



RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Obywatelskich

Irena LIPOWICZ

RPO-687085-I/12/KW/MW

00-090 Warszawa
Al. Solidarności 77

Tel. centr. 22 551 77 00
Fax 22 827 64 53

Warszawa, 28.05.2012

Pani

Agnieszka Kozłowska - Rajewicz

Pełnomocnik Rządu do spraw

Równego Traktowania

Kancelaria Prezesa Rady Ministrów

Al. Ujazdowskie 1/3

00-583 Warszawa

Szanowno Pani Minister,

Prawo jednostki do polegania na bezpośrednio skutecznych postanowieniach zawartych w przepisach prawa Unii Europejskiej przed sądami krajowymi jest tylko minimalną gwarancją i jako takie nie wystarcza, aby zapewnić pełne wprowadzenie w życie prawa unijnego (wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w połączonych sprawach C-46 i C-48/93 *Brasserie du Pêcheur i Factortame*). Prawo Unii Europejskiej nakłada na państwa członkowskie obowiązek podejmowania wszelkich właściwych środków ogólnych lub szczególnych w celu zapewnienia wykonania zobowiązań, wynikających z tego prawa. Z tego względu stosując prawo wewnętrzne, a w szczególności przepisy prawa krajowego wprowadzone w celu wykonania dyrektyw równościowych, państwo ma obowiązek zapewnić właściwe środki ochrony osobom narażonym na nierówne traktowanie w następstwie naruszenia prawa Unii Europejskiej.

Taki cel przyświecał uchwaleniu obowiązującej od dnia 1 stycznia 2011 r. ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz. U. z 2010 r. Nr 254 poz. 1700, dalej: ustawa o równym traktowaniu). Po ponad roku funkcjonowania tej ustawy należy dokonać analizy praktyki jej stosowania, oceny oraz próby wskazania pewnych wynikających stąd wniosków.

Należy wskazać, że do Rzecznika Praw Obywatelskich przekazywane są liczne sygnały o problemach, niedostatkach i niedoskonałościach przepisów ustawy o równym traktowaniu. Wobec tej ustawy formułowane są zarówno postulaty odnoszące się do treści jej przepisów, niekompletności jej regulacji, zarzuty związane z jej ewentualną niekonstytucyjnością ale także odnoszące się do praktyki jej stosowania, wskazujące na jej dysfunkcjonalność. Niektóre z tych uwag formułowane były przez Rzecznika już na etapie przygotowywania ustawy.

Niniejsze wystąpienie generalne kierowane do Pani Pełnomocnik oparte jest zarówno na analizie ustawy i praktyki jej stosowania dokonanej przez Biuro RPO, jak i w oparciu o wnioski i rekomendacje opracowywane i zgłaszane przez organizacje społeczne i międzynarodowe instytucje ochrony praw człowieka i przeciwdziałania dyskryminacji. Zwracam się w tej sprawie do Pani Pełnomocnik z uwagi na okoliczność, iż - zgodnie z przepisem art. 21 ust. 2 pkt 2 ustawy o równym traktowaniu - do zadań Pełnomocnika Rządu do spraw Równego Traktowania należy w szczególności przeprowadzanie analiz i ocen rozwiązań prawnych pod kątem respektowania zasady równego traktowania, a także występowanie do właściwych organów z wnioskami o wydanie lub zmianę aktów prawnych w zakresie spraw należących do Pełnomocnika.

1. Ustawowe przesłanki i katalog zakazów dyskryminacyjnych

Jako konstytucyjny organ stojący na straży wolności i praw człowieka i obywatela, w tym również realizacji zasady równego traktowania, pragnę zwrócić uwagę, iż Konstytucja RP w art. 32 gwarantuje wszystkim równe traktowanie przez władze publiczne. Ustawa o równym traktowaniu miała za zadanie wdrożenie przepisów wtórnego prawa antydyskryminacyjnego, obowiązującego w całej Unii Europejskiej, które na obecnym etapie reguluje zwalczanie dyskryminacji w sposób fragmentaryczny.

Główne zastrzeżenia pod adresem ustawy o równym traktowaniu dotyczą nierównej ochrony ze względu na poszczególne przesłanki oraz obszary dyskryminacji. Ustawa przyznaje ochronę prawną wyłącznie w enumeratywnie wskazanych obszarach, tj. w sprawach związanych z zatrudnieniem, dostępem i warunkami korzystania

z instrumentów i usług rynku pracy, podejmowania kształcenia zawodowego, warunkami podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, działania w związkach zawodowych, organizacjach pracodawców i samorządach zawodowych, zabezpieczenia społecznego, opieki zdrowotnej, oświaty i szkolnictwa wyższego, usług oferowanych publicznie.

