



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa,

Adam Bodnar

XI.816.17.2016.AKB/MA

Pan
Adam LIPIŃSKI
Pełnomocnik Rządu
Równego Traktowania
Kancelaria Prezesa Rady Ministrów
Al. Ujazdowskie 1/3
00 - 583 WARSZAWA

W nawiązaniu do wystąpienia z dnia 18 kwietnia 2017 r. **w sprawie sposobu ukształtowania i skuteczności prawnej ochrony przed dyskryminacją w Polsce**, mając na uwadze, że na mocy art. 18 ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz. U. z 2016 r., poz. 1219; dalej jako: „ustawa o równym traktowaniu”) zadania dotyczące realizacji zasady równego traktowania zostały powierzone Rzecznikowi Praw Obywatelskich oraz Pełnomocnikowi Rządu do spraw Równego Traktowania, **pragnę ponownie zwrócić się do Pana Pełnomocnika o podjęcie koniecznych działań, zgodnie z przyznanym zakresem kompetencji**¹. Po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 czerwca 2019 r. (sygn. akt K 16/17; Dz. U. z 2019 r. poz. 1238), dotyczącym art. 138 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. - Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2019 r. poz. 821, z późn. zm.; dalej jako: „k.w.”), tym bardziej zadaniem właściwych organów jest **przeprowadzenie rzetelnej oceny stanu przestrzegania standardu wynikającego z art. 32 Konstytucji RP**. W ramach tej analizy należy także mieć na uwadze realizację **zasady zapewnienia efektywności prawu unijnemu**. Ustawa o równym traktowaniu została bowiem uchwalona w celu implementacji

¹ W szczególności, na mocy art. 21 ust. 2 ustawy o równym traktowaniu, do zadań Pełnomocnika, należy: opracowywanie i opiniowanie projektów aktów prawnych w zakresie zasady równego traktowania, 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.

w Polsce przyjętych na mocy postanowień traktatowych dyrektyw antydyskryminacyjnych², które określają **minimalny poziom ochrony**, jakie państwa członkowskie zobowiązane są w tym zakresie zapewnić. Należy pamiętać, że jednym z wymagań jest **takie ukształtowanie sankcji za naruszenie zakazu dyskryminacji, by były one efektywne, odstraszające i proporcjonalne**. Jak wiemy, dotychczasowa praktyka przyjętych w Polsce regulacji wykazała, że w tym zakresie zachodzą uzasadnione wątpliwości³.

Wydanie ww. wyroku Trybunału Konstytucyjnego jest, moim zdaniem, zdarzeniem niezwykle istotnym dla systemu prawa antydyskryminacyjnego w Polsce. Trybunał stwierdził, że art. 138 k.w., w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, jest niezgodny z art. 2 Konstytucji RP. Trybunał przychylił się tym samym do wniosku Prokuratora Generalnego, który kwestionując zgodność art. 138 k.w. z Konstytucją podnosił, że jest on nadmiernie represyjny oraz stanowi nieuzasadnioną ingerencję w sferę wolności jednostki. W ocenie Trybunału zarzut ten okazał się słuszny – w uzasadnieniu ustnym Trybunał podkreślił, że istnienie regulacji z art. 138 k.w. nie jest konieczne dla ochrony konsumentów i ochrony przed dyskryminacją w obszarze dostępu do usług, gdyż cele te są w wystarczającym stopniu realizowane przez przepisy cywilnoprawne. Należy przy tym zaznaczyć, że dwaj sędziowie składu orzekającego złożyli zdania odrębne. Sędzia Leon Kieres ocenił, że art. 138 k.w. jest zgodny z konstytucyjną zasadą proporcjonalności i wskazał na zagrożenia wynikające z jego uchylecia, polegające na **znacznym ograniczeniu ochrony przed dyskryminacją do niesatysfakcjonujących środków cywilnoprawnych**. Sędzia Wojciech Sych także kwestionował niezgodność zaskarżonego artykułu z Konstytucją, podkreślając, że dotyczył on nie tylko działań o charakterze dyskryminującym, ale każdej nieracjonalnej odmowy usługi. Tym samym, przepis ten nie powinien być rozpatrywany tylko pod kątem sprawy odmowy wydrukowania materiału promocyjnego dla fundacji działającej na rzecz osób LGBT, będącej kanwą wniosku Prokuratora Generalnego. Warto jednak w tym miejscu przypomnieć, że w tej sprawie, orzeczeniem z dnia 14 czerwca 2018 r. (sygn. II KK 333/17), Sąd Najwyższy oddalił kasację Prokuratora Generalnego stwierdzając, że art. 138 k.w. pełni w polskim porządku prawnym funkcję antydyskryminacyjną, a odmowy

² Tj. dyrektywy Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz.Urz.UE L 2000.180.22), dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz.Urz.UE L 2000.303.16), dyrektywy Rady 2004/113/we z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz.Urz.UE L 2004.373.37), 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 (wersja preredagowana) (Dz.Urz.UE L 2006.204.23), dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/54/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie środków ułatwiających korzystanie z praw przyznanych pracownikom w kontekście swobodnego przepływu pracowników (Dz.Urz.UE L 2014.128.8).

