

Karolina Kędziora, Monika Wieczorek

Komentarz do przepisów antydyskryminacyjnych na podstawie praktyki stosowania wybranych regulacji prawa krajowego

1. Wstęp

W niniejszej publikacji, omówione zostaną wybrane instytucje prawa na podstawie wieloletniego doświadczenia Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego (PTPA), wynikającego zarówno z wieloletniej praktyki udzielania wsparcia prawnego dla osób funkcjonujących na rynku pracy po stronie pracowniczej i podmiotów zatrudniających, jak również wynikającego z realizacji projektów monitorujących funkcjonowanie prawa antydyskryminacyjnego w praktyce¹. Dlatego też autorki niniejszej publikacji oprócz opisu spraw, którymi zajmowali się prawniczki i prawnicy PTPA bądź pełnomocnicy pro bono współpracujący z naszą organizacją, często odwołują się także do orzecznictwa Sądu Najwyższego, którego znajomość wydaje się konieczna, ażeby lepiej zrozumieć praktyczny wymiar funkcjonowania tych przepisów w orzecznictwie sądów powszechnych.

Przedstawione w dalszej części stany faktyczne dotyczą naruszenia zasady równego traktowania w różnych formach, tj. dyskryminacji bezpośredniej, pośredniej, molestowania, molestowania seksualnego, działań odwetowych czy dyskryminacji wielokrotnej. Są to przypadki, nad którymi zespół prawny PTPA pracował w ostatnich latach. Jednak opisane sprawy nie wyczerpują wszystkich możliwych rodzajów naruszeń. Stanowią jedynie subiektywny wybór przejawów naruszenia zasady równego traktowania.

¹ M.in. *Równościowy monitoring ogłoszeń o pracę czy Monitoring stosowania przez polski wymiar sprawiedliwości przepisów prawa antydyskryminacyjnego*, więcej na www.ptpa.org.pl/projekty.

2. Konstytucyjne gwarancje równości i niedyskryminacji

2.1. Zasada równości i zakaz dyskryminacji w świetle Konstytucji RP

Rozważania na temat prawnych fundamentów równości w Polsce należy rozpocząć od przywołania przepisów zawartych w Konstytucji RP dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483). Z tego punktu widzenia najistotniejsze są dwie konstytucyjne normy – zasada równości i zakaz dyskryminacji. Artykuł 32. ust. 1 Konstytucji stanowi, że „wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne”. W przepisie tym wyraźnie zaznaczono zasadę równości wobec prawa, która charakteryzuje się uniwersalnością podmiotów, których dotyczy. Oznacza to, że prawo do równego traktowania przysługuje wszystkim, bez względu na cechy, jakie posiadają. Takie rozumienie przekłada się na to, że skuteczność zasady równości wobec prawa nie jest uzależniona od żadnej przesłanki i bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, orientację seksualną, tożsamość płciową, pochodzenie, wyznanie lub jego brak czy inne cechy charakteryzujące jednostkę zasada ta jest i powinna być zachowana.

W ustępie 2 art. 32 Konstytucji uregulowano zakaz dyskryminacji, zgodnie z którym „Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny”. Pojęcia życia politycznego, społecznego lub gospodarczego użyte w cytowanym przepisie są bardzo szerokie, i można uznać, iż przepis ten niemal wyczerpuje wszystkie obszary życia w jakich funkcjonuje jednostka. Jednak, co istotne, przepis ten nie przewiduje wprost ochrony przed dyskryminacją w sferze życia rodzinnego. Przepis art. 32 Konstytucji zawiera całe spektrum cech, bez względu na które powinna być zachowana zasada równości, jak również otwarty katalog sytuacji, w jakich zakaz dyskryminacji obowiązuje. Normy te obowiązują w stosunku do każdego i w każdym obszarze życia (za wyjątkiem życia rodzinnego). Jest to doprecyzowanie zasady równego traktowania i pozwala na szerokie rozpatrywanie zasady równości oraz zakazu dyskryminacji. Co ważne, zakres podmiotowy zasady równości jest bardzo szeroki i zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego² jak i doktryny prawa konstytucyjnego, odnosi się nie tylko do polskich obywateli, ale do wszystkich osób podlegających jurysdykcji RP. Ponadto zasada równości wymaga, by wszystkie podmioty charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą prawnie chronioną były traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących³.

² Por. wyrok SK 4/98.

³ Por. wyrok TK z dnia 23 października 2007 r., sygn. akt P 10/07, OTK ZU z 2007 r., nr 9, poz. 107.

Przepisy Konstytucji przewidują również obowiązywanie zasady równości w odniesieniu do praw kobiet i mężczyzn, co zostało wyrażone w art. 33 Konstytucji, w myśl którego zarówno kobieta jak i mężczyzna „mają równe prawa w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym”. Ustrojodawca w ust. 2 przytoczonego artykułu wskazuje katalog sfer, w których równość płci ma być szczególnie zachowana „Kobieta i mężczyzna mają w szczególności równe prawo do kształcenia, zatrudnienia i awansów, do jednakowego wynagradzania za pracę jednakowej wartości, do zabezpieczenia społecznego oraz do zajmowania stanowisk, pełnienia funkcji oraz uzyskiwania godności publicznych i odznaczeń”. Użyte w przepisie wyrażenie „w szczególności” oznacza, że katalog obszarów, w jakich zasada równości płci powinna być zachowana, jest przykładowy i może być rozszerzony o sytuacje w nim nie wymienione (np. sferę życia rodzinnego wspomnianą w art. 33 ust. 1, pominiętą w art. 33 ust. 2)⁴.

Ustawodawca nie określił wyraźnie adresata norm wyrażonych w art. 32 i art. 33 Konstytucji (za wyjątkiem zdania drugiego art. 32 ust. 1), co może oznaczać, że w jego intencji leżało rozciągnięcie zasady równości płci i zakazu dyskryminacji na sferę stosunków prywatnych⁵. Tezę tę przyjmuje się jednak w doktrynie za marginalną, uznając, że adresatem wszystkich norm konstytucyjnych są wyłącznie organy władzy publicznej, co skutkuje tym, że przepisy stanowią podstawę ochrony praw i wolności jednostki względem państwa. Należy jednak pamiętać, że zasada równości zobowiązuje organy władzy publicznej do takiego kształtowania prawa i stosunków prywatnych, aby zagwarantować zasadę równości także w obrębie tej sfery. Takie pojmowanie zasady równości prowadzi do postawienia tezy o szerokich granicach konstytucyjnych gwarancji ochrony przed dyskryminacją.

Warto jednak rozważyć, czy doniosłość postanowień Konstytucji w tym zakresie nie implikuje szczególnego obowiązku poszanowania tych zasad zarówno w odniesieniu do stosunków horyzontalnych, jak i wertykalnych. W takich sytuacjach mogą pojawić się pytania, czy zasada równości i zakaz dyskryminacji są normami nadrzędnymi nad innymi zasadami prawa. Może się okazać, że staną one w kolizji na przykład z zasadą swobody umów oraz innymi wolnościami występującymi na gruncie prawa prywatnego, a zwłaszcza z konstytucyjnym obowiązkiem poszanowania wolności. Jednak położenie zbyt dużego nacisku na zasadę wolności może powodować nierówności społeczne. Dokonanie oceny tych sytuacji pod kątem bezwzględności stosowania zasady równości i za-

⁴ A. Łabno, *Zasada równości i zakaz dyskryminacji*, [w:] red. L. Wiśniewski, *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*. Warszawa 2006, s. 39.

⁵ M. Masternak-Kubiak, *Prawo do równego traktowania*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.) *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002.

kazu dyskryminacji możliwe jest dzięki przepisom szczególnym zawartym m.in. w ustawie z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 1998, Nr 21, poz. 94, dalej: Kodeks pracy, k.p.) i ustawie z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz. U. Nr 254, poz. 1700, dalej: ustawa antydyskryminacyjna), które to przepisy konkretyzują przypadki, w jakich zasady te powinny być stosowane.

2.2. Zakres konstytucyjnej ochrony przed dyskryminacją

Umieszczenie prawa czy wolności w Konstytucji gwarantuje mu silną ochronę polegającą na tym, że jakiegokolwiek ograniczenia mogą być ustanowione tylko w drodze ustawy i jedynie wtedy, gdy zostało to unormowane w ustawie zasadniczej przy zachowaniu szczególnej treści danego prawa. Podstawowy środek ochrony praw i wolności to droga sądowa, a także instytucja skargi konstytucyjnej, stanowiącej konstytucyjny mechanizm ochrony praw człowieka. Przykładem zastosowania tego środka prawnego w obszarze dyskryminacji ze względu na wiek było zakwestionowanie w tym trybie zgodności z Konstytucją art. 228 § 2 pkt 5 Kodeksu morskiego, który stanowił podstawę do skreślenia osoby fizycznej z listy pilotów morskich, gdy pilot ukończy 65 rok życia⁶. Mimo iż skarżący jako kwestie uboczne potraktował zarzuty niezgodności powołanego przepisu Kodeksu morskiego z obowiązkiem równego traktowania i niedyskryminacji z jakiegokolwiek przyczyny (art. 32 Konstytucji) oraz obowiązkiem zapewnienia każdemu wolności wyboru i wykonywania zawodu (art. 65 Konstytucji), warto przyjrzeć się tej sprawie. W tym miejscu, należy podkreślić, że TK określa zasadę wyrażoną w art. 32 ust. 1 jako *metaprawo*, co w praktyce oznacza, że w ramach skargi konstytucyjnej nie można powołać się na ten przepis jako samoistny, lecz należy równolegle wskazać inną normę znajdującą się w jednym z katalogów Konstytucji dotyczących poszczególnych praw i wolności (w tym przypadku art. 65).

W przywołanej sprawie, ustawowe kryterium osiągnięcia wieku 65 lat nie zostało połączone bądź uzależnione od zajścia jakiegokolwiek innej okoliczności, np. złego stanu zdrowia lub braku zdolności psychofizycznych. Jedynym właściwym kryterium dopuszczalności wykonywania zawodu przez daną osobę powinien być jej stan zdrowia, który mógłby spowodować ewentualne zagrożenie bezpieczeństwa. Nie powinno to być uzależnione wyłącznie od wieku. Konsekwencją takiej regulacji prawnej jest sytuacja, w której osoba wykonująca zawód pilota morskiego z dniem osiągnięcia 65 lat automatycznie traci uprawnienia do wykonywania zawodu bez względu na swoją kondycję umysłową

⁶ Wyrok TK z dnia 19 stycznia 2010 r., sygn. akt SK 35/08.

czy fizyczną. W przedmiotowej sprawie, badając czy doszło do dyskryminacji, należy dokonać porównania sytuacji osób wykonujących zawód pilota morskiego z zawodem tożsamym lub bardzo podobnym. Skarżący powoływał ten argument w skardze, porównując zawód pilota morskiego do zawodu kapitana statku, w którym to zawodzie można wykonywać zawód również po ukończeniu 65 lat, bez żadnych ograniczeń ustawowych. Analizując powołany stan prawny pod kątem zgodności z art. 32 Konstytucji, należy przywołać, nieznaną odpowiednika w prawie krajowym, art. 6 antydyskryminacyjnej dyrektywy 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy. Precyzuje on, kiedy odmienne traktowanie ze względu na wiek jest uzasadnione. Przepis ten stanowi, iż państwa mogą uznać, że odmienne traktowanie ze względu na wiek nie jest dyskryminacją, jeżeli w ramach prawa krajowego zostanie to obiektywnie i racjonalnie uzasadnione zgodnymi z przepisami celami, w szczególności polityki zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia zawodowego, i jeżeli środki mające temu służyć są właściwe i konieczne. Mimo braku implementacji tego przepisu do prawa krajowego warto o nim pamiętać, gdyż zgodnie z zasadą skutku pośredniego prawa unijnego⁷ w takiej sytuacji sąd krajowy ma obowiązek kształtować wykładnię prawa krajowego w oparciu o brzmienie i cel dyrektywy. Z kolei art. 2 ust. 5 dyrektywy 2000/78/WE, również istotny w kontekście analizowanego problemu, stanowi, iż dopuszczalne jest stosowanie przez państwa środków przewidzianych przepisami krajowymi, które są niezbędne dla zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, obrony porządku i zapobiegania działaniom podlegającym sankcjom karnym, ochrony zdrowia i ochrony praw i wolności innych osób. Reasumując, przepisy prawa krajowego, które wskazują

⁷ **Zasada skutku pośredniego** została wyprowadzona w licznych orzeczeniach TSUE. Trybunał stwierdził w nich, że sądy Państw Członkowskich mają obowiązek interpretowania prawa krajowego zgodnie z prawem wspólnotowym. Orzeczeniem o charakterze fundamentalnym dla zasady skutku pośredniego był wyrok w sprawie *Sabine von Colson and Elizabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein - Westfalen* (chodziło o dyrektywę 76/207/WE w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy), gdzie stwierdzono, że sąd krajowy powinien, tak dalece jak to jest możliwe interpretować prawo wewnętrzne, w świetle treści i celu dyrektywy, aby osiągnąć zamierzony skutek. Z kolei, **zasada skutku bezpośredniego** oznacza, w sytuacji braku w porządku prawa krajowego odpowiednich regulacji prawa, które realizują cele dyrektyw Unii Europejskiej, możliwość powołania się przed sądem krajowym wprost na regulacje unijne. Warunkiem bezpośredniego oddziaływania dyrektyw unijnych, jest upływ terminu na implementację zawartych w nich norm, które są jasne, precyzyjne oraz bezwarunkowe. Co ważne, zgodnie z orzecznictwem ETS przepisy dyrektyw mogą być wprost powoływane jedynie w postępowaniu przeciwko organowi państwowemu działającemu w charakterze pracodawcy, zleceniodawcy czy usługodawcy, w zależności od tego w jakiej dziedzinie życia doszło do naruszenia zasady równego traktowania.

konkretny wiek, wraz z ukończeniem którego osoba zostaje pozbawiona możliwości wykonywania zawodu, są zgodne z obowiązkiem równego traktowania, o którym mowa powyżej, tylko jeżeli cel, jaki stawia sobie krajowy ustawodawca, jest zgodny z prawem, a środki mające służyć jego osiągnięciu można uznać za właściwe i konieczne.

