



RÓWNOŚĆ STAN GRY

Rekomendacje zmian
w polityce równościowej



PTPA

redakcja Krzysztof Śmiszek

Maciej Kułak

Warszawa 2016



RÓWNOŚĆ STAN GRY

Rekomendacje zmian
w polityce równościowej

redakcja Krzysztof Śmiszek

Maciej Kułak

Warszawa 2016

Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, 2016

Redakcja Krzysztof Śmiszek

Projekt graficzny Lena Maminajswili/ **masz**

Redakcja językowa i korekta Jolanta Lewińska

Przygotowanie do druku i druk Studio Reklamy i Wydawnictw **masz**

Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego

ul. Szpitalna 5 lok. 6a

00-031 Warszawa

www.ptpa.org.pl

Wszelkie prawa zastrzeżone. Wykorzystywanie zawartych w publikacji tekstów, zarówno w całości, jak i we fragmentach, stanowi naruszenie praw autorskich i jest karalne. Dotyczy to również tłumaczenia, powielania, wykonywania mikrofilmów i reprodukcji metodami elektronicznymi.

ISBN 978-83-929959-9-9

SPIS TREŚCI

Wstęp	5
Wprowadzenie. Równość w Polsce – stan gry	7
Instytucjonalna ochrona przed dyskryminacją	22
Koszty sądowe i udział równościowych organizacji pozarządowych w postępowaniach sądowych	29
Dyskryminacja w reklamie i środkach masowego przekazu ...	34
Różnice w zarobkach kobiet i mężczyzn	37
Dostęp do zapłodnienia in vitro a zakaz dyskryminacji	43
Profilowanie rasowe/narodowościowe	48
Dyskryminacja ze względu na wyznanie	52
Potrzeba instytucjonalizacji związków osób tej samej płci	56
Zmiana oznaczenia płci metrykalnej	62
Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych – wykonywanie, wdrażanie, przystąpienie do Protokołu fakultatywnego	68
Przestępstwa z nienawiści	73
Zmiana ustawy równościowej	78
Krajowy program działań na rzecz równego traktowania	81
O autorkach i autorach	85

Oddajemy w Państwa ręce publikację – efekt projektu „Obserwatorium Legislacji Antydyskryminacyjnej”, na który składało się szereg działań: od reagowania na aktualne poczynania władz publicznych, przez opracowywanie i promowanie eksperckich opinii prawnych w obszarze równego traktowania, po formułowanie rekomendacji odnośnie do konkretnych zmian w prawie. Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego (PTPA), realizując swoją statutową misję, jaką są działania rzecznicze w obszarze legislacji równościowej, zdecydowało się na realizację takiego projektu z uwagi na kilka czynników. Po pierwsze, uznaliśmy, że pomimo niewątpliwych osiągnięć ruchu prawocłowieczego (w tym równościowego) w ostatnich 25 latach, wciąż widoczne są deficyty, które w istotny sposób utrudniają realizację konstytucyjnej zasady równości. Deficyty te widoczne są zarówno w sferze prawodawczej, jak i w praktyce stosowania prawa przez polskie sądy. Wciąż zatem mamy do czynienia z niezauważaniem przez krajowego ustawodawcę potrzeb niektórych grup społecznych, narażonych na dyskryminację – m.in. kobiet, osób nieheteronormatywnych, osób z niepełnosprawnościami czy też mniejszości rasowych i etnicznych. W warunkach polskich widoczny jest wyraźny trend pozostawiania prawa daleko w tyle za zmianami społecznymi i emancypacyjnymi. Dowodzą tego zarówno dyskusje na poziomie parlamentarnym, jak i (niejednokrotnie) orzeczenia sądów powszechnych, ignorujących konieczność pogłębionej refleksji nad naruszaniem zasady równości. Po drugie, uznaliśmy, że potrzebny jest ekspercki głos, który wskazałby na obszary wymagające konkretnej ingerencji ustawodawcy. Sprawy poruszone w publikacji są autorskim wyborem PTPA i z pewnością nie wyczerpują całości zagadnienia równego traktowania. Selekcja rekomendacji jest oparta na doświadczeniach prawników i prawniczek, którzy na co dzień mają do czynienia z problemami dyskryminacyjnymi klientów naszej organizacji. Potrzeba wydania tej publikacji motywowana jest także chęcią wskazania rządzącym – parlamentowi oraz rządowi – obszarów, które winny znaleźć szczególną ich uwagę. Polityka równościowa

jest determinowana zróżnicowanymi czynnikami, a do najważniejszych należą: standardy konstytucyjne, prawno-międzynarodowe, unijne oraz realne potrzeby społeczne. Polityka ta winna być oparta na jasnym i łatwym do zastosowania prawie, efektywnej infrastrukturze instytucjonalnej, sprawnych procedurach i działaniach podnoszących świadomość społeczną. Nie bez znaczenia jest także zabezpieczenie odpowiedniego finansowania oraz współpraca ze społeczeństwem obywatelskim.

Polityka równościowa nie jest jedynie modnym sloganem wybranych środowisk. Konieczność jej realizacji wynika z realnych potrzeb osób i grup społecznych, narażonych na nierówne traktowanie z powodów, które winny być neutralne, wręcz niezauważalne – płeć, wiek, orientacja seksualna, czy też religia. Odzwierciedleniem tych potrzeb są m.in. postępowania sądowe wszczynane przez osoby dotknięte nierównym traktowaniem.

Działania równościowe państwa nie powinny być mylone z innymi politykami – np. polityką prorodzinną czy zdrowotną. Z drugiej jednak strony perspektywa antydyskryminacyjna winna być obecna w każdej z polityk prowadzonych przez państwo, tak aby w pełni zaoszczędzić konstytucyjnej zasadzie równości.

Przedstawione w niniejszej publikacji rekomendacje mają przyczynić się właśnie do debaty na temat sposobów prowadzenia skutecznej polityki równościowej oraz obszarów, które winny zostać objęte specjalną troską ustawodawcy. Poszczególne teksty zamieszczone w publikacji są streszczeniami lub skrótami ekspertyz, które na potrzeby projektu przygotowali dla PTPA uznani prawnicy i prawniczki w dziedzinie praw człowieka. Rekomendacje natomiast są postulatami *de lege ferenda*, opracowanymi przez zespół PTPA i niektórych autorów ekspertyz¹.

Pełne teksty wszystkich ekspertyz dostępne są na stronie internetowej www.ptpa.org.pl w dziale „Publikacje”.

Krzysztof Śmiszek

Maciej Kułak

¹ Skroty i streszczenia poszczególnych ekspertyz zostały dokonane przez redaktorów niniejszej publikacji.

WPROWADZENIE

RÓWNOŚĆ W POLSCE – STAN GRY

Celem niniejszego tekstu jest ocena rzeczywistości prawnej w zakresie równego traktowania w Polsce – zarówno w świetle osiągnięć i niewątpliwego postępu w tej dziedzinie w ostatnich latach, jak i jej deficytów. Na ocenę tę składać się będzie także próba podsumowania działania prawa w praktyce, zwłaszcza w kontekście stosowania przepisów antidyskryminacyjnych przez polskie sądy.

Dokonując analizy dorobku legislacyjnego w dziedzinie przeciwdziałania dyskryminacji w Polsce, z pewnością należy powstrzymać się od jednoznacznych krytycznych ocen. Przyczyn takiego stanowiska jest kilka. W ostatnich latach ustawodawca polski podjął wysiłek legislacyjny w kilku ważnych z punktu widzenia polityki równościowej obszarach, a to przyczyniło się do podniesienia standardu ochrony w naszym kraju. Niewątpliwie, motorem wprowadzania legislacyjnych rozwiązań antidyskryminacyjnych do systemu krajowego był proces wstępowania Polski do Unii Europejskiej i wymóg wypełnienia konkretnych kryteriów prawnych, w tym w dziedzinie ochrony przed nieuzasadnionym nierównym traktowaniem. Akcesję do Unii Europejskiej uznać należy za moment zwrotny nie tylko w kontekście tworzenia prawa na poziomie krajowym, ale i w samej dyskusji nad pożądanymi standardami ochrony przed dyskryminacją. Prawny standard równego traktowania ocenić należy także w świetle uregulowań międzynarodowych, które Polska sukcesywnie włącza do swojego systemu źródeł prawa, tym samym podnosząc jakość i liczbę instrumentów prawnych, dostępnych jednostce w przypadku naruszenia jej praw i wolności poprzez nieuzasadnioną dyskryminację. Procesu tego z pewnością nie można jednak uznać za zakończony z uwagi na wciąż dużą liczbę umów międzynarodowych, oczekujących na ratyfikację. Jednoznacznie pozytywnie należy także ocenić inicjatywy legislacyjne, powstające z inspiracji organizacji pozarzą-

dowych, które dzięki społecznej energii mają szansę być rozpatrywane przez legislaturę (choć tu należy podkreślić, że nie zawsze zwieńczone jest to sukcesem w postaci uchwalonego aktu prawnego). Takie zabiegi z pewnością przyczyniają się do podniesienia poziomu debaty publicznej lub wręcz wprowadzenia po raz pierwszy konkretnego „równościowego” zagadnienia do tego dyskursu.

Standardy międzynarodowe przeciwdziałania dyskryminacji obecne w systemie prawa polskiego. Potrzeba uzupełnień

Polska jest stroną najważniejszych międzynarodowych umów z zakresu ochrony praw człowieka, które zakazują dyskryminacji. Stanowią one ważne źródło prawa, a co za tym idzie, kreują istotny system gwarancji nienaruszalności zakazu dyskryminacji.

Do najważniejszych międzynarodowych umów, których Polska jest stroną, zaliczyć należy te, które wchodzi w skład uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka. Są to m.in.:

- a) Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych,
- b) Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych,
- c) Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej,
- d) Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet,
- f) Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych.

Analizując zakres ochrony przed dyskryminacją, jaki przyznany jest wyżej wymienionymi międzynarodowymi konwencjami, nie można pominąć także działalności traktatowych organów, które regularnie wypracowują standardy interpretacyjne przepisów tych umów, jak również formułują zalecenia i decyzje odnośnie do konkretnych państw – stron. Niestety, skonstatować należy, że większość z zaleceń, jakie od lat organy traktatowe formułują pod adresem Polski, nie znajduje następnie zrozumienia, a w konsekwencji – nie jest realizowana przez władze. To przyczynia się do znacznego spowolnienia podniesienia standardu ochrony przed dyskryminacją w naszym kraju.

Jak słusznie podnosi K. Sękowska-Kozłowska, ONZ-owski system ochrony praw człowieka to w praktyce zbiór różnych standardów

i mechanizmów kontrolnych, tworzonych na przestrzeni lat w sposób dość nieskoordynowany. Oznacza to, że w odniesieniu do problematyki przeciwdziałania dyskryminacji w każdym z traktatów w odmienny sposób sformułowano regulacje antydyskryminacyjne, a każdy z organów traktatowych dokonuje ich autonomicznej wykładni². Nie zmienia to jednak zdecydowanie pozytywnej oceny kierunku, w którym podąża wykładnia znaczenia konkretnych norm prawa międzynarodowego, dokonywana przez organy traktatowe. Pozytywnie dla podwyższania standardu ochrony przed dyskryminacją ocenić należy wpływ tych regulacji (a za nimi wykładni ich znaczenia) na debatę legislacyjną w państwach – stronach tych konwencji, także w Polsce.

Próbując zatem ewaluować dokonania władz polskich w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji z różnych powodów (m.in.: płeć, niepełnosprawność, rasa i pochodzenie etniczne, orientacja seksualna) w kontekście dobrowolnego przyjmowania zobowiązań wynikających z międzynarodowego prawa ochrony praw człowieka, przyznać należy, że został w tym obszarze wykonany wysiłek o dużym znaczeniu dla praw jednostki. Przypomnieć bowiem należy, że przystępowanie do międzynarodowych zobowiązań jest wyrazem dobrej woli, a nie przymusu. To z kolei niejednokrotnie pociąga za sobą przygotowanie oprzyrządowania prawnego do efektywnego wdrażania przepisów międzynarodowych.

Wymienione wyżej wybrane konwencje międzynarodowe, w opinii Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego, stanowią podstawę systemu antydyskryminacyjnego na poziomie uniwersalnym. Co istotne, Polska jest ich stroną, a to świadczy o głębokim osadzeniu zasady równości w polskim porządku krajowym. Umożliwia to także jednostkom dochodzącym swoich praw sięganie po gwarancje antydyskryminacyjne, ujęte w tych konwencjach, z uwagi np. na możliwość bezpośredniego zastosowania konkretnych regulacji w postępowaniach sądowych. Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych oraz Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych są dokumentami opatrzonymi klauzulami antydyskryminacyjnymi, które wprowadzają zakaz różnicowania możliwości korzystania z praw zawartych w tych dokumentach. Pakty te zawierają gwarancje takich praw, jak: prawo do życia, zakaz tortur

² K. Sękowska-Kozłowska, *Międzynarodowe prawo antydyskryminacyjne – między tworzeniem standardów a skuteczną ochroną ofiar (w) Różni, ale równi. Prawo a równe traktowanie cudzoziemców w Polsce*, Warszawa 2013, t. 2, s. 24–25.

i nieludzkiego traktowania, prawo do bezpieczeństwa osobistego, prawo do sądu, swoboda poruszania się, ochrona życia prywatnego, czy wolność sumienia i wyznania, zgromadzania się i wyrażania swoich poglądów, udziału w życiu społecznym i politycznym (Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych) oraz cały szereg praw społecznych (Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych). Kryteriami, które podlegają ochronie prawnej, są: rasa, kolor skóry, płeć, język, religia, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, sytuacja majątkowa, urodzenie lub jakiegokolwiek inne okoliczności. Katalog cech prawnie chronionych jest zatem otwarty, a to daje organom traktatowym (Komitetowi Praw Człowieka i Komitetowi Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych) możliwość dynamicznej interpretacji m.in. zakresu podmiotowego tych umów. I tak np. Komitet Praw Człowieka³ w dialogu z rządem polskim o realizacji regulacji paktu praw obywatelskich i politycznych podniósł m.in. zagadnienie nierównej ochrony przed dyskryminacją, gwarantowanej przez Ustawę z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w sprawie równego traktowania, implementacji Krajowego planu działań na rzecz równego traktowania 2013–2016, środków podjętych w związku ze zgłoszeniami na temat rosnącej liczby przypadków słownych i fizycznych ataków na muzułmanów, Romów i osoby pochodzenia afrykańskiego, w tym – o krokach przedsięwziętych w celu promowania tolerancji i walki z uprzedzeniami. Komitet, realizując swój mandat, pytał także Polskę o środki podjęte w celu zwalczania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową, w tym o wszelkie kroki na rzecz zmian w kodeksie karnym, mających na celu zdefiniowanie w katalogu przestępstw zagrożonych karą przestępstw z nienawiści ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową. Komitet interesował się także zagadnieniem równouprawnienia płci, w tym zwalczania przemocy wobec kobiet, jak też wzmacniania udziału i reprezentacji kobiet w życiu politycznym i publicznym oraz zwiększenia reprezentacji kobiet na stanowiskach decyzyjnych. Zagadnienia te, oparte głównie na przepisach art. 2 i 26 paktu, mają charakter antydyskryminacyjnych klauzul.

Podobnie Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych niejednokrotnie formułował pod adresem Polski pytania i rekomen-

³ Za <www.ms.gov.pl>, lista pytań do przedłożenia na siódmym okresowym sprawozdaniu Polski z wykonywania Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych, przyjętych przez Komitet na jego 111. sesji.

dacie, które miały jednoznaczny antydyskryminacyjny wymiar. I tak, jedno z zaleceń Komitetu⁴ dotyczyło konieczności przeprowadzenia przez państwo kampanii świadomościowych na temat konieczności zwalczania homofobii w szkołach oraz konieczności wyrównania poziomu ochrony przed dyskryminacją w (projekcie) ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania.

Analizując tylko te wybrane działania komitetów, należy stwierdzić, że organy traktatowe dokonują doniosłej interpretacji znaczenia zakazu dyskryminacji, ujętego w ramy normatywne pół wieku temu. Istnieje zatem domniemanie, że Polska, będąc stroną tych paktów, podziela wizję znaczenia przepisów antydyskryminacyjnych i zakresu ich obowiązywania, dekodowanych przez te organy. Taki stan prawny generuje potencjał rozszerzania zakresu ochrony przed dyskryminacją w prawie krajowym.

Interesującymi z punktu widzenia standardu ochrony przed dyskryminacją są traktaty, których przedmiotem regulacji są konkretne cechy prawnie chronione. I tak, Konwencja o likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, będąc częścią polskiego porządku krajowego, wprowadza ważny obowiązek implementacji zasady równości płci nie tylko na poziomie formalnym, ale – co istotne i co nie jest regulacją częstą w umowach międzynarodowych – zobowiązuje państwa do osiągania równouprawnienia także na poziomie rzeczywistym poprzez przyjmowanie specjalnych środków do tego prowadzących (art. 4). Przystępując do konwencji, Polska zobowiązała się do efektywnego wdrażania zasady równości kobiet w takich dziedzinach życia, jak: polityka, ekonomia, życie publiczne, edukacja czy kultura. Konwencja zawiera również zapisy dotyczące sfery zatrudnienia i kreuje wymogi równościowe dotyczące: prawa do pracy, prawa do jednakowych możliwości zatrudnienia, prawa do swobodnego wyboru zawodu, świadczeń i warunków pracy, doskonalenia i kształcenia zawodowego. Zobowiązuje również państwa – sygnatariuszy do podjęcia wszelkich działań na rzecz urealnienia zasady równego wynagrodzenia, w tym również za pracę tej samej wartości, jak i do równego traktowania w ocenie jakości pracy. Co ważne, konwencja nakłada na Polskę obowiązek walki ze stereotypami płciowymi, które są przyczyną dyskryminacji. O tym, że dostępność środków ochrony gwarantowanych konwencją ma realne przełożenie na dochodzenie praw naruszonych nierównym traktowaniem,

⁴ *Concluding observations*, przyjęte przez Komitet 2, na jego 43. sesji, 2 grudnia 2009 r., Genewa.

świadczyć może pierwsza w historii Polski skarga złożona przez Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego w 2014 r. do Komitetu ds. Eliminacji Dyskryminacji Kobiet ONZ (organu traktatowego) na naruszenie przez nasz kraj regulacji konwencyjnych poprzez upowszechnianie szkodliwych stereotypów⁵. Także Komitet, niejednokrotnie interpretując znaczenie przepisów konwencji, zwracał Polsce uwagę na obszary, w których występuje deficyt ochrony przed dyskryminacją płciową. I tak, Komitet⁶ wzywał Polskę do m.in. rewizji tzw. ustawy o równym traktowaniu w celu zapewnienia, że ustawodawstwo antydyskryminacyjne będzie zawierało definicję dyskryminacji kobiet zgodnie z art. 1 konwencji, uwzględniając tym samym wszystkie obszary, których dotyczy konwencja, oraz że będzie wyraźnie zakazywało dyskryminacji ze względu na płeć, jak i dyskryminacji z powodu krzyżujących się przesłanek. Komitet wezwał także Polskę, aby zapewniła kobietom, które doświadczyły dyskryminacji ze względu na płeć, dostęp do skutecznych środków prawnych, w celu umożliwienia im dochodzenia prawnego zadośćuczynienia i odszkodowania. Zalecono również, aby Polska gromadziła i upowszechniała informacje o liczbie i rodzaju wniesionych skarg oraz odszkodowaniach, jakie zostały przyznane⁷. Taka działalność Komitetu udowadnia, że rozumienie zjawiska dyskryminacji płciowej winno znaleźć odzwierciedlenie w systemie krajowym, a ustawodawca polski jest zobowiązany do wyjścia naprzeciw tym oczekiwaniom.

Podobnie rzecz ma się z Międzynarodową konwencją ws. eliminacji dyskryminacji rasowej, która ustanawia standard równego traktowania bez względu na: rasę, kolor skóry, urodzenie, pochodzenie narodowe lub etniczne, w dostępie do korzystania z praw człowieka i podstawowych wolności w dziedzinie: politycznej, gospodarczej, społecznej i kulturalnej lub w jakiegokolwiek innej dziedzinie życia publicznego (art. 1). Komitet ds. Eliminacji Dyskryminacji Rasowej (organ traktatowy), bazując na regulacjach konwencji, zalecił Polsce

⁵ Skarga z 14 października 2014 r., złożona w ramach procedury gwarantowanej przez Protokół Fakultatywny do Konwencji, więcej <<http://www.ptpa.org.pl/aktualnosci/2014-10-17-podrecznik-promujacy-gwalt-skarga-do-cedaw&nid=479>>.

⁶ Uwagi końcowe w sprawie połączonego siódmego i ósmego sprawozdania okresowego Polski z 7 listopada 2014 r., przyjęte podczas swojego 1249. i 1250. posiedzenia.

⁷ Tłumaczenie za stroną <http://www.karat.org/pl/wp-content/uploads/2014/10/Uwagi-Koncowe-Komitetu-CEDAW_PL1.pdf>.

wzmocnienie urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich w kontekście jego uprawnień w zwalczaniu dyskryminacji rasowej, czy też kontynuowania szkoleń dla funkcjonariuszy policji i prokuratorów na temat zwalczania przestępstw z nienawiści. I w tym wypadku konwencja, będąc częścią systemu prawa krajowego, wprowadziła wysoki standard ochrony przed rasizmem, nakładając na Polskę odpowiednie zobowiązania do prowadzenia efektywnej polityki równościowej. Co istotne, daje także jednostkom solidne podstawy do korzystania z regulacji konwencyjnych i dochodzenia naruszonych dyskryminacją rasową praw.

Za bezdyskusyjne osiągnięcie w ostatnich latach w sferze wzmacniania ochrony przed nierównym traktowaniem w Polsce uznać należy podpisanie, a następnie ratyfikowanie Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych⁸. Celem konwencji jest ochrona oraz zapewnienie pełnego i równego korzystania z praw człowieka i podstawowych wolności przez osoby z niepełnosprawnościami na równi ze wszystkimi innymi obywatelami. Konwencja nie ustanawia nowych praw i wolności, ale potwierdza możliwość korzystania z nich bez względu na niepełnosprawność. Równe traktowanie i zakaz dyskryminacji to przekrojowa zasada konwencji, przez to obok Konwencji w sprawie eliminacji wszelkich form dyskryminacji kobiet i Konwencji w sprawie eliminacji wszelkich form dyskryminacji rasowej zaliczyć ją trzeba do grona dokumentów uniwersalnych, których osią jest równe traktowanie z uwagi na konkretną cechę uznaną za chronioną. Biorąc pod uwagę, że Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych jest relatywnie nowym dokumentem w systemie prawa polskiego, nie można zatem mówić jeszcze o doniosłym bezpośrednim jej wpływie na zmiany legislacyjne w Polsce (poza nielicznymi zmianami m.in. w ustawie o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz o zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, w kodeksie wyborczym czy też w ustawie o służbie cywilnej). Niemniej jednak sam fakt, iż jest ona częścią prawa krajowego, wygenerował dyskusje (także na poziomie konieczności zmian legislacyjnych) co do znaczenia nowego paradygmatu zasady równości w odniesieniu do osób z niepełnosprawnościami (m.in. odnośnie do zniesienia/zmiany instytucji ubez-

⁸ Rząd Polski podpisał konwencję 20 marca 2007 r., ratyfikacja konwencji przez Polskę miała miejsce 6 września 2012 r.