³ K. Śmiszek (red.), *Unijny zakaz dyskryminacji a prawo polskie. Analiza funkcjonowania przepisów antydyskryminacyjnych w praktyce polskich sądów*, Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, Warszawa 2018, dostępna: https://ec.europa.eu/poland/sites/poland/files/docs/news/ptpa_raport_www_fin.pdf.

wykonania usługi nie mogą uzasadniać indywidualne cechy osób, na rzecz których usługa ta ma być wykonana.

Do zakończonego wyrokiem z 26 czerwca 2019 r. postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym przyłączyłem się jako Rzecznik Praw Obywatelskich⁴, wnosząc o uznanie art. 138 k.w. za zgodny z Konstytucją oraz argumentując jego szczególną antydyskryminacyjną funkcję w polskim systemie prawnym. Wyrażone wówczas stanowisko podtrzymuję obecnie pragnąc podkreślić, że **derogacja z polskiego porządku prawnego art. 138 k.w., w części w jakiej penalizował on odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, niesie za sobą szereg negatywnych konsekwencji dla realizacji zasady równego traktowania w Polsce** – zarówno pod względem znacznego ograniczenia skuteczności systemu prawnej ochrony przed dyskryminacją, jak i społecznego znaczenia tej zmiany.

I. Wzrost zagrożenia dyskryminacją w dostępie do usług po częściowej derogacji art. 138 Kodeksu wykroczeń

Z dniem 4 lipca br., kiedy to omawiany przepis z art. 138 k.w. utracił moc, stanęliśmy wobec realnego zagrożenia występowania zjawiska **segregacji na rynku usług**. Pojawiły się bowiem w przestrzeni publicznej komentarze, jakoby przedmiotowy wyrok Trybunału Konstytucyjnego potwierdzał istnienie tzw. powszechnej klauzuli sumienia, tj. poglądu, zgodnie z którym usługodawca może dowolnie dobierać sobie klientów, których obsługuje. Powyższa błędna interpretacja nie tylko doprowadziła do chaosu informacyjnego w debacie publicznej, ale może przynosić w przyszłości realny skutek w postaci dyskryminacji w obszarze świadczenia usług i przeświadczenia o bezkarności, a nawet legalności takich działań. Wymownym wyrazem tego błędnego podejścia jest m.in. dołączenie do jednego z tygodników naklejek przedstawiających przekreślone koło wypełnione tęczowymi paskami, opatrzone napisem „Strefa wolna od ideologii LGBT”⁵. Hasło to budzi mój głęboki sprzeciw – można bowiem uznać, że nawiązuje w sposób nie budzący wątpliwości do hasła „Judenfrei” (Wolny od Żydów), stosowanego przez niemieckich nazistów oraz pogłębia i powiela uprzedzenia oraz wprost nawołuje do wykluczenia społeczności osób nieheteronormatywnych. Podczas, gdy samo już działanie wydawcy naklejek pozostaje w sprzeczności z art. 32 ust. 2 Konstytucji, trudno nie zauważyć, że jego konsekwencją może być dyskryminacja osób LGBT w dostępie do usług na szeroką skalę. Istnieje bowiem uzasadniona obawa, że przedsiębiorcy podzielający uprzedzenia wobec osób nieheteronormatywnych, mogą wykorzystywać wspomniane

⁴ Stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich w postępowaniu o sygn. akt K 16/17, z dnia 29 marca 2018 r.

⁵ Gazeta Polska z dnia 24 lipca 2019. Slogan na naklejkach brzmiał pierwotnie „Strefa wolna od LGBT”, wydawca w ostatnim momencie zdecydował się na jego zmianę.

naklejki do oznaczenia miejsc świadczenia przez nich usług jako „stref wolnych od ideologii LGBT”. Takie postępowanie może prowadzić wprost do bezpośredniej dyskryminacji w dostępie do usług ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową, niesłusznie postrzeganej obecnie przez część społeczeństwa za dopuszczalną w związku z uchYLENIEM art. 138 k.w. we wskazanym wcześniej zakresie.

Powyższa interpretacja omawianego wyroku Trybunału – jako wprowadzającego powszechną klauzulę sumienia dla wszystkich usługodawców – jest w sposób oczywisty błędna, gdyż **niezależnie od derogacji części art. 138 k.w. z polskiego porządku prawnego, dyskryminacja w dostępie do usług pozostaje niezgodna z prawem, w szczególności art. 32 ust. 2 Konstytucji RP**. Mając jednak na uwadze kształt polskiego systemu prawnej ochrony przed dyskryminacją, wyeliminowanie z niego tego przepisu znacząco ogranicza jego i tak niesatysfakcjonującą skuteczność.