O ile celem wprowadzenia limitów wiekowych są zwykle względy bezpieczeństwa (np. pacjentów, pasażerów statku), które są zgodne z prawem, o tyle sprawa nie jest tak oczywista w odniesieniu do kwestii, czy środki można uznać za właściwe i konieczne. W przedmiotowej sprawie, należy odpowiedzieć sobie na pytanie, czy cel w postaci bezpieczeństwa osób pozostających na statku nie zostałby osiągnięty przez wprowadzenie np. obowiązku częstszych badań zdrowotnych osób, które ukończyły 65 lat, bez konieczności formułowania kategorię zakazu osobistego wykonywania zawodu przez takie osoby. Niestety TK rozpatrując sprawę, nie odniósł się do prezentowanego wątku, który stanowił jedynie dodatkowy argument strony, która skoncentrowała się na zarzutach niekonstytucyjności innych przepisów niż art. 32 w zw. z art. 65, z którymi zresztą Trybunał się nie zgodził. Niemniej, powołanie powyższej sprawy wydaje się szczególnie ważne, gdyż w Polsce są zawody, w których pracownicy mogą i chcą je nadal wykonywać, jednak prawo im tego zabrania. Ograniczenia wiekowe w wykonywaniu niektórych zawodów są oczywiście wskazane i uzasadnione. Nasuwa się jednak pytanie, czy określenie wieku, w którym osoba wykonująca zawód automatycznie zostaje pozbawiona możliwości do jego wykonywania, nie stoi w sprzeczności z antydyskryminacyjnym prawem Unii Europejskiej czy też obowiązkiem równego traktowania, o którym mowa w art. 32 Konstytucji RP.

W tym miejscu, warto przywołać wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie *Prigge* (orzeczenie z 13 września 2011 r. C-447/09), w którym stwierdzono, iż zabronienie pilotom liniowym wykonywania ich działalności po ukończeniu 60 lat stanowi dyskryminację ze względu na wiek. Trybunał zauważył, że mimo że prawo do wykonywania tej działalności może być z chwilą osiągnięcia tego wieku ograniczone, całkowity zakaz wykracza poza to, co jest konieczne w celu zapewnienia bezpieczeństwa lotów.

Co więcej, jak wynika z innego orzeczenia Trybunału, w sprawie *D. Petersen*, sądy krajowe, w przypadku gdy uregulowanie prawa krajowego, jest sprzeczne z dyrektywą 2000/78, są zobowiązane do niezastosowania tego uregulowania, nawet jeśli prawo krajowe nie przewiduje takiej możliwości. Również w sprawie *Kücükdeveci* (orzeczenie z 19 stycznia 2010 r., C-555/07) Trybunał stwierdził, iż konieczność zagwarantowania pełnej skuteczności zasady niedyskryminacji ze względu na wiek oznacza, że kiedy sąd krajowy napotyka na przepis wchodzący w zakres prawa Unii, który uważa za niezgodny z tą zasadą, a doko-

nanie wykładni tego przepisu zgodnej z prawem Unii okazuje się niemożliwe, powinien odstąpić od stosowania tego przepisu.

W 2011 r. PTPA podjęło interwencję prawną również w innej sprawie dotyczącej limitów wiekowych, jednak toczącej się w trybie administracyjnym, bez wykorzystania konstytucyjnych instrumentów ochrony praw i wolności. Sprawa dotyczyła ustawowego wprowadzenia limitów wiekowych dla kierowników aptek, wyrażającego się w zakazie sprawowania tej funkcji po ukończeniu 65 roku życia. PTPA wstąpiło do postępowania przed warszawskim Wojewódzkim Sądem Administracyjnym w sprawie dotyczącej unieruchomienia apteki ze względu na ukończenie przez jej kierownika wieku 65 lat, co miało stanowić zagrożenie życia lub zdrowia ludzi, wnioskując o zwrócenie się przez sąd do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prawnym o treści „Czy ustanowione w przepisie art. 88 ust. 3 ustawy Prawo farmaceutyczne z dnia 6 września 2001 r. (Dz. U. z 2008 r., Nr 45, poz. 271) ograniczenie wiekowe sprawowania funkcji kierownika apteki jest zgodne z treścią art. 32 Konstytucji RP?” (sygn. akt: VI SA/Wa 1899/10). Wniosek ten został jednak oddalony, a sąd przekazał sprawę do ponownego rozpoznania organowi drugiej instancji. Sprawa nadal jest w toku.

2.3. Rzecznik Praw Obywatelskich organem ds. Równego Traktowania

Konstytucyjnym organem, który ma stać na straży wolności i praw człowieka i obywatela, badając, czy prawa te nie zostały naruszone przez organy władzy państwowej, jest Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: RPO). Co więcej RPO na mocy przepisów ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania wyposażony został w kompetencje niezależnego organu równościowego. Oznacza to, że do zadań RPO należy m.in. analizowanie, monitorowanie i wspieranie równego traktowania wszystkich osób, prowadzenie niezależnych badań dotyczących dyskryminacji oraz opracowywanie i wydawanie niezależnych sprawozdań i wydawanie zaleceń odnośnie do problemów związanych z dyskryminacją. W kompetencji RPO jako organu równościowego pozostaje również udzielanie porad prawnych z zakresu dyskryminacji przez wskazanie możliwych instrumentów prawnych, jakie strona może wykorzystać dla ochrony swoich praw. Należy jednak mieć na uwadze, że RPO może podejmować jedynie interwencje w przypadkach naruszeń dokonywanych przez podmioty publiczne. Wynika to wprost z przepisu art. 80 Konstytucji, który stanowi, że każdy ma prawo wystąpienia do Rzecznika z wnioskiem o pomoc w ochronie swoich wolności lub praw naruszonych przez władzy publicznej. W sytuacji dokonania naruszeń przez podmiot prywatny RPO może jedynie podjąć się monitorowania sprawy z wyłączeniem skorzystania z władczych instrumentów przysługujących

w przypadku naruszenia dokonanego przez organy władzy publicznej. Takiego rodzaju interwencja została podjęta m.in. w sprawie dotyczącej dyskryminacji ze względu na pochodzenie rromskie w dostępie do dóbr i usług na skutek odmowy wstępu osobom narodowości rromskiej do jednej z poznańskich restauracji. RPO zwrócił się wówczas do Prokuratury Okręgowej oraz Komendy Miejskiej Policji o udzielenie informacji, czy zostały w tej sprawie podjęte działania, a także do Prezydenta Miasta o wyjaśnienie, czy zostały podjęte działania prewencyjne w celu zapobieżenia zaistnieniu podobnych praktyk w przyszłości. Jednocześnie monitorowano postępowanie sądowe w tej sprawie.

PTPA udzielając pomocy prawnej w sprawach dotyczących naruszenia zasady równości niejednokrotnie informowało RPO o stwierdzonych naruszeniach, czego skutkiem często było podjęcie przez ten organ interwencji w sprawie. Przykładem ilustrującym współpracę RPO z organizacjami pozarządowymi w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji jest sprawa, którą zajęło się PTPA w 2011 roku, dotycząca uniemożliwienia wejścia niewidomej kobiecie na teren jednego z parków narodowych w asyście wyszkolonego psa. Zdaniem Dyrektora parku, wstęp z psem asystującym był niemożliwy z uwagi na obowiązującą ustawę z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz. U. z 2004 r. Nr 92, poz. 880), która przewiduje zakaz wprowadzania na teren parków narodowych psów, w tym psów asystujących. PTPA zwróciło się do wówczas do Dyrektora parku o usunięcie naruszenia zasady równego traktowania przez podjęcie stosownych decyzji wewnętrznych zmierzających do interpretacji przepisów ustawy o ochronie przyrody z uwzględnieniem przepisu art. 20a ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych z dnia 27 sierpnia 1997 r. (Dz. U. Nr 123, poz. 776 ze zm.)⁸. W ocenie PTPA, w świetle powołanego przepisu osoba niewidoma w asyście psa – przewodnika miała prawo wstępu na teren parków narodowych, rezerwatów i innych obiektów turystycznych bez ograniczeń, a przepis ten miał charakter nadrzędny nad regulacją dotyczącą zakazu wprowadzania psów na teren parków narodowych i rezerwatów zawartą w art. 15 ust. 1 pkt. 16 ustawy o ochronie przyrody z dnia 16 kwietnia 2004 r. (Dz. U. Nr 92, poz. 880 ze zm.). RPO zwróciła się do Dyrektora parku o wyjaśnienie sytuacji i przedstawienie

⁸ Zgodnie z którym „osoba niepełnosprawna wraz z psem asystującym ma prawo wstępu do obiektów użyteczności publicznej, w szczególności: budynków i ich otoczenia przeznaczonych na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, świadczenia usług pocztowych lub telekomunikacyjnych oraz innych ogólnodostępnych budynków przeznaczonych do wykonywania podobnych funkcji, w tym także budynków biurowych i socjalnych”.

stanowiska w sprawie, a także podjęła inne czynności zmierzające do poprawy sytuacji osób z niepełnosprawnościami w tym obszarze, m.in. przez zwrócenie się o opinię na temat możliwości stosowania odnośnie do szlaków turystycznych przepisu art. 20a ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Na skutek interwencji PTPA i Rzecznika Praw Obywatelskich ustawą z dnia 7 grudnia 2012 r. o zmianie ustawy o ochronie przyrody oraz ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. 2013.73) zmieniono przepis art. 15 ust. 1 pkt 16 przez wprowadzenie ograniczenia, polegającego na tym, że zabrania się wprowadzania psów na obszary objęte ochroną ścisłą i czynną z zastrzeżeniem, że wstęp na te tereny mają psy asystujące. Jednocześnie zmieniono przepis art. 20a ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych w ten sposób, że doprecyzowano, iż osoba z niepełnosprawnością ma prawo wstępu, wraz z psem asystującym, na teren parków narodowych i rezerwatów przyrody.

3. Obowiązek równego traktowania w zatrudnieniu

Podstawowe zasady prawa pracy zawarte w Rozdziale II Kodeksu pracy (dalej: k.p.) określają najważniejsze, kluczowe prawa i obowiązki pracowników oraz pracodawców. Zasada równości, jako jedna z nich, została zapisana w art. 11³ k.p., który stanowi „Jakakolwiek dyskryminacja w zatrudnieniu, bezpośrednia lub pośrednia, w szczególności ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy - jest niedopuszczalna”. Wydaje się, że większość przytoczonych w rozdziale II kodeksu pracy podstawowych zasad prawa pracy, tj. równe prawa z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków, poszanowanie godności pracownika, prawo do godziwego wynagrodzenia, obowiązek zapewnienia pracownikom bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, łączy się w pewnym stopniu ze sobą, a za ich spoiwo można uznać regułę równości i niedyskryminacji w ich realizacji.

W sposób szczegółowy obowiązek równego traktowania w zatrudnieniu został uregulowany w rozdziale IIa (art. 18^{3a} – 18^{3e} k.p.), a także w rozdziale dotyczącym obowiązków pracodawcy, gdzie oprócz obowiązków, takich jak stosowanie obiektywnych i sprawiedliwych kryteriów oceny pracowników oraz wyników ich pracy, wpływające na kształtowanie w zakładzie pracy zasad współżycia społecznego, ustawodawca wskazuje obowiązek pracodawcy przeciwdziałania dyskryminacji w zatrudnieniu (art. 94 pkt 2b k.p.).

3.1. Otwarty katalog przesłanek dyskryminacji

Art. 18^{3a} k.p. zawiera listę obszarów zatrudnienia, w jakich pracodawca jest zobowiązany do równego traktowania: „Pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych”. Przy czym dyskryminacja polega na różnicowaniu praw i obowiązków osób, które noszą cechy prawnie chronione, które to cechy z punktu widzenia wykonywanej przez nie pracy nie są istotne. Przedmiotową cechą lub cechy podmiot, który stawia zarzut gorszego traktowania i występuje z roszczeniem o odszkodowanie do sądu pracy, jest zobowiązany wskazać już w pozwie. Ma to odpowiednio ukierunkować postępowanie dowodowe oraz w związku z tym, iż w postępowaniach o dyskryminację ma zastosowanie zasada przeniesionego ciężaru dowodu, umożliwić pozwanemu pracodawcy podjęcie obrony i wykazanie, że nie stosował w stosunku do pracownika powoływanego przez niego kryterium dyskryminującego⁹.

Mówi o tym orzecznictwo Sądu Najwyższego, który przyjął, że dyskryminowaniem w rozumieniu art. 18^{3a} § 1 k.p. jest nierówne traktowanie w zatrudnieniu z przyczyn określonych w tym przepisie i nie jest wystarczające powołanie się przez pracownika na działanie pracodawcy o „podłożu dyskryminacyjnym”, bez podawania konkretnej cechy, ze względu na którą doszło do gorszego traktowania (tj. płeć, niepełnosprawność etc.). Należy doprecyzować, o jakie podłoże dyskryminacyjne chodzi, odwołując się bądź do cech wprost wymienionych w powołanym artykule, bądź innych, gdyż katalog zawiera jedynie przykładową listę. Zostało to ujęte w następujący sposób „Pracownicy powinni być równo traktowani [...] w szczególności bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także bez względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy”¹⁰.

Na podstawie powyższej regulacji, istnieje więc możliwość powoływania cech prawnie chronionych, które nie zostały literalnie wskazane w przepisie, ale które stanowiły podstawę gorszego traktowania pracownika czy pracownicy. Jak wynika z orzeczenia przywołanego powyżej, dowolność powoływania cech prawnie chronionych spoza listy zawartej wprost w art. 18^{3a} k.p. nie jest

⁹ K. Gonera, *Rozkład ciężaru dowodu w sprawach o dyskryminację w zatrudnieniu w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 2011, dostępne na: <http://www.ptpa.org.pl/public/files/Ciężar%20dowodu%20w%20sprawach%20o%20dyskryminację%2021%20wrzesnia%202011.pdf>.

¹⁰ Wyrok z 3 września 2010 r., sygn. akt I PK 72/10 (LEX nr 653657)

jednak nieograniczona. Świadczy o tym również orzeczenie Sądu Najwyższego, w którym zawarto stwierdzenie, iż „Przykładowe wyliczenie objętych (dyskryminacją) kryteriów wskazuje, że niewątpliwie chodzi tu o cechy i właściwości osobiste człowieka niezwiązane z wykonywaną pracą i to o tak doniosłym znaczeniu społecznym, że zostały przez ustawodawcę uznane za zakazane kryteria różnicowania w dziedzinie zatrudnienia. Otwarty katalog tych przyczyn pozwala zatem na jego uzupełnienie wyłącznie o inne cechy (właściwości, przymioty) osobiste o społecznie doniosłym znaczeniu, takie jak np. światopogląd, nosicielstwo wirusa HIV, a nawet wygląd, jeżeli w określonych okolicznościach może być uznany za przyczynę różnicowania pracowników stanowiącego przejaw dyskryminacji”¹¹. Tak więc, jak wynika z powołanego orzeczenia, to sąd orzekający w sprawie każdorazowo będzie badał, czy nową, dodatkową przesłankę wskazywaną przez stronę powodową jako podstawę dyskryminacji, należy uznać za przesłankę o społecznie doniosłym znaczeniu i w konsekwencji przyznać jej ochronę prawną.

