



POLSKIE TOWARZYSTWO
PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO



Prof. dr hab. Ewa Nowińska

Dyskryminacja w reklamie

Seksizm to nie podziw dla urody, to dyskryminacja

Część I – rozwiązania krajowe

1. Uwagi wstępne

Regulacje prawne dotyczące działalności reklamowej nie stanowią w Polsce przedmiotu jednego aktu prawnego, odpowiednie przepisy znajdują się w szeregu ustawach, nie stanowią zatem spójnego systemu tym bardziej, iż brak jest jednolitej definicji reklamy. Niemniej jednak podstawowe znaczenie dla odpowiednich ocen ma **ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** (dalej: uznk), 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 dla 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 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, o czy dalej będzie mowa, 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.** Egzekwowaniem odpowiednich zobowiązań



POLSKIE TOWARZYSTWO
PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO



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.

Pozostałe przepisy z zakresu reklamy, jak np. ustawa Prawo farmaceutyczne czy ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, właściwie nie mają związku z poruszaną problematyką.

Ze względu na rynkowe znaczenie zakazów zawartych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalsze uwagi rozpoczną od przepisów w niej zawartych.

2. Ochrona rynku w zakresie reklamy przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – jak wspomniałam - zawiera najbardziej generalny zakaz prowadzenia nieuczciwej reklamy, znajdujący zastosowanie do wszystkich przedsiębiorców i wszystkich produktów.

Zobowiązanie do zapewnienia przez państwo polskie ochrony przeciw czynom nieuczciwej konkurencji zawiera art. 10 bis Konwencji paryskiej o ochronie własności przemysłowej z 1883 r. Za czyny takie uznano *każdy akt konkurencji sprzeczny z uczciwymi zwyczajami w dziedzinie przemysłu i handlu.*

W krajowym porządku ochronie uczciwości obrotu służy przede wszystkim wskazana powyżej ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Akt ten ma zapobiegać zakłócającym uczciwe stosunki rynkowe czynom, wskazując przykładowo działania niedozwolone.

Ustawa ta z założenia chroni zatem prawidłowo prowadzoną aktywność rynkową przedsiębiorców (konkurencję), nadając im charakteru „uczciwy”. W zamyśle ustawodawcy ma eliminować takie praktyki stosowane w działalności gospodarczej, które prowadzą do nadużycia konkurencji oraz jej deformacji i zafałszowania. Dla zastosowania odpowiednich



przepisów nie jest przy tym konieczne, by konkretne działanie (zaniechanie) było podjęte z zamiarem osiągnięcia zysku. Podstawą roszczeń jest bowiem działanie na szkodę innego przedsiębiorcy poprzez naruszenie prawa lub dobrych obyczajów (art.3 ust.1) lub któregośkolwiek z przepisów części szczególnej ustawy.

klauzula generalna art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

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.* W powyższy sposób określono **uniwersalną** postać czynu nieuczciwej konkurencji (definicja deliktu nieuczciwej konkurencji).

Ustanawiano tu granicę pomiędzy działaniem dozwolonym w ramach swobody działalności gospodarczej i swobody konkurowania, a działaniami niedozwolonymi. Ponadto, przepis ten stanowi swoistą klamrę całej ustawy wskazując, jakie zachowania – poza stypizowanymi w art. 5 – 17 e - mogą zostać uznane za czyny nieuczciwej konkurencji.

W praktyce, dla stwierdzenia wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji kluczową rolę odgrywa właśnie **klauzula dobrych obyczajów**, dlatego też dalsze uwagi – choć z konieczności skrótowe - będą się do niej odnosiły.

Prawne pojęcie „dobrych obyczajów” było tematem wielu wypowiedzi doktryny i orzecznictwa. Generalnie są to wartości, jakimi kierować się winni przedsiębiorcy w trakcie prowadzenia działalności gospodarczej. Wedle tradycyjnego ujęcia, stosowanego w odniesieniu do podobnego zwrotu, zawartego w pierwszej polskiej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 1926 r., dobre obyczaje były oceniane z punktu widzenia zasad etycznych i moralnych, podstawą miało być *"poczucie godziwości ogółu ludzi myślących sprawiedliwie i słusznie(...). Dobre obyczaje są przeto wskazówką postępowania istniejąca obiektywnie w poczuciu etycznym społeczeństwa (względnie jeżeli idzie o uczciwość kupiecką, w poczuciu kół kupieckich). Za miarę tych wymagań etycznych bierze się przeciętny poziom moralny, właściwy godziwemu życiu zarobkowemu i gospodarczemu"* (por. A. Kraus, F. Zoll, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, Poznań 1929 r.*, s.170-171). W



pewnym stopniu – już współcześnie - pogląd ten podzielił Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z 23 lutego 2006 r. (XVII Ama 118/04) stwierdzając, że *istota pojęcia "dobry obyczaj" jest szeroko rozumiany szacunek dla drugiego człowieka. W stosunkach z konsumentami powinien on wyraża się we właściwym informowaniu o przysługujących uprawnieniach, niewykorzystywaniu pozycji profesjonalisty i rzetelnym traktowaniu partnerów umowy.*

Współcześnie przeważa jednak pogląd, zgodnie z którym patrzeć należy raczej na „dobre obyczaje” przez pryzmat ekonomiczno-funkcjonalny co oznacza, że uczciwe konkurowanie opiera się na rywalizacji cenowej i jakościowej.

Zwrot ten, jak wszystkie klauzule generalne, realizuje się w rozmaity sposób. Dla skutecznego postawienia odpowiedniego zarzutu **konieczne jest wskazanie, jaki dobry obyczaj, inny aniżeli ujęty w przepisach rozdziału 2 ustawy - został naruszony** (por. *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz* pod red. J.Szwaji, Warszawa 2013 r., s.159 i n.; E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2013 r., s. 78 i n.). Zarzut oparty o omawiany zwrot, powinien uwzględniać istotne okoliczności, relewantne z punktu widzenia prawa konkurencji. To one przesądzą o tym, czy w ocenianym przypadku zachowanie jest na tyle naganne, iż **uzasadnia** uruchomienie ochrony na podstawie klauzuli dobrych obyczajów (por. np. wyrok SN z 11.07.2002 r. I CKN 1319/00, OSNC 2003 r., nr 5 poz.73).