II. Ograniczenie prawnej ochrony przed dyskryminacją jako konsekwencja wyroku Trybunału Konstytucyjnego

Realizacja obowiązków państwa wynikających z art. 32 ust. 2 Konstytucji przybiera różną postać w polskim porządku prawnym i jest rozproszona w wielu aktach normatywnych rangi ustawowej. Stanowisko, zgodnie z którym art. 138 k.w. stanowił element tego złożonego systemu, wyraził Sąd Najwyższy we wspomnianym już orzeczeniu z 14 czerwca 2018 r. Warto odnotować, że tożsame stanowisko przedstawiali także Sejm i Prokurator Generalny w stanowiskach w postępowaniu przez Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie stwierdzenia niezgodności z Konstytucją i Konwencją o prawach osób niepełnosprawnych niektórych przepisów ustawy o równym traktowaniu⁶. Również w mojej ocenie, **penalizując bezzasadną odmowę wykonania usługi z jakiegokolwiek przyczyny, uchylony przepis kodeksu wykroczeń sankcjonował w praktyce dyskryminację klienta z jakiegokolwiek przyczyny**. Tym samym oferował pokrzywdzonemu tym wykroczeniem – a jednocześnie nierównym traktowaniem – ścieżkę karną, tj. możliwość zaangażowania publicznych organów ścigania w proces dochodzenia praw. Miało to o tyle istotne znaczenie, że po pierwsze: **czyniło z bezzasadnej – a w tym także dyskryminującej – odmowy świadczenia usługi sprawę państwa, istotną w sferze publicznej**, po drugie: **pozwalalo na ukaranie sprawcy, a tym samym zapewniało stosowanie sankcji za naruszenie zasady równego traktowania**.

Choć Trybunał Konstytucyjny podzielił stanowisko Prokuratora Generalnego, który zarzucił, że sankcje karne za dyskryminującą odmowę świadczenia usługi mają nieproporcjonalny i zbyt represyjny dla jednostki charakter, pragnę podkreślić,

⁶ Stanowisko Sejmu z dnia 7 marca 2017 r. i stanowisko Prokuratora Generalnego z dnia 28 marca 2019 r., w sprawie przed Trybunałem Konstytucyjnym o sygn. K 17/16.

że reprezentowany przez mnie pogląd odmienny znajduje potwierdzenie w doktrynie⁷. Sankcje karne – nie tylko grzywnę, ale nawet karę pozbawienia wolności – za naruszenie zakazu dyskryminacji w dostępie do usług przewiduje wiele państw członkowskich Unii Europejskiej⁸. W polskim porządku prawnym prawnokarne konsekwencje naruszenia zasady równego traktowania wynikają też z ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600, z późn. zm.), penalizującej tzw. przestępstwa z nienawiści. W porównaniu jednak do przepisów kodeksu karnego, przewidujących szczególne sankcje tylko za działanie związane z uprzedzeniami co do rasy, pochodzenia etnicznego, narodowości, wyznania lub bezwyznaniowości, art. 138 k.w. miał szersze zastosowanie i zapewniał tym samym pełniejszą ochronę.

W mojej ocenie nie ulega wątpliwości, że art. 138 k.w. stanowił realizację obowiązków państwa wynikających z art. 32 ust. 2 Konstytucji. Jednocześnie, stanowił też implementację przepisów prawa unijnego, tj. dyrektyw antidyskryminacyjnych. Zgodnie ze wskazanymi dyrektywami, państwa członkowskie są zobowiązane **wprowadzić skuteczne, proporcjonalne i odstraszające sankcje za nieprzestrzeganie zakazu dyskryminacji**. Tymczasem, jak uzasadnię dalej, **ocena dotychczasowej efektywności stosowania cywilnoprawnych przepisów odszkodowawczych do zapewnienia ochrony przed dyskryminacją, nie pozwala uznać ich za spełniające powyższe warunki w satysfakcjonującym stopniu**.

Mając na uwadze wskazane funkcje, które art. 138 k.w. pełnił w systemie prawa antidyskryminacyjnego w Polsce, pragnę jeszcze raz podkreślić, że jego częściowa derogacja znacząco ograniczy ochronę zasady równego traktowania w obszarze dostępu do usług. W obecnym stanie prawnym ochrona ta ma charakter niepełny. Po pierwsze – ze względu na nieskuteczność przepisów umożliwiających dochodzenie roszczeń, po drugie – ze względu na zróżnicowanie zakresu ochrony w zależności od cechy osobistej będącej

⁷ Za zasadnością stosowania art. 138 k.w. w sprawach dyskryminacji w dostępie dóbr i usług opowiedzieli się m.in. W. Burek (W. Burek, *Zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług świadczonych publicznie w prawie polskim – uwagi wokół implementacji dyrektywy rasowej [2004/43/WE]*, Praca i zabezpieczenie społeczne, 12/2007, s. 12 – 13.), W. Kotowski (W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 681.), R. Trzaskowski (R. Trzaskowski, *Zakaz dyskryminacji w prawie umów*, w: *Europeizacja prawa prywatnego*, red. M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 610 i s. 614).