⁹ Więcej o tej kwestii patrz: A. Śledzińska-Simon, *Ratyfikacja Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych – komentarz*, < <http://www.hfhr.pl/ratyfikacja-konwencji-onz-o-prawach-osob-niepelnosprawnych-komentarz/>>.

własnowolnienia⁹, czy też konieczności usankcjonowania tzw. projektowania uniwersalnego).

System Rady Europy

Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności uznać można za prawdziwą kartę konstytucyjną podstawowych, cywilnych i politycznych praw i wolności dla krajów członkowskich Rady Europy. Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, dokument ten stanowi wartość wspólną europejskich demokracji¹⁰. Nie pozbawioną przesady będzie także konstatacja, iż jest również kamieniem węgielnym tożsamości europejskiej, na którą składają się wartości mające oparcie w prawach i wolnościach jednostek. Nieodłącznym elementem katalogu tych wartości jest zasada równości i rozwijany, głównie dzięki orzecznictwu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, standard ochrony przed dyskryminacją. Polska, włączając konwencję do swojego systemu prawa, przyjęła wizję równego traktowania i zakazu dyskryminacji, która została wypracowana (i nadal jest wypracowywana) zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie strasburskim. Zasada niedyskryminacji, zawarta w przepisach konwencji, ma w wielu aspektach zakres szerszy niż ten ustanowiony antydyskryminacyjnym unijnym *acquis*. W doktrynie przedmiotu podkreśla się często, iż ten szerszy zakres wywodzić można zarówno z poszczególnych przepisów konwencji, gwarantujących konkretne prawa i wolności, które mają charakter wspierający zasadę równości i niedyskryminacji¹¹, jak i z samego art. 14 aktu¹², zakazującego dyskryminacji. Wymiar równościowy przepisów materialnych konwencji został potwierdzony wprost także w orzeczeniach Trybunału, który z kolei podkreślał, że standard wyznaczony przez art. 14 jest integralną częścią każdego z artykułów dotyczących praw i wolności, niezależnie od ich natury. Tak więc całość środków stosowanych dla zabezpieczenia zawar-

¹⁰ Za M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej konwencji praw człowieka*, Warszawa 2010, s. 15 i nast.

¹¹ E. Ellis, *EU Anti-Discrimination...*, op. cit., s. 319.

¹² Art. 14: „Korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak: płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn”.

tych w nich gwarancji musi uwzględniać obowiązek ochrony przed dyskryminacją¹³.

W systemie Rady Europy funkcjonuje także kilka innych dokumentów traktatowym o charakterze antydyskryminacyjnym, których Polska jest stroną (m.in. Zrewidowana europejska karta społeczna, Konwencja ramowa o ochronie mniejszości narodowych). Jednym z ostatnich traktatów o takim charakterze, do którego ostatnio przystąpiła Polska, jest Konwencja o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej¹⁴. Przyjęta i otwarta do podpisu 11 maja 2011 r. w Stambule, konwencja jest jednym z tych dokumentów w systemie ochrony praw człowieka Rady Europy, który wpisuje się w zauważalną od dziesięcioleci ogólną tendencję poszerzenia zakresu ochrony prawoczościowej poprzez instrumenty skierowane do konkretnych grup społecznych, uznawanych za szczególnie narażone na naruszanie ich praw. Z punktu widzenia standardu równości, najbardziej interesującą kwestią w przepisach konwencji jest przyjęcie przez jej twórców perspektywy, że przemoc ma strukturalny charakter uwarunkowany płcią ofiary i wynika z historycznie nierównych relacji władzy między kobietami a mężczyznami, które to relacje doprowadziły do dominacji mężczyzn, oraz stanowi jeden z głównych mechanizmów społecznych, wykorzystywanych do zmuszania kobiet do podległości. W konsekwencji tego założenia, konwencja uznaje, że osiągnięcie równości *de iure* i *de facto* między kobietami i mężczyznami stanowi kluczowy element zapobiegania przemocy wobec kobiet¹⁵. Za istotne zagadnienie z punktu widzenia standardu ochrony gwarantowanego konwencją trzeba uznać zakres podmiotowy dokumentu. Zakres ten należy identyfikować na kilku płaszczyznach, gdyż – oprócz głównego „adresata” przepisów, jakim są *prima facie* kobiety – dokument wprowadza także rozbudowany katalog przesłanek, na podstawie których nie można uznać za uspra-

¹³ Por. wyrok z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie *Danilenkov i inni przeciwko Rosji*, skarga nr 67336/01; wyrok z dnia 27 października 1975 r. w sprawie *Krajowy Związek Policji Belgijskiej przeciwko Belgii*, skarga nr 4464/70.

¹⁴ Konwencja podpisana 18 grudnia 2012 r., ratyfikowana 13 kwietnia 2015 r.

¹⁵ E. Zielińska, *Opinia dot. zakresu zobowiązań nałożonych na państwa strony przez Konwencję Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej*, przygotowana na zlecenie Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania, dostęp: 11 grudnia 2014, <http://rownetraktowanie.gov.pl/sites/default/files/opinia_3.pdf>.

wiedliwioną dyferencjację w korzystaniu z praw przyznanych konwencją. Po raz pierwszy w dokumencie tej rangi za cechę prawnie chronioną uznano m.in. sytuację majątkową, urodzenie, orientację seksualną czy też tożsamość płciową. Istota zakresu podmiotowego winna być rozpatrywana także na metapoziomie, jaki implikuje wprowadzenie przesłanki płci społeczno-kulturowej (gender), rozumianej jako społecznie skonstruowane role, zachowania, działania i cechy, które dane społeczeństwo uznaje za właściwe dla kobiet i mężczyzn¹⁶. Przystąpienie Polski do tej konwencji wywołało w Polsce debatę publiczną, która niestety w głównej mierze zogniskowała się na znaczeniu pojęcia „gender”, a nie na meritum zagadnienia, jakim jest przemoc wobec kobiet, ujmowana w paradygmacie dyskryminacyjnym. Niemniej jednak, przy okazji niejako tego publicznego sporu, miały szanse zaistnieć argumenty w głównej mierze statystyczne, które w jasny sposób obrazowały grupy społeczne, narażone w największej mierze na to zjawisko. Co istotne, z uwagi na włączenie konwencji do systemu prawa krajowego zmienione zostały przepisy dotyczące trybu wszczynania śledztw o przestępstwa przeciwko wolności seksualnej. Decyzję o wszczęciu postępowania odezwano od wniosku ofiar i zastąpiono je postępowaniem wszczynanym z urzędu. Dotyczy to przestępstw zgwałcenia, nadużycia stosunku zależności lub wykorzystania krytycznego położenia oraz wykorzystania bezradności lub upośledzenia umyślowego innej osoby w celu doprowadzenia do obcowania płciowego.

Wymienione wyżej konwencje, stając się częścią systemu krajowego, przyczyniły się niewątpliwie do wzmocnienia standardu ochrony przed dyskryminacją z takich powodów, jak: płeć, niepełnosprawność, orientacja seksualna, tożsamość płciowa, religia, wyznanie, rasa i pochodzenie etniczne. Polska, przystępując do tych umów, zobowiązała się do ich wdrażania i przestrzegania. To dobry sygnał i dobry kierunek. Świadczy to także o postępie i osiągnięciach w dziedzinie wzmocnienia równego traktowania w sferze uregulowań normatywnych. Zmiany te zatem należy ocenić zdecydowanie pozytywnie.

Niemniej jednak do zrobienia pozostaje wciąż wiele. Jak wskazuje Rzecznik Praw Obywatelskich¹⁷, zaległości ratyfikacyjnych jest wciąż

¹⁶ Szerzej na temat koncepcji gender i jej implikacji dla interpretacji przepisów Konwencji, zob. E. Zielińska, *Opinia dot. zakresu zobowiązań...*, op. cit.

¹⁷ M. Wróblewski, red., *Polska mapa międzynarodowych konwencji praw człowieka*, Warszawa 2014, <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Polska_mapa_miedzynarodowych_konwencji_praw_czlowieka_v2.pdf>.

dużo. Niech za przykład służy Protokół fakultatywny do Międzynarodowego paktu praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych, który ustanawia procedurę skargową dla jednostek lub grup osób, których prawa gwarantowane paktem zostały naruszone przez dane państwo – stronę protokołu. Brak ratyfikacji protokołu oznacza, że obywatele polscy nie mają możliwości skorzystania z tej ścieżki dochodzenia swoich praw i ze standardu ochrony przed dyskryminacją w sferze praw społecznych. Podobnie ma się rzecz z Protokołem fakultatywnym do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych. Brak tego dokumentu w systemie prawa polskiego powoduje utrudnienie w dochodzeniu praw osób z niepełnosprawnościami. Za poważny uszczerbek w systemie ochrony przed dyskryminacją uznać należy brak ratyfikacji przez Polskę Protokołu 12 do Europejskiej konwencji praw człowieka. Protokół stanowi ważne uzupełnienie postanowień konwencji, zgodnie z którym korzystanie z każdego uprawnienia ustanowionego przez prawo (nie tylko przez konwencję) powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z jakichkolwiek przyczyn. Brak ratyfikacji uznać należy za jeden z najważniejszych deficytów w ochronie praw człowieka w systemie krajowym.

Przeciwdziałanie dyskryminacji w prawie krajowym. Osiągnięcia i deficyty

Próbując dokonać analizy stanu prawa krajowego w kontekście jego efektywności w odniesieniu do zwalczania dyskryminacji, należy przyznać, że w ostatnich dwóch dekadach standard ochrony został wzmocniony. Za czynniki zmian uznać należy z jednej strony proces akcesji Polski do Unii Europejskiej (i konieczność implementacji regulacji europejskich), z drugiej strony – emancypujące się grupy społeczne, które w sposób skuteczny wymogły na ustawodawcy odpowiednie zmiany.

Przystąpienie Polski do struktur unijnych przyniosło skutek głównie w odniesieniu do zmian w prawie pracy z uwagi na fakt, iż zdecydowana część regulującego zasady równości i niedyskryminacji unijnego prawodawstwa wypracowana została w obszarze pracy i zatrudnienia. Stąd też najbardziej widoczne zmiany w krajowym porządku prawnym w procesie implementacji standardów unijnych zaszły właśnie w polskich przepisach regulujących zatrudnienie. Wdrożone do systemu polskiego prawa regulacje unijne głównie

skonkretyzowały prawa pracowników i obowiązki pracodawców oraz innych podmiotów w obszarze ochrony przed dyskryminacją na gruncie określonych cech uznanych za prawnie chronione. W procesie dostosowywania przepisów krajowych do wymogów unijnego standardu ochrony przed nieuzasadnionym nierównym traktowaniem ustawodawca polski wielokrotnie podejmował próby, które zaowocowały fundamentalnymi zmianami – zarówno na poziomie przepisów prawa, jak i w sferze instytucjonalnej ochrony przed dyskryminacją. Pierwszą próbę dostosowania krajowych przepisów do standardów unijnych podjęto w roku 2001 poprzez nowelizację kodeksu pracy w kierunku uregulowania zasady równego traktowania płci. Nowelizacja zdefiniowała działania pracodawcy, noszące znamiona dyskryminacji ze względu na płeć, ustanawiając jednocześnie dopuszczalne przesłanki różnicowania uprawnień pracowniczych, nie noszących znamion zakazanej dyskryminacji. W tak znowelizowanym kodeksie pracy pojawiła się także podstawa prawna do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych za naruszenie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w wysokości nie niższej niż najniższe wynagrodzenie za pracę i nie wyższej niż sześciokrotność tego wynagrodzenia. Kolejne nowelizacje kodeksu pracy przyniosły niemal pełną implementację unijnych dyrektyw równościowych. Co istotne i warte podkreślenia, analizując nowo wprowadzone przepisy antydyskryminacyjne, nie sposób nie zauważyć, że standard ochrony został oparty na paradygmacie równości, określonym konstytucyjnie, co spowodowało, że ochrona przed nieuzasadnionym nierównym traktowaniem została przyjęta na poziomie częstokroć wyższym w stosunku do minimalnych wymogów wynikających z dyrektyw równościowych. W tym miejscu przypomnieć bowiem należy, że niewątpliwym osiągnięciem w podnoszeniu standardu ochrony przed dyskryminacją w Polsce jest brzmienie art. 32 i 33 Konstytucji RP i gwarancje ochronne, jakie on zawiera. Art. 32 Konstytucji wprowadza zasadę równości wobec prawa, jak i zakaz wszelkiej dyskryminacji z jakiegokolwiek przyczyny. Przepis ten stanowi solidną podstawę do dalszego rozwijania w systemie krajowym antydyskryminacyjnych regulacji ustawowych. Zatem, w obecnym stanie prawnym, kodeks pracy gwarantuje zakaz dyskryminacji, który ma szeroki zakres podmiotowy (otwarty katalog przesłanek chronionych), jak i wprowadza szereg definicji zakazanych działań (dyskryminacja bezpośrednia, pośrednia, molestowanie, molestowanie seksualne, zakaz działań odwetowych, zachęcanie do działań dyskryminacyjnych). Zapewnia także efek-

tywne możliwości dochodzenia praw naruszonych nieobiektywnym, nierównym traktowaniem poprzez odwrócenie mechanizmów dowodzenia i w efekcie dochodzenia roszczeń odszkodowawczych na drodze sądowej. Ważną zmianą legislacyjną w obszarze szeroko rozumianego prawa pracy było także wprowadzenie standardów antydyskryminacyjnych do Ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, w której zakazano m.in. formułowania dyskryminacyjnych ogłoszeń o pracę.

Za krok w dobrym kierunku uznać należy przyjęcie Ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Określa ona obszary i sposoby przeciwdziałania naruszeniom zasady równego traktowania ze względu na: płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek i orientację seksualną, oraz organy właściwe w tym zakresie. Zakresem podmiotowym ustawy objęte zostały nie tylko osoby fizyczne, lecz także osoby prawne i jednostki organizacyjne nie będące osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną. Zakres przedmiotowy ustawy obejmuje te obszary życia, które pozostają w zasięgu regulacji dyrektyw unijnych, i nie wychodzi właściwie poza te dziedziny.

Innymi regulacjami, których nie można pominąć, oceniając postęp w ponoszeniu standardu ochrony przed dyskryminacją w systemie krajowym, są zapisy kodeksu postępowania cywilnego wprowadzone nowelizacją z 2004 r. w odniesieniu do uprawnień organizacji społecznych do wszczynania postępowań sądowych lub procedur administracyjnych na rzecz osób poszkodowanych nieuzasadnionym nierównym traktowaniem. Przyniosło to efekt w postaci większego zaangażowania organizacji społecznych w działania litygacyjne i niejednokrotnie umożliwiło dostęp do wymiaru sprawiedliwości osobom doświadczającym dyskryminacji. W analizie tej nie można pominąć także zmian w Ustawie z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Wprowadziły one obowiązek tzw. racjonalnych usprawnień w miejscu pracy dla osób z niepełnosprawnością. Dotychczasowy brak wyraźnych regulacji w tym zakresie powodował, iż pełna integracja zawodowa osób niepełnosprawnych była utrudniona z uwagi na deficyt prawnego instrumentarium dochodzenia praw naruszonych dyskryminacją. Za istotną zmianę uznać należy także wprowadzenie 35% kwot płci na listach wyborczych w wyborach do rad gmin, rad

powiatów i sejmików województw, Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej oraz Parlamentu Europejskiego. Uznać to należy za jeden z milowych kroków w osiąganiu równości rzeczywistej poprzez zastosowanie tzw. działań wyrównawczych. Za zdecydowanie pozytywny aspekt uznać należy zmiany prawa w odniesieniu do osób z niepełnosprawnością – wprowadzenie (w 2011 r.) działań wyrównawczych w ustawie od służbie cywilnej, które umożliwiają pierwszeństwo zatrudnienia osobie z niepełnosprawnością w jednostce administracji publicznej, która nie spełnia 6-procentowego wskaźnika zatrudnienia osób z niepełnosprawnością. Warunkiem jest znalezienie się takiej osoby wśród pięciu najlepszych kandydatów na dane stanowisko. Te preferencyjne warunki zatrudniania osób z niepełnosprawnością dotyczą wszystkich instytucji działających na mocy ustawy o służbie cywilnej i ustawy o pracownikach samorządowych¹⁸. Innym ważnym antydyskryminacyjnym rozwiązaniem było wprowadzenie do tej samej ustawy (w 2008 r.) prawa wstępu do obiektów użyteczności publicznej osobie z niepełnosprawnością wraz z psem asystującym.

Za interesujące przykłady zmian w regulacjach prawnych, których celem było podwyższenie standardu ochrony przed dyskryminacją, uznać także należy zmiany w Ustawie z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji, która zakazuje nadawania przekazów handlowych zawierających treści dyskryminujące ze względu na: rasę, płeć, narodowość, pochodzenie etniczne, wyznanie lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek czy orientację seksualną (zmiana wprowadzona w 2011 r.).

Odrębnego wspomnienia wymaga przyjęcie Ustawy z dnia 11 września 2015 r. o osobach starszych – pierwszego w historii ustawodawstwa polskiego odrębnego aktu normatywnego poświęconego wyłącznie tej grupie społecznej. Ustawa wprawdzie nie wprowadza nowego standardu ochrony przed dyskryminacją z powodu wieku, ale nakłada na rząd obowiązek monitorowania sytuacji seniorów, w tym równego traktowania i przeciwdziałania dyskryminacji ze względu na wiek. W świetle przepisów ustawy Rada Ministrów co roku, do 31 października, przedstawia Sejmowi i Senatowi informację o sytuacji osób starszych.

Ramy niniejszej publikacji nie pozwalają na głębszą analizę zmian legislacyjnych, które w ostatnich latach miały miejsce w Polsce. Niemniej jednak PTPA stoi na stanowisku, że wpisują się one w pozytywną zmianę w kierunku uczynienia konstytucyjnej zasady rów-

ności standardem bardziej odczuwalnym dla osób narażonych na dyskryminację. Powyższe rozwiązania krajowe jednak dalekie są od ideału.

Wspomnieć należy w tym miejscu choćby o Ustawie z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, która w sposób nierównomierny zapewnia ochronę przed dyskryminacją poprzez liczne wyłączenia natury podmiotowej i przedmiotowej. Zastrzeżenia można także formułować odnośnie do wyposażenia organów odpowiedzialnych za równe traktowanie, a przez to ich skuteczności w realizacji swoich kompetencji. Podobnie rozwiązania zaprojektowane w celu zwalczania dyskryminacji osób z niepełnosprawnością – nie wszyscy pracujący mogą skorzystać z dobrodziejstwa tzw. racjonalnych usprawnień miejsca pracy. Także ostatnie zmiany w procedurze cywilnej powodują, że organizacje pozarządowe wyrażają obawy co do możliwości angażowania się w postępowania sądowe, z uwagi na zbyt duże ryzyko ponoszenia wysokich niejednokrotnie kosztów. Niewątpliwie za dotkliwy deficyt ochrony przed dyskryminacją uznać należy brak pełnej ochrony prawnokarnej przed mową i przestępstwami z nienawiści z powodu: płci, wieku, niepełnosprawności, orientacji seksualnej i tożsamości płciowej. Prowadzone od lat działania rzecznicze, a także składane od lat inicjatywy legislacyjne nie przynoszą niestety pozytywnego rezultatu. Na rozwiązanie ustawowe czeka także kwestia zapobiegania nierówności płacowych motywowanych płcią oraz uregulowanie statusu osób transpłciowych.

INSTYTUCJONALNA OCHRONA PRZED DYSKRYMINACJĄ

Przez instytucjonalne ramy ochrony przed dyskryminacją rozumieć należy podmioty szeroko rozumianej administracji publicznej, których ustawowe zadania polegają na ochronie praw i wolności jednostki w różnych dziedzinach życia. Szczególna rola tych instytucji może polegać na przykład na tym, iż mogą one stać na straży konstytucyjnej zasady równego traktowania w ogóle, realizować politykę równościową rządu, wspierać indywidualne osoby w dochodzeniu przez nie ich praw naruszonych dyskryminacją, wypracowywać standardy równego traktowania, prowadzić badania nad zjawiskiem dyskryminacji celem upublicznienia dyskusji nad tym zagadnieniem.

Zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, podstawowymi organami publicznymi właściwymi do przeciwdziałania naruszeniom zasady równego traktowania ze względu na: płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną, są Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO) oraz Pełnomocnik Rządu do Spraw Równego Traktowania. Ramy niniejszej publikacji nie pozwalają na pełną analizę kompetencji obu wymienionych organów, niemniej jednak należy podkreślić, że zadania przypisane im przez ustawodawcę mają różną naturę.

Ujmując rzecz najogólniej, Pełnomocnik Rządu ds. Równego Traktowania jest podmiotem realizującym zadania w imieniu rządu. Jest zatem częścią sfery władzy wykonawczej i władzy tej służy w zakresie przypisanych mu kompetencji. Realizacja polityki rządu w zakresie zasady równego traktowania przez Pełnomocnika polega na inicjowaniu debaty legislacyjnej wokół konkretnych zagadnień przeciwdziałania dyskryminacji, prowadzeniu badań i analiz odnośnie do dyskryminacyjnego oddziaływania proponowanych lub funkcjonujących rozwiązań, współpracy z organizacjami społeczeństwa obywatelskiego, jak również promowaniu, upowszechnianiu i propagowaniu problematyki równego trakto-

wania. Co istotne, Pełnomocnik nie jest organem, który dysponowałby instrumentami uprawniającymi go do podejmowania określonych działań władczych w sytuacji, w której dostrzegłby naruszenie zasady równego traktowania w jednostkowej sprawie. Kwestia ta niestety nie jest szeroko znana w społeczeństwie, co powoduje, że Pełnomocnik jest niejednokrotnie adresatem wystąpień podmiotów indywidualnych, zwracających się do niego w prośbami o pomoc. W ostatnich latach do biura Pełnomocnika wpływało rocznie około 500 skarg, wniosków, wystąpień i prośb o interwencję. Jak wspomniano, organ ten nie posiada odpowiedniego instrumentarium kompetencyjnego, aby skutecznie interweniować w konkretnych sprawach, zapewnić pomoc prawną, czy też rozstrzygnąć zaistniały spór. Może jedynie wskazać ewentualne drogi dochodzenia sprawy, czy też przekazać sprawę według właściwości. Co istotne jednak, zagadnienia będące przedmiotem wystąpień w sprawach indywidualnych mogą stanowić bazę dla działań Pełnomocnika w kontekście formułowania przez niego ogólnych kierunków realizacji polityki równościowej państwa.