Ponadto należy zwrócić uwagę na okoliczność, iż ustawa wprowadza różne poziomy ochrony osób, które padły ofiarą dyskryminacji, zawierając zamknięty katalog cech, ze względu na które nie wolno dyskryminować i zamknięty katalog sytuacji, w których dyskryminacja jest zakazana. Takie ukształtowanie przepisów ustawowych powoduje, że nie każda kategoria osób jest chroniona w takim samym stopniu. Na przykład osoby z niepełnosprawnością osoby LGBT oraz osoby skarżące się z powodu dyskryminacji ze względu na religię, wyznanie, światopogląd czy wiek są pozostawione poza ochroną przed dyskryminacją w takich sferach jak edukacja, dostęp do dóbr i usług czy zabezpieczenie społeczne. Dodatkowo ustawa nie obejmuje ochroną osób dyskryminowanych ze względu na płeć w zakresie opieki zdrowotnej i edukacji.

Pragnę zauważyć, że w kierowanym przeze mnie Biurze prowadzone są również sprawy dotyczące dyskryminacyjnego traktowania w obszarach nieobjętych zakresem regulacji ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. Art. 7 ustawy zakazuje nierównego traktowania osób fizycznych ze względu na rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość w zakresie opieki zdrowotnej oraz oświaty i szkolnictwa wyższego. Z ochrony tej wyłączone są np. osoby z niepełnosprawnością. Tymczasem poważnym problemem jest obecnie przyjmowanie dzieci z niepełnosprawnościami do przedszkoli i szkół publicznych. Z kolei w art. 6 ustawy zakazuje się nierównego traktowania osób fizycznych ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość w zakresie dostępu i warunków korzystania z zabezpieczenia społecznego, usług, w tym usług mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw lub energii, jeżeli są one oferowane publicznie. Ustawa poza zakresem ochrony pozostawia natomiast osoby traktowane odmiennie np. z racji wieku, niepełnosprawności czy orientacji seksualnej. Dlatego np. starsze osoby, którym odmawia się dostępu do pewnych usług finansowych z ochrony ustawowej nie korzystają. Przypadki te stanowią jedynie nieliczne przykłady stanowiące nie tyle o niekoherencji ustawy i zagmatwaniu jej przepisów, co o nieuzasadnionym i nieracjonalnym zróżnicowaniu zapewnianej przez nią

ochrony prawnej. Dlatego w mojej ocenie wydaje się zasadnym uzupełnienie obszarów objętych ochroną przed dyskryminacją i sposobów przeciwdziałania naruszeniom zasady równego traktowania.

Należy także zwrócić uwagę, że w uzasadnieniu do ustawy wyraźnie stwierdzono, że „głównym celem projektu ustawy jest implementacja przepisów przyjętych przez Unię Europejską w postaci dyrektyw, dzięki czemu Rzeczpospolita Polska wypełni swoje zobowiązania prawno-międzynarodowe”. Implementacja ta została jednak dokonana na najniższym wymaganym przez prawo Unii Europejskiej poziomie. Tymczasem, co warto podkreślić, poszczególne dyrektywy równościowe jasno stwierdzają że państwa członkowskie mogą przyjmować lub utrzymywać przepisy bardziej korzystne w celu urzeczywistnienia zasady równego traktowania od przepisów ustanowionych w tych dyrektywach (art. 6 ust. 1 dyrektywy 2000/43/WE; art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/78/WE; art. 7 ust. 1 dyrektywy 2004/113/WE; art. 27 ust. 1 dyrektywy 2006/54/WE). Standardy ochrony przewidziane w dyrektywach mają zatem charakter jedynie minimalny i poszczególne państwa członkowskie mogą je w stosownym zakresie poszerzać.

Organizacje zrzeszone w Koalicji na Rzecz Równych Szans wskazują również na błędy merytoryczne ustawy antydyskryminacyjnej, m.in. rozbieżne definicje dyskryminacji, co może utrudnić interpretację prawa przez sądy. Mając na względzie przejrzystość ustawy należałoby posługiwać się w ustawie jednym terminem dyskryminacji w miejsce takich sformułowań jak „zasada równego traktowania” czy „nierówne traktowanie”, bowiem różne terminy mogą wywoływać wątpliwości interpretacyjne, których nie usuwa słowniczek pojęć umieszczony w ustawie.

2. Konstytucyjność zamkniętego katalogu zakazów antydyskryminacyjnych

Na poziomie konstytucyjnym zakaz dyskryminacji w życiu politycznym, gospodarczym lub społecznym, określony w art. 32 ust. 2 ustawy zasadniczej, dotyczy jakiegokolwiek przyczyny. Ma on charakter uniwersalny, zarówno pod względem podmiotowym, jak i przedmiotowym (tak: L. Garlicki, *Komentarz do art. 32 Konstytucji*, [w:] „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz”, Warszawa 1999, s. 17).