Przyjęcie takiego właśnie rozumienia "dobrych obyczajów" oznacza, że rozstrzygając spór na tym tle **należy uwzględnić wszystkie okoliczności faktyczne konkretnego przypadku, przede wszystkim gospodarcze oraz prawne**. Konieczne jest, zatem w szczególności wyważenie interesów stron wiodących spór, jak również interesu publicznego.

Pojęcie „dobrych obyczajów” jako nieostre, znajduje konkretyzację dopiero w danej sytuacji faktycznej. Dokonanie stosownych ocen jest zatem podyktowane okolicznościami dla tej sytuacji zindywidualizowanymi, przesądzającymi, czy doszło do ich naruszenia poprzez określone działanie sprawcy.



Jak zauważył Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 6.11.1996 r. (sygn. I ACr 839/96): *„nie wydaje się, aby możliwe było sprecyzowanie czy wręcz skatalogowanie tych kryteriów ocennych, które (...) mają wiele uwarunkowań pozaprawnych”*. Z kolei Sąd Okręgowy w Poznaniu (wyrok z dnia 9.07.2007 r., sygn. IX Gc 19/07) stwierdził: *„kryteria oceny zgodności działań konkurencyjnych z dobrymi obyczajami mogą być zmienne, i zachowują w tym zakresie mniejszą lub większą dynamikę”*.

Precyzując pojęcie „dobrych obyczajów” do konkretnego przypadku, należy – jak zauważono powyżej - wziąć pod uwagę jego okoliczności tak gospodarcze, jak i prawne. Należy także rozważyć i wyważyć interesy stron wiodących spór, jak również interes publiczny oraz ogólne interesy przedsiębiorców i klientów.

sprzeczność z prawem

Czyn nieuczciwej konkurencji – zgodnie z ust. 1 art. 3 ustawy - polegać może również na **podjęciu działań sprzecznych z prawem**. Na tle takiego rozwiązania ustawowego można postawić pytanie, czy konieczne jest niejako dodatkowe karanie podmiotu naruszającego prawo zarzucając właśnie sprzeczność z innymi, pozaustawowymi regulacjami. Niezależnie od historycznego uwarunkowania (inne europejskie akty prawne z tego zakresu zwykle rozróżniały konkurencję niedozwoloną od konkurencji niełojalnej) uzasadnieniem jest tu okoliczność, iż właśnie poprzez takie naruszenie sprawca uzyskuje „dodatkowe” korzyści w sferze gospodarczej, zwykle zyskując przewagę nad innymi uczestnikami obrotu, tym samym co najmniej zagrażając ich interesom (por. J.Szwaja w: *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, s.148). Zatem nie zawsze naruszenie przepisów będzie prowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, taka kwalifikacja będzie zasadna wówczas, gdy naruszony przepis znajduje zastosowanie w zakresie konkurencji oraz sprawca poprzez to uzyskuje przewagę nad konkurentami postępującymi zgodnie z prawem.

reklama w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

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; 2) reklama*



wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi; 3) reklama odwołująca się do uczuć klientów przez wywoływanie lęku, wykorzystywanie przesądów lub łatwowierności dzieci; 4) wypowiedź, która, zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji; 5) reklama, która stanowi istotną ingerencję w sferę prywatności, w szczególności przez uciążliwe dla klientów nagabywanie w miejscach publicznych, przesyłanie na koszt klienta niezamówionych towarów lub nadużywanie technicznych środków przekazu informacji. 6) (skreślony).

Jak widzimy, wymieniony w przywołanym przepisie katalog deliktów nieuczciwej czy zakazanej reklamy jest egzemplaryczny, choć obejmujący - zdaniem ustawodawcy – działania najbardziej zagrażające uczciwej konkurencji.

Niewątpliwie podstawowe znaczenie dla poruszanej problematyki, ma tak ust.1 art.3, jak i pkt 1) ust.1 art.16 ustawy, a w szczególności **zakaz naruszania dobrych obyczajów czy godności człowieka**. W odniesieniu do ostatnio wskazanego dobra, przywołać należy art. 30 Konstytucji RP, a mianowicie: *Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych*. W artykule tym, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, zawarte są dwa wymiary gwarantowanej tu godności człowieka: wymiar godności transcendentnej, wspólnej wszystkim ludziom od narodzenia aż do śmierci, niezbywalnej i nienaruszalnej oraz wymiar ujmowany jako prawo osobowości (*personality right, Persönlichkeitsrecht*). Jak bowiem stwierdził TK w wyroku K 7/01, naruszenie godności nie jest równe naruszeniu innych praw człowieka, ale naruszeniu najwyższych wartości, które nie korzystają z innych, samodzielnych gwarancji na gruncie konstytucji, a które dotyczą istoty pozycji jednostki w społeczeństwie, jej relacji do innych osób oraz do władzy publicznej.

Jeśli przyjrzeć się reklamom, to nasuwa się wniosek, że niezwykle często wykorzystywane są kobiety jako „instrument” zachęty, w rozmaitych zresztą sytuacjach perswazyjnych. Niekiedy jako pozbawiona rozumu, przysłowiowa „kura domowa”, zwykle zaś, jako obiekt seksualny.

Sprzątający mężczyzna, zdaniem producentów reklam, nie jest sexy – kobieta – tak.



POLSKIE TOWARZYSTWO
PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO



Fot. Shutterstock



Fot. Franciszek Mazur / Agencja Gazeta



fot: fcafotodigital/iStockphoto



Fot: blackpower.pl



POLSKIE TOWARZYSTWO
PRAWA ANTYDISKRYMINACYJNEGO



Fot. tokfm.pl

Przykłady można mnożyć. Niewątpliwie jednak w szeregu przypadkach można bez trudu dopatrzeć się naruszenia zarówno dobrych obyczajów, jak i godności człowieka, jednakże 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).