Niewątpliwie zaletą takiego ukształtowania funkcji Pełnomocnika oraz skupienie w jednym miejscu kompetencji do realizacji polityki rządu w zakresie równego traktowania jest możliwość koordynowania działań w tym obszarze. Należy podkreślić, iż Pełnomocnik jest także podmiotem, który ma szansę na bieżąco uczestniczyć w pracach nad dokumentami rządowymi w procedurze konsultacji międzyresortowych. To oznacza, że może interweniować ze swoimi uwagami w odniesieniu do wszystkich dokumentów, w których może pojawić się problem dyskryminacji lub zagrożenie wykluczenia jakiejś grupy z uwagi na cechę prawnie chronioną. Dobrą praktyką ostatnich lat było włączenie Pełnomocnika do stałego udziału w posiedzeniach Rady Ministrów. Taka obecność powodowała, że także na finalnym etapie prac rządu, jakimi są posiedzenia Rady Ministrów, zagwarantowana była możliwość wprowadzenia problematyki antydyskryminacyjnej. Nie można pominąć też faktu, że ustawowe usytuowanie Pełnomocnika w randze sekretarza stanu w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów spowodowało, że wzrastał prestiż tematyki, którą Pełnomocnik się zajmuje.

Zgodnie z wytycznymi krajowego programu działań na rzecz równego traktowania, wojewodowie mieli obowiązek powołania pełnomocników wojewodów ds. równego traktowania. W ocenie

PTPA, a także innych organizacji pozarządowych¹⁹, takie rozwiązanie instytucjonalne sprawdza się w praktyce bardzo dobrze. Lokalne organizacje mają bowiem ułatwiony dostęp do przedstawicieli administracji rządowej w terenie, co powoduje bardziej efektywną i mniej biurokratyzowaną formę współpracy. Aktywność pełnomocników wojewodów przyczynia się także do aktywizacji lokalnych organizacji i społeczeństwa obywatelskiego. Ograniczeniami w działaniach pełnomocników są przede wszystkim rozwiązania polegające na obciążaniu pracą w dziedzinie równego traktowania urzędników, którzy w strukturach urzędów wojewódzkich pełnią inne zadania. Zatem mandat równościowy jest im przypisany dodatkowo. Co więcej, nie dysponują oni prawie żadnymi środkami, które umożliwiłyby im zbudowanie swojej rozpoznawalności w lokalnych społecznościach.

Zupełnie inny charakter mają zadania ustawowo (i konstytucyjnie) przypisane Rzecznikowi Praw Obywatelskich. Ustanowienie Rzecznika krajowym organem ds. równego traktowania było wynikiem implementacji szeregu unijnych dyrektyw równościowych, które nakładają na państwa członkowskie obowiązek ustanowienia niezależnych mechanizmów instytucjonalnych w obszarze równego traktowania. Rzecznik sprawuje swoje zadania niezależnie od polityki rządowej. Oznacza to, że nie podlega wytycznym rządu i nie realizuje zadań narzuconych przez rząd. Rzecznik jest tym podmiotem, który może skutecznie interweniować w sprawach indywidualnych, z uwagi na ustawowe wyposażenie go w odpowiednie instrumenty o charakterze procesowym i kontrolnym.

Jak wygląda praktyka „aparatu rzecznikowskiego” w kontekście korzystania z ustawowych instrumentów antidyskryminacyjnych? Zdecydowanie pozytywnie należy ocenić jego działalność w sferze badawczej i analitycznej. Powstające raporty, oparte na profesjonalnych metodologiach badawczych, są cennym źródłem informacji o sytuacji w społeczeństwie i barierach w korzystaniu z ochrony przed dyskryminacją. Raporty Rzecznika stają się także niejednokrotnie przyczynkiem do debaty publicznej o konkretnych zagadnieniach (np. fenomen mowy nienawiści, dostęp do opieki zdrowotnej dla osób z doświadczeniem choroby psychicznej, dyskryminacja religijna w szkole czy też równe traktowanie pacjentów

¹⁹ M.in. Koalicja KARAT, w ramach projektu „Przeciwdziałanie dyskryminacji w województwie”, więcej o projekcie na stronie: <<http://www.karat.org/pl/programmes/womens-human-rights/preventing-discrimination-in-the-regions-of-poland/>>.

nieheteroseksualnych w opiece zdrowotnej²⁰). Za innowacyjny i bardzo włączający uznać należy sposób doboru tematów, które są przedmiotem pogłębionych analiz badawczych. Wyłanianie konkretnych zagadnień odbywa się bowiem w ramach szerokich konsultacji społecznych ze środowiskami reprezentującymi osoby narażone na dyskryminację. Za ważne rozwiązanie i dobrą praktykę uznać także należy powołanie przez Rzecznika Praw Obywatelskich VII kadencji zastępczyni RPO ds. równego traktowania, odpowiedzialnej za koordynowanie zadań Rzecznika w dziedzinie antydyskryminacji.

Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego stoi na stanowisku, że – oprócz wyżej wymienionych organów – w polskiej administracji publicznej funkcjonują także inne podmioty, które mogą być ważnymi elementami ochrony instytucjonalnej przed dyskryminacją w Polsce. Są to organy, które z uwagi na uwarunkowania konstytucyjne (zasada równego traktowania, zakaz dyskryminacji, równouprawnienie kobiet i mężczyzn) posiadają potencjał zwalczania dyskryminacji w Polsce, a mianowicie: Rzecznik Praw Dziecka, Rzecznik Finansowy, Rzecznik Praw Pacjenta, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Rekomendacje

- **Wzmocnienie efektywności Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania poprzez wydzielenie odrębnego budżetu w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów** – w ten sposób Pełnomocnik uzyska możliwość szybkiego i elastycznego podejmowania decyzji co do kierunków swojej działalności. Rekomendacja ta jest sformułowana na podstawie pozytywnych doświadczeń z lat 2001–2005, kiedy to Pełnomocnik Rządu ds. Równego Statusu Kobiet i Mężczyzn dysponował odrębnym budżetem i odpowiadał za jego wydatkowanie. To umożliwiło mu bliską współpracę m.in. z organizacjami pozarządowymi oraz ekspertami w formie zlecania konkretnych działań. Także doświadczenia podmiotów współpracujących z ówczesnym Pełnomocnikiem wskazują, że działania te były najbardziej efektywne. Odrębność budżetu Pełnomocnika powoduje, że posiada on większą zdolność przystępowania do projektów finansowanych ze środków Unii Europejskiej.

²⁰ Więcej na temat raportów RPO na stronie: <<https://www.rpo.gov.pl/pl/content/zasada-rownego-tractowania-prawo-i-praktyka-raporty-rpo>>.

- **Wzmocnienie kadry Pełnomocnika**, w szczególności specjalistów-prawników, którzy w efektywniejszy sposób mogliby obsługiwać Pełnomocnika w wykonywaniu przez niego zadań ustawowych, w szczególności tych o charakterze analitycznym i legislacyjnym.
- **Kontynuowanie praktyki stałego uczestnictwa Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania w posiedzeniach Rady Ministrów.**
- **Wykonanie zaleceń Komitetu ONZ ws. Likwidacji Eliminacji Kobiet²¹, rekomendującego wzmocnienie mandatu i władzy Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania** i zapewnienie mu warunków umożliwiających realizację polityk na rzecz równości płci oraz zagwarantowanie strategii włączania kwestii równości płci do wszystkich polityk i działań (*gender mainstreaming*) we wszystkich ministerstwach i rządowych agencjach, jak również na szczeblu samorządowym.
- **Wzmocnienie podstaw prawnych funkcjonowania pełnomocników wojewodów ds. równego traktowania** – obecnie pełnomocnicy tacy zostali powołani na mocy Krajowego programu na rzecz równego traktowania na lata 2013–2016.
- **Rozważenie nowelizacji Ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej oraz wprowadzenie nowego działu i wyszczególnienie problematyki praw człowieka, równego traktowania i przeciwdziałania dyskryminacji** – to spowodowałoby, iż każdorazowo (przy formułowaniu nowego rządu) pojawiałaby się potrzeba przypisania tej problematyki któremuś z ministrów konstytucyjnych lub wręcz powołania w strukturze rządowej nowego ministra, odpowiedzialnego tylko za te kwestie. Taki krok prawdopodobnie pociągnąłby za sobą konieczność likwidacji stanowiska Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania. Problematyka równego traktowania mogłaby zyskać w taki sposób na znaczeniu z uwagi na szersze kompetencje ministrów konstytucyj-

²¹ Uwagi końcowe Komitetu w sprawie połączonego siódmego i ósmego sprawozdania okresowego Polski, dostęp: 7 listopada 2014, < http://www.karat.org/pl/wp-content/uploads/2014/10/Uwagi-Koncowe-Komitetu-CEDAW_PL1.pdf>.

nych, choćby w zakresie prac legislacyjnych i ich inicjowania. Wykonywanie zadań z zakresu przeciwdziałania dyskryminacji przez ministrów nie jest w Europie niczym wyjątkowym. Za przykład może służyć m.in. Szwecja (minister kultury jest odpowiedzialny m.in. za kwestie antydyskryminacyjne), Dania (minister ds. dzieci, edukacji i równości płci), Czechy (minister ds. praw człowieka, równych szans i legislacji)²².

- **Wzmocnienie niezależności Rzecznika Praw Obywatelskich poprzez wyposażenie go w adekwatne środki finansowe, które umożliwią mu pełne korzystanie z przyznanych ustawowo kompetencji** – wzmocnienie Rzecznika byłoby wykonaniem zaleceń Komitetu ONZ ws. Likwidacji Eliminacji Kobiet²³. Takie działania byłyby także wdrożeniem międzynarodowych standardów co do wymogów zapewnienia Rzecznikowi niezależności²⁴.
- **Bardziej aktywne uczestnictwo Rzecznika Praw Obywatelskich w postępowaniach sądowych i sądowno-administracyjnych dotyczących problematyki równego traktowania** – miałyby to efekt nie tylko w postaci wzmocnienia pozycji procesowej osoby poszukującej ochrony przed dyskryminacją, ale i wpływ na podniesienie świadomości wymiaru sprawiedliwości w obszarze równego traktowania.
- **Powołanie ciała doradczego (wzorem innych funkcjonujących już przy Rzeczniku Praw Obywatelskich), złożonego z ekspertów/ekspertek ds. równego traktowania** –

²² Przedstawione rozwiązania są aktualne na dzień 2 lutego 2016 r.

²³ Uwagi końcowe Komitetu w sprawie połączonego siódmego i ósmego sprawozdania okresowego Polski, dostęp: 7 listopada 2014, <http://www.karat.org/pl/wp-content/uploads/2014/10/Uwagi-Koncowe-Komitetu-CEDAW_PL1.pdf>.

²⁴ M.in. tzw. zasady paryskie, przyjęte rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 48/134 z 29 grudnia 1993 r. Więcej o międzynarodowych wymogach zapewnienia niezależności, w tym finansowej Rzecznikowi Praw Obywatelskich patrz: *Minimalne standardy międzynarodowe dot. niezależności finansowej krajowych instytucji ochrony praw człowieka*, <<http://www.rpo.gov.pl/pl/content/minimalne-standardy-miedzynarodowe-dot-niezaleznosci-finansowej-krajowych-instytucji-ochrony-praw>>.

miałoby to efekt w postaci bardziej sprawnego przepływu informacji pomiędzy Rzecznikiem i obsługującym go aparatem a społeczeństwem obywatelskim. Co istotne, stanowiłoby to platformę wymiany myśli i wzajemnych inspiracji odnośnie do kierunków podejmowanych przez Rzecznika działań w zakresie mandatu krajowego organu ds. równego traktowania.

- **Doprowadzenie do efektywnej koordynacji współpracy pomiędzy wszystkimi relewantnymi organami władzy publicznej**, które w zakresie swoich ustawowych zadań posiadają kompetencje ochrony praw i wolności, jakie mogą być naruszone poprzez nieobiektywne nierówne traktowanie.

KOSZTY SĄDOWE I UDZIAŁ RÓWNOŚCIOWYCH ORGANIZACJI POZARZĄDOWYCH W POSTĘPOWANIACH SĄDOWYCH²⁵

Jedną z norm uregulowanych w Konstytucji RP jest zasada udziału czynnika społecznego w wymiarze sprawiedliwości, określona w art. 182 Konstytucji. Przejawami tego udziału są m.in. również, występujące w procesie karnym, instytucje poręczeń osobowych (poręczenie osoby godnej zaufania lub poręczenie społeczne) czy też społeczny obowiązek denuncjacji oraz – najbardziej interesujący z naszego punktu widzenia – udział organizacji społecznej (pozarządowej). Udział organizacji społecznej jest szczególnie pożądanym w sprawach, w których ze względu na trudną sytuację strony postępowania udział taki może się przyczynić do lepszej ochrony jej praw (a zatem udział ten jest szczególnie pożądanym np. w sprawach z zakresu prawa antydyskryminacyjnego), jak i tam, gdzie interes społeczny wymaga takiego udziału ze względu na powiązanie przedmiotu postępowania z najdonioślejszymi zagadnieniami związanymi z ochroną praw i wolności jednostek. Praktycznym problemem związanym z udziałem organizacji społecznych w postępowaniach sądowych jest zagadnienie ponoszenia przez te organizacje kosztów postępowania, w tym kosztów sądowych i kosztów zastępstwa procesowego.

Polski standard konstytucyjny obejmuje zasadę udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości, a zatem prawo i praktyka jego stosowania powinny kształtować się w taki sposób, aby możliwa była skuteczna i rzeczywista realizacja tego standardu. Standard konstytucyjny nie wyklucza zatem obciążenia organizacji społecznych kosztami udziału w postępowaniu sądowym, ale zakres tego obciążenia nie powinien być tak duży, żeby w praktyce uniemożliwić realizację standardu konstytucyjnego. Zauważmy też, że organizacje

²⁵ Skróć ekspertyzy autorstwa M. Górskiego pt. *Udział organizacji pozarządowych w postępowaniach sądowych związanych z ochroną równości i zwalczaniem dyskryminacji w kontekście ponoszenia przez nie kosztów postępowania*. Pełny tekst dostępny jest na stronie <www.ptpa.org.pl> w zakładkach „Publikacje” i „Opinie”.

społeczne nie realizują w postępowaniach sądowych interesów własnych ani nawet nie reprezentują interesów osób, którym udzielają instytucjonalnego wsparcia w ramach procesu. W takim zaś razie, ujmując rzecz systemowo, brakuje uzasadnienia dla obciążenia organizacji społecznej kosztami postępowania. Jeśli organizacja społeczna, ponosząc częstokroć pewne koszty własne, decyduje się na udział w konkretnym postępowaniu sądowym, a czyni to w celu udzielenia sądowi merytorycznego wsparcia w osiągnięciu jak najwyższej jakości wydawanego rozstrzygnięcia, to trudno zaakceptować sytuację, w której miałyby za to zostać „ukarana” obciążeniem kosztami postępowania.

Prawo antydyskryminacyjne Unii Europejskiej opiera się m.in. na założeniu partycypacji organizacji społecznych w postępowaniach sądowych dotyczących ochrony równości i zwalczania dyskryminacji. Zalecenie Komisji co do transparentności w sprawach równości płci zachęca państwa członkowskie do ograniczenia przeszkód proceduralnych we wnoszeniu spraw dotyczących równości wynagrodzeń do sądu, przez co należy również rozumieć przeszkody związane z kosztami wytaczania i popierania wytoczonych powództw, związane m.in. z udziałem organizacji społecznych zajmujących się problematyką zwalczania dyskryminacji. Również w instrumentach nieformalnych UE zwraca się uwagę na znaczenie promowania przez państwa członkowskie udziału organizacji społecznych w postępowaniach sądowych dotyczących zagadnień antydyskryminacyjnych.

Przypomnijmy, że obowiązkiem państw członkowskich, a dokładniej wszystkich ich organów, w tym sądów, jest zapewnienie pełnej efektywności prawu Unii – obowiązek ten wynika z zasady szczerzej współpracy, statutowanej przez art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej. Jeśli zatem z aktów prawa UE (co potwierdzają dodatkowo instrumenty niewiążące i nieformalne UE) wynika obowiązek zapewnienia udziału organizacji społecznych, do których statutowych zadań należy zwalczanie dyskryminacji i ochrona równości w postępowaniach sądowych w zakresie zgodnym z tymi statutowymi zadaniami, to rolą sądów polskich jest realizacja tego obowiązku w sposób efektywny. Oznacza to m.in. powinność takiej interpretacji przepisów proceduralnych, których ustanowienie jest sferą autonomii państwa członkowskiego, aby w rzeczywistości organizacje społeczne miały możliwość uczestniczenia w tego rodzaju postępowaniach. Tę uwagę należy odnieść bezpośrednio do kwestii kosztów postępowania sądowego.

Do organizacji pozarządowych wytaczających powództwa na rzecz osób fizycznych stosuje się odpowiednio przepisy o prokuratorze wytaczającym powództwo na rzecz oznaczonej osoby. W przypadku zaś przystąpienia organizacji pozarządowych do strony w toczącym się już postępowaniu stosuje się odpowiednio przepisy o interwencji ubocznej, do której nie mają odpowiedniego zastosowania przepisy o współuczestnictwie jednolitym. Konsekwencją przyjęcia, że organizacja pozarządowa jest stroną procesu w ścisłym znaczeniu formalnym, jest uznanie, że powinna ona jako strona ponosić koszty postępowania cywilnego. Powstaje zatem pytanie, czy i jakie odrębności dotyczące kosztów występują przy udziale organizacji w sprawach o ochronę równości oraz niedyskryminacji obywateli.

Odpowiednie stosowanie przepisów o prokuratorze w odniesieniu do organizacji pozarządowych z art. 61 k.p.c. obejmuje również możliwość rozliczenia kosztów sądowych według zasad określonych dla prokuratora. W konsekwencji w sprawach o ochronę równości i niedyskryminacji obywateli organizacja społeczna, uprawniona na podstawie art. 8 i 61 § 1 k.p.c., korzysta z ustawowego podmiotowego zwolnienia od kosztów sądowych i nie ma obowiązku ich ponoszenia. Ustawowe zwolnienie od kosztów sądowych nie jest jednak równoznaczne ze zwolnieniem od obowiązku zwrotu kosztów procesu przeciwnikowi (art. 108 u.k.s.c.). Z uwagi na powyższe w sprawach dotyczących zwalczania dyskryminacji i ochrony równości celowe wydaje się rozważenie zastosowania przez sąd art. 102 k.p.c. w odniesieniu do organizacji pozarządowej wytaczającej powództwo na rzecz danej osoby. Przepis ten ustanawia zasadę słuszności, będącą odstępstwem od zasady zawinienia i odpowiedzialności za wynik procesu. Okolicznością, uzasadniającą zastosowanie art. 102 k.p.c., może być precedensowy charakter rozpoznawanej sprawy. Jeśli organizacja społeczna statutowo zajmująca się sprawami ochrony równości angażuje się w dane postępowanie, z natury rzeczy doniosłość kwestii prawnych, wokół których koncentruje się postępowanie sądowe, upoważnia sąd do zastosowania omawianej instytucji. Jeśli zaś uwzględnić szersze tło systemowe – a to omówione wyżej standardy konstytucyjne i wynikające z prawa UE i obowiązku zapewnienia mu pośredniego skutku poprzez odpowiednią wykładnię przepisów krajowych – upoważnienie przyznane sądowi przez art. 102 k.p.c. jawi się już jako obowiązek.

Zgodnie z generalną zasadą ponoszenia kosztów postępowania sądowego i stosownie do art. 214 § 1 p.p.s.a.: „jeżeli ustawa nie stanowi

inaczej, do uiszczenia kosztów sądowych obowiązany jest ten, kto wnosi do sądu pismo podlegające opłacie lub powodujące wydatki”. Stosownie z kolei do brzmienia art. 220 § 1 p.p.s.a., „sąd nie podejmuje żadnej czynności na skutek pisma, od którego nie zostanie uiszczona należna opłata”. Brak jest podstaw prawnych do zwolnienia organizacji społecznej w ich sprawach własnych od uiszczenia wpisu. Tym bardziej nie ma podstaw do zwolnienia organizacji społecznej, która występuje jako reprezentant innych osób. Co więcej, art. 24 ust. 1 pkt 5 ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie, stanowiący o zwolnieniach organizacji publicznych m.in. z opłat sądowych, odsyła do zasad określonych w przepisach odrębnych, a zarazem nie ma takich przepisów odrębnych w postępowaniu sądownoadministracyjnym, gdyż rozdział 3 p.p.s.a. nie przewiduje w tym względzie zwolnień. Należy zauważyć, że regulacja p.p.s.a. nie daje interpretacyjnych szans realizacji standardu w zakresie skutecznego i rzeczywistego umożliwienia organizacjom społecznym udziału w postępowaniach przed sądami administracyjnymi. Sądy nie mają bowiem możliwości dokonania interpretacji przepisów dotyczących kosztów w taki sposób, aby – w okolicznościach konkretnego przypadku, innych niż opisane w art. 246 § 2 p.p.s.a. – przyznać organizacji społecznej prawo pomocy. W tym względzie należałoby postulować korektę treści art. 240 p.p.s.a. poprzez wprowadzenie zwolnienia przysługującego organizacji w sprawach, w których – realizując swoje statutowe działania – organizacja występuje w imieniu i na rzecz innych osób.