⁸ Dyskryminacja w dostępie do dóbr i usług ze względu na rasę, narodowość i pochodzenie etniczne jest przestępstwem zagrożonym grzywną i karą pozbawienia wolności w Belgii. W Norwegii odmowa dostępu do dóbr i usług ze względu na kolor skóry, pochodzenie etniczne, religię, światopogląd, orientację seksualną i niepełnosprawność, jest wykroczeniem zagrożonym karą grzywny lub karą pozbawienia wolności do 6 miesięcy. W Finlandii odmowa świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny oraz nierówne traktowanie z powodu rasy, pochodzenia narodowego lub etnicznego, koloru skóry, języka, płci, wieku, więzi rodzinnych, orientacji seksualnej, niepełnosprawności, stanu zdrowia, religii, poglądów politycznych, działalności politycznej lub gospodarczej lub z innego podobnego powodu, zagrożona jest karą grzywny lub pozbawienia wolności do 6 miesięcy. Na Słowenii dyskryminacja w dostępie do dóbr i usług jest wykroczeniem zagrożonym karą grzywny. Wreszcie w Portugalii karą grzywny zagrożona jest dyskryminacja ze względu na pochodzenie, rasę, kolor skóry, narodowość, w dostępie do dóbr i usług. Źródło: informacje przekazane przez przedstawicieli niezależnych organów do spraw równego traktowania, członków Europejskiej Sieci Organów do spraw Równego Traktowania EQUINET.

przesłanką dyskryminacji. Chociaż te zarzuty, odnoszące się przede wszystkim do treści i praktyki stosowania ustawy o równym traktowaniu sygnalizowałem już Panu Pełnomocnikowi, w sytuacji eliminacji art. 138 k.w. z systemu prawa, ponowne przywołanie mankamentów cywilnoprawnych środków ochrony przed dyskryminacją wydaje się konieczne i uzasadnione.

III. Utrudnione dochodzenie roszczeń za naruszenie zasady równego traktowania

W aktualnym stanie prawnym **osobie pokrzywdzonej dyskryminacją w obszarze dostępu do usług pozostaje jedynie droga cywilna dochodzenia swoich praw.** W porównaniu z drogą karną, czyniącą z dyskryminującego zdarzenia sprawę publiczną, ścieżka cywilna stawia osobę pokrzywdzoną nierównym traktowaniem przed koniecznością poradzenia sobie ze sprawą bez pomocy państwa. Jest więc ona **niewątpliwie bardziej uciążliwa dla pokrzywdzonego** – wiąże się z koniecznością aktywnego zaangażowania w kontradictoryjny proces, z obowiązkiem zebrania i przedstawienia materiału dowodowego oraz z kosztami i ryzykiem finansowym, *de facto* zamykającym tę drogę dla osób, które nie są w stanie go ponieść.

Powyższe ułomności powództwa cywilnego jako mechanizmu ochrony przed dyskryminacją, dostępnego przede wszystkim w formie pozwu o ochronę dóbr osobistych w trybie ustawy z 24 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r., poz. 1145, t.j., dalej jako: „kodeks cywilny”), ustawodawca próbował wyeliminować w szczególnej regulacji powództwa z ustawy o równym traktowaniu. Z uwagi na specyfikę dochodzonych roszczeń i konieczność udzielenia szczególnej ochrony ofiarom dyskryminacji, ustawa o równym traktowaniu stanowi samodzielną podstawę prawną żądania naprawienia szkody za naruszenie zasady równego traktowania. Takie rozwiązanie wydaje się być znacznym uproszczeniem drogi sądowej dla poszkodowanego, który musi jedynie uprawdopodobnić, a nie udowodnić, naruszenie zasady równego traktowania. Ponadto dominujący pogląd w doktrynie przyjmuje, że do przyznania zadośćuczynienia na podstawie art. 448 Kodeksu cywilnego niezbędne jest wykazanie winy sprawcy naruszenia, co nie jest konieczne w przypadku powództwa z ustawy o równym traktowaniu. Korzystniejsza sytuacja procesowa osoby doświadczonej dyskryminacji objętej zakresem zastosowania ustawy o równym traktowaniu stanowi więc – na gruncie litery prawa – właściwe zapewnienie rzeczywistej równości stron i sprawiedliwości proceduralnej. Praktyka stosowania kształtujących tę sytuację procesową przepisów rodzi już jednak istotne problemy, wskazujące na nieskuteczność sankcji i ochrony, którą przewidują.

