

³⁷ I. Boruta, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowa regulacja prawna*, Praca i Zabezpieczenie Społeczne 2004, nr 2, s. 2–8.

³⁸ Dz. U. z 2008 r. Nr 223, poz. 1460.

³⁹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415 ze zm.

⁴⁰ Dz. U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 ze zm.

⁴¹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 267.

⁴² Tekst jedn.: Dz. U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 ze zm.

⁴³ Tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 127, poz. 721 ze zm.

⁴⁴ Tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415 ze zm.

⁴⁵ Dz. U. z 2008 r. Nr 228, poz. 1507 ze zm.

Wśród przepisów bezpośrednio regulujących zasadę równego traktowania lub takich, które mogą być wykorzystane w trakcie dochodzenia roszczeń w związku z naruszeniem zasady niedyskryminacji, a które przyjęto przed lub niezależnie od zobowiązań wynikających z prawa UE, należy wskazać przede wszystkim na:

- Konstytucję RP z 1997 r. zawierającą ogólny zakaz dyskryminacji (art. 32), zasadę równego traktowania kobiet i mężczyzn (art. 33) oraz szereg przepisów szczegółowych, mówiących o równym traktowaniu;
- przepisy kodeksu cywilnego⁴⁶ wprowadzające ochronę przed naruszeniem dóbr osobistych (art. 23 i 24) oraz przepisy kodeksu wykroczeń⁴⁷ przewidujące karę grzywny dla tego, kto zajmując się sprzedażą towarów w przedsiębiorstwie handlu detalicznego lub w przedsiębiorstwie gastronomicznym, ukrywa przed nabywcą towar przeznaczony do sprzedaży lub umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia sprzedaży takiego towaru (art. 135), oraz dla tego, kto zajmując się zawodowo świadczeniem usług, żąda i pobiera za świadczenie zapłatę wyższą od obowiązującej albo umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany (art. 138). Przepisy te mogą mieć w szczególności zastosowanie do naruszenia zasady równego traktowania w dostępie do dóbr i usług świadczonych publicznie. Zresztą możliwość ich zastosowania w tym kontekście była podnoszona przez władze polskie na jednym z etapów wspomnianego wyżej postępowania przed TS UE w związku z brakiem implementacji dyrektywy 2004/113⁴⁸. Jednak brak konsekwencji (potwierdzenie braku pełnej adekwatności takiej ochrony) oraz nieprzedstawienie przez rząd polski szczegółowej argumentacji spowodowało, że przeciwko Polsce zapadł wyrok uznający uchybienie zobowiązaniom wynikającym z tej dyrektywy;
- przepis ustawy o swobodzie działalności gospodarczej⁴⁹, zapewniający równy dostęp do prowadzenia i wykonywania w Polsce działalności gospodarczej (art. 6);
- postanowienia ustawy o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym⁵⁰, zawierające zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność do mniejszości narodowych i etnicznych;
- przepis ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych⁵¹, wskazujący, że tworzenie list osób oczekujących na świadczenie medyczne „prowadzi się w sposób zapewniający poszanowanie zasady sprawiedliwego, równego, niedyskryminującego i przejrzystego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej (...)” – art. 20 ust. 5.

⁴⁶ Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.

⁴⁷ Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 482.

⁴⁸ Wyrok z TS UE z 17 III 2011 r. w sprawie C-326/09, *Komisja Europejska przeciwko Polsce*.

⁴⁹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 ze zm.

⁵⁰ Dz. U. z 2005 r. Nr 17, poz. 141 ze zm.

⁵¹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 ze zm.

6. Definiowanie dyskryminacji w prawie polskim

Analizując problematykę definiowania dyskryminacji w prawie polskim, należy na wstępie wskazać na zakres podmiotowy zakazu dyskryminacji. W tym kontekście przede wszystkim należy sięgnąć do Konstytucji RP, której art. 32 zawiera ogólną klauzulę, mówiącą o tym, że „wszyscy mają prawo do równego traktowania” (ust. 1) oraz „nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny” (ust. 2). W art. 33 wyróżniono zasadę równego traktowania kobiet i mężczyzn. Tak więc na poziomie konstytucyjnym zasada niedyskryminacji i równego traktowania zagwarantowana jest w sposób bardzo szeroki, a dodatkowo zdecydowano się na wyróżnienie jedynie jednego kryterium różnicowania – płci.

Takie otwarte, szerokie ujęcie, bez wskazywania na przykładowe cechy chronione, znalazło się również w kilku przytaczanych wyżej przepisach szczegółowych (ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych).