Rekomendacje

- **Nowelizacja przepisów o postępowaniu cywilnym i przepisów o postępowaniu przed sądami administracyjnymi w zakresie ponoszenia kosztów postępowania przez organizacje pozarządowe** – ryzyko ponoszenia przez organizacje pozarządowe kosztów postępowania, w których uczestniczą w interesie publicznym poprzez prowadzenie lub wspieranie precedensowych spraw z obszaru prawa antydyskryminacyjnego, może mieć efekt mrozący i przyczyniać się do spadku lub całkowitego zahamowania zaangażowania tych organizacji. Zdecydowana większość z nich nie posiada bowiem wystarczających środków własnych, by móc ponosić ryzyko przegranej. Organizacje społeczne mogą tymczasem

wnieść do postępowania dużo wiedzy merytorycznej dotyczącej nie tylko prawa antidyskryminacyjnego, ale także społecznego tła i kontekstu mechanizmu wykluczenia, co pozwala sądowi na uzyskanie lepszego obrazu sprawy, przyczyniając się tym samym do lepszej obrony praw i wolności obywateli i obywaterek. Co więcej, organizacje w takim przypadku nie działają w interesie własnym, ale w interesie osoby, którą wspomagają, oraz interesie publicznym poprzez poruszanie na drodze sądowej ważnych społecznie tematów dotyczących nierównego traktowania. Zalecane jest zatem wprowadzenie na poziomie ustawowym całkowitego zwolnienia z kosztów organizacji pozarządowych, występujących nie we własnych sprawach, ale w sprawach o ochronę zasady równości, zgodnie z ich działalnością statutową.

DYSKRYMINACJA W REKLAMIE I ŚRODKACH MASOWEGO PRZEKAZU²⁶

Podstawowe znaczenie dla odpowiednich ocen ma ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: u.z.n.k.), zawierająca odrębny artykuł, wskazujący, choć przykładowo, na te treści czy formy reklamy, które ustawodawca w każdym razie uznał za naruszające pożądane stosunki rynkowe. Przepis ten, tj. art.16 ustawy, zawiera zakazy, stanowiące podstawę do ewentualnego wyeliminowania z przestrzeni publicznej takich reklam, które m.in. mogą stanowić przejaw dyskryminacji w różnych tego aspektach, a przede wszystkim w odniesieniu do rynkowej perswazji o nachyleniu seksistowskim. Jednakże ze względu na zasady przyjęte w tej ustawie dla dochodzenia roszczeń, a mianowicie że legitymację czynną posiadają wyłącznie inni przedsiębiorcy, jednostka dotknięta tak prowadzoną perswazją nie ma możliwości wystąpienia na drogę sądową. Nieco inaczej kwestia ta wygląda na gruncie już wyraźnie „konsumenckich” przepisów ochronnych, tj. na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Jednakże ze względu na przyjęte tu zasady procesowe odpowiednia ochrona nie jest w pełni gwarantowana. Kolejna grupa przepisów, która ewentualnie ma charakter ochronny w omawianym zakresie, znajduje się w ustawie o radiofonii i telewizji. Egzekwowanie odpowiednich zobowiązań należy do Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, a więc do organu stosującego procedury administracyjne. Jednostka ma w tym zakresie jedynie uprawnienia inicjujące odpowiednie procedowanie, poprzez zwrócenie uwagi Krajowej Rady na treści – jej zdaniem – dyskryminujące.

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawiera najbardziej generalny zakaz prowadzenia nieuczciwej reklamy, znajdujący zastosowanie do wszystkich przedsiębiorców i wszystkich produktów. W reżimie ochrony ustanowionej przepisami fundamentalne znaczenie jest przypisywane klauzuli generalnej, zawartej w art. 3 ust. 1. I tak: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Generalnie są to wartości, jakimi kierować

²⁶ Skróc ekspertyzy autorstwa E. Nowińskiej pt. *Dyskryminacja w reklamie i środkach masowego przekazu*. Pełny tekst ekspertyzy dostępny jest na stronie <www.ptpa.org.pl> w zakładkach „Publikacje” i „Opinie”.

się winni przedsiębiorcy w trakcie prowadzenia działalności gospodarczej. Wedle tradycyjnego ujęcia, dobre obyczaje były oceniane z punktu widzenia zasad etycznych i moralnych. Współcześnie przeważa jednak pogląd, zgodnie z którym patrzeć należy raczej na „dobre obyczaje” przez pryzmat ekonomiczno-funkcjonalny, co oznacza, że uczciwe konkutowanie opiera się na rywalizacji cenowej i jakościowej. Pojęcie „dobrych obyczajów”, jako nieostre, znajduje konkretyzację dopiero w danej sytuacji faktycznej. W części szczegółowej ustawy ujęto, choć przykładowo, szereg czynów niedozwolonych. Wśród nich wyłącznie do reklamy odnosi się art.16. 1 w brzmieniu: „Czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności: 1) reklama sprzeczna z przepisami prawa, dobrymi obyczajami lub uchybiająca godności człowieka”. Pamiętać należy, że ochrona płynąca z przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest przewidziana wyłącznie dla przedsiębiorcy, którego interesy ekonomiczne zostały co najmniej zagrożone danym przekazem promocyjnym (art.18).

Ustawa o radiofonii i telewizji zawiera szereg zakazów i ograniczeń dotyczących emisji reklam. Art.16b ust. 3 w brzmieniu: „Przekaz handlowy nie może: 1) naruszać godności ludzkiej; 2) zawierać treści dyskryminujących ze względu na rasę, płeć, narodowość, pochodzenie etniczne, wyznanie lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek czy orientację seksualną”. Jeśli chodzi o zakaz dyskryminacji, to częściowo jest on zbieżny z zakazem obejmującym nienaruszalność godności ludzkiej. W reklamie zasadza się on na odwoływaniu się do stereotypów.

Naruszenie dóbr osobistych (godności) konkretnej osoby przez reklamę może być dochodzone na podstawie art. 24 k.c. Jednakże uruchomienie odpowiednich środków ochronnych zawartych w kodeksie cywilnym jest możliwe jedynie w sytuacji, gdy dany przekaz reklamowy bezpośrednio dotyczy określonej osoby, jej dóbr prawnie chronionych. Nie ma zatem możliwości, aby przepisy kodeksu chroniły generalnie negatywne odczucia danej osoby, np. związane z seksualnością reklamy, jeśli taki przekaz z osobą tą nie ma bezpośredniego związku.

Rekomendacje

- **Wprowadzenie rzeczywistego mechanizmu sankcjonującego dyskryminujące treści i oświadczenia w reklamach i środkach masowego przekazu – obecne przepisy sank-**

cjonujące zakaz dyskryminacji w reklamie i środkach masowego przekazu wydają się niewystarczające do efektywnego reagowania na jego naruszenie. Nie ma właściwych instrumentów prawnych do ukarania na przykład usługodawców, którzy ogłaszają, że ich produkty czy usługi nie będą dostępne dla osób określonego pochodzenia etnicznego. Zalecane byłoby w tym względzie przyznanie niezależnemu organowi do spraw równego traktowania uprawnienia lub innym właściwym organom (np. Inspekcji Handlowej) do ukarania takiego podmiotu lub legitymacji do wniesienia przeciwko niemu powództwa w przypadku stwierdzenia, że reklama lub oświadczenie w środkach masowego przekazu ma charakter dyskryminujący.

- **Współpraca organów publicznych z Komisją Etyki Reklamy** – w celu przeciwdziałania dyskryminacji warto rozważyć ramy i możliwości współpracy właściwych organów publicznych z Komisją Etyki Reklamy, która nie jest, co prawda, organem publicznym, ale posiada wiedzę ekspercką w zakresie środków masowego przekazu oraz stoi na straży przestrzegania kodeksu etyki reklamy, zawierającego ogólny zakaz dyskryminacji.

RÓŻNICE W ZAROBKACH KOBIET I MĘŻCZYZN²⁷

Luka płacowa (*gender wage gap* lub *gender pay gap*) jest to różnica w zarobkach między kobietami i mężczyznami, wyrażona jako procent wynagrodzenia mężczyzn²⁸. Zgodnie z danymi Eurostatu, w Polsce wynosiła ona w 2013 r. 6,4%²⁹. W Unii Europejskiej kobiety zarabiały średnio 16,4% mniej niż mężczyźni. Państwa o najwyższym wskaźniku to Estonia (29,9%), Austria (23%), Niemcy (21,6%), Czechy (22,1%). Natomiast Polska, Malta (5,1%) i Słowenia (3,2%) należą do grupy państw o najniższym wskaźniku.

Zasada równego wynagradzania kobiet i mężczyzn za taką samą pracę lub pracę takiej samej wartości jest jednym z fundamentalnych założeń funkcjonujących w unijnym systemie prawnym. Obecność tej zasady datuje się już na początki procesu integracji europejskiej (był ona już obecna w traktacie rzymskim z 1957 r.), a następnie była potwierdzana i rozbudowywana kolejnymi zmianami traktatów, prawem wtórnym i orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 8 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) we wszystkich swoich działaniach Unia zmierza do zniesienia nierówności oraz wspierania równości mężczyzn i kobiet. Artykuł 157 TFUE stanowi, że państwa członkowskie powinny zapewniać stosowanie zasady równości wynagrodzeń za taką samą pracę lub pracę o takiej samej wartości. Waga tej zasady jest podkreślona w ust. 4 tego przepisu, na mocy którego umożliwiono państwom członkowskim, w celu zapewnienia pełnej równości między mężczyznami i kobietami w życiu zawodowym, utrzymanie lub przyjmowanie środków przewidujących

²⁷ Streszczenie ekspertyzy autorstwa M. Jankowskiej-Gilberg pt. *Metody zwalczania luki płacowej*. Pełny tekst ekspertyzy dostępny pod adresem: <<http://ptpa.org.pl/public/files/Luka%20placowa-ekspertyza.pdf>>.

²⁸ Jest to tzw. luka płacowa w formie nieskorygowanej. Ten wskaźnik, w przeciwieństwie to tzw. skorygowanej luki płacowej, nie uwzględnia różnic w: wykształceniu, doświadczeniu na rynku pracy, rodzaju wykonywanej pracy, a tym samym nie pozwala na porównanie wynagrodzeń dla jednakowej pracy lub pracy o jednakowej wartości.

²⁹ <<http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tsdsc340&plugin=1>>.

specyficzne korzyści, zmierzające do ułatwienia wykonywania działalności zawodowej przez osoby płci niedostatecznie reprezentowanej bądź zapobiegania niekorzystnym sytuacjom w karierze zawodowej i ich kompensowania. Trybunał stwierdził, iż cel gospodarczy, realizowany zgodnie z art. 119 Traktatu o ustanowieniu Wspólnoty Europejskiej (dzisiaj art. 157 TFUE), jest celem drugorzędym w stosunku do celu społecznego, realizowanego zgodnie z tym samym postanowieniem, które stanowi odzwierciedlenie prawa podstawowego³⁰. Także w art. 23 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej uznano równość kobiet i mężczyzn za podstawową zasadę i podkreślono, że należy ją zapewnić we wszystkich dziedzinach, w tym w zakresie zatrudnienia, pracy i wynagrodzenia. Wyrazem tej zasady jest również Dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Europy 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. Dyrektywa ta w artykule 4 potwierdza bezwzględną zasadę równego wynagrodzenia dla kobiet i mężczyzn.

Zidentyfikowane przez Unię Europejską przyczyny luki płacowej³¹

Do głównych przyczyn luki płacowej zalicza się m.in. fakt, iż kobiety i mężczyźni wykonują różne zawody i często pracują w różnych sektorach. Kobiety pracują w sektorach charakteryzujących się niższym przeciętnym wynagrodzeniem. Ponadto kobiety zajmują się w większej mierze obowiązkami domowymi, opieką nad dziećmi, osobami starszymi i dlatego też chętniej wybierają zawody, które dają się łatwiej pogodzić z ich obowiązkami rodzinnymi. Pracują w niepełnym wymiarze i nie zajmują stanowisk kierowniczych. Kolejną przyczyną luki płacowej są praktyki w miejscach pracy, na przykład w zakresie dostępu do rozwoju kariery i szkoleń, oraz systemy płac, które mogą prowadzić do różnych stawek wynagrodzenia dla kobiet i mężczyzn. Ponadto wskazuje się na niższe wartościowanie zawodów i stanowisk zajmowanych głównie przez kobiety. Kwalifikacje kobiet są

³⁰ Wyrok Trybunału z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawach połączonych C-270/97 i C-271/97 *Deutsche Post AG przeciwko Elisabeth Sievers* (C-270/97) oraz *Brunhilde Schrage* (C-271/97), pkt. 57.

³¹ Por. *Działania na rzecz wyeliminowania różnic w wynagrodzeniach kobiet i mężczyzn w Unii Europejskiej* opublikowane z okazji Europejskiego Dnia Równości Wynagrodzeń Komisja Europejska w 2014 r.

często niedoceniane. Uważa się powszechnie, że wynikają one z tzw. społecznie uznanych za kobiece cech, a nie nabytych kwalifikacji. Przykładowo pielęgniarka zarabia mniej niż technik medyczny, pomimo że wymagane kwalifikacje są porównywalne. Podobnie można wskazać na pensje oferowane sprzątacze i pracownikowi (mężczyźnie) zatrudnionemu przy wywożeniu odpadów komunalnych, lub kasjerce i magazynierowi, zatrudnionym w supermarkecie. Kolejną przyczyną jest niewielka liczba kobiet na stanowiskach zarządczych i kierowniczych. Także role oraz tradycyjne zadania kobiet i mężczyzn wpływają na wybór uczelni i na aktywność zawodową, powodując, że kobiety wybierają zawody tradycyjnie wykonywane przez kobiety i powielają w ten sposób segregację zawodową. Przypisywanie tradycyjnych ról opiekuńczych kobietom powoduje także, że przejmują one obowiązki domowe, co powoduje, iż częściej niż mężczyźni pracują zawodowo w niepełnym wymiarze czasu pracy.

W Komunikacie w sprawie różnicy w wynagrodzeniu kobiet i mężczyzn z 2007 r. Komisja Europejska zawarła propozycje działań mających na celu zniwelowanie różnicy w wynagrodzeniach pomiędzy kobietami a mężczyznami. Zalicza się do nich: pełne wdrożenie i stosowanie istniejących przepisów, pełne wykorzystanie strategii europejskiej na rzecz wzrostu i zatrudnienia, w szczególności dzięki europejskiemu wsparciu finansowemu, promowanie równej płacy poprzez partnerstwa społeczne i wśród pracodawców oraz wspieranie wymiany dobrych praktyk w UE³².

Skutecznym instrumentem w zwalczaniu nierówności płacowych może być transparentność wynagrodzeń i ich szeroka jawność³³. W celu zwiększenia jawności płac proponuje się między innymi ułatwienie pracownikowi dostępu do informacji o wynagrodzeniach, publikowanie raportów płacowych czy utworzenie równego systemu klasyfikacji stanowisk dla przedsiębiorstw.

Jak radzą sobie z tym problemem inne kraje

W Austrii kompleksowym dokumentem regulującym działania na rzecz równouprawnienia kobiet i mężczyzn jest Krajowy plan

³² COM(2007) 424 wersja ostateczna.

³³ Zalecenie Komisji z dnia 7 marca 2014 r. w sprawie wzmocnienia zasady równości wynagrodzeń dla kobiet i mężczyzn dzięki przejrzystości (2014/124/UE).

działania na rzecz równości kobiet i mężczyzn na rynku pracy, który zawiera 55 konkretnych propozycji. W planie tym stwierdzono między innymi, że różnice w wynagrodzeniu wynikają w dużej mierze z braku przejrzystości płac w przedsiębiorstwach. Uznano, że źródłem takiej sytuacji niekoniecznie jest celowe działanie, a jest ona wynikiem zakorzenionych tradycji. Zdecydowano się także na zmiany legislacyjne. Do ustawy o równym traktowaniu wprowadzono poprawkę, mającą na celu poprawienie przejrzystości płac w przedsiębiorstwach. Przedsiębiorstwa są zobowiązane do publikowania co dwa lata sprawozdań dotyczących równych płac. Obowiązek ten był wprowadzany stopniowo, w zależności od wielkości przedsiębiorstwa. Od 2014 r. przedstawianie sprawozdań jest obowiązkowe dla przedsiębiorstw zatrudniających ponad 150 osób. Ponadto oferty pracy muszą zawierać informacje dotyczące wynagrodzenia. Od 2011 r. jest dostępny także kalkulator, który umożliwia wyliczenie średnich wynagrodzeń dla kobiet i mężczyzn w zależności od sektora i grupy zawodowej.

W Belgii przedsiębiorstwa zatrudniające ponad 50 pracowników są zobowiązane przeprowadzać co dwa lata analizy porównawcze wynagrodzeń. Jeżeli z analizy wynika, że kobiety zarabiają mniej, przedsiębiorstwo jest zobowiązane przyjąć plan działania. Ponadto kobietom przysługuje prawo zwrócenia się do mediatora zatrudnionego w przedsiębiorstwie, który bada, czy nastąpiła dyskryminacja, i jeżeli tak, to podejmuje próbę kompromisu z pracodawcą. Interesującym przykładem jest działanie Instytutu ds. równości między kobietami i mężczyznami (belgijski organ ds. równouprawnienia). Na jego stronie internetowej www.ecartsalarial.be dostępne są oficjalne i aktualne dane na temat zmian w różnicach między wynagrodzeniami kobiet i mężczyzn oraz narzędzie internetowe dla przedsiębiorstw do samodzielnego obliczania luki płacowej.

W Danii pracodawcy zobowiązani są do okresowego przekazywania przedstawicielom pracowników pisemnego sprawozdania na temat sytuacji w zakresie równouprawnienia płci w przedsiębiorstwie, z uwzględnieniem szczegółowych informacji o wynagrodzeniach. Ponadto od 2007 r. wszystkie większe przedsiębiorstwa mają obowiązek okresowo opracowywać dane statystyczne dotyczące różnic w wynagradzaniu kobiet i mężczyzn.

Francja jest przykładem kraju, który zdecydował się na wprowadzenie odrębnego aktu normatywnego, którego założeniem jest zwalczanie nierówności płacowych. Ustawa o równości płac między

kobietami a mężczyznami z 2006 r. nakłada obowiązek przeprowadzenia negocjacji zbiorowych w odniesieniu do równości kobiet i mężczyzn. Ponadto przedsiębiorstwa są zobowiązane do sporządzania pisemnych sprawozdań dotyczących warunków pracy. Celem tych sprawozdań jest ocena dla każdej zawodowej kategorii w danym przedsiębiorstwie sytuacji kobiet i mężczyzn w odniesieniu do zatrudniania, szkoleń, awansu, kwalifikacji, klasyfikacji, warunków pracy i wynagrodzenia. W ustawie tej uregulowane są także kwestie urlopów macierzyńskich, zasiłków szkoleniowych, jeżeli pracownik zmuszony jest płacić za opiekę nad dzieckiem, aby wziąć udział w szkoleniu w godzinach poza pracą. W ustawie przewidziana jest także pomoc dla małych przedsiębiorstw, aby mogły zastąpić osobę będącą na urlopie macierzyńskim. Ponadto w kodeksie pracy przewidziano możliwość nałożenia na przedsiębiorstwa kar finansowych w wysokości do 1% kwoty brutto przeznaczonych na wynagrodzenia w wypadku niesporządzenia planu likwidacji różnicy w wynagrodzeniach kobiet i mężczyzn.

W Portugalii wprowadzono przepisy mające na celu zwiększenie przejrzystości systemów wynagrodzeń. Pracodawcy są zobowiązani do przedstawiania właściwemu ministrowi informacji dotyczących warunków zatrudnienia, w tym również wynagrodzenia. Akta osobowe otrzymują także organy inspekcji pracy, związki zawodowe lub komitety pracownicze i przedstawiciele pracodawców w stałym Komitecie ds. dialogu społecznego.

W szwedzkiej ustawie o równości z 2008 r. przewidziano obowiązek podjęcia działań przez pracodawców i pracowników na rzecz zniwelowania różnic w wynagrodzeniach i innych warunkach zatrudnienia kobiet i mężczyzn wykonujących tę samą pracę lub pracę o tej samej wartości. Przykładowo pracodawcy są zobowiązani co trzy lata przeprowadzać badania wynagrodzeń w celu wykrycia i zlikwidowania występujących różnic. Pracodawcy zatrudniający przynajmniej 25 osób są zobligowani do przedstawiania co trzy lata planu działania na rzecz równości wynagrodzeń.

Rekomendacje

- **Rozważenie wprowadzenia zmian legislacyjnych w kodeksie pracy, ustawie o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania lub**

przyjęcia nowej, odrębnej ustawy, która wprowadziłaby m.in. obowiązek okresowego publikowania przez pracodawców informacji o zarobkach kobiet i mężczyzn na poszczególnych stanowiskach (bez ujawniania danych osobowych), wprowadzania planów zakładowych, mających na celu działania na rzecz wyrównywania zarobków kobiet i mężczyzn, wprowadzenia skuteczniejszych kar o charakterze administracyjnym za niewypełnianie tych zobowiązań przez pracodawców.

- **Intensyfikacja działań państwa w obszarze podnoszenia świadomości społecznej w zakresie konieczności przeciwdziałania nierównościami płacowymi** – działania te winny być realizowane m.in. przez Państwową Inspekcję Pracy, Rzecznika Praw Obywatelskich, ministra właściwego ds. pracy, Radę Dialogu Społecznego, Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania, ministra właściwego ds. gospodarki.
- **Wyposażenie odpowiednich organów państwowych do skuteczniejszej kontroli wypełniania obowiązku równego wynagradzania**, np. Państwową Inspekcję Pracy.
- **Włączanie problematyki nierówności płci w sposób bardziej widoczny do krajowych programów działań na rzecz równego traktowania.**
- **Intensyfikacja działań państwa w obszarze podnoszenia świadomości społecznej w zakresie równości płac wśród pracowników oraz na temat instrumentów prawnych, możliwych do wykorzystania w przypadkach dyskryminacji płacowej.**
- **Stałe i systematyczne monitorowanie luki płacowej w Polsce, zarówno w sektorze prywatnym, jak i publicznym.**

DOŚTĘP DO ZAPŁODNIENIA IN VITRO A ZAKAZ DYSKRYMINACJI³⁴

Zagadnienie wspomaganej prokreacji i przepisów prawa, które miałyby tę problematykę uregulować, wywoływało w ostatnich latach w Polsce ożywioną debatę natury politycznej, publicystycznej i niezrędko etycznej. Po latach nieobecności w systemie prawnym unormowań w tym zakresie, krajowy ustawodawca zdecydował się na przyjęcie ram, w których działalność taka została ujęta. Z jednej strony należy pozytywnie ocenić wysiłek prawodawcy, który jako jeden z ostatnich w Europie podjął wreszcie to wyzwanie i wypracował oprzyrządowanie prawne wspomaganej prokreacji w postaci Ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności. Z drugiej jednak strony zaznaczyć trzeba, że przyjęte przepisy budzą szereg wątpliwości co do zgodności nowego aktu prawnego ze standardami praw człowieka, w szczególności z ochroną przed dyskryminacją.