W świetle polskiej konstytucji zobowiązanymi do przestrzegania zasady równego traktowania są przede wszystkim władze publiczne. Problem horyzontalnego oddziaływania konstytucyjnej zasady równości w ogóle nie występuje w odniesieniu do obowiązku równego traktowania w procesie stanowienia prawa, gdyż adresatami tego obowiązku mogą być wyłącznie władze publiczne, bo zasadniczo tylko im przysługują kompetencje prawodawcze. Sprawa nie przedstawia się natomiast tak jednoznacznie na gruncie konstytucji, jeśli idzie o obowiązek respektowania prawa do równego traktowania przez podmioty niepubliczne. W każdym razie do tej pory orzecznictwo sądowe z wielką ostrożnością podchodzi do możliwości wyprowadzenia z ogólnej konstytucyjnej zasady równości bezpośrednich obowiązków po stronie podmiotów niepublicznych (tak: L. Garlicki, *Komentarz do art. 32 Konstytucji*, [w:] „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz”, Warszawa 1999, s. 15). W rezultacie w tym zakresie wątpliwe jest konstruowanie roszczenia wobec podmiotu niepublicznego poprzez proste odwołanie się do ogólnej zasady równości. W związku z tym bezpośredni zakaz dyskryminacji adresowany do podmiotów niepublicznych wynika z ustawodawstwa zwykłego. Aktem prawnym, którym wprowadzono taką podstawę przeciwdziałania aktom dyskryminacji jest właśnie ustawa z dnia 3 grudnia 2010 roku.

Mając na względzie postanowienia konstytucyjne powstają jednak istotne wątpliwości, czy ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. nie zawęży ochrony prawnej ofiar dyskryminacji. Istota kontrowersji dotyczy tego, czy dyskryminacja stosowana przez podmioty niepubliczne, u której źródeł leżą cechy osoby fizycznej niewskazane w ustawie, jest konstytucyjnie dopuszczalna, skoro Konstytucja zakazuje jednakowoż dyskryminacji w życiu społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny. Zdaniem komentatorów, „takie ujęcie art. 32 wskazuje na to, że twórcy Konstytucji nadali zasadzie równości wymiar uniwersalny, odnosząc je do wszelkich różnicowań, jakie zostaną dokonane w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym, niezależnie od cechy (kryterium), według którego różnicowanie to zostanie dokonane” (J. Oniszczyk, „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego”, Zakamycze 2000, s. 284). W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wszelkie odstępstwo od zasady równego traktowania podmiotów podobnych musi mieć podstawę w odpowiednio przekonywających argumentach. Argumenty te muszą:

- 1) mieć charakter relewantny, a więc pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma oraz służyć realizacji tego celu i treści. Innymi słowy, wprowadzone różnicowania muszą mieć charakter racjonalnie uzasadniony, nie wolno ich dokonywać według dowolnie ustalonego kryterium (tak np. wyrok TK z dnia 12 grudnia 1994 r., sygn. akt K 3/94),
- 2) mieć charakter proporcjonalny, a więc waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych,
- 3) pozostawać w adekwatnym związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych.

W przypadku analizy ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. należy z pewnością sięgnąć do jej uzasadnienia, które powinno naświetlić motywy legislacyjne przyświecające prawodawcy. W dokumencie tym jednak, poza przywołanym motywem implementacji antydyskryminacyjnego prawa wtórnego Unii Europejskiej, trudno odnaleźć rozsądne argumenty przemawiające za przyznaniem zwiększonej ochrony prawnej wyłącznie tym, a nie innym grupom osób, wyłącznie w takich, a nie innych sytuacjach. Kryteria różnicujące ochronę prawną przyjęte zostały wiernie w ślad za ustawodawcą europejskim, bez pogłębionej analizy zgodności z wytycznymi polskiego Trybunału Konstytucyjnego odnoszącymi się do uniwersalnego zakazu dyskryminacji. W tym świetle trudno uznać, że kryteria różnicowania ochrony prawnej wprowadzone ustawą z dnia 3 grudnia 2010 r. są uzasadnione, a więc mają charakter relewantny, proporcjonalny i adekwatny. Jak stwierdza bowiem Trybunał Konstytucyjny „wszelkie odstępstwa od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych muszą zawsze znajdować podstawę w odpowiednio przekonujących argumentach” (wyrok z dnia 3 września 1996 r., sygn. akt K 10/96).