3. Ochrona rynku w zakresie reklamy przepisami ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym

Z kolei w **ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym** brak jest zbiorczej regulacji „reklamowej”. Odpowiednie rozwiązania znajdujemy w przepisach, pogrupowanych wedle ogólnego założenia części szczególnej ustawy tj w rozwiązaniach dotyczących: zakazu działań i zaniechań wprowadzających w błąd; zakazu stosowania praktyk agresywnych; w przepisach wskazujących na praktyki niedozwolone w każdych okolicznościach.

Pokrótce zatrzymam się przy kwestii związanej z interpretacją jednakowo brzmiących klauzul generalnych obu aktów prawnych, bezpośrednio przecież wyznaczających kierunek ocen także w zakresie działalności reklamowej.



Niezależnie od wątpliwości, jakie są wyrażane odnośnie sposobu rozumienia pojęcia dobrych obyczajów na gruncie art. 3 ust.11 i 16 ust.1 pkt1. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, niewątpliwie podobne mają miejsce w odniesieniu do tego zwrotu, zawartego w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Klauzula generalna ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, zawarta w art.4.1, to także dobre obyczaje. Zgodnie bowiem z tym przepisem: *Praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu.*

W literaturze podkreślono, że ze względu na podobieństwo konstrukcyjne można w zakresie interpretacji tego przepisu odwoływać się do rozważań doktrynalnych i judykatury wypracowanych na gruncie art.3 ust.1 uznk, zgodnie z założeniami wykładni systemowej (por. A. Michalak, *Przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2008 r., s. 68). Obyczaje, których naruszenie stanowić może delikt nieuczciwej reklamy, to przede wszystkim **akceptowane normy społeczne o nachyleniu moralnym**.

Zapewne w szeregu przypadkach **wyniki interpretacji omawianych zwrotów mogą być tożsame**. Jednakże trudno z góry wykluczyć i sytuacje odmienne.

Sięgając do klauzuli generalnej art.4 ust.1 upnpr, jeśli zastosować ją do reklamy, **znajdziemy różnice** w porównaniu do zakresu stosowania tego samego zwrotu zawartego w art.16 ust.1 pkt 1) uznk. Już sama treść pierwszego ze wskazanych przepisów kieruje nas do dalszych przesłanek ocennych w postaci konieczności wykazania, że dana praktyka reklamowa w **istotny sposób** zniekształciła lub mogła zniekształcić zachowania rynkowe przeciętnego konsumenta. Zgodnie z treścią odpowiedniego postanowienia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oceny kierujemy na naruszenie akceptowanych społecznie norm zachowań, **niezależnie** od ich wpływu na decyzje rynkowe nabywców.

Gdyby dalej poszukiwać na gruncie tej ustawy podstaw prawnych zakazujących praktyk dyskryminujących, to ewentualnie poszukiwać ich możemy w zakazie prowadzenia tzw praktyk agresywnych, o których mowa w art.8, w następujący sposób: **1.Praktykę rynkową**



uznaje się **za agresywną**, jeżeli przez niedopuszczalny nacisk w znaczny sposób ogranicza lub może ograniczyć swobodę wyboru przeciętnego konsumenta lub jego zachowanie względem produktu, i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez niego decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. 2. Za **niedopuszczalny nacisk** uważa się każdy rodzaj wykorzystania przewagi wobec konsumenta, w szczególności użycie lub groźbę użycia przymusu fizycznego lub psychicznego, w sposób znacznie ograniczający zdolność przeciętnego konsumenta do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej umowy.

Jak się jednak wydaje, wprawdzie pewnym rodzajem agresji jest zbyt ostentacyjne wykorzystywanie (nawiązywanie) do seksualności ludzkiej, jednak nie wydaje się, aby były to praktyki agresywne, niedozwolone przepisami. Nadto, uruchomienie ochrony z ustawy tej płynącej wymaga, aby dochodzący jej konsument wykazał, że dana praktyka wpłynęła negatywnie na podjęte przez niego decyzje gospodarcze.

4. Ochrona rynku w zakresie reklamy w ustawie o radiofonii i telewizji

Ustawa o radiofonii i telewizji zawiera szereg zakazów i ograniczeń dotyczących emisji reklam, w tym i następujący, odnoszący się do emitowanych przez nadawców audycji, a więc i do reklamy - art. 18 ust.1. o treści: *Audycje lub inne przekazy nie mogą propagować działań sprzecznych z prawem, z polską racją stanu oraz postaw i poglądów **sprzecznych z moralnością i dobrem społecznym**, w szczególności nie mogą zawierać treści nawołujących do nienawiści lub **dyskryminujących ze względu na rasę, niepełnosprawność, płeć, wyznanie lub narodowość**. Zakaz powyższy należy odnosić do treści konkretnych przekazów (w tym i reklamowych). Jak widzimy, jest tu zakreślony w sposób wielce nieostry i wymagających interpretacji w konkretnych przypadkach, zakaz określonych emisji.*

Już bezpośrednio do reklamy nawiązuje 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 (...)**. W tym kontekście podkreślić należy, że zgodnie z przepisami, jednym z „przekazów handlowych” jest reklama.*



Jak się przyjmuje, za reklamę godzącą w godność człowieka uważa się taki przekaz, który eksponuje, nędzi, poniżenie, cierpienie, jak również audycję (reklamę) **traktującą człowieka w sposób przedmiotowy**, w tym zawierającą tzw treści nieprzyzwoite.