Standard międzynarodowy równego traktowania

W 1997 r. przyjęty został pierwszy prawnie wiążący instrument międzynarodowy w tej dziedzinie – Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny. Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie – konwencja z Oviedo (dalej: konwencja bioetyczna). Konwencja ustanawia ramy prawne, mające zastosowanie zarówno do codziennej praktyki medycznej, jak i nowych technologii w zakresie biologii człowieka i medycyny, w celu ochrony praw człowieka i godności ludzkiej poprzez przyjęcie podstawowych zasad w zakresie opieki zdrowotnej, badań medycznych, transplantacji i genomiki. Konwencja została, jak dotąd, ratyfikowana przez 29 państw (konwencja bioetyczna

³⁴ Streszczenie ekspertyzy autorstwa P. Pogodzińskiej pt. *Dostęp do zapłodnienia in vitro a zakaz dyskryminacji*, Pełny tekst ekspertyzy dostępny pod adresem: <<http://ptpa.org.pl/public/files/Dost%C4%99p%20do%20zap%C5%82odnienia%20in%20vitro%20a%20zakaz%20dyskryminacji.pdf>>.

została podpisana przez Polskę 7 maja 1999 r., ale nadal nie została ratyfikowana).

Konwencja bioetyczna nie reguluje szczegółowo kwestii procedury oraz dostępu do medycznie wspomaganey prokreacji. Skupia się raczej na ochronie zarodka ludzkiego i płodu w ramach tych procedur. Dlatego nie znajdziemy tu przepisów odnoszących się do ewentualnej dyskryminacji w dostępie do zapłodnienia *in vitro* czy innych metod medycznie wspomaganey prokreacji.

Jednakże art. 3 konwencji stanowi:

„Uwzględniając potrzeby zdrowotne oraz dostępne środki, Strony podejmą w ramach swoich kompetencji, stosowne działania w celu zapewnienia sprawiedliwego [w znaczeniu także równoprawnego (*equitable*)] dostępu do opieki zdrowotnej o właściwej jakości”.

Raport wyjaśniający do konwencji bioetycznej tłumaczy, w kontekście tego artykułu:

„24. Celem jest zapewnienie sprawiedliwego dostępu do opieki zdrowotnej, zgodnie z potrzebami medycznymi danej osoby. «Opieka zdrowotna» oznacza usługi oferujące interwencje zapobiegawcze, diagnostyczne, terapeutyczne i rehabilitacyjne, mające na celu utrzymanie lub poprawę stanu osoby zdrowia, lub złagodzenie cierpienia danej osoby. Standard tej opieki musi być odpowiedni w świetle postępu naukowego i podlegać ciągłej ocenie jakości.

25. Dostęp do opieki zdrowotnej musi być sprawiedliwy. W tym kontekście «sprawiedliwy» (*equitable*) oznacza przede wszystkim brak nieuzasadnionej dyskryminacji. Chociaż nie jest synonimem absolutnej równości, sprawiedliwy dostęp zakłada skuteczne uzyskanie zadowalającego stopnia opieki”.

Zagadnienie wspomaganey prokreacji (możliwości stosowania, dostępu do niej) było kilkakrotnie przedmiotem rozważań także Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Dotychczasowa linia orzecznicza potwierdza jednak szeroki margines swobody państw do regulacji tej problematyki (*S.H. i inni p-ko Austrii*, wyrok Wielkiej Izby z 3 listopada 2011 r., skarga nr 57813/00).

Także prawo Unii Europejskiej nie reguluje wprost, czy dostęp do wspomaganey prokreacji musi być zagwarantowany, bez jakiegokolwiek różnicowania z uwagi na kryteria dyskryminacyjne.

Doświadczenia innych krajów

Przepisy dotyczące metody zapłodnienia in vitro muszą uregulować szereg skomplikowanych i etycznie wrażliwych kwestii, takich jak: określenie liczby embrionów tworzonych w cyklu leczenia, selekcja embrionów, status embrionu i stopień jego ochrony, kwestia finansowania metody ze środków publicznych. Przede wszystkim jednak muszą określić, kto i w jakich okolicznościach ma prawo do skorzystania z tej metody: czy konieczne jest medyczne stwierdzenie niepłodności, czy dostęp do leczenia ograniczony jest do związków małżeńskich, heteroseksualnych³⁵, czy mogą z niego korzystać osoby samotne, czy ustanowiona jest górna granica wieku kobiety i mężczyzny.

Ustawa austriacka, w aktualnym brzmieniu, pozwala na dostęp do medycznie wspomaganej prokreacji tylko małżeństwom lub stałym parom heteroseksualnym oraz zakazuje jakiegokolwiek formy dawstwa komórek jajowych. Dawstwo nasienia jest zabronione w stosunku do samotnych kobiet i par lesbijskich. Mogą z niego skorzystać jedynie te pary, w których bezpłodny jest mężczyzna, ale nie w połączeniu z zapłodnieniem in vitro.

W styczniu 2014 r. Trybunał Konstytucyjny orzekł o niekonstytucyjności szeregu przepisów ustawy dotyczącej medycznie wspomaganej prokreacji, w tym właśnie przepisów zabraniających parom lesbijskim żyjącym w konkubinacie lub związkach rejestrowanych dostępu do medycznie wspomaganej prokreacji. Ministerstwo Sprawiedliwości przedstawiło projekt ustawy w celu zapewnienia równego dostępu do medycznie wspomaganej prokreacji dla kobiet, niezależnie od ich stanu cywilnego (w konkubinacie, w związkach partnerskich oraz w związkach małżeńskich) oraz bez względu na płeć partnera z zapłodnieniem in vitro. Limit wieku wynosi 50 lat dla mężczyzny oraz 40 lat dla kobiety.

Ustawodawstwo Belgii jest dość tolerancyjne, to znaczy nie zawiera żadnych prawnych ograniczeń dotyczących dostępu do zapłodnienia in vitro, pozostawiając szeroki margines uznania poszczególnym klinikom, które przeprowadzają leczenie. Ustawa przewiduje, że dany ośrodek może na piśmie odmówić uwzględnienia wniosku o dostęp do medycznie wspomaganej prokreacji, wskazując na medyczne przyczyny odmowy lub powołując się na klauzulę sumienia. Ustawa nie ogranicza wyraźnie dostępu do in vitro par heterose-

³⁵ Brak ograniczenia dopuszczalności stosowania zapłodnienia metodą in vitro do par heteroseksualnych występuje w: Belgii, Danii, Estonii, Finlandii, Gruzji, Hiszpanii, Izraelu, Kanadzie i Norwegii.

ksualnych. Zapłodnienie in vitro jest też dostępne dla samotnych kobiet. Wobec tego każda klinika może swobodnie zdecydować, czy przyjąć czy odrzucić wnioski par homoseksualnych. Prawo przewiduje jednakże pewne ograniczenia związane z wiekiem w zakresie usuwania gamet, implantacji zarodka i inseminacji – praktyki te są dostępne dla kobiet do ukończenia 45 lat, natomiast implantacja zarodka jest dozwolona dla kobiet poniżej 47 lat.

Według ustawy bułgarskiej, medycznie wspomagana prokreacja obejmuje wszystkie czynności związane z „zastosowaniem medycznych metod zapłodnienia komórki jajowej znajdującej się wewnątrz lub na zewnątrz ciała kobiety” oraz ekstrakcję komórki jajowej pochodzącej od jednej kobiety i jej implantację w ciele tej samej kobiety lub w ciele innej kobiety. Zgodnie z zarządzeniem nr 28, zapłodnienie in vitro można przeprowadzić wobec kobiet do 51. roku życia, niezależnie od tego, czy żyją w związku czy samotnie.

Chorwacka ustawa zezwala na dostęp do medycznie wspomaganego prokreacji parom żyjącym w konkubinacie oraz samotnym kobietom. Ustawa wyklucza jednak kobiety w związku tej samej płci. Niedawno usunięto także przepis wyraźnie zakazujący osobom transseksualnym dostępu do medycznie wspomaganego prokreacji. Ustawa rozszerzyła również dostęp do zabiegów IVF wobec osób niepełnosprawnych, których zdolność składania oświadczeń dotyczących ich stanu osobistego nie jest ograniczona. Ambiwalentne określenie granicy wieku w ustawie z 2009 r. zostało usunięte, a według nowej ustawy kobiety powyżej 42 lat mogą poddać się leczeniu finansowanemu przez państwo tylko wtedy, gdy ich lekarze zdecydują, że to możliwe.

W świetle przepisów duńskich, dostęp do medycznie wspomaganego prokreacji przysługuje niezamężnym kobietom oraz kobietom homoseksualnym. Aktualna ustawa nie ogranicza zatem dostępu do IVF ani parom heteroseksualnym ani samotnym heteroseksualnym kobietom. Kobiety powyżej 45 lat nie mogą poddać się leczeniu.

Analizując przepisy polskiej ustawy o leczeniu niepłodności, należy podnieść, że ustawa w obecnym kształcie może wykluczać możliwość skorzystania z procedury medycznie wspomaganego prokreacji przez kobiety samotne oraz kobiety pozostające w związkach jednopłciowych. Intencja ustawodawcy w tym zakresie jest jednoznaczna – ustawa ma na celu udzielanie pomocy wyłącznie parom (małżonkom lub konkubentom heteroseksualnym, mającym problemy

z uzyskaniem potomstwa). Niestety, zgłoszone podczas prac legislacyjnych poprawki, proponujące dostęp do in vitro dla samotnych kobiet, bez względu na ich orientację seksualną, zostały odrzucone.

Rekomendacje

- **Rozważenie nowelizacji Ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności w kierunku możliwości objęcia jej zakresem podmiotowym także kobiet pozostających w związkach jednopłciowych oraz kobiet nie pozostających w jakichkolwiek związkach.**
- **Rozważenie nowelizacji Ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności w kierunku uzupełnienia jej o wyraźny zakaz dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej, tożsamości płciowej oraz stanu cywilnego w dostępie do leczenia niepłodności, w tym stosowania procedury medycznie wspomagananej prokreacji.**

PROFILOWANIE RASOWE/ NARODOWOŚCIOWE³⁶

Ogólnie rzecz ujmując, profilowanie można porównać do kategoryzowania osób na podstawie różnych cech. Zarówno tych „niezmiennych” (np. płeć, pochodzenie etniczne, wiek, kolor oczu), jak i „zmiennych” (zachowanie, zwyczaje, preferencje). Zazwyczaj profile tworzy się za pomocą techniki zwanej „analizą behawioralną”. Polega ona na dopasowaniu i korelacji określonego zachowania (np. wyborów konsumenckich) z cechami (np. wiek). W literaturze przedmiotu można spotkać bardzo wiele różnych definicji profilowania. Jednak ich wspólnymi cechami są: wykorzystywanie technik analizy danych, kategoryzacja, dedukowanie nowych informacji na podstawie tych już znanych, wykorzystywanie nowej wiedzy w określonym celu. Z profilowaniem wiąże się wiele problemów. Szczególne ryzyko powstaje, gdy z analizy danych statystycznych wnioskuje się o występowaniu nieznaney dotąd cechy u konkretnej osoby. Metoda taka, bazująca na korelacjach, jest obarczona dużym prawdopodobieństwem błędów. Ryzyko to nasila się, gdy na podstawie profilowania automatycznie podejmuje się decyzje. Co więcej, profilowanie zazwyczaj jest metodą opartą na pewnych wzorach matematycznych, które nie uwzględniają wszystkich skomplikowanych sytuacji życiowych.

Profilowanie może również prowadzić do dyskryminacji, zarówno tej bezpośredniej, jak i pośredniej. Pojawia się ona przede wszystkim wtedy, gdy w trakcie profilowania uwzględnia się takie cechy, jak: płeć, wiek, pochodzenie etniczne, stan zdrowia, orientacja seksualna itp. Gdy informacje takie są wykorzystywane w algorytmie, na podstawie którego podejmuje się określone decyzje, np. odmowa kredytu czy wyższa cena za bilet samolotowy, może dochodzić do dyskryminacji (dyskryminacja bezpośrednia). Badania na Uniwersytecie Carnegie Mellon wskazały, że algorytmy stosowane przez Google prowadzą do tego, że kobietom wyświetlane są oferty prac dużo gorzej płatnych niż mężczyznom. Jednak algorytmy mogą rów-

36 Skrót ekspertyzy autorstwa J. Niklasa pt. *Profilowanie w kontekście ochrony danych osobowych i zakazu dyskryminacji*. Pełny tekst ekspertyzy dostępny jest na stronie <www.ptpa.org.pl> w zakładkach „Publikacje” i „Opinie”.

niez uwzględniać takie dane, które na pierwszy rzut oka nie są kontrowersyjne, jak np. miejsce zamieszkania.

Bywa jednak, że taka cecha może prowadzić do dyskryminacji, gdy określone miejsce jest zamieszkałe np. przez mniejszość etniczną. Przykładem takiej sytuacji była sprawa jednej z największych amerykańskich firm ubezpieczeniowych Allstate. Korporacji zarzucono, że przy tworzeniu i stosowaniu scoringu, wykorzystywała informacje, które mogły prowadzić do dyskryminacji osób pochodzących z mniejszości afroamerykańskiej i latynoskiej, ponieważ brano pod uwagę również fakt zamieszkiwania w określonej okolicy. Te miejsca, w których mieszkali przedstawiciele mniejszości, były gorzej oceniane. W efekcie osoby reprezentujące te mniejszości automatycznie otrzymywały oferty droższych polis ubezpieczeniowych.

W debacie publicznej od bardzo dawna porusza się temat tzw. profilowania etnicznego i rasowego – czyli podejmowania pewnych czynności (np. zatrzymania) przez organy ścigania wobec konkretnych osób, tylko ze względu na ich przynależność do danej grupy etnicznej.

Rozpatrując temat profilowania, które może prowadzić do dyskryminacji, należy podkreślić znaczenie ochrony tzw. danych wrażliwych (szczególnych, sensorywnych). Katalog takich danych wyróżnia się ze względu na dużo większe zagrożenie naruszenia prywatności czy intymności, niż jest to dostrzegane w przypadku innych danych. Wytyczne ONZ dotyczące ochrony danych osobowych w pkt. 5 (zakaz dyskryminacji) wskazują, że nie powinno się gromadzić takich danych, które mogą w konsekwencji prowadzić do niezgodnej z prawem lub nieuzasadnionej dyskryminacji. Wytyczne wskazują na przykłady takich danych, którymi są: informacje o „pochodzeniu etnicznym i rasowym”, „kolorze skóry”, „życiu seksualnym”, „poglądom politycznym, religijnym, filozoficznym oraz innym” oraz „przynależności do związku zawodowego”. Na gruncie Dyrektywy 95/46 do katalogu danych wrażliwych zaliczono dane ujawniające: „pochodzenie rasowe lub etniczne, opinie polityczne, przekonania religijne lub filozoficzne, przynależność do związków zawodowych” oraz dane dotyczące zdrowia i życia seksualnego. Polska ustawa w art. 27 poszerzyła ten katalog (który jest katalogiem zamkniętym) o informacje dotyczące „przynależności partyjnej i wyznaniowej”, „nałogów” i „kodu genetycznego”. Zgodnie z tym przepisem, zasadą jest zakaz przetwarzania tego typu informacji.

W 2012 r. Komisja Europejska zaproponowała projekt rozporządzenia o ochronie danych osobowych, który gruntownie przebudowuje europejskie prawo w tym obszarze. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych (dalej: RODO) ma obowiązywać bezpośrednio w całej Unii Europejskiej, czyli automatycznie zastąpi istniejące przepisy (w Polsce – ustawę o ochronie danych osobowych). Projekt rozporządzenia stwarza również ważną gwarancję dotyczącą przeciwdziałania dyskryminacji. Zakazane jest więc profilowanie, które prowadzi do dyskryminacji ze względu na rasę, pochodzenie etniczne, poglądy polityczne, religię bądź przekonania, przynależność do związków zawodowych, orientację seksualną bądź tożsamość płciową lub skutkuje środkami mającymi taki efekt (art. 20 ust. 3 zd. 1). Zabronione jest również profilowanie, które opiera się tylko na danych wrażliwych (art. 20 ust. 3 zd. 2). Wśród innych gwarancji, które projekt ten ustanawia w kontekście profilowania, znajduje się obowiązek administratora danych do wprowadzenia skutecznej ochrony przed dyskryminacją wynikającą z profilowania (art. 20 ust. 3).

W maju 2014 r. w życie weszła nowelizacja Ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy oraz niektórych innych ustaw, a także Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie profilowania pomocy dla bezrobotnego. Na podstawie przywołanych aktów prawnych wprowadzono mechanizm profilowania pomocy dla osób bezrobotnych. Według par. 2 rozporządzenia dot. profilowania pomocy dla bezrobotnego, ustalenie profilu odbywa się poprzez analizę sytuacji bezrobotnego i jego szans na rynku pracy. W trakcie analizy bierze się pod uwagę takie dane, jak: wiek, płeć, poziom wykształcenia, umiejętności, uprawnienia i doświadczenie zawodowe, stopień niepełnosprawności, określony posiadany orzeczeniem o niepełnosprawności. W trakcie profilowania urząd pracy nie przetwarza wielu danych wrażliwych (np. niepełnosprawność czy informacje dotyczące ograniczeń zdrowotnych, wpływających na potencjał zatrudnienia bezrobotnego). Dodatkowo o przydzieleniu do określonego profilu decydują takie cechy, jak wiek czy płeć. W praktyce może więc dochodzić do różnicowania sytuacji konkretnej osoby bezrobotnej ze względu na wymienione powyżej kryteria, co można uznać za stosowanie zakazanych praktyk dyskryminacyjnych.

Rekomendacje

- **Wprowadzenie generalnego zakazu stosowania technik opartych na profilowaniu** – od zakazu mogłyby istnieć wyjątki wynikające z zawarcia czy wykonywania umowy lub jednoznacznych i precyzyjnych przepisów prawnych na poziomie ustawowym. Wyjątki powinny mieć zastosowanie tylko wtedy, gdy samo profilowanie jest konieczne oraz przy wprowadzeniu odpowiednich gwarancji ochrony.
- **Zwiększenie przejrzystości procedury profilowania** – zaleca się w tym celu przyznanie jednoznacznego prawa do zapoznania się przez osobę, której profilowanie dotyczy, z kryteriami wykorzystanymi do utworzenia przypisanego do niej profilu. Uprawnienie takie powinno nie tylko obejmować informacje o wykorzystywanych danych, ale również o metodach ich przetwarzania, wyciąganych wnioskach czy przypisywanej punktacji, a także o samym fakcie sprofilowania.
- **Zapewnienie gwarancji proceduralnych** – jeśli profilowanie prowadzi do podjęcia określonych rozstrzygnięć wobec konkretnej osoby, powinna ona mieć możliwość odwołania się od niej, czyli ponownego rozpoznania sprawy. Musi istnieć również droga odwoławcza do niezależnego organu lub sądu.
- **Obowiązek przeprowadzania szczegółowej oceny technik opartych na profilowaniu ze względu na prawa i wolności człowieka** – ocena powinna obejmować wpływ na ochronę danych osobowych oraz zasadę równego traktowania i być przedstawiana odpowiednim organom kontrolnym.
- **Przeprowadzenie szkoleń dla funkcjonariuszy służb mundurowych co do mechanizmów profilowania z praw i wolności człowieka.**

DYSKRYMINACJA ZE WZGLĘDU NA WYZNANIE³⁷

Zróznicowanie wyznaniowe społeczeństwa stanowi niewątpliwie wyzwanie dla prawa. Gwarantując wolność sumienia i wyznania (art. 53 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej), musi ono przede wszystkim zawierać skuteczne mechanizmy ochrony przed dyskryminacją ze względu na wyznanie. Powinno także zapewniać osobom należącym do mniejszościowych grup wyznaniowych prawa umożliwiające pełną realizację ich wolności religijnej.

Racjonalne usprawnienia są pojęciem, które w prawie międzynarodowym i europejskim jest wyraźnie powiązane jedynie z niepełnosprawnością jako zakazanym kryterium dyferencjacji. Nie oznacza to, rzecz jasna, że nie istnieją w poszczególnych państwach ułatwienia dla osób będących wyznawcami religii innych niż dominująca. Można bowiem, jak się zdaje, ujmować racjonalne usprawnienia w dwóch wymiarach – indywidualnym i instytucjonalnym. W wymiarze indywidualnym byłyby one zbieżne z rozumieniem odnoszącym się do niepełnosprawności, a zatem można by je zdefiniować jako obowiązek podjęcia (przede wszystkim przez pracodawcę) środków koniecznych i właściwych w konkretnym przypadku do zapewnienia korzystania przez osobę określonego wyznania z wszelkich praw i wolności na zasadzie równości z innymi osobami. W tym wymiarze racjonalne usprawnienia są obecne w prawodawstwie Stanów Zjednoczonych, Kanady, Republiki Południowej Afryki czy Nowej Zelandii. Z kolei w krajach, w których nie wprowadzono racjonalnych usprawnień na wzór tych związanych z niepełnosprawnością, funkcjonują często pewne ułatwienia na poziomie legislacyjnym związane z gwarancjami wolności sumienia i wyznania.

Na mocy art. 42 Ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania pracownicy należący do Kościołów lub związków wyznaniowych, których święta religijne nie są dniami ustawowo wolnymi od pracy, mogą na własną prośbę uzyskać zwolnienie od pracy

³⁷ Skrót ekspertyzy autorstwa M. Kułaka pt. *Prawa osób należących do mniejszości wyznaniowych a zakaz dyskryminacji – czy w prawie polskim istnieje obowiązek wprowadzania racjonalnych usprawnień?*. Pełny tekst ekspertyzy dostępny jest na stronie <www.ptpa.org.pl> w zakładkach „Publikacje” i „Opinie”.

na czas niezbędny do obchodzenia tych świąt, zgodnie z wymogami wyznawanej przez nich religii. Prawo to co do zasady jest bezwarunkowe, gdyż ustawa pozwala uzależnić skorzystanie z niego jedynie od odpracowania udzielonego czasu wolnego w dni ustawowo wolne od pracy lub w formie nadgodzin, ale bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia z tego tytułu; art. 42 ustawy nie traktuje tego warunku w sposób bezwzględny, pozostawiając w gestii pracodawcy kwestię obligatoryjności odpracowania czasu zwolnienia. Takie zasady dotyczą jednak jedynie wyznań, w których konieczność udzielania dni wolnych pojawia się sporadycznie – jeśli bowiem okazałoby się, że religia zobowiązuje pracownika do udziału w świętach przypadających co tydzień w określonym dniu, to wówczas pracownik może zwrócić się nie o udzielenie zwolnienia, ale o ustalenie indywidualnego rozkładu czasu pracy. Wydaje się, że pracodawcy nie przysługuje prawo odmowy udzielenia takiego dnia wolnego po dokonaniu jakiegokolwiek formy kontroli, gdyż stanowiłoby to nadmierną ingerencję w sferę wolności sumienia i wyznania pracownika, a poza tym właściwe przepisy nie przewidują żadnej możliwości weryfikacji wniosku.