Doświadczenie PTPA odnośnie do wskazywania cech prawnie chronionych spoza katalogu wprost wskazanego w art. 18^{3a} k.p. dotyczy zarówno spraw, które zostały zakończone na etapie przedsądowym, jak również stanowią przedmiot postępowania sądowego. Przykładowo, PTPA udzieliło wsparcia w sprawie, w której istniało podejrzenie dyskryminacji ze względu na karalność osoby aplikującej na etapie rekrutacji. Podmiotem prowadzącym rekrutację była instytucja bankowa, której przedstawiciel zażądał od Bożeny K. okazania zaświadczenia o niekaralności, uzależniając od tego zawarcie z nią umowy o pracę. Bożena K. była karana, więc nie mogła przedstawić przedmiotowego zaświadczenia. Z tego powodu nie zawarto z nią umowy o pracę, mimo że pomyślnie przeszła etap weryfikacji kwalifikacji zawodowych. PTPA udzieliło pomocy w przygotowaniu pisma do niedoszedłego pracodawcy, w którym odwołano się do treści art. 18^{3a} § 1 k.p., który stanowi, iż pracownicy powinni być równo traktowani m.in. w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, więc również na etapie rekrutacji. Powołano się również na katalog otwarty cech prawnie chronionych, ze względu na które nie można dyskryminować, jako podstawę zaistniałej dyskryminacji wskazując przesłankę karalności. Powołano się również art. 22¹ § 1 k.p., na podstawie którego pracodawca ma prawo żądać od osoby ubiegającej się o zatrudnienie jedynie podania danych osobowych obejmujących: imię (imiona) i nazwisko, imiona rodziców, datę urodzenia, miejsce zamieszkania (adres do korespondencji), wykształcenie, przebieg dotychczasowego zatrudnienia. Innych niż powyżej wymienione dane osobowe pracodawca może żądać tylko wówczas, jeżeli obowiązek ich podania

¹¹ Wyrok z 2 października 2012 r., sygn. akt II PK 82/12 (LEX nr 1243029).

wynika z odrębnych przepisów. Podkreślić trzeba, że art. 6 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 24 maja 2000 roku o Krajowym Rejestrze Karnym prawo do uzyskania informacji o osobach, których dane osobowe zgromadzone zostały w Rejestrze, przyznaje jedynie pracodawcom, w zakresie niezbędnym dla zatrudnienia pracownika, co do którego z przepisów ustawy wynika wymóg niekaralności. Ponieważ nie identyfikowano przepisów szczególnych, które stanowiłyby podstawę do żądania informacji o niekaralności w stosunku do pracownika banku na stanowisku, na które aplikowała Bożena K., warunki zatrudnienia podane przez pracodawcę należało uznać za całkowicie bezprawne. W reakcji na pismo pracodawca podpisał porozumienie, na podstawie którego wypłacono klientce PTPA rekompensatę stanowiącą równowartość trzymiesięcznego wynagrodzenia, jakie by otrzymała, gdyby została zatrudniona na trzymiesięczny okres próbny, który zwyczajowo w tym zakładzie pracy tyle wynosił.

W innej sprawie, którą zajmuje się PTPA, która obecnie znajduje się na początku postępowania sądowego, powódka która stawia zarzut dyskryminacji ze względu na płeć na etapie rekrutacji domaga się odszkodowania stanowiącego równowartość rocznego wynagrodzenia, które otrzymałaby, gdyby została zatrudniona, gdyż jak wynika z informacji które pozyskała, umowa na okres próbny w zakładzie pracy, któremu stawia zarzut złamania zasady równego traktowania, zwyczajowo wynosi rok.

Kolejna sprawa, w którą obecnie angażuje się PTPA, to sprawa Agnieszki K., która wystąpiła przeciwko instytucji państwowej z zarzutem dyskryminacji ze względu na jej transseksualność, zarówno odnośnie warunków pracy, dostępu do awansu, jak również okoliczności rozwiązania z nią stosunku pracy. Jak się wydaje przesłanka transseksualności, która nie została wprost wskazana w Kodeksie pracy nie powinna budzić wątpliwości co do jej społecznie doniosłego znaczenia, szczególnie w odniesieniu do trudności, z jakimi często borykają się osoby transseksualne, w tym również w środowisku pracy. Powódka domaga się ponad 200 000 zł tytułem odszkodowania za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu. Sprawa jest w toku.

3.2. Formy dyskryminacji

Zgodnie z art. 18^{3a} § 3-6 k.p. dyskryminacja w zatrudnieniu może występować w następujących formach: jako dyskryminacja bezpośrednia, dyskryminacja pośrednia, molestowanie, molestowanie seksualne. Przejawem dyskryminowania jest także działanie polegające na zachęcaniu innej osoby do naruszania zasady równego traktowania w zatrudnieniu lub nakazaniu jej naruszenia tej zasady.

3.2.1. Dyskryminacja bezpośrednia

Zgodnie z art. 18^{3a} § 3 do dyskryminowania bezpośredniego dochodzi wówczas, gdy pracownik z jednej lub z kilku przyczyn przykładowo wyróżnionych w § 1 tego artykułu był, jest lub mógłby być traktowany w porównywalnej sytuacji mniej korzystnie niż inni pracownicy, którzy tej cechy prawnie chronionej nie posiadają. Jak wiadomo przepisy antydyskryminacyjne w Kodeksie pracy, wprowadzono implementując antydyskryminacyjne dyrektywy Unii Europejskiej. Niestety, polski ustawodawca pominął ten człon unijnej definicji, z którego wynika, że dyskryminacja występuje w przypadku, gdy osobę traktuje się mniej przychylnie niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inna osobę w porównywalnej sytuacji z powodu płci, rasy itd. A zatem, polska definicja wadliwie odnosi aspekt zachowania w przeszłości lub zachowania hipotetycznego do samej osoby dyskryminowanej, zamiast do innego pracownika w porównywalnej sytuacji. Dlatego też, pamiętając o pośrednim skutku dyrektyw wspólnotowych, należy wziąć pod uwagę prawidłowe brzmienie definicji „dyskryminacji bezpośredniej” zawartej w antydyskryminacyjnych dyrektywach wspólnotowych i w ten sposób interpretować definicję prawa krajowego¹².

Anna G. wystąpiła do sądu z zarzutem dyskryminacji po tym jak została zwolniona z pracy. Jako przesłankę gorszego traktowania wskazała na fakt skorzystania z kodeksowych uprawnień związanych z rodzicielstwem, konkretnie możliwości pracy w ograniczonym wymiarze godzin pracy po wykorzystaniu części przysługującego urlopu wychowawczego (art. 186⁸ k.p.). Oficjalnie pracodawca rozwiązał stosunek pracy w oparciu o przepisy ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników (Dz.U. 2003 nr 90 poz. 844), powołując się na złą sytuację finansową firmy. Powódka podnosiła, iż była to przyczyna pozorna, a w rzeczywistości została wytypowana do zwolnienia w związku z tym, iż zgodnie z przysługującymi jej kodeksowymi uprawnieniami, wystąpiła o możliwość pracy w ograniczonym wymiarze godzin przez okres, przez który mogłaby korzystać z urlopu wychowawczego. PTPA wstąpiło do postępowania sądowego, jako organizacja pozarządowa działająca na rzecz przeciwdziałania dyskryminacji. Po kilku rozprawach pracodawca złożył propozycję zawarcia ugody, w wyniku której powódka otrzymała od byłego pracodawcy 50 000 zł.

Zanim jednak pozwany złożył propozycję zawarcia ugody, podnosił całkowitą bezzasadność zarzutu powódki dyskryminacji bezpośredniej. Jako koronny argument, iż nie doszło do nierównego traktowania, pozwany wskazywał porównanie sytuacji powódki do sytuacji jej współpracownicy, która kilka

¹² K. Kędziora, K. Śmiszek, *Dyskryminacja i mobbing w zatrudnieniu*, Warszawa 2010, s. 34

miesiący przed powódką skorzystała z analogicznych uprawnień, tj. wystąpiła z wnioskiem o pracę w ograniczonym wymiarze godzin po wykorzystaniu części urlopu wychowawczego i która po rozwiązaniu z powódką stosunku pracy przejęła jej obowiązki. Tymczasem, jak podnosiła powódka, jej sytuację należało porównać nie z sytuacją wskazanej przez pracodawcę pracownicy, ale z innym pracownikiem, który nie posiadał przedmiotowej cechy prawnie chronionej, czyli nie skorzystał z kodeksowych uprawnień związanych z rodzicielstwem. Na uzasadnienie swojej tezy, powódka przedstawiła okoliczności, w których doszło do tego, że współpracownica, z którą ją porównywał pracodawca, zanim zajęła ostatecznie stanowisko powódki, już w czasie jej usprawiedliwionej nieobecności (pozostawanie najpierw na urlopie macierzyńskim, a następnie wychowawczym), czasowo przejęła jej obowiązki. Cofając się jeszcze dalej, obowiązki rzeczony współpracownicy, gdy ta była nieobecna w pracy w związku urodzeniem dziecka, przejął pracownik – mężczyzna, który został wówczas zatrudniony jedynie na zastępstwo. Mimo to współpracownica po powrocie z urlopu wychowawczego nie wróciła do swoich dotychczasowych obowiązków, sprzed urlopów macierzyńskiego i wychowawczego. Powierzono jej obowiązki powódki, a pracownik początkowo przyjęty na zastępstwo, został zatrudniony na stałe, definitywnie przejmując jej dotychczasowe obowiązki.

Dlatego też analizując, czy doszło do dyskryminacji bezpośredniej, zasadne wydaje się porównanie sytuacji powódki do sytuacji pracownika, który przejął obowiązki współpracownicy, który spośród tych trzech pracowników miał najmniej doświadczenie w pracy w pozwanej firmie i obiektywnie rzecz oceniając, zważywszy na interes firmy, jego zwolnienie byłoby najmniej dotkliwe z punktu widzenia korzyści, jakie pracodawca czerpie z doświadczenia swoich pracowników. Wymierne oszczędności czy korzyści firma, która przeżywa kryzys finansowy, może czerpać nie tylko z faktu płacenia jak najniższych wynagrodzeń swoim pracownikom, ale również za sprawą doświadczenia, wydajności oraz skuteczności poszczególnych pracowników. Tymczasem, jak dowodziła powódka, jej praca była oceniana bardzo wysoko, a pracodawca nie podjął żadnej próby zatrzymania jej w firmie, np. proponując niższe wynagrodzenie lub inne stanowisko. Okoliczności sprawy wskazywały, iż pracodawca wolał zatrudnić mężczyznę, zakładając, że mężczyźni dużo rzadziej od kobiet korzystają z uprawnień kodeksowych związanych z rodzicielstwem i jedną kobietę po urlopie wychowawczym, która korzysta z uprawnienia z art. 186⁸ k.p., niż dwie kobiety korzystające z analogicznych uprawnień.

Odwołując się do definicji dyskryminacji bezpośredniej, w sytuacji, w której istniałaby wątpliwość, czy w firmie był lub jest pracownik, z którym możemy porównać sytuację powódki, na podstawie wykładni celowościowej kodeksowej definicji tej formy dyskryminacji, sytuację powódki można porównać rów-

niez z hipotetycznym pracownikiem, którego praca oceniana jest przez pracodawcę bardzo wysoko i który np. wraca z długotrwałego urlopu bezpłatnego, ale który nie posiada małego dziecka oraz który nie korzysta ze szczególnego uprawnienia związanego z rodzicielstwem, zawartego w art. 186⁸ Kodeksu pracy. Na tej podstawie, można by zakładać, że z dużym prawdopodobieństwem osoba ta nie zostałaby zwolniona i mogłaby kontynuować zatrudnienie na stanowisku tym samym bądź innym adekwatnym do jej kwalifikacji.

3.2.2. Dyskryminacja pośrednia

Zgodnie z art. 18^{3a} § 4 k.p., dyskryminacja pośrednia zachodzi, gdy na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje albo szczególnie niekorzystna sytuacja w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych wobec wszystkich lub znacznej liczby pracowników należących do grupy wyróżnionej ze względu na jedną lub kilka przyczyn określonych tym przepisem, chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne. Dla stwierdzenia dyskryminacji pośredniej kluczowe znaczenie ma ustalenie, czy przyczyna rozróżnienia (inna niż płeć, niepełnosprawność itd.) jest tylko pozorna, a prawdziwa jest wtedy, jeśli jest obiektywnie i prawnie uzasadniona. Często jest tak, że pracodawcy uzasadniając swoje działanie, wskazują cel zgodny z prawem, jak np. kwestie zapewnienia bezpieczeństwa w miejscu pracy czy też względy marketingowe (np. podniesienie sprzedaży, pozyskanie nowej grupy klientów). Wówczas, badając czy mimo to doszło do dyskryminacji pośredniej, należy zadać pytanie, czy środki zastosowane do osiągnięcia postawionego celu są jedynymi możliwymi, czy cel można osiągnąć również za pomocą innych środków, które nie obciążają nadmiernie pracodawcy, a jednocześnie nie prowadzą do wykluczenia grupy pracowników, którzy są nosicielami jednej lub kilku cech prawnie chronionych. Należy również pamiętać o konieczności zachowania zasady proporcjonalności między interesem pracodawcy, a dobrem osób narażonych na dyskryminację. Jeżeli pracodawca miałby możliwość uniknięcia zastosowania kwestionowanego kryterium jedynie przez poniesienie wydatków niewspółmiernie wysokich, które narażałyby go na utratę płynności finansowej firmy, wówczas dowodząc tego, mimo stwierdzenia nierówności, mógłby skutecznie uchylić się od odpowiedzialności za dyskryminację.

Przykładem tej formy dyskryminacji, jest sprawa, którą PTPA konsultowało z przedstawicielami związków zawodowych dużej firmy krajowej prowadzącej działalność o charakterze usługowym. Chodziło o kryterium przydzielania premii pracownikom. Do premii typowani byli pracownicy, którzy mieli najwyższą frekwencję w pracy, czyli w najmniejszym stopniu korzystali ze zwolnień lekarskich bądź innych usprawiedliwionych nieobecności przysługujących im na podstawie przepisów prawa. Przedstawiciele związków powzięli wątpliwość, czy przedmiotowe kryterium stosowane przez pracodawcę na pewno jest neutralne, czy może prowadzi do gorszego traktowania niektórych grup pracowników, np. osób chorych, niepełnosprawnych, osób starszych, osób mających małe dzieci lub sprawujących opiekę nad inną osobą zależną, które zwykle częściej korzystają ze zwolnień lekarskich bądź innych uprawnień wynikających z właściwych przepisów prawa. Analizując sprawę w pierwszej kolejności należało zadać pytanie, jaki cel przyświecał pracodawcy, wydającemu podobne zarządzenie. Wydaje się, że chodziło o zwiększenie efektywności pracy osób zatrudnionych, a co za tym idzie wyższe zyski dla firmy. Tak więc, cel ten należy uznać za zgodny z prawem. W drugiej jednak kolejności należy zadać sobie pytanie, czy tak określony cel działań pracodawcy nie jest możliwy do osiągnięcia w inny sposób, niewykluczający pewnych grup pracowników od możliwości uzyskania premii. Jeżeli odpowiedź będzie pozytywna, wówczas należy zakładać, że doszło do złamania przez pracodawcę zasady równego traktowania w formie dyskryminacji pośredniej.