Jeśli chodzi o zakaz dyskryminacji, to częściowo jest on zbieżny z zakazem obejmującym nienaruszalność godności ludzkiej. W reklamie zasada się na odwoływaniu się do stereotypów, choć oczywiście nie sprawdza się ta uwaga w każdym przypadku, niekiedy bowiem pewne kody kulturowe „usprawiedliwiają” pewien rodzaj dyskryminacji, jak np. związanej z rolą kobiety (matka) czy – choć znacznie rzadziej – mężczyzna, jako osoba remontująca mieszkanie. W każdym jednak przypadku należy oceniać, czy reklama przedstawia typowe warunki funkcjonowania danej osoby, czy też stereotyp jest przesadzony w stronę np. zwiększenia seksualnych oddziaływań.

Kontrolowanie przestrzegania powyższych przepisów na gruncie ustawy o radiofonii i telewizji zostało oddane Krajowej Radzie Radiofonii i Telewizji. Ponieważ jednak reklama wpływa na sytuację rynkową uczestników obrotu, przekroczenie nakazów może budować także odpowiedzialność opartą o przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wspomnianej powyżej.

5. Naruszenie dóbr osobistych w reklamie, Kodeks cywilny

Istotnym elementem funkcjonowania w społeczeństwie osób fizycznych, są ich dobra osobiste. W szczególności dobre imię, wiarygodność, zaufanie decydują o postrzeganiu ich przez osoby trzecie. Odpowiednie, przewidziane przez prawo instrumenty ochronne służą m.in. do wymuszenia ich poszanowania. Podstawowymi przepisami w tym zakresie w odniesieniu do osób fizycznych jest art. 23 w zw. z art. 24 Kodeksu Cywilnego.

Zgodnie z pierwszym ze wskazanych przepisów *„Dobra osobiste człowieka, jak w szczególności zdrowie, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza, racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od*



ochrony przewidzianej w innych przepisach. Z kolei art. 24 Kodeksu wskazuje środki ochrony przysługujące osobie, której dobra zostały co najmniej zagrożone cudzym działaniem.

Dobra osobiste stanowią pewną szczególną kategorię dóbr, a to ze względu na to, że podstawowym celem jest ochrona niemajątkowych interesów danego podmiotu prawa, konkretyzowanych okolicznościami indywidualnego stanu faktycznego. Przybliżając można powiedzieć, iż są to dobra, których ochrona następuje ze względu na konieczność umożliwienia prawidłowego funkcjonowania jednostki zarówno w życiu społecznym, jak i zawodowym.

Nie istnieje przy tym ustawowy katalog poszczególnych typów dóbr osobistych. Brak ten uzupełnia zarówno orzecznictwo, jak i doktryna.

Przybliżyć należy dobro skonkretyzowane jako dobre imię, wymienioną w cyt. przepisie - cześć. Uważa się, że jest to podstawowe dobro osobiste człowieka. Pojęcie czci jest rozumiane zazwyczaj szeroko, obejmując dobrą sławę, dobre imię. Dążąc do konkretyzacji tego ogólnego terminu, proponuje się wyróżnienie dwóch aspektów – tzw. czci wewnętrznej i zewnętrznej. Niezależnie od wątpliwości, związanych z tym podziałem, posiłkowo można się do niego odnieść. I tak, cześć wewnętrzna odpowiada takim określeniom, jak: godność osobista, wyobrażenie jednostki o własnej wartości, cześć zewnętrzna zaś to inaczej dobre imię, dobra sława, wyobrażenie i obraz jednostki w oczach innych, reputacja. Rozróżnienie to przyjmuje się także w orzecznictwie (uchwała siedmiu sędziów SN z 28 maja 1971, III PZP 33/70, OSNC 1971, nr 11, poz 188; wyrok SN z 19 października 1971, II CR 455/71, OSNC 1972, nr 4, poz 77; wyrok SN z 15 listopada 2000, III CKN 473/00, LEX nr 51881). Naruszenie dobrego imienia, a więc zewnętrznego aspektu czci, charakteryzowane jest wprost poprzez odwołanie się do znamion określających przestępstwo zniesławienia. Polega ono na pomówieniu innej osoby o takie postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć ją w opinii publicznej albo narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego zawodu, stanowiska lub rodzaju działalności. Z kolei godność osobista (wewnętrzny aspekt czci), konkretyzuje się w poczuciu własnej wartości jednostki i oczekiwaniu szacunku ze strony innych ludzi, jej naruszenie zaś określane jest powszechnie jako zniewaga.



POLSKIE TOWARZYSTWO
PRAWA ANTYDISKRYMINACYJNEGO



W grę wchodzi przy tym nie tylko kształtowanie złej opinii, ale i pozbawianie dobrej. Naruszeniem dóbr osobistych może być między innymi postawienie osoby w fałszywym świetle, na przykład przypisywanie jej innej roli niż ta, jaką w rzeczywistości odgrywa.

Za naruszenie dobra osobistego uznać można, w świetle powyższych ocen, nieuzasadniony zarzut niewłaściwego postępowania, w tym zarzut, który może poniżyć daną osobę w oczach opinii publicznej, a w każdym razie podważyć zaufanie do niej i jej wiarygodność..

Naruszenie dóbr osobistych (godności) konkretnej osoby przez reklamę może być dochodzone na podstawie art. 24 k.c. Interpretacja pojęcia godności w wymiarze prawa osobowości pozwala stwierdzić, że wartości mogą określać różne miejsce danej jednostce w społeczeństwie, ważne jednak, aby była podmiotem. Stąd reklama może odmawiać godności, tj. podmiotowości nie tyle ludziom w ogóle, a jedynie danej grupie, zajmującej określone miejsce w społeczeństwie, np. chorym na AIDS.

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. Musi zatem wykazać że albo wykorzystano jej osobę bez zgody w przekazie promocyjnym (wówczas zwykle w grę wchodzi ochrona wizerunku czy dobrego imienia) bądź, że sposób wykorzystania jej osoby przynosi ujmę np. dobremu imieniu.

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.