Poza udzielaniem czasu wolnego na obchodzenie świąt religijnych, za usprawnień umocowane ustawowo można by uznać również przepisy dotyczące instytucji klauzuli sumienia. Choć wprost nie odnoszą się one do mniejszości religijnych, to jednak w swojej istocie dotyczą godzenia życia zawodowego z religijnym, tak jak racjonalne usprawnień. W prawie polskim nie ma generalnej klauzuli pozwalającej odmawiać wykonania jakiegoś świadczenia, usługi czy polecenia z powołaniem się na ich sprzeczność z wyznawanym systemem wartości – możliwość taką przewidziano jedynie w stosunku do lekarzy i lekarzy dentyistów. Stanowi ona wyjątek od zasady, jaką jest konieczność udzielenia świadczenia, a więc swojego rodzaju specjalne dostosowanie dla osób, które mogą znaleźć się w sytuacji konfliktu pomiędzy nakazami własnych przekonań a obowiązkami zawodowymi.

Nie można stwierdzić, że prawo wprost nakazuje pracodawcy uwzględnianie indywidualnych potrzeb religijnych pracowników. W związku z koncepcją racjonalnych usprawnień jako „sankcji” za naruszenie zasady równego traktowania w postaci dyskryminacji pośredniej należy zastanowić się jednak, czy tożsamy obowiązek dokonywania takich usprawnień można by wywieść z obowiązującego prawa antydyskryminacyjnego, traktując za punkt wyjścia kwestię

sankcji za nierówne traktowanie pracowników w formie dyskryminacji pośredniej. W przypadku dyskryminowania pośredniego sankcją będzie nieobowiązywanie postanowień sprzecznych z zasadą równego traktowania na mocy art. 9 § 4 kodeksu pracy. Jeśliby zatem racjonalne usprawnienia postrzegać jako narzędzie neutralizacji przejawów dyskryminacji pośredniej, należałoby uznać, że z obecnie obowiązujących przepisów polskiego prawa pracy nie można odczytać w drodze wykładni obowiązku dokonywania takich usprawnień.

Nie można w związku z tym stwierdzić, że w prawie polskim istnieje obowiązek wprowadzania racjonalnych usprawnień związanych z wyznaniem osoby świadczącej pracę w jakiejkolwiek formie. Nie stanowią one sankcji względem przejawów dyskryminacji pośredniej, gdyż co do zasady w prawie polskim sankcje są określone w sposób wyczerpujący. Czasem jednak usprawnienia te mogą okazać się uzasadnionym narzędziem, niwelującym naruszenie zasady równego traktowania, znacznie łatwiejszym do zastosowania niż inne dostępne środki działania.

Rekomendacje

- **Przyznanie osobom świadczącym pracę na innej podstawie niż stosunek pracy prawa do dni wolnych na obchodzenie świąt religijnych** – obecnie prawo do takich dni wolnych przysługuje wyłącznie osobom, które są pracownikami w rozumieniu kodeksu pracy, podczas gdy współczesny rynek pracy w dużej mierze opiera się również na innych podstawach świadczenia pracy, przede wszystkim na umowach cywilnoprawnych. Wolność religijna osób „zatrudnionych” na ich podstawie nie jest zatem w pełni realizowana. Oczywiście problematyczny może być w tym zakresie fakt, że w ich przypadku trudno mówić o organizacji czasu pracy, który nie obowiązuje w związku z niestosowaniem przepisów kodeksu pracy. Należy jednak znaleźć możliwe w tym względzie, racjonalne i optymalne rozwiązania, by wolność wyznania nie była na poziomie ustawowym gwarantowana wybiórczo.
- **Nierozszerzanie obecnie istniejącego zakresu możliwości powoływania się na klauzulę sumienia na inne grupy za-**

wodowe niż lekarze i lekarze dentyści – możliwość powoływania się na klauzulę sumienia przy odmowie spełniania określonych świadczeń jest wyjątkowym narzędziem ochrony wolności sumienia, w związku z tym powinna być stosowana wyłącznie w szczególnych przypadkach. Nie byłby zatem uzasadniony postulat, by z prawa tego mogły korzystać inne grupy zawodowe niż lekarze, np. farmaceuci czy usługodawcy.

POTRZEBA INSTYTUCJONALIZACJI ZWIĄZKÓW OSÓB TEJ SAMEJ PŁCI³⁸

Zagadnienie ustawowej instytucjonalizacji pożycia praw jedнопłciowych należy do grupy najbardziej dyskutowanych kwestii antydyskryminacyjnych w Polsce w ostatniej dekadzie. Świadczyć może o tym nie tylko duża aktywność społeczności LGBT i reprezentujących ich interesy licznych organizacji pozarządowych, ale także pokaźna liczba inicjatyw legislacyjnych dyskutowanych w polskim parlamencie.

Nie można także nie zauważyć dynamicznie zmieniających się ustawodawstw wielu krajów nie tylko w Europie, ale i na świecie, które decydują się na ujmowanie w ramy prawne takich związków. Efektem zmieniającej się optyki coraz większej liczby państw na tę kwestię jest także orzecznictwo sądów międzynarodowych oraz rekomendacje organów międzynarodowych, które dostrzegają potrzebę, czasem wręcz konieczność, przyjmowania przepisów instytucjonalizujących pożycie par jedнопłciowych.

Próbując odpowiedzieć na pytanie, czy istnieje „potrzeba” wprowadzenia jakiejś formy rozwiązań prawnych, które regulowałyby pożycie związków osób tej samej płci, należy także wziąć pod uwagę problemy natury transgranicznej, które stają się coraz częstszym doświadczeniem, czy to w przypadku par, w których jedną ze stron jest obywatel polski, czy par obcokrajowców, które przekraczają granicę naszego kraju.

Ponadto ważnym elementem odpowiedzi na pytanie o potrzebę takiej instytucjonalizacji jest sam fakt bardzo wysokiego zapotrzebowania społeczności LGBT na takie rozwiązania prawne. Tak wynika z pierwszych kompleksowych badań³⁹ na temat życia rodzinnego osób nieheteroseksualnych – „Rodziny z wyboru w Polsce”, które

³⁸ Streszczenie ekspertyzy autorstwa J. Pawliczaka pt. *Potrzeba instytucjonalizacji związków osób tej samej płci*. Pełny tekst ekspertyzy dostępny jest na stronie <www.ptpa.org.pl> w zakładkach „Publikacje” i „Opinie”.

³⁹ J. Mizielińska, M. Abramowicz, A. Stasińska, *Rodziny z wyboru w Polsce. Życie rodzinne osób nieheteroseksualnych*, Warszawa 2014 r.

w 2014 r. zostało zrealizowane w Instytucie Psychologii Polskiej Akademii Nauk. Z badań tych wynika, że aż 75% zbadanych chciałoby sformalizować swój obecny związek. Jednym z istotnych powodów takiego stanowiska, oprócz – rzecz jasna – realizacji potrzeb uczuciowych oraz uznania związku przez rodzinę i otoczenie, jest potrzeba zabezpieczenia i uporządkowania partnerskich spraw majątkowych.

W obowiązującym stanie prawnym dwie osoby tej samej płci nie mogą w żaden sposób sformalizować wzajemnej relacji osobisto-majątkowej. Jedyne prawnie zinstytucjonalizowany (formalny) związek osobisty, który przewiduje prawo polskie, czyli małżeństwo, dostępny jest wyłącznie dla dwóch osób różnej płci. Osoby tej samej płci mogą pozostawać w związkach nieformalnych (faktycznych), zwanych także partnerskimi. Związek nieformalny to związek powstały wskutek podjęcia wspólnego życia przez jego strony (partnerów). Nawiązanie relacji nieformalnej, w przeciwieństwie do zawarcia małżeństwa, nie jest czynnością prawną, ale faktyczną.

Prawo polskie nie przewiduje kompleksowej regulacji związków nieformalnych (bez względu na płeć partnerów). Partnerom związków nieformalnych, nawet tych długotrwałych, na ogół nie przysługuje z mocy prawa ochrona na wypadek rozpadu związku lub śmierci partnera. Regulacja tych związków ogranicza się do przyznawania partnerom ściśle określonych i raczej ograniczonych uprawnień, uzasadnionych istniejącymi między nimi bliskimi stosunkami osobistymi.

Osoby pozostające w związku nieformalnym, bez względu na płeć, mogą zawierać umowy zobowiązaniowe (np. umowę renty, spółki, umowy nienazwane). Umowy te mogą wywołać skutki majątkowe ograniczone do stosunków między ich stronami. Jako stworzone z myślą o typowym obrocie cywilnoprawnym, nie mogą jednak należycie uwzględnić osobowego aspektu partnerskich więzi majątkowych.

Biorąc pod uwagę obowiązujący stan prawny, w którym związku partnerskim osób tej samej płci przysługuje tylko bardzo ograniczona ochrona, należy przyjąć, że istnieje potrzeba instytucjonalizacji tych związków w postaci otwarcia dla par osób tej samej płci dostępu do małżeństwa albo – co stanowi przedmiot niniejszej opinii – wprowadzenia instytucji zarejestrowanego związku partnerskiego osób tej samej płci.

W państwach należących do systemu prawa cywilnego najbardziej popularną metodą regulowania związków nieformalnych osób tej samej płci jest metoda rejestrowa. Polega ona na umożliwieniu partnerom tych związków zawarcia małżeństwa lub nowego rodzaju związku formalnego – tzw. zarejestrowanego związku partnerskiego. Mówi się wówczas o instytucjonalizacji związków partnerskich, czyli wprowadzeniu rozwiązań, które nadają im ramy prawne. Związek zinstytucjonalizowany uzyskuje status normatywny, a prawa i obowiązki stron związku generowane są przez przepisy prawa.

Ramy konstytucyjne

Szereg przepisów Konstytucji z 1997 r., a także wstęp do niej, może mieć istotne znaczenie dla analizy dopuszczalności instytucjonalizacji związków osobistych, alternatywnych wobec tradycyjnie rozumianego małżeństwa. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego brak jest wypowiedzi w sprawie dopuszczalności instytucjonalizacji związków partnerskich osób tej samej płci. W literaturze naukowej i publicystyce najczęściej uwagi w tym kontekście poświęca się art. 18 Konstytucji. Przepis ten wyznacza cele i zadania władzy publicznej, nakładając na nią obowiązek ochrony i opieki małżeństwa, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa. Przepis ten przewiduje również gwarancję instytucjonalną małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny. W literaturze prezentowane jest stanowisko (obok innych, niekiedy przeciwnych), że obowiązująca regulacja konstytucyjna, w tym art. 18 ustawy zasadniczej, nie stanowi przeszkody w instytucjonalizacji związków partnerskich osób tej samej płci. Pogląd ten jest uzasadniony, albowiem nie ma żadnych wyraźnych podstaw normatywnych, żeby przewidzianą w art. 18 Konstytucji zasadę ochrony małżeństwa (jako związku kobiety i mężczyzny) rozumieć tak bezwzględnie, iż wykluczałaby instytucjonalizację związków partnerskich osób tej samej płci. Art. 18 Konstytucji, nakazując ochronę i opiekę małżeństwa (jako związku kobiety i mężczyzny), nie przewiduje zakazu ustanawiania innych związków między ludźmi. Przepis ten obejmuje ochroną nie tylko małżeństwo, lecz także rodzinę, która niekoniecznie musi być oparta na związku małżeńskim. Dla instytucjonalizacji związków osób tej samej płci nie jest wymagana wyraźna podstawa konstytucyjna. Z art. 18 Konstytucji wynika, że małżeństwo jest chronione jako związek kobiety i mężczyzny. Regulacja formalnego związku partnerskiego

dwóch osób tej samej płci, niezależnie od tego, czy cywilnoprawny charakter tego związku byłby zbliżony do charakteru prawnego małżeństwa, nie byłaby sprzeczna z art. 18 Konstytucji ani nie stanowiłaby „obejścia” tego przepisu. W polskim porządku prawnym zarejestrowany związek partnerski osób tej samej płci od małżeństwa zawsze odróżniałyby nie tylko cechy w pewnym sensie „formalne” (nazwa związku, odrębna regulacja prawna), ale także przesłanka dotycząca płci stron, która – w świetle Konstytucji – decydowałaby o odmiennej naturze związku partnerskiego.

Trudno doszukiwać się w instytucjonalizacji związków osób tej samej płci jakiegokolwiek zagrożenia dla tradycyjnie rozumianego małżeństwa i rodziny. Za granicą dotychczas nie zaktualizowały się obawy przed osłabieniem szczególnej pozycji społecznej i prawnej małżeństwa, które podnosili przeciwnicy instytucjonalizacji związków partnerskich osób tej samej płci. Zainteresowanie par osób tej samej płci wymagającym reżimem prawnym małżeństwa lub do niego zbliżonym powinno być oceniane pozytywnie. Zawarcie przez te osoby formalnego związku wiązałoby się z przyjęciem odpowiedzialności za siebie, w tym finansowej, co mogłoby się przyczynić do odciążenia państwa w realizacji jego funkcji socjalnych, a nie stanowić dodatkowego obciążania dla budżetu.

Fundamentalne wartości konstytucyjne, takie jak: godność człowieka, wolność i równość, nie tylko przemawiają za dopuszczalnością instytucjonalizacji związków partnerskich osób tej samej płci, lecz także uzasadniają przyjęcie takiej regulacji. Uznanie Rzeczypospolitej za dobro wspólne wszystkich obywateli (art. 1 Konstytucji) powoduje, że ustawodawca powinien uwzględniać interesy, potrzeby i przekonania nie tylko większości, lecz także mniejszości. W świetle Konstytucji państwo ma obowiązek zapewnienia ochrony prawnej partnerom tej samej płci. Obowiązujące rozwiązania prawa cywilnego są w tym zakresie niewystarczające, albowiem mają charakter szcątkowy i nie zapewniają ochrony efektywnej (rzeczywistej), która powinna być dostosowana do osobistej natury stosunków partnerskich.

Standardy międzynarodowe

W dyskusji nad instytucjonalizacją związków osób tej samej płci w Polsce wziąć także należy ewolucję rozumienia przez Europejski Trybunał Praw Człowieka pojęcia „życia rodzinnego”, o którym mowa

w art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Przepis ten przewiduje, że każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego. W wyroku z 24 czerwca 2010 r. w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii* Trybunał stwierdził, że w świetle przemian społecznych ochrona życia rodzinnego powinna mieć zastosowanie także do partnerów tej samej płci, tworzących stałe związki. Strasburski Trybunał stwierdził, że pary osób tej samej płci są tak samo zdolne do stworzenia trwałego i zaangażowanego związku, jak pary osób różnej płci, a zatem znajdują się w podobnej do nich sytuacji co do potrzeby prawnego uznania (*legal recognition*) wzajemnych relacji. Natomiast 21 lipca 2015 r. ETPC wydał wyrok w sprawie *Oliari i inni przeciwko Włochom*, w którym stwierdził naruszenie wynikającego z art. 8 EKPC obowiązku zapewnienia partnerom tej samej płci pozostającym w trwałych związkach określonych ram prawnych (*a specific legal framework*), takich jak zarejestrowany związek partnerski, pozwalających na uznanie i odpowiednią ochronę prawną ich relacji.

Podsumowując, należy podkreślić, że Konstytucja RP dopuszcza instytucjonalizację związków partnerskich osób tej samej płci, pozostawiając ustawodawcy pewien zakres swobody co do określenia charakteru prawnego takiej regulacji. Korzystając z tej swobody, ustawodawca powinien przyjąć rozwiązania, które uzasadnione są wynikami badań naukowych. Instytucjonalizacja związków partnerskich nie może być postrzegana wyłącznie jako wyraz polityki symbolicznej – zagwarantowania partnerom tej samej płci jakiegokolwiek prawnego (formalnego) uznania przez państwo. Zasadniczym celem zarejestrowania związku partnerskiego, tak jak zawarcia małżeństwa, jest uzyskanie przez partnerów ochrony prawnej, która umożliwia im organizowanie wspólnego życia.

Rekomendacje

- **Opracowanie i przyjęcie rozwiązania prawnego, które wprowadziłoby do polskiego systemu instytucję regulującą pożycie par osób tej samej płci** – regulacja tego związku powinna zapewnić partnerom efektywne instrumenty, pozwalające określać wzajemne stosunki osobiste i majątkowe, a także chronić te stosunki, gdyby partnerzy nie podjęli odpowiednich działań prawnych. Kształt norma-

tywny tej instytucji związku, tak jak małżeństwa, powinien przyczyniać się do zapewnienia trwałości relacji między stronami, w szczególności jeżeli wspólnie wychowują dzieci. Reguły rządzące formalnym związkiem partnerskim powinny być na tyle zrozumiałe, żeby partnerzy mogli przewidzieć skutki związania się stosunkiem prawnym, a sądy sprawiedliwie orzekać w ich sprawach.

ZMIANA OZNACZENIA PŁCI METRYKALNEJ

W polskim systemie prawnym kwestia korekty płci metrykalnej nadal nie jest uregulowana na poziomie ustawowym, a praktyka w tym względzie odbywa się jedynie na podstawie orzecznictwa Sądu Najwyższego, który oparł procedurę zmiany oznaczenia płci na brzmieniu art. 189 kodeksu postępowania cywilnego, czyli w drodze powództwa o ustalenie (pogląd ten jest już ugruntowany w praktyce orzeczniczej). Uznał bowiem, że płeć człowieka jako część jego integralności seksualnej jest elementem prawa stanu należącego do kategorii praw osobistych, chronionych przepisami kodeksu cywilnego. Poczucie przynależności do określonej płci można zatem uznać za dobro osobiste podlegające ochronie w trybie art. 189.

Utrwalona jest również praktyka pozywania przez powoda/powódkę jego/jej rodziców, jako że powództwo wnoszone na tej podstawie jest rozpoznawane w trybie procesowym. W ostatnim czasie pojawia się w orzecznictwie sądów problem, na ile legitymację bierną w tym procesie mają również dzieci powoda/powódkę – coraz częściej przyjmowany jest pogląd, że i one powinny być w pewnej mierze uczestnikami postępowania. Obecny stan prawny, a w zasadzie ustawowy brak regulacji wypełniony orzecznictwem Sądu Najwyższego, należy oceniać negatywnie z punktu widzenia ochrony praw osób transpłciowych. Po pierwsze, brak regulacji ustawowej oznacza, że sądy rozpoznające poszczególne sprawy mają dużą swobodę proceduralną związaną choćby z przeprowadzaniem postępowania dowodowego, stawianiem wymogów terapii czy określeniem kręgu osób uczestniczących w postępowaniu. Stwarza to u powodów/powódek brak pewności co do przebiegu procesu, a poczucie bezpieczeństwa jest przecież w sprawach o zmianę oznaczenia płci niezwykle istotne. Po drugie, fakt, że rozpoznanie sprawy następuje w trybie procesowym, nie sprzyja poszanowaniu godności i prawa do decydowania o swoim życiu osób transpłciowych wobec konieczności pozwania rodziców powoda/powódkę. Ci ostatni, jako strona pozwana, mogą przedstawiać chociażby wnioski

przeciwne do strony powodowej, dążąc do oddalenia powództwa. Konieczność pozwania własnych rodziców powoduje, że decyzja o wystąpieniu z pozwem o zmianę oznaczenia płci jest ze względów rodzinnych jeszcze trudniejsza.

W celu zmiany tej sytuacji w 2013 r. złożono poselski projekt ustawy o uzgodnieniu płci (druk sejmowy nr 1469). Jego głównym założeniem było prowadzenie postępowania w sprawach o uzgodnienie płci w trybie nieprocesowym oraz zachowanie jak dotychczas właściwości sądów okręgowych, z tą różnicą, że wprowadzono skład trzech sędziów zawodowych. Dla uproszczenia postępowania proponowano, by sąd rozpoznający sprawę mógł przestać na oświadczeniu wnioskodawcy o tożsamości płciowej odmiennej od płci metrykalnej oraz orzeczeniach wydanych przez dwóch lekarzy ze specjalizacją w dziedzinie psychiatrii lub seksuologii albo orzeczenie wydane przez jednego lekarza ze specjalizacją z seksuologii, stwierdzających utrwalone występowanie tożsamości płciowej, odmiennej od płci metrykalnej (stanowiących obligatoryjne załączniki do wniosku), bez konieczności dopuszczania dowodu z opinii biegłych. Przewidywano również brak wymogu uprzedniego poddania się jakiegokolwiek interwencji medycznej, zmierzającej do korekty zewnętrznych lub wewnętrznych cech płciowych. Co istotne, proponowano także wprowadzenie mechanizmu ochrony osób interseksualnych, czyli posiadających cechy charakterystyczne dla obu płci lub których płci nie da się określić jednoznacznie na podstawie tych cech, polegającego na zakazie dokonywania bez ich zgody nieodwracalnych interwencji medycznych (korektę zewnętrznych lub wewnętrznych cech płciowych), o ile nie są one podejmowane dla ratowania życia (dolną granicę wieku dla wyrażenia zgody określono wówczas na poziomie trzynastu lat). Projekt przewidywał poza tym kwestie wymiany dokumentów i innych skutków prawomocnej zmiany oznaczenia płci metrykalnej, tj. m.in. wydanie nowego aktu urodzenia, świadectw, dyplomów i świadectw pracy czy przyznanie co do zasady praw i obowiązków związanych z płcią określoną w postanowieniu sądu.