3.2.3. Molestowanie

Formą dyskryminacji jest również molestowanie (art. 18^{3a} § 5 pkt 2 k.p.), czyli niepożądane zachowanie, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika i stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery. Warunkiem zaistnienia molestowania jest brak zgody osoby molestowanej na określone zachowania. Ocena odczuwanego zachowania jest uzależniona przede wszystkim od obiektu molestowania, czyli pracownika i jego subiektywnych uczuć. W przypadku, gdy pracownik czy pracownica akceptuje określone zachowanie przełożonego czy współpracownika, nie można mówić o czynach wypełniających znamiona definicji tej formy dyskryminacji. Dlatego ważne jest, aby sprzeciw wobec molestującego był wyrażony wyraźnie i stanowczo tak, aby nie było wątpliwości, że dane zachowania są nieakceptowane i niewłaściwe w odczuciu osoby molestowanej. Dopiero po wyrażeniu niezwłocznego sprzeciwu wobec określonych zachowań można stwierdzić, że określona sytuacja była przejawem molestowania i można ją uznać za bezprawną.

Warto wskazać, że odmiennie niż w definicji molestowania zawartej w antydyskryminacyjnych dyrektywach wspólnotowych, za sprawą implementacji których, przedmiotowa definicja została wprowadzona do Kodeksu pracy, krajowa definicja nie odwołuje się do podstaw dyskryminacji, o których mowa w art. 18^{3a} §1 k.p. Niemniej jednak, można powiedzieć, że polska definicja molestowania, przez jej umieszczenie w treści art. 18^{3a} k.p., który w całości dotyczy zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu, i zdefiniowanie molestowania jako zachowania stanowiącego „przejaw dyskryminowania w rozumieniu § 2, który przewiduje bezpośrednią i pośrednią formę dyskryminacji” ze względu na podstawy dyskryminacji wskazane w § 1 omawianego przepisu, pozwala na interpretowanie tego zapisu w sposób zgodny celem, jaki w tym zakresie chciał osiągnąć ustawodawca unijny. Tak więc, stawiając zarzut molestowania, należy tak jak w odniesieniu do zarzutu dyskryminacji bezpośredniej czy pośredniej, wskazać cechę prawnie chronioną, ze względu na którą doszło do molestowania.

Rozpatrując sytuację molestowania, nie ma konieczności odwołania się do modelu porównawczego, tak jak przy dyskryminacji bezpośredniej. Nie ma również potrzeby udowadniania zamiaru naruszenia godności. Molestowaniem jest zachowanie, które jest nakierowane lub skutkuje naruszeniem godności albo poniżeniem lub upokorzeniem pracownika. Analizie podlega wyłącznie cel lub skutek niepożądanego zachowania. To, czy zachowanie pracodawcy należy uznać za molestowanie również według obiektywnych kryteriów oceny, każdorazowo bada sąd.

Postępowanie, które dotyczyło zachowań stanowiących molestowanie ze względu na orientację seksualną i wygląd, do którego PTPA wstąpiło w drugiej instancji, dotyczyło sprawy Andrzeja M., który był zatrudniony w sklepie na stanowisku sprzedawcy na czas określony. Obowiązki powoda obejmowały obsługę kasy fiskalnej oraz sprzedaż i wykładanie towaru na półki znajdujące się przy kasie. W toku postępowania przed sądem I instancji powód wniósł m.in. o odszkodowanie z tytułu dyskryminacji w zatrudnieniu w wysokości dwunastokrotnego minimalnego wynagrodzenia za pracę (18 000 zł). Powód jest osobą homoseksualną i fakt ten był znany kierownikom oraz pozostałym współpracownikom, co nie było przedmiotem jego sprzeciwu. Współpracownicy zatrudnieni jako sprzedawcy nie komentowali orientacji seksualnej powoda, utrzymywali z nim kontakty towarzyskie. Zarówno w obecności innych współpracowników, jak i w obecności klientów, otwarcie negatywny stosunek do powoda okazywał natomiast wielokrotnie kierownik sklepu. Wielokrotnie zwracał się do powoda, wulgarnie komentując jego orientację seksualną („pedale”, „ty szwulu”), również w kontekście wykonywania obowiązków pracowniczych („bo ty gej jesteś”, „nie wiem, kto takiego pedała przyjął do pracy”), oraz wygląd („ty gruba świnio”). Kierownik upokarzał powoda przy klientach skle-

pu, każąc mu również np. przeprosić klienta, który próbował ukraść produkt ze sklepu. Powód wyrażał sprzeciw wobec takiego zachowania, mimo to zachowanie przełożonego nie ulegało zmianie. Sąd I instancji zasądził od pozwanej spółki na rzecz powoda kwotę 4500 zł tytułem odszkodowania za dyskryminację w zatrudnieniu w formie molestowania ze względu na orientację seksualną, stanowiącą trzykrotność minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Apelację od powyższego wyroku założyła zarówno strona powodowa jak i pozwana. Sąd okręgowy podtrzymał wyrok I instancji¹³ odnośnie zarzutu molestowania, twierdząc, że zaistniała w sprawie dyskryminacja przybrała postać bezpośrednią i miała na celu naruszenie godności powoda i stworzenie wobec niego poniżającej, upokarzającej i uwłaczającej atmosfery. Doszło zatem do molestowania, w wyniku którego naruszona została godność osobista powoda, czyli najwyższe dobro osobiste podlegające podwyższonej ochronie, przez co powód poniósł szkodę niematerialną wymagającą naprawienia przez pracodawcę, który nie zapobiegł aktom dyskryminacji. Szkodę materialną sąd określił na podstawie długości pozostawania przez powoda bez źródła utrzymania po tym, jak w sposób dyskryminujący został zwolniony z pracy. Co ważne, sąd odpowiadając na zarzuty apelacyjne pozwanej firmy stwierdził, że adresatem roszczeń wynikających z dyskryminacji jest zawsze pracodawca, choćby to inny pracownik dopuszczał się niezgodnych z prawem zachowań. Wynika to choćby z treści art. 94 pkt. 2b k.p., który wskazuje obowiązek pracodawcy przeciwdziałania dyskryminacji.

Dodatkowo, w oparciu o przedmiotowy stan faktyczny warto przytoczyć stwierdzenie sądu I instancji, który zauważając, iż doszło do dyskryminacji w sprawie, stwierdził że: „Powód tej orientacji nie krył przed innymi. Nie oznaczało to jednak, że tak współpracownicy, jak i kierownik sklepu, mają prawo do jej publicznego ujawniania podczas pracy w sklepie, w obecności klientów, nie mówiąc już o wulgarnym i poniżającym komentowaniu tej orientacji w kontekście wykonywania przez powoda obowiązków pracowniczych czy publicznym zwracaniu się do powoda, przy użyciu słów wulgarnych wskazujących na jego orientację seksualną¹⁴”.

Powyższe stwierdzenie nabiera szczególnego znaczenia w zestawieniu ze stanowiskiem sądu w innej sprawie, którą zajmowało się PTPA. Ewa K., wystąpiła do sądu z pozwem przeciw pracodawcy, również o odszkodowanie za dyskryminację w formie molestowania ze względu na orientację seksualną, z którym spotkała się w trakcie odbywanego stażu i które polegało na kierowaniu w stosunku do niej przez współpracownice obelżywych komunikatów o charak-

¹³ Wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 27 listopada 2012 r., sygn. akt VI Pa 56/12, niepubl.

¹⁴ Wyrok Sądu Rejonowego w Słubicach z dnia 18 czerwca 2012 r., sygn. akt IV P 30/11, niepubl.

terze homofobicznym. Zaistniała sytuacja skłoniła ją do zrezygnowania z odbycia stażu przed terminem. Sądy obydwu instancji nie zgodziły się z zarzutem powódki, uznając jej roszczenie za całkowicie bezzasadne. Sąd I instancji ustalił, iż „Niezwłocznie po rozpoczęciu stażu powódka poinformowała wszystkie osoby pracujące bądź odbywające praktyki uczniowskie w tym samym sklepie, iż jest odmiennej orientacji seksualnej”, a następnie stwierdził, że „miejsce pracy, a w przypadku powódki, odbywania stażu, nie jest miejscem odpowiednim do prowadzenia rozmów o intymnych szczegółach życia, takich jak orientacja seksualna, czy sposób realizacji potrzeb seksualnych i to z osobami obcymi”¹⁵. Nie wdając się w polemikę z prawomocnym wyrokiem niezawisłego sądu, warto jednak uczulić, jak ważne w sprawie może okazać się zarysowanie tła problemu, czy kontekstu społecznego sprawy, czyli przedstawienie wiedzy specjalistycznej na temat danej grupy społecznej, do której należy osoba występująca z roszczeniem, której osoby orzekające mogą nie posiadać. Ma to ogromne znaczenie, również ze względu na treść art. 233 Kodeksu postępowania cywilnego, na podstawie którego sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, ale także według własnego przekonania.

W sprawie, w której pada zarzut dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, kluczową informacją uprawdopodobniającą fakt nierównego traktowania może okazać się przedstawienie danych statystycznych czy innych wiarygodnych źródeł informacji (np. badań prowadzonych przez wyspecjalizowane organizacje pozarządowe) na temat problemu, jego skali, ale również tego, w jaki sposób homofobia się przejawia. Przyjmując, że sąd uznaje powództwo za niezasługujące na uwzględnienie, głównie w oparciu o tezę, że osoba stawiająca zarzut szykanowania jej przez współpracowników ze względu na swoją orientację seksualną, nie może skutecznie wystąpić z roszczeniem o odszkodowanie za złamanie zasady równego traktowania w zatrudnieniu, gdyż otwarcie mówiła w miejscu pracy o swojej orientacji seksualnej, może prowadzić do podejrzenia przekroczenia swobodnej oceny dowodów w tym zakresie. Trudno bowiem zakładać, że rozumowanie sądu byłoby analogiczne w stosunku do osoby, która otwarcie deklaruje swoją orientację jako heteroseksualną, opowiadając w miejscu pracy np. o swoim parterze, partnerce czy dzieciach.

¹⁵ Wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 14 czerwca 2011 r., sygn. akt IV Pa 63/11, niepubl.

3.2.4. Molestowanie seksualne

W świetle rozważań dotyczących molestowania seksualnego jako formy dyskryminacji w miejscu pracy (art. 18^{3a} § 6 k.p.), bardzo ważne jest podkreślenie szczególnego charakteru tego problemu, który wciąż jest zaliczany do tematów, o których nie mówi się dużo i otwarcie, a ofiary molestowania w obawie przed stygmatyzacją i wtórną wiktyimizacją decydują się milczeć. Nie oznacza to jednak, że problem ten nie występuje. Według badań CBOS w Polsce mniej więcej co 10 pracująca kobieta w wieku do 34 lat przyznaje, że była obiektem nieakceptowanego zachowania o podłożu seksualnym ze strony przełożonego. Ponad jedna piąta osób pracujących lub uczących się (22%) przyznaje, że w miejscu pracy lub na uczelni współpracownicy lub koledzy robią nieodpowiednie, naruszające godność uwagi o podtekście seksualnym. 7% dostrzega natomiast zachowania spełniające definicję molestowania seksualnego w sensie fizycznym (niestosowne gesty o podtekście seksualnym). Należy przy tym pamiętać, że dane zawarte w raporcie przedstawiają minimalny poziom zjawiska, gdyż wiele osób poszkodowanych z różnych przyczyn obawia się mówić o swoich doświadczeniach¹⁶. Jak zauważa Eleonora Zielińska w Polsce wciąż istotnym problemem jest to, że pracownicy i pracodawcy mają trudności z identyfikacją działań, które wypełniają znamiona molestowania seksualnego. Brak świadomości i wiedzy na temat dyskryminacji ze względu na płeć powoduje, że działania, które powinny być uznane za molestowanie seksualne, w oczach przełożonych i współpracowników traktowane są jedynie jako niesmaczne żarty. To z kolei sprawia, że sprawcy tych zachowań nie ponoszą żadnych konsekwencji służbowych. Potwierdzeniem tego są badania przeprowadzone przez ASM Centrum Badań i Analiz Rynku, które pokazują, iż pracodawcy nie potrafią odpowiednio wskazać zachowań o charakterze dyskryminującym. Co więcej, większość z nich uznaje te zachowania za zgodne z polskim prawem¹⁷. Nie bez znaczenia jest również to, że problem molestowania seksualnego w miejscu pracy w dalszym ciągu jest tematem wstydliwym oraz charakteryzującym się stereotypowym podejściem. Ciągłe bardzo powszechny jest sposób myślenia o kobiecie molestowanej, jako o osobie, która „była wyzywająca”, „sama tego chciała”, to z kolei sprzyja wykorzystywaniu przez pracodaw-

¹⁶ *Molestowanie seksualne. Komunikat z badań, CBOS, Warszawa 2007.*

¹⁷ E. Zielińska, *Ochrona przed mobbingiem i molestowaniem oraz innymi przejawami dyskryminacji ze względu na płeć*, [w:] *Gender Index. Monitorowanie równości kobiet i mężczyzn w miejscu pracy*, Warszawa 2007, s.150.

cę zależności władzy i bezkarności, a kobietę stawia w sytuacji opresji, skazując ją na społeczny ostracyzm, wstyd i poczucie winy¹⁸.

Zgodnie z art. 18^{3a} § 6 Kodeksu pracy dyskryminowaniem ze względu na płeć jest molestowanie seksualne, rozumiane jako każde niepożądane zachowanie o charakterze seksualnym lub odnoszące się do płci pracownika, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika, w szczególności stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery; na zachowanie to mogą się składać fizyczne, werbalne lub pozawerbalne elementy. Koniecznym elementem jest sprzeciw, który pozwala uznać daną sytuację za przejaw molestowania seksualnego. Podstawowa cecha molestowania seksualnego tkwi bowiem w fakcie, że jest ono odczuwane jako niepożądane przez osobę, która jest adresatem tego zachowania. Jako przykład zachowań, które przez ich adresatów czy adresatki mogą być odbierane jako nieakceptowane i które mogą być uznane za molestowanie seksualne, można wskazać zarówno zachowania fizyczne jak i werbalne i pozawerbalne, takie jak: zniewagi i obelgi, insynuacje, niestosowne uwagi na temat ubioru, uczesania, wieku, sytuacji rodzinnej, lubieżne spojrzenia, różnego rodzaju pieszczoty (przytulanie, głaskanie) lub gesty o konotacji seksualnej, wysyłanie sprośnych liścików lub e-maili, wprowadzanie stosunków, które naruszają godność osobistą ofiary, opowiadanie dowcipów lub prezentacja treści o charakterze erotycznym, używanie takich słów jak: „kochanie”, „złotko”, „serdeńko”. Ponadto trzeba wyraźnie podkreślić, iż molestowanie seksualne można uznać za bezprawne nawet wtedy, gdy sprawca swoim zachowaniem nie wypełnia znamion żadnego przestępstwa w świetle Kodeksu karnego.