Istotne znaczenie mają także regulacje prawa międzynarodowego. W szczególności należy mieć na względzie art. 14 EKPCz, który formułuje zakaz 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”. Zdaniem doktryny, unormowanie art. 14 EKPCz „jest (...) - w świetle art. 91 ust. 2 konstytucji - bezwzględnie wiążące dla ustawodawcy zwykłego. (...) Ustawodawca zwykły jest związany katalogiem

<zakazanych kryteriów> wskazanych w tym przepisie. (...) Innymi słowy, z art. 14 EKPCz wynika domniemanie, że podmioty, które charakteryzują się wskazanymi w nim cechami są <podmiotami podobnymi>. Różnicowanie ich traktowania przez prawo w sposób ignorujący to podobieństwo rodzi domniemanie naruszenia art. 14, wymaga więc szczególnego kwalifikowanego uzasadnienia. Analogiczne wnioski można wyprowadzić z art. 26 ONZ-owskiego Paktu praw osobistych i politycznych" (L. Garlicki, *Komentarz do art. 32 Konstytucji*, [w:] „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz”, Warszawa 1999, s. 21-22).

Dokonując zatem analizy z punktu widzenia wiążącego Polskę prawa międzynarodowego należy dojść do podobnych wniosków. Zróżnicowanie ochrony prawnej przyznanej ustawą z dnia 3 grudnia 2010 r. podmiotów w sposób ignorujący ich podobieństwo w świetle art. 14 EKPCz nie zostało w sposób wystarczający uzasadnione, a w związku z tym takie rozwiązanie prawne należy zdyskwalifikować.

Przeprowadzając analizę konstytucyjności ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. należy także zastanowić się, czy przyznanie pewnym grupom osób w określonych sytuacjach intensywniejszej ochrony prawnej w stosunku do innych ofiar dyskryminacji znajdujących się w odmiennych sytuacjach nie stanowi swoistego uprzywilejowania wyrównawczego. Do tej pory w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego ta konstrukcja prawna powoływana była i stosowana w przypadkach realizacji zasady równości w stosunku do kobiet i mężczyzn. W ocenie Trybunału konstytucyjna zasada sprawiedliwości społecznej wyraża się w nakazie stworzenia kobiecie równouprawnionej pozycji wobec mężczyzny, ponieważ w rzeczywistości społecznej kobieta z reguły zajmuje pozycję słabszą. Stąd Trybunał wywodzi konstytucyjne uzasadnienie dla wprowadzania regulacji nadających kobietom pewne przywileje w porównaniu z mężczyznami, jako instrumentów zapewniających kobietom rzeczywiste równouprawnienie. Regulacje ustanawiające tego typu uprzywilejowania wyrównawcze nie mogą być traktowane jako regulacje dyskryminujące czy faworyzujące w sposób zakazany z punktu widzenia konstytucyjnej zasady równości. Zdaniem Trybunału ustawodawca może takie regulacje ustanawiać w ramach przysługującej mu ogólnej swobody do stanowienia prawa odpowiadającego założonym celom społeczno - gospodarczym (wyrok z dnia 7 grudnia 1993 r., sygn. akt K 3/93). Utrzymania

zróznicowania ochrony prawnej określonej ustawą o równym traktowaniu nie można jednak wytłumaczyć ani względami racjonalności, ani sprawiedliwości społecznej.

Zapytać należy, czy przepisy ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r., kreujące lepsze warunki ochrony prawnej w pewnych sytuacjach z określonych powodów, wprowadzają takie usprawiedliwione konstytucyjnie uprzywilejowania wyrównawcze. Ponieważ celem społeczno - gospodarczym takiego uprzywilejowania jest doprowadzenie do rzeczywistego równouprawnienia osób zajmujących w społeczeństwie pozycję słabszą postanowienia ustawy uprzywilejowujące takie osoby byłyby w pełni konstytucyjnie dopuszczalne. Szczegółowa analiza ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. prowadzi jednak do wniosku, że przepis art. 5 ustawy wprowadzający liczne wyłączenia podmiotowe i przedmiotowe, jak i podmiotowo-przedmiotowe, nie jest oparty na rzetelnej analizie służącej ochronie grup najsłabszych w danych okolicznościach. Jedynie tytułem przykładu można wskazać, że art. 5 pkt 3 wskazuje, że ustawy nie stosuje się do swobody wyboru stron umowy, o ile tylko nie jest oparty na płci, rasie, pochodzeniu etnicznym lub narodowości. Z konstytucyjnego punktu widzenia zupełnie niezrozumiałe jest wyłączenie zastosowania ustawy na przykład wobec osób z niepełnosprawnością czy wobec osób odmiennej religii, czy orientacji seksualnej. W konsekwencji takie dowolne, w praktyce oparte jedynie na bezrefleksyjnym przeniesieniu treści przepisów europejskich do polskiego prawa, operowanie kryteriami dyskryminacji nie znajduje swego uzasadnienia w postanowieniach konstytucyjnych.