Ustawę uchwalono 10 września 2015 r. w zmienionym kształcie, choć z zachowaniem głównego założenia projektu, czyli prowadzenia postępowania w trybie nieprocesowym. Ustawodawca zdecydował, że sprawy rozpatrywane będą wyłącznie przez Sąd Okręgowy w Łodzi,

co miało zapewnić profesjonalizację orzekania w sprawach o uzgodnienie płci. Uznano jednak ostatecznie, że wniosek o uzgodnienie płci będzie mogła złożyć osoba posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych, podczas gdy projekt poselski w pierwotnej wersji zakładał pod pewnymi warunkami dopuszczalność złożenia wniosku przez osobę, która ukończyła szesnaście lat. Usunięto również m.in. przepis o ochronie osób interseksualnych przed nieodwracalnymi ingerencjami medycznymi. Ustawa nie weszła w życie w związku ze skorzystaniem przez Prezydenta RP z prawa weta i jego nieodrzuconiem przez Sejm, jednak stanowi ważny kontekst praw osób transpłciowych w Polsce, zawierając szereg rekomendowanych rozwiązań.

Rekomendacje

- **Wprowadzenie regulacji zmiany oznaczenia płci metrykalnej na poziomie ustawowym** – podstawową korzyścią z wprowadzenia regulacji na poziomie ustawowym jest usunięcie stanu niepewności co do procedury. Niepewność ta jest spowodowana ryzykiem niejednorodnych wymagań wobec powodów/powódek, związanych chociażby z niejasnością co do konieczności przejścia terapii hormonalnej i innymi elementami postępowania dowodowego. Brak procedury rodzi ryzyko zbyt szerokiej dowolności prowadzenia takich postępowań i nieracjonalnego zróżnicowania praktyki w zależności od sądu. Do uznania ustawodawcy pozostaje wybór metody regulacji zmiany oznaczenia płci, dokonywanej w drodze sądowej albo administracyjnej (poprzez złożenie wniosku do właściwego organu i dokonanie zmiany na podstawie oświadczenia osoby zainteresowanej, bez konieczności przeprowadzania postępowania dowodowego, jak np. w Argentynie). Wybrana metoda nie może w żadnym stopniu naruszać standardów ochrony praw człowieka – powinna ona zapewnić pełne poszanowanie godności, życia prywatnego oraz prawa do samostanowienia osób transpłciowych, a także jak najszybsze rozpoznanie sprawy bez zbędnej zwłoki (np. poprzez możliwość ograniczenia postępowania do oświadczenia osoby wnoszącej o zmianę oznaczenia płci oraz opinii wydanych przez niezależnych od siebie lekarzy, jeśli nie budzą one uzasadnionych wątpliwości).

- **Pozostawienie kwestii medycznych poza zakresem regulacji ustawowej** – wprowadzona ustawa nie powinna regulować zagadnień medycznych związanych np. z koniecznymi zabiegami, gdyż jest to kwestia nie o charakterze prawnym, ale związana wyłącznie z wiedzą i zaleceniami medycznymi. Przejście procedury zmiany oznaczenia płci nie powinno być powiązane z jakimikolwiek obowiązkami natury medycznej, tj. np. koniecznością przejścia sterylizacji czy poddania się terapii hormonalnej jeszcze przed prawomocnym orzeczeniem o zmianie oznaczenia płci. Decyzje w tym zakresie należą bowiem tylko do pacjenta/pacjentki i podejmowane powinny być wyłącznie zgodnie ze stanem najnowszej wiedzy medycznej, a nie w związku z przepisami ustawy. W tym zakresie dopuszczalne, jest w świetle standardów ochrony praw człowieka, tylko wyraźne zaznaczenie, że pozbawienie zdolności płodzenia nie stanowi przestępstwa, jeśli jest następstwem zabiegu operacyjnej korekty płci, podejmowanym po prawomocnej zmianie oznaczenia płci.
- **Ustalenie procedury w formie postępowania nieprocesowego w przypadku wyboru sądowej metody zmiany oznaczenia płci** – jednym z największych mankamentów obecnie obowiązującej praktyki jest konieczność pozywania przez powoda/powódkę jego/jej rodziców, co budzi wątpliwości zarówno z punktu widzenia poszanowania godności osób transpłciowych i ich rodziców, racjonalności postępowania, jak też względów moralnych. Przedmiot postępowania jest ściśle związany z osobą wnoszącą o zmianę oznaczenia płci, w związku z tym nie ma uzasadnienia, by sprawę rozpoznawać w trybie, w którym występują dwie strony o przeciwnych interesach. Postępowanie w trybie nieprocesowym zatem lepiej odpowiada istocie rozpoznawanej sprawy, zapewniając jednocześnie poszanowanie praw osób transpłciowych, w tym prawa do samostanowienia czy prawa do poszanowania życia rodzinnego. Poza tym gdyby ktoś z jakiegoś względu posiadał związany z jego prawami interes w rozstrzygnięciu sprawy, mógłby zgłosić w niej swój udział, zgodnie z ogólnymi zasadami postępowania nieprocesowego.

- **Wprowadzenie ochrony osób interseksualnych przed przedwczesnymi interwencjami medycznymi** – wskazaniami do przeprowadzenia zabiegów trwale wpływających na zewnętrzne lub wewnętrzne cechy płciowe powinny być wyłącznie przyczyny medyczne związane z ratowaniem życia lub zdrowia pacjenta/pacjentki. Przeprowadzanie zabiegów, które nie są do tego konieczne, a które mają jedynie na celu zachowanie cech płciowych związanych z jedną płcią (wedle uznania lekarzy), rodzą ryzyko, że wybór dokonany za tę osobę spowoduje u niej trwałe poczucie rozbieżności między rzeczywistą płcią a płcią biologiczną, pociągając tym samym konieczność przeprowadzenia długotrwałej terapii hormonalnej czy zabiegów operacyjnych w dorosłym życiu. Wprowadzenie ochrony przed przeprowadzaniem zabiegów bez zgody pacjenta/pacjentki pozwoliłoby zatem na pełną realizację jego/jej prawa do samostanowienia. Do uznania ustawodawcy pozostaje kwestia ustalenia warunków wyrażenia takiej zgody, jednak zasadne wydaje się dopuszczenie do wyrażenia jej przez osoby posiadające ograniczoną zdolność do czynności prawnych, np. po uzyskaniu zgody przedstawicieli ustawowych lub sądu. Oczywiście wiąże się to również z koniecznością wprowadzenia zmian proceduralnych związanych chociażby z oznaczeniem płci w dokumentach.
- **Wprowadzenie prostej i szybkiej procedury wymiany dokumentów po prawomocnej zmianie oznaczenia płci metrykalnej** – dla pełnej realizacji postanowienia o zmianie oznaczenia płci konieczna jest możliwie jak najszybsza wymiana dokumentów, przede wszystkim dokumentów tożsamości, aktu urodzenia oraz dokumentów potwierdzających kwalifikacje, wykształcenie lub staż pracy. Wymiana ta powinna być bezpłatna.
- **Zwolnienie wnioskodawców w sprawach o zmianę oznaczenia płci metrykalnej z konieczności wnoszenia opłaty lub ustalenie właściwej opłaty na niskim poziomie oraz pełna refundacja zabiegów medycznych związanych ze zmianą oznaczenia płci** – różne badania społeczne pokazują, że często z różnych przyczyn osoby transpłciowe żyją w ubóstwie. Z tego względu wskazane byłoby jak największe

zminimalizowanie kosztów prowadzenia postępowania sądowego lub administracyjnego o zmianę oznaczenia płci, by procedura była dostępna dla każdej zainteresowanej osoby (również z wykorzystaniem obecnie istniejących środków, jak np. zwolnienie z opłat w indywidualnych przypadkach). Z tego samego względu konieczna wydaje się pełna refundacja zabiegów medycznych związanych ze zmianą oznaczenia płci, których szczegółowy zakres pozostaje do ustalenia przez właściwe do tego podmioty. Terapia hormonalna oraz zabiegi operacyjne są bowiem niezwykle kosztowne, a konieczność pozyskiwania środków na nie opóźnia osiągnięcie przez osobę transpłciową pożądanego stanu.

KONWENCJA ONZ O PRAWACH OSÓB NIEPEŁNOSPRAWNYCH.- WYKONYWANIE, WDRAŻANIE, PRZYSTĄPIENIE DO PROTOKOŁU FAKULTATYWNEGO

Polska ratyfikowała Konwencję o prawach osób niepełnosprawnych w 2012 r. Konwencja jest pierwszym dokumentem prawa międzynarodowego, który w sposób kompleksowy i horyzontalny podchodzi do tematu niepełnosprawności. Zawiera w związku z tym szereg przepisów dotyczących różnych sfer życia, np.: dostępu do wymiaru sprawiedliwości, mobilności, dostępu do informacji, prawa do prywatności, edukacji, zdrowia, ochrony zdrowia, udziału w życiu publicznym i kulturalnym czy zatrudnienia. Opiera się ona m.in. na zasadach niedyskryminacji, dostępności, inkluzywności, równości szans czy różnorodności. Polska złożyła zastrzeżenia dotyczące dwóch artykułów – art. 12 (równość wobec prawa) oraz art. 23 w zw. z art. 25 (poszanowanie domu i rodziny oraz zdrowie). Jeśli chodzi o pierwszy z nich, zastrzeżono, że Polska stosuje jego interpretację, umożliwiającą użycie instytucji ubezwłasnowolnienia w przypadkach określonych w prawie krajowym, rozumianego jako środek zabezpieczenia przed nadużyciami w sytuacji, gdy „wskutek choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego lub innego rodzaju zaburzeń psychicznych osoba nie jest w stanie kierować swoim postępowaniem”. Natomiast co do drugiego przewidziano, po pierwsze, że Polska nie będzie stosowała się do obowiązku uznania prawa wszystkich osób niepełnosprawnych do zawarcia małżeństwa (przy spełnieniu kryterium wieku) do czasu reformy instytucji ubezwłasnowolnienia w związku z obecnymi regulacjami kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, a po drugie, że uznanie prawa do podejmowania swobodnych i odpowiedzialnych decyzji względem posiadania dzieci nie prowadzi do uznania prawa do aborcji poza przypadkami wyraźnie określonymi w ustawodawstwie krajowym.

Konwencja powołała do życia Komitet Praw Osób Niepełnosprawnych, którego głównym zadaniem jest rozpatrywanie sprawozdań z wykonywania Konwencji przedstawianych przez państwa będące jej stronami. Na mocy protokołu dodatkowego przyznano Komitetowi również kompetencję do rozpatrywania skarg indywidualnych przeciwko państwom, podobnie jak w przypadku chociażby Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet czy Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej. Polska nie ratyfikowała tego protokołu, w związku z tym wykonywanie przez nią konwencji nie podlega kontroli w tym trybie.

Rekomendacje

- **Ratyfikowanie protokołu dodatkowego do konwencji** – nie można mówić o pełnym wdrażaniu przepisów konwencji bez ratyfikowania protokołu dodatkowego, przyznającego jednostkom prawo kierowania skarg indywidualnych do Komitetu Praw Osób Niepełnosprawnych. Wprowadzenie bowiem takiej procedury, z jednej strony, przyznaje obywatelom/obywatelkom możliwość poszukiwania międzynarodowej ochrony w przypadku naruszenia ich praw, a z drugiej wprowadza alternatywny wobec rządowych sprawozdań mechanizm kontroli wdrażania przepisów konwencji.
- **Wprowadzenie w prawie zmian niezbędnych dla wdrożenia przepisów konwencji**, tj. m.in.:
 - a) **nowelizacja ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania** – konwencja opiera się m.in. na zasadzie niedyskryminacji i nakłada na państwa obowiązek zakazania jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność oraz zagwarantowania osobom niepełnosprawnym jednakowej dla wszystkich i skutecznej ochrony przed dyskryminacją z jakichkolwiek względów (art. 5). Ustawa wdrożeniowa tymczasem wprowadza swoistą hierarchię zakazanych kryteriów dyferencjacji, różnicując zakres ochrony w zależności od obszaru przedmiotowego. Osoby z niepełnosprawnościami nie są na jej gruncie chronione przed dyskryminacją w dostępie do oświaty i szkolnictwa wyższego, służby zdrowia oraz zabezpieczenia społecz-

nego. Ustawa wypełnia, co prawda, minimalny standard ochrony, obowiązujący w Unii Europejskiej, ale nie gwarantuje wdrożenia przepisów konwencji, będącej przecież prawem powszechnie obowiązującym w polskim porządku prawnym. Konieczna jest zatem jej nowelizacja, rozszerzająca ochronę osób z niepełnosprawnościami przed dyskryminacją na wszystkie obszary życia;

b) reforma instytucji ubezwłasnowolnienia – konwencja zobowiązuje państwa do zapewnienia, że wszelkie środki związane z korzystaniem ze zdolności prawnej obejmować będą odpowiednie i skuteczne zabezpieczenia w celu zapobiegania nadużyciom, gwarantujące jednocześnie poszanowanie woli preferencji osoby z niepełnosprawnością, proporcjonalne i dostosowane do sytuacji danej osoby, stosowane przez możliwie najkrótszy czas, podlegające niezależnej kontroli okresowej (art. 12). Zdaje się, że instytucja ubezwłasnowolnienia w obecnym kształcie nie spełnia tych wymogów. Przede wszystkim nie uwzględnia ona potrzeb osoby, wobec której jest stosowana, gdyż jest instytucją mało elastyczną, występującą jedynie w dwóch wariantach (częściowym i całkowitym). Ponadto często jest stosowana bezterminowo i bez należytej okresowej kontroli. Postuluje się zatem zastąpienie jej systemem wspieranego podejmowania decyzji, który w dużym stopniu akcentowałby samodzielność osoby z niepełnosprawnością i zapewniałby poszanowanie jej woli. Do uznania ustawodawcy pozostają szczegółowe rozwiązania w tym względzie, gwarantujące z jednej strony swobodę w korzystaniu ze zdolności do czynności prawnych przez osoby z niepełnosprawnościami, zaś z drugiej – obejmujące też odpowiednio wyważone mechanizmy chroniące przed nadużyciami czy wyzyskiem;

c) nowelizacja prawa rodzinnego w zakresie prawa do zawarcia małżeństwa – konwencja nakłada na państwa obowiązek uznania prawa wszystkich osób z niepełnosprawnościami do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny na podstawie swobodnie wyrażonej i pełnej zgody przyszłych małżonków, oczywiście

w przypadku spełniania kryterium przekroczenia wymaganej granicy wiekowej (art. 23). Tymczasem obecne regulacje prawa rodzinnego nie przewidują możliwości zawarcia małżeństwa przez osobę ubezwłasnowolnioną całkowicie, dotkniętą chorobą psychiczną lub niedorozwojem umysłowym. Oznacza to, że polskie prawo w sposób bezwzględny pozbawia niektóre grupy osób z niepełnosprawnościami prawa do swobodnego decydowania o swoim życiu rodzinnym (w przypadku osób ubezwłasnowolnionych) albo zmusza do uzyskiwania zgody na drodze sądowej (w sytuacji choroby psychicznej lub niedorozwoju umysłowego), domniemywając niejako, że ich stan zdrowia nie pozwala na zawarcie małżeństwa. Konieczna jest zatem w tym względzie nowelizacja, podobnie jak przy reformie instytucji ubezwłasnowolnienia, zapewniająca poszanowanie prawa do samostanowienia osób z niepełnosprawnościami;

- d) wprowadzenie skutecznych narzędzi umożliwiających urzeczywistnienie zasady dostępności** – konwencja podkreśla, że warunkiem niezależnego życia osób z niepełnosprawnościami i ich pełnego udziału we wszystkich sferach życia jest dostępność środowiska fizycznego (np. budynki), środków transportu (np. dostosowane środki transportu zbiorowego, dostępne przystanki), informacji i komunikacji, w tym technologii i systemów informacyjno-komunikacyjnych, a także powszechnie dostępnych lub powszechnie zapewnianych urządzeń i usług (art. 9). Konieczne jest zatem wprowadzenie systemu rzetelnej kontroli dostępności budynków, szczególnie użyteczności publicznej, oraz środków transportu zbiorowego, rzeczywistej i dotkliwej sankcji za brak obowiązkowych i poprawnie funkcjonujących dostosowań, a także wspieranie przez państwo urzeczywistniania zasady dostępności, np. poprzez system dofinansowania do przeprowadzenia procesów adaptacyjnych (związanych np. z dostępnością fizyczną czy oznakowaniem w alfabecie Braille’a) w środkach transportu publicznego czy budynkach należących do osób prywatnych, w których są świadczone usługi przema-

czony również dla osób z niepełnosprawnościami. Istotne jest również, by np. dla placówek służby zdrowia, chociażby tych wykonujących świadczenia medyczne w ramach powszechnego systemu ochrony zdrowia, wprowadzić obowiązek zapewnienia dostępnej informacji medycznej na wszelkich etapach leczenia.

- **Opracowanie planu wdrażania przepisów konwencji i stałe monitorowanie tego procesu** – w związku koniecznością dostosowania prawa polskiego do wymogów stawianych przez konwencję wskazane byłoby przeprowadzenie szczegółowej analizy krajowego ustawodawstwa w tym zakresie i opracowanie na poziomie rządowym planu wdrożeniowego. Powinien on obejmować m.in. zobowiązanie do przygotowania przez właściwe ministerstwa projektów nowelizacji stosownych przepisów, przeprowadzenie rzetelnych i otwartych konsultacji społecznych z organizacjami osób z niepełnosprawnościami oraz innymi podmiotami działającymi w danych obszarach tematycznych. Zalecane byłoby również powołanie stałego zespołu monitorującego wykonanie planu wdrożeniowego, składającego się zarówno z przedstawicieli i przedstawicielek właściwych resortów, jak też strony społecznej.

PRZESTĘPSTWA Z NIENAWIŚCI⁴⁰

Przestępstwo z nienawiści to przestępstwo motywowane niechęcią lub uprzedzeniem w odniesieniu do jakiejś cechy pokrzywdzonego. Pod pojęciem przestępstw z nienawiści kryje się zarówno przemoc z nienawiści, jak i tzw. mowa nienawiści (czyli nawoływanie do nienawiści lub znieważanie słowem lub gestem, nawoływanie do popełniania przestępstw). O przestępstwie z nienawiści wobec osób z niepełnosprawnościami mówimy, gdy atak (fizyczny lub werbalny) na osobę następuje z powodu jej faktycznej lub zakładanej przez sprawcę (nawet błędnie) niepełnosprawności lub przynajmniej z punktu widzenia pokrzywdzonego lub społeczeństwa oceniony jest jako motywowany niechęcią, uprzedzeniami, czy wręcz nienawiścią lub pogardą do osób z niepełnosprawnościami.

Polski kodeks karny przewiduje kilka przestępstw z nienawiści, i to zarówno odnoszących się do przemocy z nienawiści, jak i dotyczących mowy nienawiści, w przypadku których motyw sprawy stanowi znamię przestępstwa, a więc musi być udowodniony. Jednakże, jak wprost wynika ze sformułowania tych przepisów, dotyczy to tylko motywacji skierowanej przeciwko grupie narodowej, etnicznej, wyznaniowej bądź bezwyznaniowej, a w odniesieniu do art. 119 § 1 k.k. także politycznej. Poza zainteresowaniem organów ścigania, a tym samym i poza danymi statystycznymi, pozostaje motywacja przestępstw z nienawiści popełnianych z innych pobudek ksenofobicznych niż wymienione w obu powyższych przepisach (a więc ze względu na homofobię, transfobię, niepełnosprawność, nienawiść do osób starszych itp.). Należy skupić się na sprzecznym z Konstytucją RP, gdyż istniejącym bez żadnego merytorycznego uzasadnienia, nierównym traktowaniu osób z niepełnosprawnością, pokrzywdzonych przestępstwami z nienawiści w porównaniu do osób pokrzywdzonych tego samego rodzaju czynami z powodu ich przynależności narodowej, rasowej, etnicznej czy wyznaniowej bądź bezwyznaniowości. To nierówne traktowanie zawarte

⁴⁰ Skróc ekspertyzy autorstwa M. Szeroczyńskiej pt. *Przestępstwa z nienawiści, motywowane niepełnosprawnością – stan prawny w Polsce w świetle regulacji międzynarodowych i zagranicznych. Ekspertyza prawna*. Pełny tekst ekspertyzy jest dostępny na stronie <www.ptpa.org.pl> w zakładkach „Publikacje” i „Opinie”.

w kodeksie karnym wynika z faktu, że przestępstwa z nienawiści w formie stosowania przemocy ze skutkiem obrażeń do 7 dni, naruszenia nietykalności i zniewagi z powodu przynależności narodowej, rasowej, etnicznej czy wyznaniowej bądź bezwyznaniowości pokrzywdzonego (czyli kwalifikowane z art. 119 § 1 k.k. lub z art. 257 k.k.) ścigane są z oskarżenia publicznego, czyli z urzędu, a te same czyny popełnione z innych pobudek ksenofobicznych, w tym z niechęci do osób z niepełnosprawnością, ścigane są z zasady z oskarżenia prywatnego (odpowiednio na podstawie art. 157 § 2 k.k., art. 216 § 1 k.k. lub art. 217 § 1 k.k.). Już sam fakt, że prywatne akty oskarżenia są odpłatne, wskazuje na nieuzasadnioną niczym różnicę pomiędzy pokrzywdzonym, który został obrażony ze względu na wyznawaną religię, a pokrzywdzonym, który został obrażony ze względu na niepełnosprawność. Ponadto należy mieć na uwadze również to, iż od 1 lipca 2015 r. obowiązują znowelizowane przepisy kodeksu postępowania karnego, które wprowadziły proces kontradyktoryjny, a więc wymagają od oskarżyciela, także prywatnego, aktywnej postawy przed sądem, czynnego prezentowania swoich dowodów, a wręcz sporządzenia aktu oskarżenia ze wskazaniem nie tylko tych dowodów, ale i tez dowodowych, na które mają być one przeprowadzone.

Należy przypomnieć, że Konstytucja RP w art. 30 stanowi, iż poszanowanie i ochrona przyrodzonej, niezbywalnej i nienaruszalnej godności każdego człowieka (a więc też człowieka z niepełnosprawnością, bez względu na jej rodzaj i stopień) jest obowiązkiem władz publicznych. Przestępstwa z nienawiści są z definicji nakierowane przeciwko temu dobru prawnemu, jakim jest konstytucyjnie gwarantowana godność każdego człowieka. Państwo ma więc wprost konstytucyjny obowiązek podjąć kroki zmierzające do skutecznego zapobiegania takim czynom i karania jego sprawców, przy czym powinno podjąć identyczne kroki w kierunku ochrony godności wszystkich pokrzywdzonych, gdyż Konstytucja jednoznacznie zabrania różnicowania pomiędzy godnością poszczególnych osób i preferowania pewnych grup społecznych. W świetle takich zapisów Konstytucji nie ulega wątpliwości, że art. 119 § 1 k.k., art. 256 § 1 k.k. i art. 257 k.k. są z nią sprzeczne w zakresie, w jakim wyłączają spod tych przepisów ochronę pokrzywdzonych przed czynami motywowanymi niechęcią/nienawiścią wobec osób z niepełnosprawnościami, a tym samym kodeks karny powinien zostać w tym zakresie znowelizowany poprzez wskazanie w wyżej wymienionych przepisach jako znamienia także niepełnosprawności,

tylko wtedy będzie można mówić o respektowaniu zasady równości pokrzywdzonych z niepełnosprawnością wobec prawa i efektywnym poszanowaniu ich godności.