Inaczej sformułowano kryteria różnicowania w przepisach wprowadzonych w związku z implementowaniem prawa antydyskryminacyjnego UE. W tych przypadkach punktem wyjścia były kryteria różnicowania/cechy chronione wynikające z prawa UE. Jednak o ile ustawa o wdrożeniu zawiera zasadniczo tylko te cechy chronione, które wynikają z dyrektyw antydyskryminacyjnych (wyjątkiem jest dodanie narodowości), i ujmuje je w katalog zamknięty, to w innych przepisach zawierających klauzule antydyskryminacyjne zagadnienie to uregulowano odmiennie. W ustawie o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy wprowadzono zamknięty katalog cech chronionych, ustawa zawiera jednak również cechy niewymienione w prawie UE (narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową lub do organizacji pracodawców). W kodeksie pracy zdecydowano się natomiast na wprowadzenie otwartego katalogu kryteriów różnicowania/cech chronionych, jednocześnie bezpośrednio wymieniając, obok tych wynikających z prawa UE, również inne cechy (narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony oraz w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy).

Wyraźne definicje dyskryminacji (różnych jej form) występują w dwóch aktach prawnych: kodeksie pracy oraz ustawie o wdrożeniu. Jak wskazano wyżej, są to podstawowe akty prawne implementujące dyrektywy antydyskryminacyjne do polskiego porządku prawnego. W związku z powyższym przy konstruowaniu tych definicji kierowano się przepisami prawa UE. W ustawie o wdrożeniu zasadniczo w sposób dosłowny powtórzono definicje zawarte w dyrektywach. Definicje wprowadzone w 2004 r. do kodeksu pracy były częściowo odmiennie, co prowadziło do wielu nieporozumień i spotkało się z uzasadnioną krytyką⁵². Najważniejsze błędy zostały naprawione dopiero nowelizacją kodeksu pracy, która weszła w życie w 2008 r. Mimo pewnych nadal występujących różnic (zwłaszcza w kodeksie pracy), zasad-

⁵² I. Boruta, *op. cit.*

nicho należy ocenić, że definicje dyskryminacji w tych dwóch ustawach są tożsame z definicjami zawartymi w dyrektywach.

W przypadku pozostałych aktów prawnych, nieposiadających wyraźnych definicji, kluczowa jest oczywiście praktyka stosowania i interpretowania tych przepisów przez organy sądowe (w tym w szczególności Trybunał Konstytucyjny⁵³). Podejmowane próby definiowania dyskryminacji przez organy sądowe często opierają się również na źródłach prawa międzynarodowego. Wydaje się, że naturalnym procesem w tym zakresie jest i będzie odwoływanie się również do definicji wynikających z prawa UE (w tym z odwołaniem się już bezpośrednio do prawa polskiego, a więc kodeksu pracy lub ustawy o wdrożeniu). Konstrukcja ustawy o wdrożeniu, a dokładniej fakt, że zmienia ona liczne inne akty prawne, powoduje, że rozumienie pojęcia dyskryminacji na gruncie stosowania tych zmienionych przez ustawę o wdrożeniu aktów prawnych powinno opierać się właśnie definicjach w niej zamieszczonych.

Wyraźne wskazanie zakresu (obszaru) zastosowania zasady równego traktowania nastąpiło przede wszystkim w kodeksie pracy oraz ustawie o wdrożeniu. W kodeksie pracy obszar ten jest zasadniczo wspólny (zróznicowano jedynie niektóre wyjątki) dla wszystkich kryteriów różnicowania/cech chronionych i obejmuje sytuacje związane z zatrudnieniem (w tym rekrutacją, warunkami zatrudniania, wynagradzania i awansowania oraz dostępem do szkoleń zawodowych). W ustawie o wdrożeniu ochrona w związku z poszczególnymi kryteriami różnicowania/cechami chronionymi występuje w innych obszarach oraz opiera się na różnych wyjątkach od zasady równego traktowania. Obszary jej zastosowania określono w sposób niezwykle wąski (zgodnie już z jej tytułem bardzo rygorystycznie opierając się na prawie UE), tak aby wypełnić jedynie standard minimalny wynikający z dyrektyw antydyskrymi-