Po ponad ośmiu latach od wejścia w życie przepisów ustawy o równym traktowaniu zapadło jedynie kilka prawomocnych wyroków w sprawach, których podstawę roszczeń stanowił przepis art. 13 tej ustawy. Postępowania te potwierdziły jednocześnie,

że interpretacja zakresu stosowania ustawy może budzić wątpliwości, co dodatkowo osłabia ochronę prawną przyznaną ofiarom dyskryminacji. Charakter odszkodowania jest też różnie interpretowany przez sądy powszechne. Dla przykładu – zdaniem Sądu Okręgowego w Warszawie, odszkodowanie z art. 13 ust. 1 ustawy „nie podlega rozróżnieniu na naprawienie szkody majątkowej i niemajątkowej (krzywdy)”⁹, zdaniem Sądu Apelacyjnego w Warszawie „z uwagi na brak takiego wyraźnego zastrzeżenia w przepisach ustawy antydyskryminacyjnej, możliwość żądania zadośćuczynienia z tytułu naruszenia przewidzianego w niej zakazu nierównego traktowania wydaje się być wyłączona”¹⁰, a zdaniem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku odszkodowanie z art. 13 ust. 1 ustawy „obejmuje także zadośćuczynienie za krzywdę, a więc szkodę niemajątkową”¹¹.

Odszkodowanie przewidziane w ustawie o równym traktowaniu, biorąc pod uwagę treść dyrektyw, które implementuje, powinno pełnić dwojaką funkcję. Po pierwsze, stanowić środek ochrony prawnej przed dyskryminacją – jak wynika z preambuł dyrektyw, osoby, które były dyskryminowane, powinny dysponować odpowiednimi środkami ochrony prawnej¹². Po drugie, odszkodowanie powinno pełnić rolę sankcji wobec sprawcy naruszenia zasady równego traktowania. Jak już wcześniej wskazałem, zgodnie z dyrektywami, państwa członkowskie powinny bowiem wprowadzić skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające sankcje stosowane w przypadkach niewykonania zobowiązań wynikających z dyrektyw¹³. Zapewnienie odpowiednich procedur sądowych lub administracyjnych w celu egzekwowania zobowiązań wynikających z dyrektywy ma natomiast zasadnicze znaczenie dla skutecznego wprowadzenia w życie zasady równego traktowania¹⁴. Wobec powyższego, w moim przekonaniu, **odszkodowanie, o którym mowa w art. 13 ust. 1 ustawy, należy rozumieć nie tylko jako środek ochrony prawnej zmierzający do naprawienia szkody majątkowej, ale także – jako zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową**. Przepisy ustawy, jako przepisy stanowiące transpozycję dyrektyw unijnych, należy bowiem interpretować zgodnie z brzmieniem i celem tych dyrektyw. Odszkodowanie ma zatem zapewnić rzeczywistą i skuteczną rekompensatę, a dyskryminacja w większości przypadków, zwłaszcza poza obszarem zatrudnienia, skutkuje nie tyle szkodą o charakterze majątkowym, co przede wszystkim krzywdą osoby dyskryminowanej.

Nie ulega wobec tego wątpliwości, że nawet gdyby przyjąć, że art. 13 ust. 1 ustawy o równym traktowaniu nie przyznaje wprost prawa do zadośćuczynienia, to **odszkodowanie, o którym mowa w art. 13 ust. 1, powinno oczywiście obejmować także**

⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 listopada 2015 r., sygn. akt V Ca 3611/14, LEX nr 2147965.

¹⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2016 r., sygn. akt I ACa 1522/15, LEX nr 2149609.

¹¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 14 grudnia 2017 r., sygn. akt I ACa 187/17 (niepubl.).

¹² Pkt 19 dyrektywy Rady 2000/43/WE; pkt 29 dyrektywy Rady 2000/78/WE; pkt 21 dyrektywy Rady 2004/113/WE.

¹³ Pkt 26 dyrektywy 2000/43; pkt 35 dyrektywy 2000/78; pkt 27 dyrektywy 2004/113; pkt 35 dyrektywy 2006/54/WE.

¹⁴ Pkt 29 dyrektywy 2006/54.

naprawienie szkody niemajątkowej¹⁵. Jeśli jednak w praktyce orzeczniczej przepis rodzi wątpliwości interpretacyjne, należy **rozważyć zasadność odpowiedniej zmiany jego brzmienia**, lub też zintensyfikowania szkoleń z zakresu prawa antydyskryminacyjnego oferowanych w ramach szkolenia zawodowego dla sędziów.