W tym miejscu, warto wspomnieć sprawę Bożeny D., która obecnie rozpatrywana jest przez sąd I instancji. Powódka jest reprezentowana przez prawniczkę *pro bono* współpracującą z PTPA. W przedmiotowej sprawie powódka dochodzi roszczeń m.in. z tytułu złamania przez pracodawcę (instytucję publiczną) zasady równego traktowania w zatrudnieniu przez zachowania o charakterze molestowania seksualnego jej bezpośredniego przełożonego. Powódka wielokrotnie wyrażała swój sprzeciw wobec zachowań o charakterze seksualnym, komunikując go zarówno sprawcy zachowań, jak również innym przełożonym. Drogą oficjalną powódka występowała o zmianę bezpośredniego przełożonego, podając przyczynę swojego wniosku. Niestety mimo że ostatecznie pracodawca zmienił osobę nadzorującą pracę powódki, to jednak nie zostały przeprowadzone żadne czynności wyjaśniające kwestię zgłaszanego molestowania seksualnego powódki. Powódka występując z roszczeniem od-

¹⁸ O. Borkowska, *Piętnować sprawców a nie ofiary*, [w:] *Niemoralne propozycje. Molestowanie seksualne w miejscu pracy*, Warszawa 2008, s. 37

szkodowawczym, uprawdopodobniając molestowanie seksualne przedstawiła przed sądem zaświadczenie z Poradni Zdrowia Psychicznego, potwierdzające zdiagnozowanie u niej zespołu stresu pourazowego (PTSD), objawiającego się m.in. silnymi lękami, myślami samobójczymi, apatią na przemian z agresją, bezsennością.

Ze względu na to, że pracodawcą jest instytucja publiczną, szczególną uwagę należy zwrócić na to, iż przeciwdziałanie dyskryminacji w tym przeciwdziałanie molestowaniu seksualnemu w miejscu pracy jest obowiązkiem pracodawcy, wynikającym z art. 94 pkt 2b k.p. Powołany przepis stanowi, że pracodawca jest obowiązany w szczególności przeciwdziałać dyskryminacji w zatrudnieniu, tak więc ustanawia pracodawcę całkowicie odpowiedzialnym za przestrzeganie zasady równouprawnienia w zakładzie pracy. Zdaniem Komisji Europejskiej najbardziej skutecznymi działaniami pozwalającymi rozwiązać problem molestowania seksualnego są działania pracodawcy związane z ogólną polityką w zakresie zasady upowszechniania równego traktowania w zatrudnieniu. Wrazem zaangażowania pracodawców w przeciwdziałanie molestowaniu seksualnemu w miejscu pracy jest ogłoszenie deklaracji wyraźnie stwierdzającej, że molestowanie nie może być ani dopuszczalne, ani tolerowane, a pracownicy, którzy zaznali takiego zachowania, mają prawo do wniesienia skargi.

Co ważne, deklaracja taka powinna określać procedurę, zgodnie z którą powinien postąpić pracownik, który doznał molestowania seksualnego. Według europejskich standardów prawnych deklaracja taka powinna również zawierać gwarancję, że skargi dotyczące molestowania seksualnego zostaną rozpatrzone przez pracodawcę niezwłocznie, z należytą powagą, z zachowaniem absolutnej dyskrecji oraz że skarżący się pracownicy będą chronieni przed każdą represją i każdym działaniem odwetowym.¹⁹ W okresie, w odniesieniu do którego powódka stawia zarzut molestowania seksualnego, w pozwanym zakładzie pracy nie funkcjonowały żadne wewnętrzne procedury przeciwdziałania dyskryminacji. Niemniej jednak brak procedur antydyskryminacyjnych, nie zwalniał pracodawcy z obowiązku przeciwdziałania dyskryminacji, który polega m.in. na wyjaśnieniu każdego zgłoszonego przypadku nierównego traktowania i dyskryminacji. W przedmiotowej sprawie pozwana nie podjęła żadnych kroków w celu wyjaśnienia zdarzeń, dotyczących molestowania seksualnego powódki przez jej przełożonego.

¹⁹ A.M. Świątkowski, *Komentarz do Kodeksu pracy*, Warszawa 2006, s.74

3.3. Przeniesiony ciężar dowodu

Art. 18^{3b} § 1 k.p. wskazuje, jakiego rodzaju różnicowanie przez pracodawcę sytuacji pracownika stanowi naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu, wskazując możliwość uchylenia się pracodawcy od odpowiedzialności przez udowodnienie, że kierował się obiektywnymi powodami. W ten sposób zapisano w Kodeksie pracy tzw. zasadę przeniesionego ciężaru dowodu, która stanowi przepis szczególny względem zasady ogólnej zawartej w art. 6 Kodeksu cywilnego. Regułą jest, iż ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, więc w sprawach pracowniczych na stronie powodowej, którą zwykle jest pracownik. Na gruncie przepisów prawa pracy odnoszących się do obowiązku równego traktowania, reguła ta doznaje istotnego wyjątku. Zgodnie bowiem z przepisem art. 18^{3b} § 1 k.p., to nie pracownik winien udowadniać fakt bycia dyskryminowanym, lecz pracodawca obciążony jest dowodzeniem, iż do zdarzeń o charakterze nierównego traktowania w istocie nie doszło lub o ile doszło, to z przyczyn natury obiektywnej.

Ustawodawca przyjął zatem, iż na pracowniku twierdzącym, iż doświadczył dyskryminacji w zatrudnieniu ciąży jedynie obowiązek przytoczenia w pozwie (art. 187 § 1 pkt 2 k.p.c.) takich okoliczności faktycznych, które uprawdopodobnią, że doznał dyskryminacji, np. ze względu na religię, pochodzenie etniczne, jak również, że zróżnicowanie jego sytuacji było spowodowane zakazaną przez prawo przyczyną. W razie zaś uprawdopodobnienia tych okoliczności, pracodawca musi wykazać, że różnicując sytuację powoda w stosunku do innych pracowników kierował się racjonalnymi i sprawiedliwymi kryteriami owej dyferencjacji (18^{3b} § 1 k.p. in fine). Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który stwierdził, że pracownik zobowiązany jest jedynie do wskazania faktów uprawdopodobniających zarzut nierównego traktowania, wówczas ciężar dowodu na okoliczność wykazania, że odmienne traktowanie pracownika wynikało z obiektywnych powodów, przechodzi na pracodawcę²⁰. Zarzut dyskryminowania może być uznany przez sąd za bezpodstawny, a stosowne powództwo oddalone jedynie w sytuacji, gdy pracodawca, po uprzednim uprawdopodobnieniu przez pracownika dyskryminacji, przeprowadzi dowód, iż różnicowanie pracowników w określonych kwestiach nie miało miejsca lub mimo zaistnienia miało charakter obiektywny. Na gruncie omawianej regulacji pracownik jest zatem *de facto* zwolniony z obowiązku udowodnienia faktu jego dyskryminacji, a zjawisko to objęte jest wynikającym z uprawdopodobnie-

²⁰ Wyrok z dnia 9 czerwca 2006 r., sygn. akt III PK 30/06 (OSNP 2007, Nr 11-12/160, OSP 2008/7-8/82).

nia wskazanych okoliczności domniemaniem, które obalone może być jedynie przez przeprowadzenie przez pracodawcę dowodu przeciwnego.

W sporach dotyczących nierównego traktowania w związku z naruszeniem prawa do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości (art. 18^{3c} § 1 k.p.) trudność z uprawdopodobnieniem przez powoda faktu nierównego traktowania może być wynikiem objęcia wysokości wynagrodzenia otrzymywanego przez poszczególnych pracowników klauzulami poufności zawartymi w umowach o pracę. Pracownik może napotkać przeszkody w uprawdopodobnieniu przed sądem posiadanych informacji o istotnych różnicach w wysokości swojego wynagrodzenia oraz wynagrodzenia otrzymywanego przez innych pracowników wykonujących jednakową pracę lub pracę o jednakowej wartości. Sąd pracy powinien wtedy zobowiązać pozwanego pracodawcę do przedstawienia informacji o wysokości wynagrodzenia porównywalnych pracowników. Odmowa ujawnienia tych informacji może być oceniona albo na podstawie art. 233 § 2 k.p.c. - sąd oceni według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, jakie znaczenie nadać odmowie przedstawienia przez stronę dowodu lub przeszkodom stawianym przez nią w jego przeprowadzeniu wbrew postanowieniu sądu, albo z uwzględnieniem skutków nieobalenia przez pracodawcę domniemania nierównego traktowania, jeżeli sąd uzna za wiarygodne zeznania powoda, że inni pracownicy otrzymują wyższe wynagrodzenie²¹.

Na koniec należy uczulić na potrzebę przywoływania w interesie strony powodowej, omawianej zasady w pismach procesowych. Z doświadczenia PTPA wynika, że mimo że zasada przeniesionego ciężaru dowodu w stosunku do spraw dyskryminacyjnych obowiązuje już stosunkowo długo, bo od 1 stycznia 2004 r., wciąż budzi wątpliwości sądów. Potwierdzają to wyniki monitoringu, który w 2012 r. przeprowadziła nasza organizacja, m.in. analizując akta sądowe 22 sądów rejonowych i 17 sądów okręgowych (Na podstawie tych wyników można zauważyć pewne tendencje w stosowaniu przepisów antydyskryminacyjnych i zidentyfikować trudności, jakie pojawiały się w toku ich wykładni. Jeżeli chodzi o zastosowanie przepisów o przeniesionym ciężarze dowodu, sądy I instancji równie często prawidłowo stosowały przepisy o ciężarze dowodu (51 uzasadnień), jak nie odnosiły się do tej kwestii (45). W 12 uzasadnieniach wyroków sądy błędnie zastosowały ciężar dowodu, nie przenosząc go na pracodawcę, często wprost powołując się na art. 6 k.c. Bardzo podobnie prezentują się wyniki badań odnośnie sądów orzekających w II instancji²².

²¹ K. Gonera, *Rozkład ciężaru dowodu w sprawach o dyskryminację w zatrudnieniu...*, s. 15

²² M. Wieczorek, K. Bogatko (red.), *Prawo antydyskryminacyjne w praktyce polskich sądów powszechnych. Raport z monitoringu*, Warszawa 2013, dostępny na: <http://www.ptpa.org.pl/>

3.4. Zakaz działań odwetowych

Art. 18^{3e} § 1 k.p. stanowi, że skorzystanie przez pracownika z uprawnień przysługujących z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu nie może być podstawą niekorzystnego traktowania pracownika, a także nie może powodować jakichkolwiek negatywnych konsekwencji wobec pracownika, zwłaszcza nie może stanowić przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie przez pracodawcę stosunku pracy lub jego rozwiązanie bez wypowiedzenia. W świetle § 2 niniejszego przepisu, § 1 stosuje się odpowiednio do pracownika, który udzielił w jakiegokolwiek formie wsparcia pracownikowi korzystającemu z uprawnień przysługujących z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu. Przepis ten wprowadza swoistego rodzaju ochronę dla pracowników, którzy w jakikolwiek sposób zgodny z prawem przeciwstawiają się, w ich mniemaniu nierównemu traktowaniu, czyli chodzi tu nie tylko o sytuację, w której pracownik występuje z roszczeniem do sądu, ale też korzysta z istniejącej wewnątrzzakładowej procedury skargowej, a jeżeli taka nie funkcjonuje, np. informuje, że czuje się gorzej potraktowany przez swoich przełożonych.

Dokonanie wykładni celowościowej przepisów rozdziału IIa Kodeksu pracy, a w szczególności art. 18^{3d} i art. 18^{3e} § 1 k.p. pozwala przyjąć, że roszczenie z tytułu zastosowania przez pozwanego działań odwetowych ma charakter odszkodowawczy i jest związane z naruszeniem zasady równego traktowania oraz stanowi odrębne roszczenie, nie związane z roszczeniem o odszkodowanie z tytułu dyskryminacji ze względu na wskazaną cechę. Ponadto z przepisów antydyskryminacyjnych zawartych w Kodeksie pracy wynika, że zasada przeniesionego ciężaru dowodu w sprawach z zakresu nierównego traktowania ma zastosowanie również przy dochodzeniu roszczeń z tytułu działań odwetowych. Dlatego też wystarczy że pracownik przedstawi okoliczności, które uprawdopodobniają, iż został gorzej potraktowany w odwecie, a dowody (np. z zeznań świadków, z dokumentów) na okoliczność, iż stawiany zarzut jest bezzasadny, będzie zobowiązany przedstawić pracodawca.

Na podstawie art. 63 k.p.c. oraz powołując się na praktykę sądów powszechnych w odniesieniu do uwzględniania poglądów prezentowanych przez organizacje pozarządowe, PTPA złożyło opinię prawną (tzw. *amicus curiae*) w sprawie z powództwa Bogdana S., która obecnie znajduje się na etapie apelacji. Z powodów rozwiązano umowę o pracę na czas nieokreślony, jako przyczynę wskazując ciężkie naruszenie obowiązków pracowniczych. W toku procesu powód wskazuje, iż rzeczywistą przyczyną rozwiązania stosunku pracy

public/files/Prawo%20antydyskryminacyjne%20w%20praktyce%20sądowej(1).pdf. Patrz także w niniejszym tomie tekst: M. Wieczorek, K. Bogatko, *Sędziowie wobec dyskryminacji*.

były działania odwetowe w rozumieniu art. 18^{3e} k.p. Powód podnosi, że zanim doszło do rozwiązania umowy o pracę, wnosił do pracodawcy na piśmie o zaniechanie działań dyskryminacyjnych, polegających na ukształtowaniu wynagrodzenia w sposób naruszający zasadę równego traktowania pracowników, żądając jednocześnie odszkodowania za straty poniesione w wyniku dyskryminacji. Sprawa trafiła do sądu, który uznał roszczenie powoda za zasadne, przyznając mu ponad 13 000 zł tytułem odszkodowania obejmującego różnicę między wynagrodzeniem, jakie powód powinien otrzymywać bez naruszenia zasady równego traktowania, a wynagrodzeniem rzeczywiście otrzymywanym w okresie 3 lat przed wytoczeniem powództwa (tyle wynosi okres przedawnienia roszczeń w sprawach pracowniczych). Jak twierdzi powód, zaistniały stan rzeczy, a nie przyczyny podane przez pracodawcę w wypowiedzeniu, stanowił rzeczywistą przyczynę rozwiązania stosunku pracy. Powód odwołał się do sądu wnosząc o uznanie za bezskuteczne wypowiedzenia umowy o pracę oraz o przywrócenie do pracy, podnosząc również zarzut działań odwetowych pracodawcy związanych z jego wcześniejszymi, działaniami mającymi na celu wyegzekwowanie od pracodawcy przestrzegania obowiązku jednakowego wynagradzania za pracę jednakową. Powód żąda wyrównania strat materialnych w rozumieniu art. 18^{3e} k.p. przez przyznanie uposażenia za cały okres pozostawania bez pracy. Sąd rejonowy oddalił powództwo powoda. Obecnie sprawa oczekuje na rozpatrzenie przed sądem odwoławczym.