⁵³ Trybunał zebrał swoje dotychczasowe orzecznictwo dotyczące dyskryminacji i w wyroku P 31/09 tak określił, jak rozumie to pojęcie: „W swym dotychczasowym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny opiera się na takim rozumieniu zasady równości, zgodnie z którym wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo, według jednakowej miary, bez różnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących. Równość wobec prawa to także zasadność wybrania tego, a nie innego kryterium różnicowania podmiotów (adresatów) prawa. Zasada równości nie ma charakteru bezwzględnego, ale odstępstwa od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych muszą znajdować podstawę w odpowiednio przekonujących argumentach. Argumenty te muszą: 1) mieć charakter relewantny, a więc pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma, oraz służyć realizacji tego celu i treści, innymi słowy – wprowadzone zróżnicowania muszą mieć charakter racjonalnie uzasadniony, nie wolno ich dokonywać według dowolnie ustalonego kryterium; 2) mieć charakter proporcjonalny, a więc waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostały naruszone w wyniku nierównego potraktowania; 3) pozostawać w jakimś związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych. Trybunał Konstytucyjny wskazuje także na ścisły związek zasady równości z zasadami sprawiedliwości społecznej. Zasady te wzajemnie się uzupełniają w tym znaczeniu, że różnicowanie sytuacji podmiotów podobnych ma większe szanse uznania za zgodne z Konstytucją, jeżeli pozostaje w zgodzie z zasadami sprawiedliwości społecznej lub służy urzeczywistnianiu tych zasad. Zostaje ono natomiast uznane za niekonstytucyjną dyskryminację (uprzywilejowanie), jeżeli nie znajduje uzasadnienia w zasadzie sprawiedliwości społecznej.” – OTK ZU 2010, nr 6/A, poz. 826.

nacyjnych. Efektem tego jest daleko idące zróżnicowanie ochrony, w zależności od kryterium różnicowania/cechy chronionej, oraz bardzo rozbudowane wyłączenia od zasady równego traktowania.

Dodatkowo specyfika niektórych z wymienionych wyżej ustaw szczegółowych, w których zawarto przepisy antydyskryminacyjne, również ogranicza zakres ich zastosowania (np. ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych).

Z drugiej strony bardzo szeroko ujęto zakres zastosowania zakazu dyskryminacji w Konstytucji RP, gdzie zakazano wszelkiej dyskryminacji „w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym”. Również ochrona dóbr osobistych wynikająca z kodeksu cywilnego jest ochroną ogólną, nieograniczoną do takiej czy innej przesłanki różnicowania/cechy chronionej.

Dokonując próby oceny takiego zróżnicowania zakresów stosowania polskich norm antydyskryminacyjnych, w tym przede wszystkim bardzo wąskiego i uzupełnionego licznymi wyjątkami ujęcia zawartego w ustawie o wdrożeniu, można z jednej strony oprzeć się na podejściu formalnym. Z tego punktu widzenia wąskie wskazanie obszarów zastosowania ustawy wdrożeniowej nie zmienia ochrony wynikającej z przepisów ogólnych, które mogą być zastosowane do innych obszarów, w stosunku do innych grup chronionych etc. Jednak z drugiej strony trudno nie wskazać na negatywne konsekwencje takiego wąskiego podejścia. Przede wszystkim ustawa o wdrożeniu w wyniku tego minimalistycznego podejścia jest sformułowana w sposób wyjątkowo nieczytelny, przynoszący wiele problemów interpretacyjnych i przez to traci walory edukacyjne, promujące i wzmacniające zasadę równego traktowania, jakie zwyczajowo oczekiwane są przy wprowadzaniu „ustaw równościowych”.

Ponadto jedynym uzasadnieniem wprowadzonego zróżnicowania zakresu zastosowania ustawy, w zależności od poszczególnych kryteriów różnicowania/cech chronionych, jest obecny kształt prawa UE i obowiązki implementacyjne z niego wynikające. Jednak nie można w sposób logiczny i oparty na wartościach, na jakich opiera się polski porządek prawny, uzasadnić zróżnicowania ochrony, np. w obszarze dostępu do dóbr i usług, w zależności od tego, czy mamy do czynienia z dyskryminacją ze względu na pochodzenie etniczne i rasowe (obszar objęty ustawą), czy też ze względu na wiek, niepełnosprawność lub orientację seksualną (cech pominiętych w jej przepisach). W tym kontekście można również podnieść wątpliwości odnośnie do konstytucyjności takiego rozwiązania. Wyłączenie pewnej kategorii osób (cech chronionych), w świetle ogólnej klauzuli zawartej w Konstytucji RP, można uznać za nieuzasadnione i nieproporcjonalne ograniczenie normy konstytucyjnej.