IV. Zróżnicowanie zakresu ochrony w zależności od cechy osobistej będącej przesłanką dyskryminacji

Już w trakcie prac legislacyjnych ustawa o równym traktowaniu budziła istotne kontrowersje. Szereg uwag do projektu zgłaszały wówczas zarówno organizacje pozarządowe, jak i Rzecznik Praw Obywatelskich¹⁶. **Podstawowym zarzutem kierowanym pod adresem ustawy było zróżnicowanie sytuacji prawnej ofiar nierównego traktowania ze względu na ich cechę osobistą, będącą jednocześnie przesłanką dyskryminacji.** Ustawa o równym traktowaniu najszerszą ochronę przyznaje bowiem osobom traktowanym nierówno ze względu na rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość, najsłabiej chroni zaś ofiary dyskryminacji ze względu na religię, wyznanie, światopogląd, wiek, niepełnosprawność i orientację seksualną. Ponadto zakres zastosowania ustawy jest ograniczony do sytuacji naruszenia zasady równego traktowania ze względu na zamknięty katalog przesłanek dyskryminacyjnych, wymienionych w art. 1 ustawy o równym traktowaniu.

W konsekwencji, **gwarancje jednakowej dla wszystkich i skutecznej ochrony przed dyskryminacją nie są zapewnione w stopniu wystarczającym przez ustawę o równym traktowaniu.** Podczas, gdy przed wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego w sprawie art. 138 k.w. przepis ten stanowił uzupełniającą i, co istotne, nie różnicującą ze względu na cechę osobistą, ochronę przed nierównym traktowaniem w obszarze dostępu do usług – w obecnym stanie prawnym tylko niektóre grupy społeczne mają gwarancję takiej ochrony. Usługodawca odmawiający świadczenia usługi ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość może być więc pociągnięty do odpowiedzialności przez poszkodowanego na gruncie przepisów ustawy o równym traktowaniu, a usługodawca, który w analogicznej sytuacji kieruje się uprzedzeniem co do wyznania, wieku, orientacji seksualnej, niepełnosprawności, lub jakiegokolwiek innej cechy – już nie. Osoby doświadczające dyskryminacji nieobjętej zakresem zastosowania ustawy o równym

¹⁵ Podobne zdanie wyraził prof. dr hab. Piotr Machnikowski w opinii Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego sporządzonej na zlecenie Departamentu Legislacyjnego Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 15 maja 2015 r. w sprawie poprawności implementacji dyrektyw UE dotyczących równego traktowania, w zakresie dotyczącym odpowiedzialności odszkodowawczej za akty dyskryminacji – podstawą tak szeroko rozumianego roszczenia odszkodowawczego jest sam artykuł 13 ust. 1 ustawy, a odesłanie do przepisów Kodeksu cywilnego nie oznacza stwierdzenia, że odpowiedzialność za szkodę niemajątkową powstaje tylko wówczas, gdy przepis tego Kodeksu tak stanowi (s. 4 opinii).

¹⁶ Zob. m.in. uzasadnienie do projektu ustawy: Sejm RP VI kadencji, nr druku 3386.

traktowaniu mogą co prawda skorzystać ze środków ochrony przewidzianych w Kodeksie cywilnym, jednak jak już wskazano powyżej, znajdują się wówczas w o wiele mniej korzystnej sytuacji procesowej niż osoby, które doświadczają dyskryminacji objętej zakresem normowania ustawy o równym traktowaniu.

W celu uzasadnienia wskazanego zróżnicowania sytuacji prawnej ofiar dyskryminacji w zależności od ich cechy podnosi się, że ustawa o równym traktowaniu implementuje do polskiego porządku prawnego dyrektywy Unii Europejskiej, które wskazują na taki właśnie, ograniczony zakres ich zastosowania. W moim przekonaniu argument ten nie jest wystarczający. Dyrektywy unijne nie ustanowiły bowiem całościowego i spójnego systemu ochrony przed dyskryminacją, ograniczając się do uregulowania jedynie wycinkowo stosunków społecznych w tym obszarze. Nie ulega zatem wątpliwości, że standard ochrony przed dyskryminacją, ustanowiony w polskiej Konstytucji, jest wyższy niż standard wyznaczony w drodze regulacji prawnych Unii Europejskiej. Tym samym **przepisy prawa krajowego, zgodne co prawda – co do zakresu regulacji – z implementowanymi dyrektywami UE, mogą realizować polski standard konstytucyjny w niesatysfakcjonujący sposób¹⁷. Za konieczne uważam zatem zastąpienie fragmentarycznej regulacji z ustawy o równym traktowaniu holistycznym rozwiązaniem prawnym**, zapewniającym ochronę przed dyskryminacją z jakiegokolwiek przyczyny, a tym samym w pełni realizującym na gruncie ustawowym zasadę wynikającą z art. 32 ust. 2 Konstytucji.