3.5. Prawo do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę

Art. 18^{3c} § 1 k.p. stanowi, że pracownicy mają prawo do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości. O ile termin „praca jednakowa” nie budzi wątpliwości, o tyle sformułowanie „praca jednakowej wartości” wymaga doprecyzowania. Paragraf trzeci komentowanego przepisu, definiuje to pojęcie, wyróżniając trzy podstawowe mierniki wartości pracy:

- a. kwalifikacje zawodowe potrzebne do wykonywania tychże prac, lecz tylko wówczas, gdy są potwierdzone dokumentami przewidzianymi w odrębnych przepisach lub praktyką i doświadczeniem zawodowym (są to zatem kwalifikacje pracownicze w ujęciu formalnym – ukończona szkoła, kursy, szkolenia itp., oraz praktycznym – doświadczenie zawodowe),
- b. odpowiedzialność związana z ich wykonywaniem,
- c. wysiłek potrzebny do ich wykonania²³.

PTPA niejednokrotnie, doradzając jak sformułować pozew w sprawach, w których istniało podejrzenie naruszenia przez pracodawcę obowiązku jedna-

²³ W. Cajselski, *Kodeks pracy – komentarz*, Warszawa 2007, s. 53–54.

kowego wynagradzania za pracę jednakową lub jednakowej wartości, powoływało się na stanowisko Sądu Najwyższego²⁴, z którego wynika, że stary i nowy pracownik powinni zarabiać tyle samo, jeżeli mają te same kwalifikacje. Pracodawcy, którzy chcąc pozyskać nowych pracowników, oferują im wyższą pensję, nie mogą zapominać o zasadzie równego traktowania zatrudnionych. Należy jednak dodać, iż zdaniem sądu w razie zróżnicowania wynagrodzenia pracowników wykonujących jednakową pracę (art. 18^{3c} § 1 k.p.) pracodawca powinien udowodnić, że kierował się obiektywnymi powodami (art. 18^{3b} § 1 k.p.). Przy powołaniu się pracodawcy na różne kwalifikacje zawodowe i staż pracy oznacza to konieczność wykazania, że miały one znaczenie przy wykonywaniu zadań powierzonych pracownikom.

Według art. 18^{3d} k.p. osoba, wobec której pracodawca naruszył zasadę równego traktowania, ma prawo do odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Natomiast w przypadku niestosowania zasady równego wynagradzania pracowników wykonujących jednakową pracę, pracownikowi przysługuje roszczenie o wyrównanie wynagrodzenia za pracę w stosunku do wynagrodzenia pracownika lepiej wynagradzanego, ale wówczas pracownik ma obowiązek udowodnić, iż należy mu się suma wyższa ponad minimum, którego może się domagać w sprawach o złamanie zasady równego traktowania przez pracodawcę.

Warto podkreślić, że artykuł ten zawiera bardzo szeroką definicję wynagrodzenia, która ma zastosowanie wyłącznie do regulacji antydyskryminacyjnych. W świetle § 2 omawianego artykułu wynagrodzenie obejmuje wszystkie składniki wynagrodzenia, bez względu na ich nazwę i charakter, a także inne świadczenia związane z pracą, przyznawane pracownikom w formie pieniężnej lub innej formie niż pieniężna. Dlatego też w skład tak rozumianego wynagrodzenia wchodzi wszelkie gratyfikacje wypłacane pracownikom przez pracodawcę w zamian za wykonaną pracę oraz wszelkie inne świadczenia majątkowe i rzeczowe związane z pracą bez względu na ich nazwę i charakter²⁵. Co więcej Sąd Najwyższy stwierdził, że również „Nagroda (art. 105 k.p.) jest wynagrodzeniem w rozumieniu art. 18^{3a} k.p., co oznacza, że także do nagrody jako świadczenia przyznawanego pracownikowi na podstawie uznania pracodawcy mają zastosowanie reguły jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub pracę o jednakowej wartości (art. 18^{3c} §1 k.p.)”²⁶. Według sądu nagroda jako pieniężne lub rzeczowe świadczenie nieobowiązkowe przyznawane pracownikowi sta-

²⁴ Wyrok z 22 lutego 2007 roku, sygn. akt I PK 242/06 (OSNP 2008/7-8/98).

²⁵ A.M. Świątkowski, *Kodeks pracy – komentarz...*, op. cit., s. 85.

²⁶ Wyrok z 21 stycznia 2011 r. w sprawie sygn. akt II PK 169/10 (OSNP 2012/7-8/86, OSP 2012/12/115).

nowi instrument pozytywnego oddziaływania pracodawcy na jego zachowanie w procesie pracy. Nagroda, będąc świadczeniem uznaniowym, nie może jednak stanowić świadczenia przyznawanego na zasadzie zupełnej swobody pracodawcy. Pracodawcę ograniczają spoczywające na nim obowiązki, takie jak stosowanie obiektywnych i sprawiedliwych kryteriów oceny pracowników i wyników ich pracy (art. 94 pkt 9 k.p.) oraz przestrzeganie podstawowych zasad prawa pracy: równego traktowania pracowników z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków (art. 11² k.p.) oraz zakazu dyskryminacji (art. 11³ i 18^{3a} – 18^{3c} k.p.). Naruszeniem tych zasad byłoby na przykład stosowanie przy przyznawaniu nagród kryteriów pozamerytorycznych (niezwiązanych ze świadczeniem pracy przez pracownika), np. względów rodzinnych, socjalnych, osobistych. W sprzeczności z powyższymi zasadami pozostaje wyróżnianie i nagradzanie pracowników, którzy na to w oczywisty sposób nie zasłużyli, albo pomijanie przy przyznawaniu nagród wyróżniających się pracowników, ze względu na ich płeć, wiek, niepełnosprawność itd. Uznanie pracodawcy w zakresie przyznawania nagród nie tworzy ani uprawnienia do stosowania dowolności, ani do nadużywania kompetencji, ani też do dyskryminowania dowolnie określonych osób czy ich grup.

3.6. Obowiązek pracodawcy przeciwdziałania dyskryminacji

Zgodnie z art. 94 pkt 2b k.p. pracodawca jest zobowiązany do przeciwdziałania dyskryminacji w zatrudnieniu, w szczególności ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy.

Z przywołanych wyżej przepisów wynika zobowiązanie pracodawcy do podjęcia odpowiednich działań, które w efekcie mają skutecznie zapobiegać pojawieniu się w zakładzie pracy zachowań wypełniających kodeksowe znamiona dyskryminacji w zatrudnieniu. Wydaje się, że regulacje te nakładają także obowiązek skutecznego rozwiązywania już zaistniałych problemów związanych z nierównym traktowaniem pracowników na gruncie cech chronionych prawem. Przepis ten należy interpretować w ten sposób, że pracodawca nie tylko nie może stosować dyskryminacji w zatrudnieniu, w tym działań polegających na zachęcaniu innej osoby do naruszania zasady równego traktowania (art. 18^{3a} § 5 pkt 1 k.p.), ale również zapobiegać możliwości wystąpienia tego zjawiska (np. w postaci molestowania) we wzajemnych relacjach między pracownikami. Co ważne, obowiązki wskazane w przepisie art. 94 pkt 2b k.p. obciążają pracodawcę bez względu na podstawę nawiązania stosunku pracy z pracowni-

kiem i bez względu na rodzaj wykonywanej przez pracownika pracy. Włączenie nakazu przeciwdziałania dyskryminacji w zatrudnieniu do obowiązków pracodawcy stanowi jednocześnie jedną z podstawowych zasad prawa pracy, co jeszcze bardziej podkreśla rangę i znaczenie tych obowiązków.

Warto przypomnieć, że osoba aplikująca bądź zatrudniona stawiająca pracodawcy zarzut przed sądem będzie musiała jedynie uprawdopodobnić fakt naruszenia zasady równego traktowania, a gdy to uczyni, podmiot, któremu zarzucono naruszenie zasady równego traktowania, będzie zobowiązany wykazać, że nie dopuścił się jej naruszenia bądź różnicował sytuację pracownika w sposób usprawiedliwiony obiektywnymi przyczynami (zasada przeniesionego ciężaru dowodu).

Właśnie ze względu na przeniesiony ciężar dowodu, pracodawcy coraz częściej wprowadzają wewnątrzzakładowe procedury antydyskryminacyjne, które m.in. przez wskazanie podmiotu, do którego mogą wpływać zindywidualizowane skargi, umożliwiają nie tylko podejmowanie działań prewencyjno-edukacyjnych, ale także działań zaradczych w sytuacji, gdy pojawi się zarzut dyskryminacji w miejscu pracy. Wówczas pracodawca zapobiega ewentualnym postępowaniom sądowym jednocześnie realizując ustawowy obowiązek przeciwdziałania dyskryminacji w zatrudnieniu, który na nim spoczywa. W tym miejscu należy przywołać niezwykle ważne, szczególnie z perspektywy pracodawcy orzeczenie Sądu Najwyższego²⁷. Sprawa ta dotyczyła zarzutu mobbingu, jednak wydaje się, że może ono mieć zastosowanie także do spraw dyskryminacyjnych, gdyż Kodeks pracy zawiera analogiczny do wspomnianego powyżej, obowiązek przeciwdziałania mobbingowi w zatrudnieniu. W omawianej sprawie Sąd Najwyższy przyjął, że jeżeli w postępowaniu sądowym pracodawca wykaze, że podjął realne działania, mające na celu przeciwdziałanie mobbingowi, to do odpowiedzialności za to zjawisko może być pociągnięty jedynie sprawca. Pracodawca nie może odpowiadać za zdarzenia, które nastąpiły niezależnie od podejmowanych przez niego starań i mimo zapewnienia należytej ochrony dóbr osobistych w zakładzie pracy. Dlatego też, choć Kodeks pracy wprost nie wskazuje obowiązku wprowadzania wewnątrzzakładowych procedur antydyskryminacyjnych czy antymobbingowych, coraz częściej pracodawcy wprowadzają tego typu regulacje, zabezpieczając się tym samym przed nieuzasadnionymi zarzutami pracowników.

W literaturze podnosi się argument, że odgórne przygotowanie procedury antydyskryminacyjnej, a następnie jej rozpowszechnienie, nie gwarantuje jeszcze sukcesu jej działania. Ażeby w pełni wykorzystać to antydyskryminacyjne narzędzie, należy najpierw, przed jego opracowaniem, zbadać, które

²⁷ Wyrok z 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt I PK 35/11 (OSNP 2012/19-20/238).

zagadnienia dotyczące relacji między ludźmi w zakładzie pracy są dla pracowników najbardziej znaczące; uświadomić potrzebę opracowania takiej regulacji; zachęcić dużą liczbę pracowników różnych szczebli do uczestnictwa w opracowywaniu regulacji; przeanalizować rozwiązania stosowane w innych organizacjach²⁸.

3.7. Odszkodowanie za dyskryminację

W świetle art. 18^{3d} k.p. osoba, wobec której pracodawca naruszył zasadę równego traktowania w zatrudnieniu, ma prawo do odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Zasada ta odnosi się do wszystkich przejawów dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej, jak również do szczególnych form dyskryminacji, o których stanowi art. 18^{3a} § 5 i 6 k.p., takich jak zachęcanie do dyskryminacji, molestowanie czy molestowanie seksualne. Podmiotem, który ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą w świetle art. 18^{3d} k.p. z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu, jest zawsze pracodawca, bez względu na to czy to on osobiście dopuścił się dyskryminacji, czy też uczynił to któryś z jego pracowników. Pracodawca odpowiada z tytułu zaistniałej dyskryminacji bez względu na to, czy wiedział, iż w jego zakładzie pracy dochodzi do praktyk o charakterze dyskryminującym pracownika lub grupę pracowników, czy też świadomości takiej nie miał. W tym miejscu ponownie należy przypomnieć o obowiązku przeciwdziałania dyskryminacji, jaki ciąży na pracodawcy w świetle art. 94 pkt 2b k.p., podkreślając, iż odpowiedzialność ponosi również niedoszły pracodawca, za dyskryminację na etapie rekrutacji²⁹.

Przywołując ponownie sprawę Andrzeja M. (opisaną powyżej w części dotyczącej molestowania), w której zapadł prawomocny wyrok stwierdzający złamanie przez pracodawcę zasady równego traktowania w zatrudnieniu, przez molestowanie ze względu na orientację seksualną, należy wskazać uzasadnienie sądu II instancji, który odpowiadając na zarzut apelacyjny powoda, podwyższył wysokość odszkodowania z 4500 zł do 18000 zł. Sąd szczegółowo odniósł się do sposobu ustalania wysokości odszkodowania, wskazując na potrzebę odwołania do norm prawa europejskiego, a szczególnie dyrektyw antydyskryminacyjnych Unii Europejskiej. Dyrektywy te zawierają zakaz ustalania w ramach prawa wewnętrznego poszczególnych państw członkowskich górnej granicy odszkodowania za nierówne traktowanie, jak również nakładają obowiązek określania jego wysokości w taki sposób, ażeby było ono skuteczne,

²⁸ J. Marciniak, *Regulacje wewnętrzne w przedsiębiorstwach*, Warszawa 2007, s. 173 i nast.

²⁹ K. Kędziora, K. Śmiszek *Dyskryminacja i mobbing w zatrudnieniu...*, op. cit., s. 187.

proporcjonalne i odstrasżające. W tym duchu niejednokrotnie wypowiedział się również Sąd Najwyższy³⁰. W przedmiotowej sprawie sąd zasądził wysokość odszkodowania wziął pod uwagę następujące okoliczności: rodzaj naruszonego dobra osobistego, nasilenie działań dyskryminacyjnych, stosunek pracodawcy do zagadnienia dyskryminacji, dolegliwość zasądzonych odszkodowania, mająca na celu wyeliminowanie przez pracodawcę tego typu zachowań w przyszłości oraz proporcjonalność odszkodowania do możliwości finansowych pracodawcy. Sąd nie miał wątpliwości, iż odszkodowanie za dyskryminację obejmuje wyrównanie uszczerbku w dobrach majątkowych i niemajątkowych pracownika. Sąd II instancji podwyższając czterokrotnie wysokość odszkodowania względem zasądzonych przez sąd I instancji stwierdził, że jest to podyktowane koniecznością skuteczności napiętnowania, znacznym nasileniem zachowań dyskryminacyjnych oraz ich ukierunkowaniem na dobro osobiste, jakim była godność osobista powoda. Z drugiej strony sąd uznał, że będzie to kwota motywująca pozwaną spółkę do zapobiegania podobnym zachowaniom w przyszłości, w szczególności przez refleksję nad bardziej skutecznymi metodami zapobiegania dyskryminacji i nierównemu traktowaniu w zatrudnieniu.