Pomijając fakt, że ochrona przed dyskryminacją na zasadach ogólnych, bez istnienia wyraźnych przepisów antydyskryminacyjnych, zasadniczo była i jest dużo trudniejsza, warto również zauważyć, że wyróżnienie i zwiększenie ochrony ze względu na niektóre tylko z kryteriów różnicowania/cech chronionych może jeszcze pogorszyć sytuację procesową osoby dochodzącej ochrony na zasadach ogólnych. W szczególności może mieć to miejsce przy powoływaniu się na ochronę przed dyskryminacją przy wykorzystaniu przepisów kodeksu cywilnego w odniesieniu do

ochrony dóbr osobistych. Powód w takim postępowaniu może zasadniczo i w sposób częściowo zbliżony skorzystać z – wymaganej przez dyrektywę i uregulowanej w ustawie o wdrożeniu – zasady przerzucenia ciężaru dowodu. Artykuł 24 § 1 kodeksu cywilnego, stanowi, że „ten, czyje dobro osobiste zostaje zagrożone cudzym działaniem, może żądać zaniechania tego działania, chyba że nie jest ono bezprawne”. Powyższy przepis wskazuje, że mamy tu do czynienia z przerzuceniem ciężaru dowodu odnośnie do – kluczowej dla ustalenia naruszenia dóbr osobistych – kwestii bezprawności czynu⁵⁴. Odnosząc powyższe do dostępu do dóbr i usług świadczonych publicznie, należy zauważyć, że wyraźne uznanie w ustawie o wdrożeniu za bezprawne nierównego traktowania w tym zakresie ze względu tylko na narodowość, rasę, pochodzenie etniczne i płeć może spowodować, że w przypadku dochodzenia ochrony przez osoby dyskryminowane, np. ze względu na orientację seksualną, strona pozwana może argumentować brak bezprawności swojego zachowania brakiem takiej ochrony w ustawie. Jeśli ustawodawca w tych przypadkach zdecydował się przyznać ochronę i uznać za bezprawne naruszenie zasady równego traktowania tylko ze względu na enumeratywnie wymienione cechy, to można argumentować *a contrario*, że w innych przypadkach nie ma takiej bezprawności.

7. Uwagi końcowe i propozycja ogólnej definicja dyskryminacji⁵⁵

Pojęcia „zakaz dyskryminacji” i „zasada równego traktowania” są często stosowane zamiennie, ponieważ zasada równego traktowania oznacza przestrzeganie zakazu dyskryminacji. W aktach prawnych nie ma definicji zasady równego traktowania. Występują natomiast definicje dyskryminacji.

Definicje dyskryminacji występują przede wszystkim w umowach międzynarodowych. Ich analiza pozwala wyselekcjonować wspólne, powtarzające się elementy. Jednak w żadnej z nich nie ma ogólnej definicji dyskryminacji, istniejące dotyczą dyskryminacji ze względu na jedną tylko cechę chronioną (np. rasę w Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 1965 r., płeć w Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 1979 r., niepełnosprawność w Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych z 2006 r.) lub występują w jednym tylko obszarze (tak Konwencja UNESCO w sprawie zwalczania dyskryminacji w dziedzinie oświaty z 1960 r. oraz Konwencja nr 111 MOP dotycząca dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu z 1958 r.). Dodatkowo przywołane umowy międzynarodowe powstawały w różnym czasie i nie uwzględniają w swojej oryginalnej treści dorobku orzecznictwa organów międzynarodowych

⁵⁴ Por. m.in. orzeczenie SA w Warszawie z 3 czerwca 2003 r., I ACa 1162/2002, S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2005, s. 105–107.

⁵⁵ Poniżej przedstawiona propozycja ogólnej definicji dyskryminacji została opracowana przez autorów artykułu, przy udziale mgr Patrycji Antosz, dr Karoliny Łukasiewicz oraz mgr Doroty Pawluś z Instytut Socjologii UJ w ramach projektu „Równe traktowanie standardem dobrego rządzenia”. Więcej o projekcie zob. <http://www.sieczrownosci.gov.pl/o-projekcie/> [dostęp: 1 IV 2013 r.].

(np. art. 1 Konwencji w sprawie likwidacji dyskryminacji kobiet z 1979 r. nie zawiera obowiązków pozytywnych państwa, np. działań przeciwdziałających przemocy, nie uwzględnia także obszaru dostępu do dóbr i usług świadczonych przez podmioty prywatne).