Dodatkowo rozważane przepisy należy poddać analizie także kątem ich zgodności z przepisami Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych¹⁸, mając na uwadze jej fundamentalne znaczenie w międzynarodowym systemie ochrony praw i wolności osób z niepełnosprawnościami. Zgodnie z art. 5 ust. 2 Konwencji, państwa-strony zobowiązały się zakazać jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność i zagwarantować osobom z niepełnosprawnościami jednakową dla wszystkich i skuteczną ochronę przed dyskryminacją z jakichkolwiek względów. Mając to na uwadze uznać należy, że ustawa o równym traktowaniu w zakresie, w jakim wyznacza nierówną ochronę prawną przed dyskryminacją poprzez ograniczenie dostępnych środków umożliwiających realizację prawa do sądu osobom z niepełnosprawnościami, stanowi naruszenie art. 5 ust. 2 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych. Na tę kwestię zwrócił też Polsce uwagę Komitet ds. Osób Niepełnosprawnych, po rozpatrzeniu pierwszego raportu o stanie wdrożenia postanowień Konwencji, rekomendując wprowadzenie przepisów w celu zapewnienia ochrony osób z niepełnosprawnościami przed dyskryminacją we wszystkich dziedzinach życia, w tym kompleksowego dochodzenia roszczeń oraz zakazanie tzw. dyskryminacji

¹⁷ Pogląd ten został wyrażony m. in. we wniosku RPO do TK z dnia 31 marca 2016 r., sygn. akt K 17/16.

¹⁸ Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzona w Nowym Jorku dnia 13 grudnia 2006 r. (Dz.U. z 2012 r. poz. 1169).

krzyżowej ze względu na niepełnosprawność, płeć, wiek, pochodzenie etniczne, tożsamość płciową i orientację seksualną¹⁹.

V. Problemy związane z praktyką realizacji zasady równego traktowania

W następstwie wskazanych powyżej mankamentów ustawy o równym traktowaniu, praktyczne zastosowanie jej przepisów w sprawach o ochronę przed dyskryminacją jest znikome. W ciągu ostatnich ośmiu lat zidentyfikowano **jedynie kilka postępowań sądowych toczących się na podstawie tej ustawy**. Nie tylko świadczy to o jej nieskuteczności, ale też podważa efektywność implementacji dyrektyw unijnych w zakresie realizacji zasady równego traktowania w Polsce. W tym miejscu podkreślę ponownie, że w obliczu derogacji z systemu prawnego części art. 138 k.w., zarówno skuteczność ochrony przed dyskryminacją, jak i efektywność implementacji dyrektyw, staną się jeszcze bardziej ograniczone.

Chciałbym także zwrócić uwagę Pana Pełnomocnika, że dodatkowym problemem pozostaje **niewiarygodny system gromadzenia danych na temat spraw dotyczących naruszenia zasady równego traktowania toczących się przed sądami powszechnymi**. Dane, którymi dysponuje Ministerstwo Sprawiedliwości obarczone są licznymi błędami, a informacje o rzeczywistej liczbie takich spraw zbierane są wyrywkowo przez Rzecznika Praw Obywatelskich oraz organizacje pozarządowe. Utrudnia to prowadzenie rzetelnego monitoringu praktyki stosowania przepisów ustawy o równym traktowaniu.

Liczba spraw sądowych odnoszących się do naruszenia zasady równego traktowania jest dalece nieproporcjonalna w stosunku do rzeczywistej skali dyskryminacji w Polsce. Z badań²⁰ przeprowadzonych na zlecenie Rzecznika wynika, że 84% osób, które doświadczyły dyskryminacji w roku poprzedzającym badanie, bądź było świadkiem dyskryminacji osoby bliskiej, nie zgłosiło tego faktu żadnej instytucji publicznej. Wydaje się, że przywołany wcześniej chaos informacyjny, związany z błędnymi interpretacjami orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w sprawie art. 138 k.w. jeszcze bardziej pogłębił identyfikowany brak zrozumienia zjawiska dyskryminacji, w szczególności w obszarze dostępu do usług. Podczas, gdy jednym z powodów niezgłaszania przypadków nierównego traktowania żadnej instytucji jest brak zaufania do organów publicznych oraz brak wiary w skuteczność ich ewentualnej interwencji stan prawny, w którym

¹⁹ Uwagi końcowe Komitetu ds. Praw Osób Niepełnosprawnych do wstępnego sprawozdania Polski z wdrażania Konwencji o Prawach Osób Niepełnosprawnych przyjęte na dwudziestej sesji Komitetu (27 sierpnia – 21 września 2018 r.), s. 3, dostępne pod adresem:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FPOL%2FCO%2F1&Lang=en&fbclid=IwAR3S5fIC-eHFauV2xf66UnTq5eOH7JcjKtKFCq4iQmVjK0m3-mj-YTL-L7Q.

²⁰ Badania przeprowadzone na zlecenie Rzecznika Praw Obywatelskich przez Kantar Public „Świadomość prawna w kontekście równego traktowania”, październik 2018.

dyskryminacja w obszarze świadczenia usług przestała być sprawą państwa, niewątpliwie wpłynie negatywnie na skalę problemu. Omawiany wyrok Trybunału może być bowiem odczytany przez obywateli jako komunikat, że **spotykające ich nierówne traktowanie jest ich sprawą osobistą, z którą powinni poradzić sobie sami**. Pytaniem retorycznym jest to, czy takie postawienie sprawy pozostaje zgodne z zasadami sprawiedliwości społecznej oraz obowiązkiem odpowiedniego kształtowania przez państwo i czuwania nad przestrzeganiem przyjętych zasad współżycia społecznego.