Część II - rozwiązania unijne

1.Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania

Ustawa realizuje nakaz implementacji do polskiego porządku prawnego przepisów następujących dyrektyw Wspólnot Europejskich: 1) dyrektywy Rady 86/613/EWG z dnia



11 grudnia 1986 r. w sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn pracujących na własny rachunek, w tym w rolnictwie, oraz w sprawie ochrony kobiet pracujących na własny rachunek w okresie ciąży i macierzyństwa (Dz. Urz. WE 1986, L 359/56); 2) dyrektywy Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz. Urz. WE 2000, L 180/22); 3) dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. WE 2000, L 303/16); 4) dyrektywy Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz. Urz. UE 2004, L 373/37); a także 5) dyrektywy 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. UE 2006, L 204/23).

Mając na uwadze powyższe, znajduje ona zastosowanie w ściśle określonych obszarach które z jednej strony wyznacza zakres kompetencji UE do ingerencji w domenę prawa krajowego ograniczony postanowieniami traktatowymi a z drugiej sam już materia wskazanych dyrektyw.

Wąskie pole bezpośredniego zastosowania ustawy określone został w art. 4 poprzez taksatywne wymiennie obszarów działania przepisów (dostęp do rynku pracy, działalności gospodarczej, zabezpieczania społecznego, opieki zdrowotnej, usług, w tym usług mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw i energii, jeżeli są one oferowane publicznie). Nadto, ustawa w art. 5 zawiera wyraźne wyłączenie pól zastosowania (sfery życia prywatnego i rodzinnego oraz czynności prawnych pozostających w związku z tymi sferami, treści zawartych w środkach masowego przekazu oraz ogłoszeniach w zakresie dostępu i dostarczania towarów i usług, w zakresie dotyczącym odmiennego traktowania ze względu na płeć, swobody wyboru strony umowy, o ile tylko nie jest oparty na płci, rasie, pochodzeniu etnicznym lub narodowości). Wyłączenie zawarte w art. 5 ust 2 jednoznacznie przesądza, że brak jest możliwości wykorzystania przepisów ustawy względem „treści zawartych w



POLSKIE TOWARZYSTWO
PRAWA ANTYDISKRYMINACYJNEGO



środkach masowego przekazu” w tym przekazu komercyjnego w zakresie dostępu i dostarczania towarów i usług, w zakresie dotyczącym odmiennego traktowania ze względu na płeć.

Dla osób dotkniętych nierównym traktowaniem ustawa wprowadza też w art. 13 - szczególne roszczenie odszkodowawcze dochodzone na zasadach określony w kodeksie cywilnym, z pewnymi modyfikacjami w zakresie rozkładu ciężaru dowodu (art. 14), jednakże, wedle autora opinii, wobec wyraźnej treści wyłączenia zastosowania ustawy, **nie będzie ono dla odbiorców dyskryminującego ze względu na płeć przekazu reklamowego.**

Teoretycznie brak jest natomiast przeszkód do wystąpienia z roszczeniem cywilnym przed sądem powszechnym na podstawie art. 13 i 14 ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania, w przypadku reakcji na ogłoszeniach w zakresie dostępu i dostarczania towarów i usług zawierające treści dyskryminujące ze względu na inne kryteria niż płeć.

Jednakże aktualnie trudno jest przywołać współczesny przykład tego typu przekazu komercyjnego lecz znane są przecież z przeszłości przypadki np. tzw sklepów z firankami, do których w warunkach realnego socjalizmu dostęp mieli tylko członkowie partii komunistycznej (dyskryminacja ze względu na poglądy), choć raczej placówki te nie reklamowały swojej oferty w sposób nazbyt otwarty. Problematiczne też byłoby uznanie takiej reklamy za zakazaną, w świetle o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania, gdyż ta zakazuje nierównego traktowania w zakresie dostępu do usług z powołaniem się jedynie na kryterium płci, rasy, pochodzenia etnicznego lub narodowości ale już nie poglądów politycznych.

Oczywiście niejako automatycznie nasuwa się skojarzenie ze znaną reklamą sieci marketów, o treści „*nie jest dla idiotów*”. Kryterium jednak „bycia idiotą” jest nieweryfikowalne, a nadto nie poddaje się testowi kryterium, narodowości, religii, pochodzenia etnicznego, rasy.



POLSKIE TOWARZYSTWO
PRAWA ANTYDISKRYMINACYJNEGO



Często też, np. w Krakowie, spotyka się reklamy wszelkiego rodzaju klubów nocnych oferujących zniżki za wstęp lub drinki dla kobiet ubranych skąpo, wyzywająco, co niewątpliwie jest reklamą dyskryminującą, jednakże z uwagi na kryterium płci znajdzie się poza zakresem zastosowania ustawy.

Jasny i czytelny przykład ogłoszenia w zakresie dostępu do towarów, dyskryminującego ze względu na kryterium przewidziane w ustawie (narodowość), pochodzi natomiast z roku 2014, kiedy to właściciel sopockiej restauracji „Piaskownica” wywiesił na drzwiach lokalu kartkę „*Nie obsługujemy Rosjan*”, co było jego reakcją na postawę rosyjskiego społeczeństwa popierającego agresywną politykę międzynarodową Rosji, w tym aneksję Krymu i wywołanie wojny na wschodzie Ukrainy. Wydaje się, że ogłoszenie to poddane ocenie prawnej z punktu widzenia ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania uznać należy za ograniczające dostęp do usług gastronomicznych ze względu na narodowość. Treść ogłoszenia uległa późniejszej modyfikacji na *”Rosjan popierających dyktaturę Putina nie obsługujemy”*, a więc z powołaniem się na kryterium „poglądów politycznych” w zakresie którego to weryfikatora brak jest zakazu dyskryminacyjnego traktowania w dostępie do usług/towarów. I jeszcze refleksja, czy rzeczywiście ogłoszenia powyższe mają jakiegokolwiek znaczenie rynkowe? A może stanowią wyraz własnych poglądów właściciela?