Stwierdzenie SN, zawarte w powołanym powyżej wyroku z dnia 7 stycznia 2009 r., że „odszkodowanie, o którym mowa w art. 18^{3d} kp obejmuje wyrównanie uszczerbku w dobrach majątkowych i niemajątkowych pracownika”, wskazuje, iż odszkodowanie za dyskryminację pełni również funkcję zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, które ma na celu wynagrodzić doznane przez pokrzywdzonego cierpienia, utratę radości życia czy ułatwić mu przezwyciężenie ujemnych przeżyć psychicznych.

Na funkcję kompensacyjną odszkodowania za dyskryminację zwrócił uwagę Sąd Najwyższy uznając, że „odszkodowanie za dyskryminację ma w pierwszym rzędzie rekompensować szkodę na osobie i w tym zakresie nosi charakter swobodnego zadośćuczynienia za doznaną z tytułu dyskryminacji krzywdę”³¹. Wysokość takiego zadośćuczynienia powinna zaś zależeć od wielkości doznanej przez pokrzywdzonego krzywdy, dlatego dla jej sprecyzowania i przyjęcia „odpowiedniej” sumy zadośćuczynienia uwzględnić należy takie okoliczności, jak: rozmiar doznanej krzywdy, stopień negatywnych konsekwencji dla pokrzywdzonego, w tym także niewymiernych majątkowo czy sytuację majątkową pracodawcy.

³⁰ Np. w wyroku z 7 stycznia 2009 r. w sprawie III PK 43/08 (OSNP 2010/13-14/160), czy wyroku z 3 kwietnia 2008 r. w sprawie sygn. akt II PK 286/07 (OSNP 2009/15-16/202).

³¹ Wyrok z dnia 3 kwietnia 2008 roku, II PK 286/07 (LEX nr 465967).

4. Ochrona przed dyskryminacją na podstawie ustawy antydyskryminacyjnej i Kodeksu cywilnego

Kodeks pracy gwarantuje ochronę przed dyskryminacją osobom zatrudnionym na podstawie umów o pracę i tylko w zakresie wykonywania przez nie stosunku pracy, natomiast ustawa antydyskryminacyjna stanowi niejako uzupełnienie ochrony przed dyskryminacją w zatrudnieniu, odnosząc się do tzw. zatrudnienia niepracowniczego, które przez umowy cywilnoprawne czy samozatrudnienie jest obecne w relacjach, które oprócz stosunku pracy stanowią częstą formę zatrudnienia. Podobnie, jak rozdział IIa Kodeksu pracy, ustawa antydyskryminacyjna ma zastosowanie w przypadku wystąpienia dyskryminacji bezpośredniej, dyskryminacji pośredniej, molestowania oraz molestowania seksualnego. Ponadto w art. 3 pkt. 5 posługuje się pojęciem nierównego traktowania, za które uznaje traktowanie osób fizycznych w sposób będący jedną lub kilkoma formami dyskryminacji wymienionymi wyżej, a także mniej korzystnym traktowaniem osoby fizycznej wynikającym odrzucenia molestowania lub molestowania seksualnego lub podporządkowania się molestowaniu lub molestowaniu seksualnemu oraz zachęcanie do takich zachowań i nakazywanie tych zachowań. Co ważne, ustawa oprócz zatrudnienia niepracowniczego obejmuje także inne obszary życia, o czym szczegółowo poniżej.

4.1. Zakres podmiotowy i przedmiotowy ustawy antydyskryminacyjnej

Podmiotami, którym ustawa udziela ochrony, są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawa szczególnie przyznaje zdolność prawną. Te same podmioty w rozumieniu ustawy antydyskryminacyjnej mogą być również podmiotami dyskryminującymi. Co warto podkreślić, w odróżnieniu od Kodeksu pracy, ustawa zawiera zamknięty katalog przesłanek, ze względu na które nierówne traktowanie jest zakazane. Do cech tych należą: płeć, wiek, rasa, pochodzenie etniczne, narodowość, religia, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność oraz orientacja seksualna. Ustawodawca wymienia również obszary, w jakich ochrona przed dyskryminacją została przewidziana. Należą do nich, wspomniane wyżej zatrudnienie niepracownicze, ale również ochrona zdrowia, dostęp i warunki korzystania z usług, w tym z usług mieszkaniowych, oświata i szkolnictwo wyższe, dostęp i warunki korzystania z zabezpieczenia społecznego, kształcenie zawodowe, w tym doksztalcanie, doskonalenie, przekwalifikowanie zawodowe oraz praktyki zawodowe, warunki podejmowania i wykonywania działalności gospo-

darczej lub zawodowej, dostęp i warunki korzystania z instrumentów i usług rynku pracy aktywizującego osoby bezrobotne, a także przystępowanie i działanie w związkach zawodowych i organizacjach pracodawców. Jednak ochrona ta nie jest pełna i to nie tylko poprzez zamknięty katalog cech prawnie chronionych wskazanych w ustawie, ale także przez nierówną ochronę grup społecznych powołanych w ustawie.

Analiza przepisów ustawy antydyskryminacyjnej pod kątem cech i obszarów pozostających pod ochroną oraz wyłączeń spod ochrony prowadzi do wskazania następujących granic zakazu nierównego traktowania w niej wyrażonego:

- w zakresie dostępu i warunków korzystania z zabezpieczenia społecznego, usług, w tym usług mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw i energii, jeżeli są one oferowane publicznie – zakaz nierównego traktowania ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość;
- w zakresie opieki zdrowotnej oraz oświaty i szkolnictwa wyższego – zakaz nierównego traktowania ze względu na rasę, pochodzenie etniczne, narodowość;
- w zakresie podejmowania kształcenia zawodowego, w tym doksztalcania, doskonalenia, przekwalifikowania zawodowego oraz praktyk zawodowych, warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunku pracy albo pracy na podstawie umów cywilnoprawnych – zakaz nierównego traktowania ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek, orientację seksualną;
- w zakresie przystępowania i działania w związkach zawodowych, organizacjach pracodawców oraz samorządach zawodowych, a także korzystania z uprawnień przysługujących członkom tych organizacji, dostępu i warunków korzystania z instrumentów rynku pracy i usług rynku pracy określonych w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r.o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2013 r., poz. 674) - zakaz nierównego traktowania ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek, orientację seksualną.

Ustawodawca nie przewidział natomiast ochrony chociażby w odniesieniu do treści zawartych w środkach masowego przekazu, swobody wyboru strony umowy, usług edukacyjnych w zakresie dotyczącym odmiennego traktowania ze względu na płeć, czy też do sfery życia prywatnego i rodzinnego oraz czynności prawnych pozostających w związku z tymi sferami. Wyłączeniu spod ochrony ulegają dla przykładu również osoby z niepełnosprawnościami i osoby LGB (geje, lesbijki, osoby biseksualne) w zakresie dostępu do dóbr i usług,

zabezpieczenia społecznego i edukacji³². Od czasu obowiązywania ustawy antydyskryminacyjnej do PTPA trafiają sprawy, które mogą być procedowane na podstawie jej przepisów, jednak jest ich niewiele. Żadna ze spraw, w których doszło do postępowania sądowego, jak dotąd się nie zakończyła. Nie we wszystkich jednak podjęte zostały kroki zmierzające do wszczęcia postępowania sądowego. Zdarzało się, że osoby doświadczające dyskryminacji rezygnowały z tych rozwiązań na rzecz bezpośredniej interwencji u sprawcy.

Należy zauważyć, że ustawy antydyskryminacyjnej nie stosuje się do ograniczania przez kościoły oraz inne związki wyznaniowe, a także organizacje, których etyka opiera się na religii, wyznaniu lub światopoglądzie, dostępu do działalności zawodowej oraz jej wykonywania ze względu na religię, wyznanie lub światopogląd, jeżeli rodzaj lub warunki wykonywania takiej działalności powodują, że religia, wyznanie lub światopogląd są rzeczywistym i decydującym wymaganiem zawodowym stawianym danej osobie fizycznej, proporcjonalnym do osiągnięcia zgodnego z prawem celu różnicowania sytuacji tej osoby. Dotyczy to również wymagania od zatrudnionych osób fizycznych działania w dobrej wierze i lojalności wobec etyki kościoła, innego związku wyznaniowego oraz organizacji, których etyka opiera się na religii, wyznaniu lub światopoglądzie. Analogiczne wyłączenie znajduje się w Kodeksie pracy odnośnie zatrudnienia pracowniczego.

Stosując przedmiotowy wyjątek od obowiązku równego traktowania, który znalazł się w Kodeksie pracy i ustawie antydyskryminacyjnej za sprawą implementacji do porządku krajowego dyrektywy 2000/78/WE, należy pamiętać, iż powinien on być rozumiany niezwykle wąsko. Dlatego też sytuacja, w której doszło do odmowy zatrudnienia osobie homoseksualnej w szkole katolickiej na stanowisku nauczycielki z powodu niezgodności, jaka występuje między charakterem szkoły a orientacją seksualną kandydatki do pracy (stan faktyczny prezentowany przez media³³), nie znajduje usprawiedliwienia w przedmiotowym prawie. Takie działanie nie stanowi realizacji zasady równości zgodnie z celem wspomnianej dyrektywy, gdzie analogiczny wyjątek doprecyzowano dodając, że „tego rodzaju odmienne traktowanie powinno być realizowane z poszanowaniem zasad i postanowień konstytucyjnych Państw Członkowskich oraz zasad ogólnych prawa wspólnotowego, i nie powinno być usprawiedliwieniem dla dyskryminacji, u podstaw której leżą inne przyczyny” (art. 4 ust. 2). Inne przyczyny, o których mowa w dyrektywie, to m.in. orientacja seksualna,

³² Do projektu ustawy krytycznie odniosły się organizacje pozarządowe zrzeszone w Koalicji na Rzecz Równych Szans: http://ptpa.org.pl/public/files/PTPA_uwagi%20do_projektu_ustawy.pdf

³³ http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114873,8397163,Minister_ds__rownouprawienia__szkola_katolicka_moze.html

która nie może stanowić usprawiedliwienia odmowy zatrudnienia, tak jak religia, wyznanie, czy światopogląd wskazane w przepisie. Mimo braku adekwatnego zapisu w prawie krajowym, właśnie takie rozumienie omawianego wyjątku obowiązuje organy stosujące prawo polskie. Wynika to z obowiązku, jaki spoczywa na wszystkich krajach członkowskich, interpretacji prawa krajowego, które stanowi implementację standardów unijnych, w świetle celu dyrektyw, które je szczegółowo wyznaczają (tzw. skutek pośredni dyrektyw).

Należy podkreślić, że ochrona, jakiej udziela ustawa antydyskryminacyjna jest niepełna w świetle standardów konstytucyjnych (art. 32, 33 Konstytucji). Wiele obszarów, w jakich w rzeczywistości z dużym prawdopodobieństwem może dojść do dyskryminacji, zostało wyłączonych spod tej ochrony, uzależniając jej udzielenie od posiadania przez osobę doświadczającą dyskryminacji pewnej cechy. Ponadto przepisy ustawy wydają się nie być jasno i precyzyjnie sformułowane. Podobnie, systematyka, jaką posługuje się ustawodawca, powoduje trudności w interpretacji jej przepisów. Może to stanowić barierę w uzyskaniu ochrony przed dyskryminacją. Wydaje się zatem, że nowelizacja przepisów ustawy antydyskryminacyjnej byłaby działaniem pożądanym³⁴.

Poniżej przedstawiamy kilka przykładów aktów dyskryminacji zabronionych przez ustawę antydyskryminacyjną ze wskazaniem stanów faktycznych, odnośnie których PTPA podejmowało interwencje prawne lub udzielano pomocy prawnej w innej formie.

4.2. Dyskryminacja bezpośrednia

Jedną z najczęściej zgłaszanych form dyskryminacji, jakiej doświadczyły osoby zwracające się do PTPA z prośbą o udzielenie pomocy prawnej, jest dyskryminacja bezpośrednia, która polega na mniej korzystnym traktowaniu osoby fizycznej ze względu na cechy prawnie chronione powołane w ustawie (płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek, orientację seksualną), niż jest, była lub mogłaby być traktowana inna osoba w porównywalnej sytuacji.

Przykładem tego rodzaju naruszeń jest sprawa Filipa U., któremu odmówiono zatrudnienia na podstawie umowy cywilnoprawnej na stanowisku asystenta ze względu na to, że posiadał orzeczenie o niepełnosprawności w związku z chorobą psychiczną. Niewłaściwie pracodawca nie poinformował o przyczynie, jaka leżała u podstaw odmowy zatrudnienia. Wydaje się jednak, że pracodawca kierował się wyłącznie faktem, że Filip U. miał stwierdzoną chorobę psychiczną, gdyż niezwłocznie po uzyskaniu tej informacji rozmowa kwalifikacyjna została

³⁴ Więcej patrz działania Koalicji na Rzecz Równych Szans <http://www.ptpa.org.pl/koalicja>.

zakończona. Ponadto w odpowiedzi na pisemne zapytanie klienta PTPA o przyczynę odmowy podał, że przedsiębiorstwo to nie jest zakładem pracy chronionej i że nie musi uzasadniać odmowy podjęcia współpracy na podstawie umowy cywilnoprawnej. Należy zauważyć, że kwalifikacje posiadane przez Filipa U. odpowiadały wymaganiom pracodawcy – czego potwierdzeniem było zaproszenie go na rozmowę kwalifikacyjną. Co więcej, w trakcie rozmowy kwalifikacyjnej, dopytywany o rodzaj niepełnosprawności, podał, że znajduje się w stanie remisji oraz że posiadana przez niego niepełnosprawność w żaden sposób nie utrudniałaby mu pracy na stanowisku asystenta. W ocenie prawniczki PTPA doszło do nierównego traktowania Filipa U. ze względu na niepełnosprawność na etapie zawierania umowy cywilnoprawnej. Nierówne traktowanie polegało na niezatrudnieniu go jedynie w oparciu o przesłankę choroby psychicznej, na którą cierpi. Sprawa jest w toku.

W sprawie tej znalazł zastosowanie przepis art. 3 ust. 1 ustawy antydyskryminacyjnej, stanowiący, że dyskryminacja bezpośrednia zachodzi w sytuacji, w której osoba fizyczna ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną jest traktowana mniej korzystnie niż jest, była lub byłaby traktowana inna osoba w porównywalnej sytuacji. Ponadto zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 pkt. 2 ustawy antydyskryminacyjnej zakazane jest nierówne traktowanie osób fizycznych m.in. ze względu na niepełnosprawność w zakresie warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunku pracy albo pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej. Zakaz dyskryminacji rozciąga się na wszystkie fazy stosunku pracy, w tym również na proces rekrutacji³⁵. Należy uznać, że *ratio legis* przepisów wprowadzających ochronę osób świadczących pracę na podstawie umowy cywilnoprawnej było zrównanie ochrony pracowników przed dyskryminacją bez względu na formę zatrudnienia. Zasadne jest zatem korzystanie z wypracowanej w tym zakresie wykładni dokonanej przez Sąd Najwyższy przez stosowanie jej przez analogię.