Rozpatrując tę kwestię warto także zwrócić uwagę na orzeczenie belgijskiego sądu konstytucyjnego z dnia 6 października 2004 r. (Cour d'arbitrage, arret no. 157/2004). Uchwalone w Belgii w dniu 25 lutego 2003 r. federalne prawo antydyskryminacyjne zostało konstytucyjnie zdyskwalifikowane z powodu enumeratywnie wyliczonego katalogu zakazanych przesłanek dyskryminacyjnych. Zdaniem belgijskiego sądu konstytucyjnego takie ukształtowanie ustawy mogło sugerować, że dyskryminacja z powodów wyraźnie nie wymienionych w przepisach jest dozwolona, co - mając na względzie zakazaną konstytucyjnie dyskryminację z jakichkolwiek powodów (art. 10 i 11 Konstytucji Królestwa Belgii z dnia 7 lutego 1831 r.) - przyczynić się mogło do obniżenia standardów ochrony prawnej w Belgii. W wyniku tego orzeczenia dopiero w dniu 10 maja 2007 r. uchwalono prawo spełniające oczekiwania Cour d'arbitrage.

W tym kontekście warto zwrócić uwagę, iż polska Konstytucja również zawiera otwartą klauzulę antydyskryminacyjną. Z tej też przyczyny posłużenie się zaproponowanym wyżej rozumowaniem może prowadzić do wniosku o niezgodności zamkniętego katalogu zakazanych przesłanek określonych w ustawie z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej dotyczących równego traktowania z art. 32 ust. 2 Konstytucji RP.

Co warte zauważenia ustawa, której sama nazwa nie podkreśla prawa każdego do równego traktowania, lecz zaledwie fakt wdrażania przez nią niektórych przepisów Unii Europejskiej dotyczących równego traktowania, zawiera w przepisie art. 5 szczegółowe i obszerne wyliczenie wyjątków, wskazujących do jakich sytuacji ustawa nie ma zastosowania. Takie wyliczenie nie stanowi oczywiście przyzwolenia ustawodawcy na działania dyskryminacyjne w sferach, do których ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. nie ma zastosowania, jednakże katalog ten stanowi wyraźny sygnał nie tylko dla podmiotów prywatnych, lecz także dla sądów i organów administracyjnych, które dziedziny pozostają poza sferą zainteresowania państwa z punktu widzenia ochrony prawnej. Empiryczne wykazanie, iż do takiego - paradoksalnie - pogorszenia pozycji jednostek doszło na skutek wejścia w życie ustawy o równym traktowaniu, musiałoby prowadzić do definitywnego przesądzenia o konieczności zakwestionowania zgodności tego aktu prawnego z Konstytucją.

3. Sankcje za naruszenie zakazu dyskryminacji

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE (m.in. wyrok z dnia 10 lipca 2008 r. w sprawie *Feryn* C-54/07) podkreśla się, iż artykuł 15 dyrektywy 2000/43 nakłada na państwa członkowskie obowiązek wprowadzenia do krajowego porządku prawnego takich środków, które są wystarczająco skuteczne dla osiągnięcia celu dyrektywy oraz dokonania tego w taki sposób, by możliwe było skuteczne powoływanie się na nie przed sądami krajowymi, tak aby ochrona sądowa była rzeczywista i skuteczna. Dyrektywa 2000/43 nie narzuca określonych sankcji, lecz powinny one być skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające. W przypadku wyboru przez państwo członkowskie sankcji za naruszenie zakazu w postaci przyznania odszkodowania, odszkodowanie to, aby było skuteczne

i wywierało skutek prewencyjny, powinno być w każdym razie adekwatne do poniesionej szkody, a więc nie może być jedynie symboliczne (wyrok z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie *Colson i Kamann* 14/83). Wynika z tego, że gdy państwo członkowskie decyduje się na nakładanie sankcji w przypadku naruszenia zakazu dyskryminacji poprzez przyznanie odszkodowania, odszkodowanie takie musi być w każdym razie odpowiednie do poniesionej szkody.

Ustawa o równym traktowaniu w przepisie art. 13 ust. 1 przyznaje każdemu, wobec kogo zasada równego traktowania została naruszona, prawo do odszkodowania. W projekcie ustawy z dnia 21 maja 2010 r. przepis tego artykułu dawał „możliwość dochodzenia odszkodowania za poniesioną szkodę lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę”. Wydaje się, że takie brzmienie przepisu byłoby najpełniejsze i w sposób kompleksowy chroniłoby osoby dyskryminowane.

W polskim prawie cywilnym istnieje zasadnicza różnica między instytucją odszkodowania a zadośćuczynienia. Odszkodowanie, zgodnie z art. 361 Kodeksu cywilnego, pokrywa wyłącznie faktycznie poniesione straty oraz utratę korzyści, których się nie osiągnęło. Odszkodowanie ma na celu wyrównanie poniesionego uszczerbku majątkowego, natomiast w żaden sposób nie może wynagrodzić doznanych krzywd spowodowanych dyskryminacyjnym potraktowaniem.