Kodeks karny i kodeks postępowania karnego w opisanych powyżej zakresach są sprzeczne nie tylko z Konstytucją RP, ale także aktami prawa międzynarodowego, w tym w szczególności ze wspomnianą już Konwencją ONZ o prawach osób niepełnosprawnych, którą Polska ratyfikowała 6 września 2012 r. Konwencja wymaga, by państwo zapewniło taką samą ochronę godności i czci każdej osobie z niepełnosprawnością, jaką zapewnia osobom pełnosprawnym (czego polskie prawo karne materialne w zakresie przestępstw motywowanych nienawiścią nie czyni), jak i skuteczną możliwość obrony swojego dobrego imienia przed sądem na identycznych zasadach co osobom pełnosprawnym (czego polskie prawo karne proceduralne w zakresie procedury prywatno-skargowej również nie realizuje).

Wydaje się, że obecna inkryminacja przestępstw z nienawiści w polskim prawie karnym jest za wąska. Warto więc zastanowić się, czy nie należałoby na wzór amerykański, brytyjski, hiszpański, czy choćby belgijski, wprowadzić do polskiego kodeksu karnego motywację z nienawiści, w tym wobec osób z niepełnosprawnościami, jako okoliczność nadzwyczajnie zaostrzającą karę, albo przynajmniej jako okoliczność obciążającą, wymienioną wprost, obligatoryjnie braną pod uwagę przy jej wymiarze (obecnie obowiązujące bowiem sformułowanie, że sąd przy wymiarze kary bierze pod uwagę motywację sprawcy, stanowczo nie jest wystarczające). Drugą kwestią jest inkryminacja zachowań wobec pokrzywdzonych, którzy danej cechy nie posiadają, mimo że sprawca taką cechę im przypisuje (czy działając w błędzie, czy też świadomie chcąc daną osobę obrazić poprzez zaliczenie jej do znienawidzonej lub pogardzanej przez siebie grupy). W obecnym stanie prawnym należy się bowiem zgodzić z M. Woińskim, że niemożliwe jest uznanie za pokrzywdzonych osób identyfikowanych z określoną grupą, ale nie przynależących do niej. Błędne przypisanie przez sprawcę danej osobie przynależności do jakiejś grupy nie wystarcza do uznania zaistnienia żadnego z przestępstw z nienawiści przewidzianych przez polski kodeks karny, gdyż znamię przedmiotu czynności wykonawczej nie jest realizowane – przepisy wyraźnie mówią o czynnie popełnionym „ze względu na jej (ofiary) przynależność”.

Rekomendacje

- **Nowelizacja kodeksu karnego polegająca na rozszerzeniu zakresu ochrony przed przestępstwami z nienawiści o inne cechy prawnie chronione, obejmujące przede wszystkim wiek, niepełnosprawność, płeć, orientację seksualną oraz tożsamość płciową** – obecny zakres regulacji, obejmujący wyłącznie: wyznanie, bezwyznaniowość, rasę i pochodzenie narodowe lub etniczne (oraz poglądy polityczne w ograniczonym zakresie), jest zdecydowanie za wąski, a z racji przyznawania wybiórczej ochrony prawnej budzi poważne wątpliwości z punktu widzenia zgodności z Konstytucją i aktami prawa międzynarodowego. W społeczeństwie istnieją również inne grupy szczególnie narażone na przestępstwa motywowane uprzedzeniami, zwłaszcza chodzi tu o uprzedzenia związane z wiekiem, niepełnosprawnością, płcią, orientacją seksualną oraz tożsamością płciową. Z tego względu konieczne jest przyznanie w tych przypadkach szczególnej ochrony przed przestępstwami z nienawiści, tak jest to w wypadku wyżej już wskazywanych przesłanek. Obecna regulacja w tym zakresie zakłada jedynie w sposób ogólny, że motywację sprawcy bierze się pod uwagę przy określaniu społecznej szkodliwości czynu. Jest to oczywiście regulacja niewystarczająca, gdyż w żaden sposób nie daje pewności, iż zasługująca na potępienie motywacja sprawcy będzie miała szczególne znaczenie przy orzekaniu, podczas gdy z uwagi na charakter czynów motywowanych nienawiścią powinna bezwzględnie mieć wpływ na rozstrzygnięcie sądów, czyli albo być ujęta w szczególnym typie przestępstwa (jak to jest obecnie w przypadku wyznania itd.), albo stanowić przynajmniej specjalną okoliczność, powodującą nadzwyczajne zaostrzenie kary. Dyskusyjne jest natomiast, na ile można by, ze względu na konieczność określoności przepisów karnych, postąpić w ustawie karnej otwartym katalogiem cech prawnie chronionych.
- **Objęcie ochroną przed przestępstwami z nienawiści również sytuacji, kiedy sprawca mylnie przypisuje osobie pokrzywdzonej przynależność do określonej grupy społecznej** – dla prawnokarnej oceny czynu sprawcy nie

powinno mieć znaczenia, czy osoba pokrzywdzona faktycznie należy do grupy objętej ochroną przed przestępstwami z nienawiści. Wystarczające powinno być w tym względzie subiektywne przekonanie sprawcy o tym fakcie, gdyż jest ono dostateczne dla uznania, że kierował się on uprzedzeniami.

- **Wydanie dla policji, prokuratury i sądów przez właściwe organy wytycznych co do postępowania z osobami doświadczającymi przestępstw motywowanych nienawiścią** – stosowne wytyczne i idące z nimi w parze szkolenia pozwoliłyby z jednej z strony na wyposażenie w niezbędne kompetencje, ułatwiając im tym samym kontakt z osobami pokrzywdzonymi, z drugiej zaś strony mogłyby zapobiec ryzyku wtórnej wiktyimizacji.

ZMIANA USTAWY RÓWNOŚCIOWEJ

1 stycznia 2011 r. weszła w życie Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, transponująca w wymaganym zakresie do polskiego porządku prawnego przepisy unijnych dyrektyw statuujących zakaz dyskryminacji. Wprowadziła ona w związku z tym zakaz dyskryminacji w zakresie:

- 1) podejmowania i wykonywania działalności zawodowej i gospodarczej, kształcenia zawodowego, przystępowania i działania w związkach zawodowych oraz dostępu i warunków korzystania z instrumentów i usług rynku pracy – ze względu na rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, płeć, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek i orientację seksualną;
- 2) dostępu i warunków korzystania z zabezpieczenia społecznego, usług, w tym usług mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw lub energii, jeśli są one oferowane publicznie – ze względu na rasę, pochodzenie etniczne, narodowość i płeć;
- 3) opieki zdrowotnej oraz oświaty i szkolnictwa wyższego – ze względu na rasę, pochodzenie etniczne i narodowość.

Ustawa przyznała osobom nierówno traktowanym roszczenie odszkodowawcze i wprowadziła zasadę tzw. przeniesionego ciężaru dowodu w postępowaniach sądowych z tego zakresu. Określiła również instytucjonalne ramy przeciwdziałania dyskryminacji, powierzając wykonywanie zadań dotyczących realizacji zasady równego traktowania Rzecznikowi Praw Obywatelskich (jako niezależnemu organowi) oraz Pełnomocnikowi Rządu ds. Równego Traktowania, a także przewidując opracowanie Krajowego programu działań na rzecz równego traktowania.

Rekomendacje

- **Wprowadzenie otwartego katalogu zakazanych kryteriów dyferencjacji** – stosowanie zamkniętego katalogu cech

prawnie chronionych, na wzór unijnych dyrektyw antydyskryminacyjnych, budzi wątpliwości z punktu widzenia konstytucyjnego zakazu dyskryminacji z jakiegokolwiek przyczyny. Ustawodawca dopuszcza bowiem do nieracjonalnego i obiektywnie nieuzasadnionego zróżnicowania ochrony, całkowicie pozbawiając jej pewnych grup, mimo że dyskryminacja jest istotnym zjawiskiem, któremu państwo powinno przeciwdziałać w ramach prowadzonej polityki społecznej. Postulat otwartego katalogu jest wysuwany na bazie przepisów kodeksu pracy i już ponad dziesięcioletniej praktyki ich stosowania, wskazuje na niezwykle użyteczność takiej konstrukcji. Po pierwsze, gwarantuje ona równą ochronę różnym grupom, wyróżnionym ze względu na określoną cechę, a po drugie, pozwala na ujęcie różnych przypadków naruszenia zasady równego traktowania, nie zawartych *expressis verbis* w przepisie, dzięki czemu zapewnia, że prawo będzie zdolne do wyjścia naprzeciw zmianom społecznym (np. określona przyczyna stanie się w wyniku jakichś okoliczności nową przesłanką zakazu dyskryminacji).

- **Wprowadzenie oddzielnych roszczeń o odszkodowanie i o zadośćuczynienie** – obecnie ustawa przyznaje (art. 13 ust. 1) osobie, wobec której naruszono zasadę równego traktowania, roszczenie odszkodowawcze. Posługiwanie się pojęciem odszkodowania sugeruje, że roszczenie to ma za zadanie wyrównać jedynie stratę materialną, jaką poniosła osoba dyskryminowana. Tymczasem orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz istota pewnych form dyskryminacji, które niekoniecznie muszą prowadzić do powstania szkody majątkowej (np. molestowanie seksualne), wskazują, że w istocie roszczenie to ma rekompensować również szkodę niematerialną i stanowić jednocześnie swoistą sankcję dla podmiotów naruszających zasadę równego traktowania. Nieprecyzyjność obecnie obowiązujących przepisów powoduje, jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, praktyczne niejasności i rozbieżności w praktyce judykatury. Wskazane byłoby zatem, wzorem ustawodawstwa np. niemieckiego, jasne określenie dwóch odrębnych roszczeń o odszkodowanie i o zadośćuczynienie, które nie musiałyby, ale mogłyby być dochodzone łącznie.

Wprowadzenie obowiązku realizacji przez organy administracji rządowej i jednostek samorządu terytorialnego programów równego traktowania – ważnym elementem przeciwdziałania dyskryminacji jest prowadzenie polityki równego traktowania na różnych szczeblach władzy, dostosowanej do kompetencji organu czy do sytuacji w danej społeczności (szczególną rolę mogłyby tu odgrywać programy realizowane na poziomie gminy i powiatu). Krajowy program na rzecz równego traktowania wytacza kierunki polityki równościowej państwa, w związku z tym jest dokumentem programowym, który niekoniecznie uwzględnia potrzeby i problemy obecne np. w działalności jednostek samorządu terytorialnego. Z tego względu wskazywane programy stanowiłyby wartościowe uzupełnienie polityki równościowej, zwiększając jednocześnie kompleksowość działań w tym zakresie. Przy opracowywaniu i wdrażaniu tych programów właściwe organy powinny współdziałać z organizacjami pozarządowymi, posiadającymi wyspecjalizowaną wiedzę i działającymi na rzecz grup defaworyzowanych.

KRAJOWY PROGRAM DZIAŁAŃ NA RZECZ RÓWNEGO TRAKTOWANIA

Art. 22 Ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania nałożył na Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania obowiązek opracowania i przedkładania Radzie Ministrów Krajowego programu działań na rzecz równego traktowania. Przepisy ustawowe nie wprowadzają żadnych ram czasowych obowiązywania tego dokumentu ani bliższych wytycznych co do form realizacji celów i priorytetów działań na rzecz równego traktowania. Określa się jedynie, aby program realizował cele, jakimi są: podnoszenie świadomości społecznej w zakresie równego traktowania, w tym na temat przyczyn i skutków naruszenia zasady równego traktowania, przeciwdziałanie naruszeniom zasady równego traktowania oraz współpraca z partnerami społecznymi, organizacjami pozarządowymi i innymi podmiotami.

Jak wskazano we wprowadzeniu do pierwszego Krajowego programu działań na rzecz równego traktowania (na lata 2013–2016), dokument ten wyznacza średniookresowe cele i narzędzia polityki rządu na rzecz równego traktowania i stanowi podstawę realizacji zadań państwa w zakresie równego traktowania oraz niedyskryminacji. Zaznaczono także, że cele i działania określone w programie są spójne z priorytetami i kierunkami działań państwa, określonymi w dokumentach rządowych, które tematycznie wiążą się z programem⁴¹.

Obowiązek wdrażania programu jest pierwszym w historii działaniem tego typu przypisanym administracji rządowej. Nadmienić należy, że Rada Ministrów podejmowała już wcześniej uchwały w sprawie przyjmowania programów mających na celu realizację polityki równościowej, jednak ich zakres podmiotowy był ograniczony do zagadnienia

⁴¹ M.in. Długookresowa strategia rozwoju kraju „Polska 2030. Trzecia fala nowoczesności”, Strategia rozwoju kraju 2020, Strategia rozwoju kapitału ludzkiego 2020, Krajowy program reform na rzecz realizacji strategii „Europa 2020”, Program na rzecz społeczności romskiej w Polsce 2004–2013.

równości płci⁴². Program na lata 2013–2016 zakłada osiągnięcie konkretnych rezultatów (cele). Do nich zalicza: podniesienie standardów prowadzenia polityki antidyskryminacyjnej, równe traktowanie na rynku pracy i w systemie zabezpieczenia społecznego, przeciwdziałanie przemocy, równe traktowania w edukacji, ochronie zdrowia oraz równe traktowanie w dostępie do dóbr i usług. Podmiotami zaangażowanymi w realizację działań zaplanowanych w Krajowym programie działań na rzecz równego traktowania na lata 2013–2016 są poszczególne resorty oraz inne podmioty administracji centralnej. Do monitorowania wdrażania programu powołany został Zespół Monitorujący Krajowy Program Działań na Rzecz Równego Traktowania⁴³. Co istotne, w zespole tym nie znaleźli się przedstawiciele organizacji pozarządowych (mogą oni być jedynie dopraszani przez przewodniczącego zespołu w charakterze doradczym).

Zgodnie z założeniami programu przeprowadzane były eksperckie konsultacje na temat kształtu obecnej ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej. Podczas konsultacji organizacje społeczne miały okazję zaprezentować swoje stanowiska. Choć cykl spotkań z przedstawicielami i przedstawicielkami organizacji w celu dyskusji nad kształtem polityki równościowej należy ocenić pozytywnie, to wypada jednocześnie zauważyć, że przedstawiane problemy praktyczne i wątpliwości interpretacyjne, a także wysuwane propozycje zmian nie doprowadziły jednak do opracowania choćby założeń nowelizacji ustawy. Wartościowym działaniem, na które należy zwrócić uwagę, jest powołanie w ministerstwach i urzędach wojewódzkich koordynatorów ds. równego traktowania, sprzyjające prowadzeniu zorganizowanej i kompatybilnej polityki antidyskryminacyjnej przez administrację rządową, a także rozpoczęcie cyklu szkoleń z zakresu równego traktowania czy przemocy domowej dla różnych grup zawodowych (np. nauczycieli/nauczycielek). Niezwykle ważną była ratyfikacja Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, której przygotowanie stanowiło element krajowego programu. Również poszczególne ministerstwa podejmowały w ramach realizacji programu ważne inicjatywy, jak np. Ministerstwo Rozwoju i Infrastruktury, które do projektu nowego programu operacyjnego

⁴² M.in. przyjęty 19 sierpnia 2003 r. przez Radę Ministrów Krajowy program działań na rzecz kobiet – II etap wdrożeniowy na lata 2003–2005. dostęp 15 sierpnia 2015 r. <<http://www.bezuprzedzen.org/doc/KrajowyProgram.pdf>>.

⁴³ Zarządzenie Nr 29 Prezesa Rady Ministrów z dnia 13 kwietnia 2015 r.

finansowanego ze środków EFS w latach 2014–2020 włączyło działania na rzecz przygotowania polityk publicznych do pełnego wdrożenia Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych.

Rekomendacje

- **Włączenie na stałe przedstawicieli organizacji pozarządowych działających na rzecz zasady równości do zespołu monitorującego** – to spowoduje, że perspektywa oceny stanu wdrażania programu będzie szersza, a specjalistyczna wiedza organizacji przyczyni się do bardziej precyzyjnego formułowania rekomendacji co do dalszych decyzji odnośnie do efektywniejszej implementacji programu.
- **Bardziej wyraźne zaznaczenie wymiaru „płciowego” programu, zgodnie z zasadą *gender mainstreaming*.**
- **Przeznaczenie na realizację programu konkretnych środków finansowych, tak aby działania w nim podejmowane były działaniami dodatkowymi dla każdego z podmiotów wykonujących zadania** – z obserwowanej praktyki bowiem wynika, że niejednokrotnie zdarza się tak, iż wykazywane w raportach z wykonywania programu podmioty podają działania, które i tak byłyby zrealizowane w ramach ich codziennego funkcjonowania. Przeznaczenie dodatkowych środków na realizację programu byłoby także zgodne z rekomendacjami Komitetu ONZ ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet, wystosowanych pod adresem Polski⁴⁴.
- **Wprowadzenie do programu skuteczniejszych mechanizmów monitoringu procesu stosowania prawa antydyskryminacyjnego przez sądy i formułowania odpowiednich rekomendacji i zaleceń.**
- **Wprowadzenie odpowiednich zmian do Ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania w kierunku wzmocnienia znaczenia programu** np. poprzez obowiązek prezentacji jego rezultatów na forum Sejmu i Senatu RP (tak

⁴⁴ Uwagi końcowe Komitetu w sprawie połączonego siódmego i ósmego sprawozdania okresowego Polski, dostęp: 7 listopada 2014 <http://www.karat.org/pl/wp-content/uploads/2014/10/Uwagi-Koncowe-Komitetu-CEDAW_PL1.pdf>.

jak dzieje się to w przypadku m.in. Krajowego programu przeciwdziałania przemocy w rodzinie, z realizacji którego Rada Ministrów składa corocznie sprawozdanie).

o AUTORKACH I AUTORACH

Krzysztof Śmiszek – prawnik, prezes zarządu Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego. Certyfikowany trener prawa antydyskryminacyjnego – prowadził szkolenia z prawa antydyskryminacyjnego m.in. dla adwokatów, radców prawnych, sędziów, związków zawodowych, prawników organizacji pozarządowych. Trener praw człowieka Rady Europy w ramach programu HELP (Human Rights Education for Legal Professionals) Rady Europy. Od 2014 r. członek Europejskiej Sieci Ekspertów Prawnych w Dziedzinie Niedyskryminacji.

Maciej Kułak – prawnik Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego, gdzie zajmuje się m.in. konstytucyjnymi i międzynarodowymi zagadnieniami prawa antydyskryminacyjnego. Prowadził szkolenia z prawa antydyskryminacyjnego m.in. dla adwokatów i radców prawnych, a także dla organizacji pozarządowych.

Marcin Górski – doktor nauk prawnych, radca prawny, adiunkt Katedry Europejskiego Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu Łódzkiego, członek Komisji Praw Człowieka przy Krajowej Radzie Radców Prawnych, dyrektor Wydziału Prawnego Urzędu Miasta Łodzi, partner w Tataj Górski Adwokaci sp. p. adwokatów i radców prawnych.

Ewa Nowińska – prof. dr. hab. nauk prawnych, specjalistka z zakresu prawa własności intelektualnej, prawa własności przemysłowej, konkurencji i reklamy. Autorka lub współautorka licznych artykułów, książek i komentarzy z zakresu prawa konkurencji i reklamy, prawa własności przemysłowej, prawa mediów. Kierowniczka Zakładu Prawa Konkurencji i Środków Masowego Przekazu w Katedrze Prawa Własności Intelektualnej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, wieloletnia dyrektorka Instytutu Dziennikarstwa i Komunikacji Społecznej. Uczestniczyła i uczestniczy w szeregu prac legislacyjnych, opiniując projekty ustaw lub współpracując przy ich tworzeniu.

Magdalena Jankowska-Gilberg – prawniczka, związana naukowo z Uniwersytetem w Regensburgu (2000–2007), na którym obroniła

pracę doktorską o eksterytorialnym stosowaniu praw człowieka; w latach 2008–2013 prawniczka w Kancelarii Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Obecnie związana z niemieckim Instytutem Praw Człowieka, gdzie zajmuje się przede wszystkim prawami osób z niepełnosprawnościami.

Patrycja Pogodzińska – doktor nauk prawnych, adwokatka, specjalizuje się w prawie międzynarodowym publicznym i prawach osób LGBT. Zawodowo związana m.in. z Kancelarią Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, departamentem Europejskiej Karty Socjalnej Rady Europy; obecnie przygotowuje analizy prawne dla instytucji europejskich. Autorka licznych artykułów naukowych z dziedziny praw człowieka, w tym np. problematyki tożsamości płciowej w prawie międzynarodowym czy przeciwdziałania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną.

Jędrzej Niklas – prawnik i działacz społeczny. Zawodowo oraz naukowo zajmuje się prawami człowieka, w tym ochroną danych osobowych i prawami socjalnymi. Od kilku lat związany jest z Fundacją Panoptykon, której misją jest ochrona praw obywatelskich w kontekście współczesnych form nadzoru i nowych technologii. Doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

Jakub Pawliczak – doktor nauk prawnych; wykładowca w Instytucie Prawa Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Autor licznych publikacji z zakresu prawa cywilnego, rodzinnego, medycznego i konstytucyjnego, m.in. monografii *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo*; komparatysta.

Małgorzata Szeroczyńska – doktor nauk prawnych, prokurator, ekspertka organizacji pozarządowych. Autorka licznych publikacji z zakresu praw człowieka, w tym przede wszystkim praw osób z niepełnosprawnościami oraz praw osób transpłciowych. W ramach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego pracowała nad projektem zmian w przepisach o ubezwłasnowolnieniu.



Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego to ogólnopolska organizacja zajmująca się monitorowaniem zasady równego traktowania i niedyskryminacji. Członkami stowarzyszenia są prawnicy/prawniczki, których zainteresowania skupiają się wokół zagadnień ochrony praw człowieka i przeciwdziałania dyskryminacji w szczególności bez względu na płeć, wiek, rasę, pochodzenie etniczne, orientację seksualną, tożsamość płciową, religię, przekonania, przynależność do związków zawodowych oraz niepełnosprawność.

Publikacja zrealizowana w ramach programu
Obywatele dla Demokracji, finansowanego
z Funduszy EOG.