Przełożenie powyższych teoretycznych dywagacji na skuteczność postępowania sądowego - wydają się jednak kwestią bardziej niż problematyczną. Ustawa kształtuje bowiem po stronie poszkodowanego jedynie roszczenie odszkodowawcze, ma zatem wymiar majątkowy i zmierza wyłącznie do ochrony takich właśnie interesów osoby dotkniętej dyskryminującym przekazem komercyjnym. Zatem warunkiem skuteczności takiego roszczenia jest wykazanie poniesienia szkody majątkowej oraz związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy powstaniem szkody a treścią przekazu.

Jeżeli więc postawimy się w sytuacji odwiedzającego Sopot Rosjanina, który nie zjadł w „Piaskownicy” smażonej flądry z uwagi na to, iż skutecznie odstraszyło go od takiego zamiaru ogłoszenie wiszące na drzwiach przybytku, to droga do uzyskania rekompensaty za tę sytuację przed sądem powszechnym nie wydaje się oczywista. O ile bowiem spełniona zostaje pierwsza przesłanka takiego roszczenia, czyli wystąpienie dyskryminującego przekazu handlowego, to już wykazanie, że przekaz taki wpłynął na stan majątkowy turysty ze



wschodu jest właściwie niemożliwe, i to bez względu na ułatwienia dowodowe zawarte w art. 14 ustawy. Tymczasem ustawa nie przewiduje innego środka dochodzenia swoich praw a przede wszystkim nie przewiduje żadnego roszczenia nakierowanego na ochronę dóbr niemajątkowych. Jeżeli więc po stornie turysty wystąpiło uczucie krzywdy w związku z omówionym przekazem, to nie może ono zostać zaspokojone przez powództwo o odszkodowanie a jednocześnie brak jest w ustawie innego rodzaju środka zmierzającego do naprawy niekorzystnej z punktu widzenia konstytucji psychicznej podmiotu sytuacji. Jediną prawną możliwością wydaje się wystąpienie z powództwem o ochronę dóbr osobistych, opartym o art. 23, 24 k.c., z którym wiązać się będą jednak wszelkie bariery opisane w punkcie poprzedzającym, które czynią ten środek mocno wątpliwym pod względem skuteczności.

2. Regulacje unijne

Zasady niedyskryminacji i nakaz równego traktowania leżą u podstaw porządku prawnego Unii Europejskiej chyba, że takie zróżnicowanie jest obiektywnie uzasadnione, co wielokrotnie zostało podkreślone w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu (orzeczenie ETS 810/79 Peter Überschär przeciwko Bundesversicherungsanstalt für Angestellte).

Traktat Lizboński (Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej; TFUE) w art. 8 wskazuje, że „*We wszystkich swoich działaniach Unia zmierza do zniesienia nierówności oraz wspierania równości mężczyzn i kobiet*”. Z kolei art. 18 Traktatu zakazuje dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Art. 19 TFUE upoważnia UE do działania mającego na celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną poprzez podejmowanie odpowiedniej inicjatywy prawodawczej. W Traktacie znajdują się też bardziej szczegółowe zapisy dotyczące prowadzenia polityki zatrudnienia przez państwa członkowskie z uwzględnieniem zakazu dyskryminacji (Art. 153 ust. 1 lit. I, art. 157).



Dyrektywy realizujące cele traktatowe, w szeregu przypadkach akcentują (szczególnie w preambułach) znacznie równości w dostępie do usług, rynku pracy, usług publicznych i znaczenie tej zasady dla rozwoju ekonomicznego i zapewnienia stabilnego wzrostu, spójności gospodarczej państw członkowskich oraz urzeczywistnienia reguły swobodnego przepływu osób. W zakres regulacji dyrektyw antidyskryminacyjnych (akty wymienione w punkcie poprzednim) wchodzi zagadnienia dotyczące zatrudnienia, świadczeń opieki społecznej, obrotu towarami i usługami. Do tych trzech obszarów znajduje zastosowanie dyrektywa wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz. Urz. WE 2000, L 180/22. Obszaru zatrudnienia dotyczy dyrektywa ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. WE 2000, L 303/16. Z kolei dyrektywa wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz. Urz. UE 2004, L 373/37) oraz sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. UE 2006, L 204/23) dotyczą obszarów zatrudnienia, dostępu do towarów i usług ale już nie świadczeń usług opieki społecznej.

W sposób oczywisty w zakres zainteresowania niniejszej opinii wchodzić więc będą jedynie te akty prawne, które dotyczą dostępu do dóbr i usług. W dużej mierze, ze względu na transponowanie do polskiego porządku prawnego obu dyrektyw, zagadnienia te zostały już omówione w punkcie poprzedzającym.

Ochrona przed dyskryminacją w obszarze dostępu do towarów i usług z uwagi na kryterium rasy i płci, regulowana jest przez następujące dyrektywy: dotycząca równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne oraz dyrektywa równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług. Artykuł 3 (1) drugiego aktu prawnego stanowi, że stosuje się go do wszystkich osób, które dostarczają towary i usługi, które są ogólnodostępne, zarówno w sektorze publicznym jak i prywatnym, włącznie z instytucjami publicznymi, które oferowane są poza obszarem życia prywatnego i rodzinnego oraz do transakcji dokonywanych w tym kontekście. Jednocześnie art. 3 (2), jednoznacznie przesądza, że niniejszej dyrektywy nie stosuje się do treści zawartych



w środkach masowego przekazu, w ogłoszeniach ani do usług kształcenia. Podobnie w preambule znajdujemy stwierdzenie, że sformułowany w akcie zakaz dyskryminacji nie powinien mieć zastosowania do treści zawartych w środkach masowego przekazu lub ogłoszeniach ani do kształcenia publicznego lub prywatnego. Takiej klauzuli limitacyjnej nie zawiera art. 3 (1) h dyrektywy regulującej zakaz dyskryminacji z uwagi na rasę, który stanowi iż prawo to znajduje zastosowanie w obszarze dostępu do dóbr i usług. Zatem w przeciwieństwie do dyrektywy prowadzącej w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów, dyrektywa „rasowa” wskazuje, że bezpośrednia lub pośrednia dyskryminacja ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne w zakresie regulowanym tym aktem, powinna być we Wspólnocie zakazana, co może dotyczyć również dyskryminującej (ograniczającej dostęp do usługi lub towaru) treści przekazu reklamowego.