W przypadku dyskryminacji, osoby pokrzywdzone często doznają wyłącznie szkód o charakterze niemajątkowym. W takiej sytuacji dochodzenie wyrównania straty majątkowej, nawet przy przeniesieniu ciężaru dowodu, nie będzie mieć zastosowania. Przepis art. 16 ustawy o równym traktowaniu stanowi, że dochodzenie roszczeń na podstawie niniejszej ustawy nie pozbawia prawa do dochodzenia roszczeń na podstawie przepisów innych ustaw. Ustawa o równym traktowaniu wyraźnie zdaje się więc odsyłać do regulacji Kodeksu cywilnego dotyczących możliwości ubiegania się o zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę w trybie ochrony dóbr osobistych (art. 23 i 24 Kodeksu cywilnego). Osoba pokrzywdzona może żądać zaniechania działania zagrażającego dobrom osobistym, a w razie dokonanego naruszenia może żądać, ażeby osoba, która dopuściła się naruszenia, dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków, w szczególności ażeby złożyła oświadczenie odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie (najczęściej będą

to przeprosiny). Należy jednak podkreślić, że Kodeks cywilny tworzy system ochrony dóbr osobistych, który nie stanowi wprost ochronnego systemu antydyskryminacyjnego.

Zauważyć także należy, że w przypadku zastosowania przepisów Kodeksu cywilnego o ochronie dóbr osobistych mamy do czynienia z domniemaniem bezprawności naruszenia dóbr osobistych. Jak podkreślają komentatorzy, „zagadnienie bezprawności należy do sfery ocen danego zachowania z punktu widzenia szeroko rozumianego porządku prawnego”, zaś „kwestia zagrożenia (lub naruszenia dóbr osobistych) jest elementem stanu faktycznego” (E. Gniewek, red., „Kodeks cywilny. Komentarz”, Warszawa 2011, s. 61). W przypadku więc dochodzenia ochrony na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego w związku z doznaną krzywdą na skutek czynu dyskryminacyjnego wydaje się, że nie ma podstaw do skorzystania z mechanizmu określonego w przepisie art. 14 ust. 2 ustawy o równym traktowaniu, który stanowi, że kto zarzuca naruszenie zasady równego traktowania, uprawdopodobnia fakt jej naruszenia. Przepis ten wprowadza ułatwienie procesowe (dotyczące stanu faktycznego, a nie bezprawności) w wykazaniu zaistnienia czynu dyskryminacyjnego polegające na konieczności jedynie jego uprawdopodobnienia, bez potrzeby wykazania dowodu. W przypadku zastosowania przepisów Kodeksu cywilnego ofiara dyskryminacji musi udowodnić zaistnienie czynu dyskryminacyjnego, by ubiegać się w ramach procesu o ochronę dóbr osobistych o przyznanie zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, co utrudni uzyskanie ochrony prawnej. To zaś przesądza o niepełnej implementacji dyrektyw Unii Europejskiej dotyczących zasady równego traktowania.

4. Zasady przedawnienia roszczeń odszkodowawczych

Przepis art. 15 ustawy o równym traktowaniu stanowi, że termin przedawnienia roszczeń z tytułu naruszenia zasady równego traktowania wynosi 3 lata od dnia powzięcia przez poszkodowanego wiadomości o naruszeniu zasady równego traktowania, nie dłużej jednak niż 5 lat od zaistnienia zdarzenia stanowiącego naruszenie tej zasady. Przepis ten wydaje się stanowić przepis szczególnych wobec przepisów ogólnych prawa cywilnego dotyczących przedawnienia roszczeń deliktowych (art. 442¹ KC). Zasady liczenia biegu okresu przedawnienia ukształtowane zostały w wyniku wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 1 września 2006 r., sygn. akt SK 14/05, w którym TK uznał art. 442 KC za

niezgodny z art. 2 i art. 77 ust. 1 Konstytucji w zakresie, w jakim przepis ten przewidywał możliwość upływu okresu przedawnienia roszczenia odszkodowawczego za szkodę na osobie przed powzięciem przez poszkodowanego wiedzy o istnieniu tego roszczenia. Trybunał zwrócił uwagę, że w demokratycznym państwie prawnym obywatel nie może tracić możliwości realizacji przysługującego mu prawa przed dowiedzeniem się o istnieniu tego prawa.

Dlatego też należy podnieść, że przepis art. 15 ustawy o równym traktowaniu w zakresie, w jakim dopuszcza możliwość upływu okresu przedawnienia roszczenia o naprawienie szkody na osobie bez względu na powzięcie przez poszkodowanego wiedzy o szkodzie, może być niezgodny z art. 2 Konstytucji. Warto zauważyć, że opinię taką wyraził wcześniej Przemysław Sobolewski (druk sejmowy nr 3386), ekspert do spraw legislacji w Biurze Analiz Sejmowych, jednak opinia ta w toku prac ustawodawczych nie została wzięta pod uwagę.