VI. Organy ds. równego traktowania

W tym miejscu nie sposób nie nawiązać do znaczenia pełnionej równoległe przez nasze urzędy funkcji organów ds. równego traktowania. W sytuacji, w której sądowa ochrona przed dyskryminacją jest w praktyce niesatysfakcjonująca, **rolą organów odpowiedzialnych za realizację zasady równego traktowania powinno być wypełnienie wskazanych wcześniej luk systemowych i zapewnienie każdej osobie gwarancji, że w obliczu doświadczanej dyskryminacji nie pozostanie sama**. Chociaż w swojej działalności dokładam wszelkich starań, aby jak najskuteczniej realizować powierzone mi w tym zakresie obowiązki, jestem również świadomy, że przyjęty obecnie w polskim porządku prawnym model ukształtowania organów ds. równego traktowania pozostaje daleki od najlepszych wzorców. Wykonując zadania tego organu jestem bowiem związany granicami kompetencji wyznaczonymi w innych przepisach, w tym zwłaszcza w art. 80 Konstytucji. Przepis ten nie pozostawia wątpliwości, że Rzecznik Praw Obywatelskich chroni przed naruszeniami praw i wolności człowieka ze strony organów władzy publicznej. W praktyce funkcjonowania mojego urzędu spotykam się natomiast ze znaczącą liczbą spraw, kierowanych do mnie przez obywateli doświadczających dyskryminacji ze strony podmiotów prywatnych – w szczególności w obszarze dostępu do usług. Wydaje się, że **dla pełnej realizacji europejskich standardów działania organów ds. równego traktowania²¹, konieczne jest umożliwienie organowi ds. równego traktowania podejmowanie bezpośredniej interwencji również w takich sprawach, jak wskazane przypadki naruszeń zakazu dyskryminacji przez podmioty inne niż organy państwa**. Należy także zauważyć, że niektóre państwa zdecydowały o powołaniu niezależnych organów ds. równego traktowania wprost wyposażonych w **kompetencje rozstrzygania spraw** o charakterze dyskryminacyjnym²². Być może również taki model powinien być w Polsce rozważony do wprowadzenia.

²¹ Europejskie standardy w tym obszarze rozwija, opracowuje i gromadzi Europejska Sieć Organów ds. Równości EQUINET. Zob. m.in. ich omówienie na stronie internetowej: <http://equineteurope.org/what-are-equality-bodies/standards-for-equality-bodies/> (dostęp: 29 lipca 2019 r.).

²² M.in. organy ds. równego traktowania w Bułgarii, na Węgrzech i w Słowenii posiadają kompetencje do prawnie wiążących rozstrzygnięć w sprawach dyskryminacyjnej

Jednocześnie trzeba podkreślić, że wśród wzorców dla organów ds. równego traktowania wymienia się **dysonowanie wystarczającymi środkami finansowymi i strukturalnymi do zapewnienia skutecznej, prawnej ochrony przed dyskryminacją**, których to standardów Polska nie uwzględnia zarówno w odniesieniu do Rzecznika Praw Obywatelskich, ale też Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania. Z tego względu, w toku dyskusji nad systemem polskiego prawa antydyskryminacyjnego, za konieczne uważam również podjęcie tematu przyjętego obecnie w Polsce modelu organów ds. równego traktowania oraz rozważenie wprowadzenia zmian, które zwiększyłyby jego skuteczność.

W obliczu zidentyfikowanych problemów i zagrożeń, przed którymi stoi obecnie system prawnej ochrony przed dyskryminacją w Polsce, priorytetowym celem organów ds. równego traktowania powinno być obecnie dołożenie wszelkich starań, aby ochrona przed dyskryminacją była możliwie najszersza i jak najbardziej skuteczna. Z tych powodów, działając w oparciu o przepis art. 16 ust. 1 i 17b pkt 3 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2018 r. poz. 2179, z późn. zm.), zwracam się do Pana Pełnomocnika z uprzejmą prośbą o przedstawienie stanowiska w odniesieniu do wskazanych w niniejszym wystąpieniu problemów.

Mając na uwadze, że osiągnięcie zdefiniowanego wyżej celu będzie niewątpliwie wyzwaniem, wyrażam nadzieję na naszą intensywną współpracę w tym zakresie. Jednocześnie pozwolę sobie przypomnieć, że na mocy art. 17 ust. 1 pkt 4 ww. ustawy organ, do którego zwróci się Rzecznik, obowiązany jest ustosunkowywać się do jego uwag i opinii.