Implementacja powyższych postanowień i problemy jej praktycznego zastosowania zostały omówione punkcie poprzedzającym.

Dla przybliżenia omawianych tu zagadnień wskazać należy, że pojęcie usług rozumiane winno być zgodnie z art. 57 TFUE. Usługami w rozumieniu traktatów są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób. Usługi obejmują zwłaszcza: a) działalność o charakterze przemysłowym; b) działalność o charakterze handlowym; c) działalność rzemieślniczą; d) wykonywanie wolnych zawodów. Redakcja przepisu pozwala więc, zdaniem sporządzającego opinię, na zakwalifikowanie przekazu reklamowego jako rodzaju usługi.

3. Regulacje w ramach systemu Rady Europy w tym Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Rada Europy jest organizacją międzynarodową, której jednym z podstawowych zadań i pól aktywności jest ochrona praw człowieka, w tym działania zmierzające do urzeczywistnienia



zasad niedyskryminacji jednostki ludzkiej. Organizacja ta wydała szereg dokumentów, takich jak: (Rezolucja 2054 (2015) Równość i niedyskryminacja w dostępie do wymiaru sprawiedliwości, Rezolucja 2048 (2015) dyskryminacja przeciwko osobom transpłciowym w Europie, Rezolucja 2036 (2015) Nietolerancja i dyskryminacja ze szczególnym uwzględnieniem chrześcijan w Europie inne. Najważniejszym, z uwagi na powszechność oraz rzeczywistą skuteczność, narzędziem prawnym organizacji, pozostaje Europejska Konwencja Praw Człowieka (EKPCZ) podpisana w Rzymie w roku 1950, wiążąca Polskę od roku 1993 (ratyfikacja). Dokument ten stanowi, jak się powszechnie uważa, najskuteczniejszy w skali globalnej mechanizm przestrzegania praw człowieka przez porządki krajowe.

Natura gwarancji ochrony przed dyskryminacją na gruncie EKPCZ jest odmienna od regulacji UE, co wynika ze specyfiki obu organizacji. O ile prawo UE zmierza do zapewnienia równości w dostępie do pól, w których posiada kompetencje (unia celna, kapitałowa, towarów, usług przepływu osób), o tyle Rada Europy nie może skutecznie działać w tych zakresach, z uwagi na ograniczenia statutowe, koncentruje się zatem na aktywności w dziedzinie ochrony praw podstawowych w relacji jednostka-państwo a w szczególnych wypadkach jednostka-jednostka (wedle koncepcji tzw. obowiązków pozytywnych). W szczególności art. 14 EKPCZ stanowi gwarancję jedynie (i aż) w zakresie korzystania z praw podstawowych, jakie przyznaje Konwencja (prawo do życia, *habeas corpus*, swoboda sumienia, swoboda wypowiedzi i in.) nie zaś w dostępie do usług, zatrudnienia czy korzystania z innych praw bądź korzyści jakie gwarantują krajowe reżimy prawne. Brak jest zatem jurysdykcji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCZ) w zakresie przypadków nierównego traktowania w odniesieniu do praw innych niż uregulowane w tekście Konwencji. Innymi słowy, z naruszeniem artykułu 14 Konwencji (zakaz dyskryminacji) mamy do czynienia w przypadku, gdy jednostka nie tylko padła ofiarą naruszenia jej praw podstawowych (np, w zakresie zakazu niehumanitarnego traktowania – warunki odbywania kary pozbawienia wolności) ale ponadto doświadczyła tej sytuacji w warunkach gorszych niż inne jednostki z uwagi na jej szczególne właściwości wyróżniające ją ze względu na kryterium rasy, pochodzenia, wyznania. (np. gorsze warunki odbywania kary dla osób pochodzenia romskiego). Mając na uwadze powyższe należy pamiętać, że Trybunał wypracował liberalne podejście do oceny przypadków możliwego zastosowania art. 14



Konwencji. Nie naruszając zasady powiązania zakazu dyskryminacji z prawem podstawowym, dopuszczono bowiem uznanie naruszenia art. 14 mimo braku naruszenia samego prawa podstawowego (E.B. p. Francji (No. 43546/02), 22 January 2008).

Generalną zasadę zakazu dyskryminacji w korzystaniu z wszelkich praw, wprowadził do porządku konwencyjnego dopiero w 2005 r. protokół 12 do EKPCZ., wedle którego: *korzystanie z każdego prawa ustanowionego przez prawo powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie lub z jakichkolwiek innych przyczyn. 2. Nikt nie może być dyskryminowany przez jakiegokolwiek władze publiczne z któregośkolwiek z powodów wymienionych w ustępie 1.* Należy pamiętać, że protokół ten został ratyfikowany jedynie przez 17 z 47 Państw członków Rady Europy. Polska protokołu tego nie ratyfikowała.

Pewne standardy w zakresie ochrony praw człowiek na kontynencie Europejskim wprowadza Trybunał w Strasburgu, którego orzecznictwo dotyczy często zastosowania art. 14 w powiązaniu ze stwierdzeniem naruszenia praw podstawowych. Jako przykład tego rodzaju orzeczeń można podać : E.B. p. Francji [problemy z adopcją dziecka przez parę lesbijską], Sommerfeld p. Niemcy [ograniczenia ze względu na płeć w dostępie do kontaktu z dzieckiem po rozwodzie], *Moldovan and Others v. Romania* (no. 2) [dostęp Romów do wymiaru sprawiedliwości].