Bardzo precyzyjne definicje znalazły się w dyrektywach antydyskryminacyjnych UE. Jednak są to odrębne definicje różnych form dyskryminacji (m.in. dyskryminacji bezpośredniej, pośredniej, molestowania, molestowania seksualnego) i nie charakteryzują w całości zjawiska jako takiego. Dodatkowo w prawie UE istnieje zamknięty katalog cech chronionych, a sam zakaz dyskryminacji w zależności od cechy chronionej obowiązuje w różnych obszarach. W prawie polskim nie ma ogólnej definicji dyskryminacji, a występujące definicje w przepisach szczegółowych jedynie transponują definicje zawarte w dyrektywach antydyskryminacyjnych UE.

Opierając się na dorobku prawa międzynarodowego, prawa Unii Europejskiej (w tym definicjach różnych form dyskryminacji w nim występujących) oraz orzecznictwie różnych organów krajowych i międzynarodowych, można podjąć próbę skonstruowania nowej, ogólnej definicji dyskryminacji. Zaproponowana poniżej definicja opiera się na dwóch założeniach wyjściowych:

- 1) wykorzystaniu definicji poszczególnych form dyskryminacji, jakie znalazły się w prawie UE – w pełni uzasadniają to podejście ich precyzyjność, funkcjonalność oraz oddziaływanie na inne systemy prawne (m.in. wykorzystywanie definicji dyskryminacji z dyrektyw unijnych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁵⁶);
- 2) przyjęcie otwartego katalogu cech chronionych/kryteriów różnicowania oraz nieograniczonego obszaru/zakresu zastosowania zakazu dyskryminacji – uzasadniają to z jednej strony zobowiązania prawnomiędzynarodowe Polski, a z drugiej prawo polskie (Konstytucja RP – zakres podmiotowy i przedmiotowy, kodeks pracy – zakres podmiotowy).

W oparciu o powyższe ogólna definicja dyskryminacja może mieć następujące brzmienie:

„Dyskryminacja, za przyczyny której najczęściej uznaje się społeczne lub kulturowe wzorce oparte na przesądach, zwyczajach, stereotypach, uprzedzeniach i innych praktykach opartych na przekonaniu o niższości lub wyższości jednej z grup nad drugą, oznacza:

- odmienne traktowanie osób znajdujących się w takiej samej sytuacji prawnej lub faktycznej albo takie samo traktowanie osób znajdujących się w różnej sytuacji prawnej lub faktycznej,
- którego celem lub skutkiem jest ograniczenie lub pozbawienie dostępu do zasobów (w tym odmowy racjonalnych usprawnień dla osób niepełnosprawnych), korzystania z praw lub braku zapewnienia odpowiedniej ochrony,
- bez racjonalnego i obiektywnego uzasadnienia lub z naruszeniem zasady proporcjonalności,

⁵⁶ Zob. m.in. wyrok z 5 VI 2008 r. w sprawie *Sampanis i inni przeciwko Grecji*.

- w szczególności ze względu na: płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, narodowość, pochodzenie etniczne, religię, wyznanie, światopogląd, orientację seksualną lub tożsamość płciową,
- niezależnie od rzeczywistego lub domniemanego posiadania danej cechy albo poprzez asocjację z osobą ją posiadającą.

Dyskryminacja może przybrać formę dyskryminacji bezpośredniej, pośredniej, molestowania (w tym seksualnego), zmuszania do zachowań dyskryminacyjnych oraz represji w stosunku do osoby, która skorzystała z przepisów prawnych chroniących przed dyskryminacją. Nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania podejmowanie działań pozytywnych (akcji afirmatywnych), mających na celu zapewnienie w praktyce pełnej równości”.

SUMMARY

DISCRIMINATION-DEFINING IN POLISH LEGAL SYSTEM IN THE LIGHT OF EU AND INTERNATIONAL LAW

Defining ‘discrimination’ is crucial to proper implementation of the rule of equal treatment in practice. Both rules of non-discriminatory practices and equal treatment are strictly connected with the term of equality. Both are fundamental principles in constitutional law of most countries of the world and in international human rights protection systems. The main objective of each of this systems is to guarantee that all human beings are equally protected and have equal access to their rights. However in legislation it is hard to find clear and unequivocal general definition of discrimination. There are a lot of definitions, but most of them are fragmentary and do not recognize all aspects of the phenomena. This is the reason why authors decided to proposed one, common definition, which is derived from Polish law and Poland’s international obligations.