5. Funkcjonowanie ustawy o równym traktowaniu

Z danych przekazanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości odnośnie do spraw o odszkodowanie za naruszenie zasady równego traktowania w 2011 r. wynika, że do sądów rejonowych i okręgowych na podstawie art. 13 ust. 1 ustawy o równym traktowaniu wpłynęło łącznie 30 spraw. W sądach rejonowych spośród 13 załatwionych spraw nie uwzględniono w całości lub części żadnej, 6 oddalono, 2 zwrócono, 1 odrzucono i 2 umorzono. Zaś w sądach okręgowych w I instancji z 4 spraw załatwionych również nie uwzględniono w całości lub części żadnej, 3 zostały oddalone, a 1 zwrócono. Aktualnie Biuro RPO oczekuje na dane Ministerstwa dotyczące konkretnych sygnatur tych spraw, tak by poddać badaniu akta postępowań. W obecnej już jednak chwili można stwierdzić, że ustawa o równym traktowaniu z uwagi na znikomą liczbę wniesionych do sądów spraw, a jeszcze mniejszą spraw pozytywnie rozpatrzonych, w minimalnym stopniu przyczynia się do zapewnienia efektywnej ochrony prawnej ofiar dyskryminacji.

Rezultatem tak ograniczonego zakresu, w jakim ustawa o równym traktowaniu objęła ochroną osoby należące do grup szczególnie narażonych na dyskryminację w obszarze zatrudnienia niepracowniczego, dostępu do dóbr i usług, opieki zdrowotnej, zabezpieczenia

społecznego oraz edukacji jest także niski poziom świadomości społecznej na temat realizacji zasady równego traktowania w Polsce oraz o środkach ochrony przysługujących osobom dyskryminowanym. Świadczy o tym przytoczona powyżej niewielka ilość spraw wszczętych z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w 2011 r. Niska ilość spraw wszczętych na podstawie ustawy pozwala także na stwierdzenie, że jej przyjęcie, pomimo formalnego wypełnienia obowiązku implementacyjnego, w istocie nie zrealizowało celu dyrektyw, którym jest skuteczniejsze przeciwdziałanie dyskryminacji.

6. Organy stojące na straży zasady równego traktowania

W dokumentach międzynarodowych podkreśla się, że oprócz generalnych postanowień zawartych w konstytucjach krajowych istnieje potrzeba wprowadzenia szczegółowych rozwiązań dotyczących równości wszystkich obywateli i niedyskryminacji z jakiegokolwiek powodu. Dyrektywy równościowe wskazując konieczność realizowania przez państwa członkowskie polityki równościowej szczególną uwagę przykładają do tworzenia systemowych rozwiązań pozwalających na zwalczanie dyskryminacji, podkreślając konieczność istnienia wyspecjalizowanych organów służących promowaniu zasady równego traktowania, monitorujących realizację polityki równościowej i udzielających pomocy w dochodzeniu roszczeń z tytułu dyskryminacji.

Mocą ustawy o równym traktowaniu niezależnym organem stojącym na straży zasady równego traktowania, zgodnie z przepisami dyrektyw Unii Europejskiej, ustanowiony został Rzecznik Praw Obywatelskich. Rzecznik wskazywał jednak wielokrotnie, że zgodnie z Konstytucją i ustawą dysponuje on wyłącznie kompetencjami do podejmowania interwencji w przypadkach naruszeń praw człowieka dokonywanych przez podmioty publiczne. Skarga kierowana do Rzecznika powinna bowiem dotyczyć wolności lub praw naruszonych przez organy władzy publicznej (art. 80 Konstytucji RP). W relacjach horyzontalnych RPO dysponuje wyłącznie ograniczonymi środkami, których wykorzystanie mogłoby doprowadzić do usunięcia naruszeń.

W tym aspekcie należy wskazać, że w systemie EU-Pilot została zarejestrowana sprawa (3276/12/JUST), dotycząca implementacji unijnych dyrektyw równościowych. W Nocie dla Rzeczypospolitej Polskiej znajduje się informacja, iż do Komisji Europejskiej

wpłynęła skarga złożona przez Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego w przedmiocie uprawnień nowego polskiego organu do spraw równości, jakim jest RPO. Skarżący podnoszą, że uprawnienia Rzecznika w zakresie stosunków między podmiotami prywatnymi są niewystarczające i nie mogą być traktowane jako prawidłowo wdrażające odpowiednie przepisy dyrektyw 2000/43/WE, 2004/113/WE oraz 2006/54/WE. Ustrojowa pozycja Rzecznika oraz brzmienie przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o RPO (wskazujące na to, iż w sprawach między podmiotami prywatnymi kompetencje Rzecznika są ograniczone do wskazania wnioskodawcy przysługujących mu środków działania), budzą wątpliwości czy kompetencje RPO w odniesieniu do spraw między podmiotami prywatnymi są zgodne z przepisami wyżej wymienionych dyrektyw, według których organ do spraw równego traktowania powinien udzielać pomocy we wnoszeniu skarg dotyczących zasady równego traktowania ofiarom dyskryminacji.