Niestety, nie udało się znaleźć żadnego orzeczenia ETPCZ, które odnosiłoby się wprost do naruszenia praw podstawowych przez przekaz medialny o charakterze komercyjnym. Rozważenie przypadku hipotetycznego skłania do wniosku, że skarga tego rodzaju musiałby się opierać o art. 8 EKPCZ w związku naruszeniem prawa do prywatności. Na ten artykuł bowiem do tej pory powoływali się skarżący, którzy nie uzyskali przed sądami krajowymi ochrony w przypadku ekscesów swobody wypowiedzi. Art. 8 chroni prawo do życia prywatnego, rodzinnego, mieszkania i korespondencji. Wypracowane przez Trybunał rozumienie koncepcji życia prywatnego jest jednak zdecydowanie szersze niż sugerowałaby to językowa wykładnia tego zwrotu. Niejednokrotnie Trybunał traktował art. 8 jako



pozwalający na włączenie w jego ramy różnorodnych zjawisk życia społecznego. W sferę osobistą chronioną przez art. 8 konwencji, kwalifikowane były m.in. zagadnienia: identyfikacji płciowej, orientacji seksualnej (*Dudgeon v. WB* A 45 1981; 4 EHRR 149 par. 52, *Hinke and Hinke v. Holandii* App. No 15666/89) ale również prawo do ustanawiania i utrzymywania relacji z innymi osobami (*Mcfeeley v. WB* App. No 8317/78, 20 DR 44 1980 par. 91, *Niemietz v. Niemcy* A 251-B (1992); 16 EHRR 97), decyzja o terminacji ciąży (*Tysiąc v. Polska*, orzeczenie 20 marca 2007, App. No 5410/03) czy nawet czynności z zakresu działalności zawodowej (*Niemietz v. Niemcy* A 251-B (1992); 16 EHRR 97, par. 29, *Luordo v. Włochy* 2003-IX, 41 EHRR 547). “Konstrukcja ochrony sfery 'życia prywatnego, w znaczeniu jakie nadaje mu art. 8 Konwencji, jest szeroka, zawierają się tu między innymi, prawo do ustanawiania i utrzymywania relacji z innymi osobami, prawo do 'rozwoju osobistego' czy też prawo do samookreślenia. W jego skład wchodzi takie elementy, jak nazwisko, identyfikacja płciowa, orientacja seksualna, życie seksualne, jak również prawo do respektowania decyzji o posiadaniu lub nie posiadaniu potomstwa (E.B. p. Francji Ap. 43546/02). Koncepcja ochrony prawa do prywatności jest więc wykorzystywana w przypadku spraw dotyczących braku odpowiednich gwarancji ochrony przez państwo członkowskie dla dóbr osobistych jednostki (np. np. brak sankcji za zniesławiające wypowiedzi w mediach). Na tej podstawie zapadło w ETPCZ kilka wyroków sankcjonujących kraje członkowskie za niedostateczną ochronę jednostki przed naruszeniami czci (*Chauvy v. Francji*, *Flux v. Mołdawii* (No. 6), *Lindon*, *Otchakovsky-Laurens and July v. Francji*, *Pedersen and Daadsgaard v. Danii*, *Petrina v. Rumunii*, *Radio France v. Francji*). Charakterystyczne dla tych spraw jest to, że w roli skarżących występują poszczególne osoby, które identyfikowalne w jednoznaczny sposób były przedmiotem naruszających dobre imię lub reputację wypowiedzi medialnych. Zatem na gruncie tych spraw problematyka ewentualnej ochrony przed treścią przekazu reklamowego kształtuje się podobnie, jak to było omawiane w przypadku powództwa o ochronę dóbr osobistych. Problematiczną jest mianowicie kwestia legitymacji osoby fizycznej, w przypadku przekazu o charakterze generalnym, do wystąpienia ze skutecznym powództwem (np. wątpliwe jest wystąpienie powództwem przez “szeregową” gospodynię domową tylko z uwagi na ukształtowany w reklamie proszku do prania wizerunek kobiety zajmującej się domem). Gdyby jednak, hipotetycznie, kiedykolwiek, do sprawy



rozstrzyganej przez Trybunał w Strasburgu miało dojść, to z dużym prawdopodobieństwem można wskazać, że byłaby rozpatrywana przez pryzmat naruszenia art. 8 EKPCZ.

4. Regulacje prawa UE a regulacje prawa polskiego

Powyższe, skrótowe omówienie regulacji międzynarodowych, prowadzi do dwóch zasadniczych wniosków.

Pierwszy sprowadza się do stwierdzenia, że mechanizmy Europejskiej Konwencji Praw Człowieka znajdują zastosowanie względem dyskryminującego przekazu reklamowego jedynie w wyjątkowym przypadku, gdy sprawa taka rozstrzygnięta zostanie przez sąd krajowy, co jest jednak wysoce problematyczne z uwagi na brak legitymacji procesowej po stronie osoby fizycznej.

Wniosek drugi dotyczący regulacji UE, sprowadza się do problemu właściwego transponowania przepisów dyrektyw na reżim krajowy. O ile w przypadku ochrony przed dyskryminacją w przekazie reklamowym z uwagi na kryterium płci, polskiej regulacji nie można zarzucić braku odpowiednich rozwiązań, odmiennie w odniesieniu do dyrektywy "rasowej". Regulacja polska wdrażająca tę dyrektywę zapewnia jedynie środek w postaci żądania odszkodowania, co jak było omówione na przykładzie rosyjskiego turysty skonfrontowanego z zakazem wstępu do smażalni, jest środkiem nieefektywnym. Dlatego właściwe byłoby rozważanie pełniejszej jej implementacji, przez np. ewentualne wprowadzenie do ustawy również środka szczególnego, nakierowanego na ochronę dóbr niemajątkowych (np. zadośćuczynienia *sui generis*). Rozwiązanie takie może spotkać się z krytyką z uwagi na tworzenie swoistego rodzaju superfluum ustawowego, a to wobec już istniejącej regulacji o ochronie dóbr osobistych (art. 23, 24 k.c.). Mając jednak na uwadze, praktyczne problemy z zastosowaniem mechanizmu ochrony dóbr osobistych w omawianym przypadku, postulat ten, moim zdaniem, należałoby rozważyć.



POLSKIE TOWARZYSTWO
PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