Ustawa o równym traktowaniu w takim kształcie stwarza ryzyko, że będą nadal prowadzone lub wszczynane kolejne postępowania przeciwko Polsce przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie niewdrożenia antydyskryminacyjnych dyrektyw Unii Europejskiej. Należy więc zapytać, czy ustawa o równym traktowaniu w tym kształcie nie jest w istocie ustawą która nie wnosi do polskiego systemu prawnego istotnej wartości dodanej. Trudno byłoby bowiem postawić, na podstawie znikomej ilości wniesionych powództw, tezę o braku zjawiska dyskryminacji w Polsce, co miałyby tłumaczyć tak rzadkie korzystanie z nowych środków prawnych. Należy raczej stwierdzić, że ustawa o równym traktowaniu nie przyczyniła się w praktyce do lepszej ochrony prawnej obywateli przed nierównym traktowaniem, a w konsekwencji nie stanowi istotnej wartości dodanej do już funkcjonującego instrumentarium prawnego w naszym kraju.

Na tym etapie wydaje się, że ustawa o równym traktowaniu nie reguluje w sposób całościowy omawianej kwestii, a stanowi jedynie uzupełnienie regulacji już obowiązujących na podstawie innych aktów prawnych. Tym samym, zwiększone zostało ryzyko powstania sprzeczności pomiędzy poszczególnymi mechanizmami i osiągnięcia efektu odwrotnego do zamierzonego. Ustawa o równym traktowaniu w swym obecnym kształcie budzi nie tylko wątpliwości co do zgodności z Konstytucją we wskazanym wyżej zakresie, lecz także - biorąc pod uwagę konstytucyjnie wyznaczony standard rzetelnej legislacji - także z art. 2 ustawy zasadniczej.

7. Regulacje prawnomiędzynarodowe dotyczące zwalczania dyskryminacji

Jednocześnie pragnę uprzejmie wskazać, że na skuteczną implementację prawa antydyskryminacyjnego Unii Europejskiej znacząco mogłaby wpłynąć ratyfikacja Protokołu nr 12 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r. (dalej: EKPC), który jako jedyny nie został jeszcze podpisany przez Polskę. Protokół 12, który poszerza zakaz dyskryminacji wymieniony w art. 14 Konwencji, zobowiązuje państwa-strony do zagwarantowania korzystania bez jakiegokolwiek dyskryminacji z każdego prawa ustanowionego przez prawo danego państwa. Co więcej, Protokół nr 12 zabrania dyskryminowania przez władze publiczne państwa-strony kogokolwiek z jakiegokolwiek powodu. W przedmiocie ratyfikacji Protokołu nr 12 swoje stanowisko przedstawiła także organizacja Amnesty International. W ocenie obecnej sytuacji przestrzegania praw człowieka w Polsce z dnia 3 lutego 2012 r. w związku z Przeglądem Okresowym Praw Człowieka Rady Praw Człowieka ONZ, który ma miejsce w tym roku znalazły się m.in. rekomendacje w powyższych kwestiach. Amnesty International wzywa rząd Polski do ratyfikowania Protokołu nr 12 do EKPC oraz zapewnienia odpowiedniego finansowania instytucji Rzecznika Praw Obywatelskich, tak aby mógł efektywnie wykonywać nałożone na niego zadania, w szczególności te dotyczące pomocy prawnej ofiarom dyskryminacji, przeprowadzania niezależnych badań i wydawania rekomendacji w kwestii równego traktowania.

Mając na uwadze wspólny cel, którym jest skuteczne przeciwdziałanie naruszeniom zasady równego traktowania, działając na podstawie art. 16 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o *Rzeczniku Praw Obywatelskich* (Dz. U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147, ze zm.), zwracam się do Pani Pełnomocnik z uprzejmą prośbą o zajęcie stanowiska odnośnie do przedstawionych wyżej zagadnień oraz o rozważenie wystąpienia do właściwych organów z wnioskiem o zmianę ustawy o równym traktowaniu. Zwracam się ponadto z uprzejmą prośbą o informacje na temat podjętych działań mających na celu ratyfikację Protokołu nr 12 do EKPCz. Będę wdzięczna za pozytywne ustosunkowanie się do zaproponowanych rozwiązań i liczę na dalszą dobrą współpracę w tym zakresie.

Łeoa Wynery Szowku
Zena Jipoi