Podobna sytuacja, choć przy zastosowaniu innego kryterium dyskryminacyjnego, zdarzyła się w procesie rekrutacji prowadzonym w celu zawarcia umowy cywilnoprawnej przez jeden z sądów powszechnych. Katarzyna S. brała udział w naborze na stanowisko biurowe. Sąd, który ogłosił konkurs, zaprosił Katarzynę S. na rozmowę kwalifikacyjną w związku z tym, że posiadał jej dokumenty rekrutacyjne złożone przez nią na potrzeby poprzedniego konkursu na to stanowisko kilka miesięcy wcześniej. Podczas rozmowy kwalifikacyjnej prowadzonej przez dwie kobiety, w tym sędzię sądu pracy, padły pytania o doświadcze-

³⁵ Patrz wyrok SN z dnia 5 maja 2011 r., sygn. akt II PK 181/10, niepubl.

nia zawodowe, została także sprawdzona umiejętność pisania bezwzrokowego. Następnie sędzia zadała pytanie, czy kandydatka ma małe dzieci oraz czy będzie w stanie zapewnić im opiekę na czas pracy. Katarzyna S. odmówiła odpowiedzi na to pytanie używając słów: „myślę, że nie powinnam odpowiadać na to pytanie”, w wyniku czego sędzia uznała rozmowę za zakończoną mówiąc „w takim razie dziękuję za rozmowę” i wychodząc do swojego gabinetu. W efekcie Katarzyna S. nie została zatrudniona. Na marginesie należy dodać, że kilka miesięcy wcześniej, podczas pierwszej rozmowy kwalifikacyjnej w tym sądzie prowadzonej w celu zawarcia umowy o pracę, również zadano jej pytania o plany macierzyńskie.

Podobnie, jak w przypadku sprawy Filipa U., rozmowa kwalifikacyjna, w której brała udział Katarzyna S., odbywała się w celu zawarcia umowy cywilnoprawnej. W związku z tym nie znajdują w tym przypadku zastosowania przepisy Kodeksu pracy, gdyż reguluje on jedynie kwestie związane ze stosunkiem pracy. Rozmowę tę należy oceniać zatem przez pryzmat przepisu art. 4 pkt. 2 ustawy antydyskryminacyjnej. W przeciwieństwie do Kodeksu pracy, ustawa przewiduje zamknięty katalog cech prawnie chronionych, nie wymieniając przesłanki dotyczącej rodzicielstwa. Przyjmuje się jednak, że przesłanka ta jest nierozwalnie związana z cechą płci i dlatego niekorzystne traktowanie kobiety w związku z jej ciążą lub macierzyństwem musi być kwalifikowane jako dyskryminacja ze względu na płeć³⁶.

Wydaje się, że wysoce prawdopodobne jest, iż w tym przypadku zaistniała dyskryminacja bezpośrednia z powodu płci i związanego z nią przymiotu rodzicielstwa – powódka podczas rozmowy kwalifikacyjnej była pytana o kwestię pogodzenia opieki nad dziećmi i wykonywania pracy. Takie pytanie należy uznać za nieuprawnione i wskazać na treści przepisu art. 22¹ § 1 k.p., zgodnie z którym nie może żądać od osoby ubiegającej się o zatrudnienie informacji dotyczących jego życia prywatnego, w tym również kwestii związanych z rodzicielstwem. W związku z tym, że ustawa antydyskryminacyjna nie normuje kwestii dyskryminacji w sposób kazuistyczny, należy powyższy przepis zastosować w niniejszej sprawie przez analogię i przyjąć, że zakaz ten obowiązuje również w procesie rekrutacji prowadzonym w celu zawarcia z pracownikiem umowy cywilnoprawnej.

Postępowanie przed sądem cywilnym jest w toku. Roszczenia, jakich powódka dochodzi przed sądem, to roszczenie odszkodowawcze, a także roszczenie o wdrożenie polityki antydyskryminacyjnej u pozwanego. To drugie znajduje swoje uzasadnienie w przepisach Kodeksu cywilnego. W związku z tym,

³⁶ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 11 listopada 2010 r. w sprawie C-232/09 „Danosa”.

iż zgodnie z przepisem art. 13 ustawy antydyskryminacyjnej w sprawach z zakresu tej ustawy stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, zasadne jest w tym przypadku zastosowanie przepisów o ochronie dóbr osobistych, tj. art. 23 i 24 k.c. Za przyjęciem takiego kształtu roszczenia przemawia fakt, iż pozwany dopuszczając się dyskryminacji w procesie rekrutacji naruszył dobra osobiste powódki, tj. jej godność i cześć. Należy podkreślić, że z dyskryminacją zawsze wiąże się naruszenie godności. Stanowisko takie zajął Sąd Najwyższy, stwierdzając, iż „dyskryminacja jest nieuchronnie związana z naruszeniem godności drugiego człowieka, a poszanowanie tej godności jest nakazem nie tylko prawnym, lecz również moralnym”³⁷. W związku z naruszeniem dóbr osobistych powódki wydaje się zasadne dochodzenie roszczenia o zobowiązanie pozwanego do wdrożenia polityki antydyskryminacyjnej, które stanowi formę roszczenia przewidzianą w przepisie art. 24 k.c., tj. roszczenie o dopełnienie czynności potrzebnych do usunięcia skutków naruszenia. Sprawa jest w toku.

4.3. Dyskryminacja pośrednia

Inną formą dyskryminacji objętą zakresem przedmiotowym ustawy antydyskryminacyjnej jest dyskryminacja pośrednia, której definicja została wprost recypowana z Kodeksu pracy. Jest to sytuacja, w której dla osoby fizycznej ze względu na rasę, pochodzenie etniczne i narodowość, na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje lub szczególnie niekorzystna dla niej sytuacja, chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne.

Jedną z podjętych przez PTPA interwencji dotyczących tej formy dyskryminacji dotyczyła sprawa, której przedmiotem był brak możliwości zarejestrowania się przez uczennicę w procesie naboru do szkoły gimnazjalnej z uwagi na brak numeru PESEL. Sprawę tę zidentyfikowaliśmy jako przykład dyskryminacji pośredniej ze względu na pochodzenie etniczne w obszarze edukacji. Uczennica szóstej klasy szkoły podstawowej, pochodzenia wietnamskiego, wzięła udział w internetowej rejestracji do szkoły gimnazjalnej, przeprowadzanej testowo w czterech dzielnicach, zakładając odpowiednie konto w systemie internetowym, dokonując wyboru preferowanych szkół oraz zaznaczając, iż jest obcokrajowcem. Gdy zapomniała hasła do swojego konta, okazało się, że nie może go odzyskać przez Internet, tak jak uczniowie będący obywatelami polskimi, gdyż nie posiada numeru PESEL. Posłużenie się numerem PESEL było je-

³⁷ Wyrok z dnia 11 kwietnia 2006 roku, sygn. akt I PK 169/05 (OSNP 2007/7-8/93).

dynym przyjętym przez system rejestracji narzędziem, za pomocą którego można było kontynuować wypełnianie ankiety rejestracyjnej.

Jako cudzoziemka uczennica nie jest zobowiązana do posiadania numeru PESEL. Podlega natomiast obowiązkowi szkolnemu, a co za tym idzie, zgodnie z art. 94a ustawy o systemie oświaty korzysta z nauki na takich samych warunkach jak obywatele polscy. W tej sytuacji działanie miasta należy ocenić jako przejaw dyskryminacji pośredniej ze względu na narodowość w myśl art. 3 pkt. 2 ustawy antydyskryminacyjnej. Ustawa ta, zgodnie z jej art. 4 pkt. 4 pkt. d, ma zastosowanie również do dostępu i warunków korzystania z oświaty. Wprowadzenie niejednorodnych warunków korzystania z systemu rejestracji internetowej różnicuje ze względu na narodowość sytuację faktyczną uczniów w sposób powodujący szczególnie niekorzystną sytuację dla tych spośród nich, którzy nie posiadają obywatelstwa polskiego, ponieważ muszą oni przechodzić przez dłuższą procedurę odzyskiwania hasła dostępu do konta. Stanowi to także naruszenie zawartego w art. 32 ust. 1 Konstytucji prawa do równego traktowania przez władze publiczne oraz wyrażonego w art. 32 ust. 2 zakazu dyskryminacji z jakiegokolwiek przyczyny w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym. Przedstawiona sytuacja godzi również w prawa ucznia, albowiem konieczność przechodzenia przez dłuższą procedurę odzyskiwania hasła dostępu do konta może doprowadzić do sytuacji negatywnie wpływających na możliwość korzystania z prawa do edukacji zawartego w art. 70 Konstytucji, którego treścią nie jest jedynie prawo do pobierania nauki, lecz także wszelkie uprawnienia z tą nauką związane, jak np. prawo do swobodnego wyboru szkoły.

Analizując, czy doszło do dyskryminacji pośredniej, należy odpowiedzieć na pytanie, czy pozornie neutralnym kryterium różnicowania uprawnień, stanowiącym o wystąpieniu dyskryminacji pośredniej, było użycie jako narzędzia weryfikującego tożsamość osoby dokonującej rejestracji w przypadku zagubienia hasła, numeru PESEL osoby uczestniczącej w rejestracji. W tym miejscu należy uzyskać odpowiedzi na następujące pytania: Jaki cel stawiał sobie podmiot organizujący proces rejestracji, czy był on zgodny z prawem, a następnie czy cel ten dało się osiągnąć w inny sposób? Zakładając, że cel ten stanowiło umożliwienie uczniom podlegającym obowiązkowi szkolnemu dokonania rejestracji do szkoły gimnazjalnej, należy uznać, iż był to cel zgodny z prawem. Wydaje się jednak, że proces weryfikacji danych mógł przebiegać bez potrzeby wprowadzania numeru PESEL. Sposobem weryfikacji niewprowadzającym niedozwolonego różnicowania uczniów zainteresowanych podjęciem nauki w tej szkole mogłoby być chociażby przypisanie każdemu z uczniów hasła lub pytania zabezpieczającego, wymaganego jedynie w przypadku zagubienia hasła pierwotnego. Wówczas uprawnienia wszystkich uczniów mających dostęp do systemu

rejestracji byłyby tożsame, czego skutkiem byłoby zapewnienie zasady równego traktowania.

W tej sprawie PTPA interweniowało u wojewódzkiego Kuratora Oświaty, zawiadamiając o naruszeniu również Ministra Edukacji Narodowej, Rzecznika Praw Obywatelskich, Pełnomocniczkę Rządu ds. Równego Traktowania, a także władze miasta. Efektem interwencji było uzyskanie odpowiedzi, że program, w jakim prowadzono proces rejestracji, miał charakter pilotażowy, oraz że błąd systemu uzależniający proces weryfikacji od posiadania numeru PESEL został zauważony i w przyszłości zostanie wyeliminowany.

4.4. Molestowanie seksualne

Do PTPA wpłynęły również sprawy dotyczące molestowania seksualnego. Jedną z nich dotyczyła molestowania seksualnego w toku zatrudnienia na podstawie umowy cywilnoprawnej w jednej z redakcji mediów publicznych. Podczas kolegium redakcyjnego, w obecności współpracowników, przełożony Magdaleny W. wręczył jej rekwizyty przedstawiające kobiece i męskie narządy płciowe dodając do tego wulgarny komentarz. Wcześniej często zdarzało się, że kierował pod jej adresem nieprzyzwoite słowa o podtekście seksualnym.

PTPA przygotowało projekt pisma, które klientka przedstawiła pracodawcy. W ocenie PTPA zdarzenia, o których mowa powyżej, naruszyły godność Magdaleny W. i stanowiły jednocześnie przejaw molestowania seksualnego w rozumieniu art. 3 ust. 4 ustawy antydyskryminacyjnej, który stanowi, że molestowanie seksualne jest niepożądanym zachowaniem o charakterze seksualnym wobec osoby fizycznej lub odnoszące się do płci, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności tej osoby, w szczególności przez stworzenie wobec niej zagrażającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery. Zgodnie z definicją na zachowania te mogą składać się fizyczne, werbalne lub pozawerbalne elementy. Molestowanie seksualne, jakiego doświadczyła Magdalena W., należy postrzegać jako naruszenie zakazu molestowania seksualnego na podstawie przepisów ustawy antydyskryminacyjnej z uwagi na to, że klientkę nie łączył z pracodawcą stosunek pracy, a zdarzenie związane było z wykonywaniem przez nią pracy w ramach zatrudnienia niepracowniczego. Warto dodać, że przepisy ustawy antydyskryminacyjnej za złamanie zasady równego traktowania uznają także zachęcanie do molestowania seksualnego (art. 3 pkt 5), przy czym zachęcanie może polegać zarówno na komunikacie przekazanym wprost, jak również na cichym przyzwoleniu, tolerowaniu pewnych zachowań. Pracodawca, który nie reaguje na zachowania naruszające zakaz dyskryminacji podwładnych, to pracodawca, który się na nie godzi. Tymczasem, jak relacjonowała Magdalena W., bezpośredni przełożony sprawcy molestowania seksualnego był obecny w trak-

cie opisanego zajścia, jak również wiedział o wcześniejszych jego naruszeniach zarówno wobec niej, jak również innych kobiet współpracujących, jednak nie podejmował żadnych interwencji. Należy to zidentyfikować jako akt zachęcania do dyskryminacji, również zakazany przez przepisy prawa. Wydaje się bowiem, że ignorancja wobec tego rodzaju naruszeń stanowi o przyzwoleniu na te zachowania, co jednocześnie może świadczyć o zachęcaniu do kontynuowania aktów molestowania seksualnego.

W piśmie do pracodawcy Magdalena W. domagała się podjęcia konkretnych kroków, które zapewnią redakcji bezpieczne warunki pracy wolne od seksualnych, przybierających formę molestowania seksualnego uwag kierowanych do niej i innych współpracowniczek. Żądała również przeprosin podczas kolegium redakcyjnego. Zleceniodawca nie przystał na żądania. Molestujący pozostał w redakcji na dotychczasowym stanowisku, a ofiara molestowania seksualnego została odsunięta od pracy z nim, co miało dla niej negatywny skutek, w postaci mniejszej liczby zleceń. Magdalena W. nie zdecydowała się na wystąpienie z roszczeniem o odszkodowanie z tytułu zaistniałego molestowania seksualnego do sądu cywilnego, który w sprawach o dyskryminację w obszarze zatrudnienia niepracowniczego byłby właściwy w sprawie.

Inna sprawa dotycząca molestowania seksualnego, w którą zaangażowało się PTPA, dotyczy sytuacji, która zdarzyła się na uczelni wyższej. Prowadzący wykłady profesor wysyłał jednej ze swoich studentek e-maile zawierające treści odnoszące się do jej seksualności, w tym jego fantazje erotyczne na jej temat. Skutkiem tego było wycofanie się przez studentkę z życia uczelni, zaprzestanie uczęszczania na wykłady i rezygnacja z przystąpienia do wszystkich egzaminów semestralnych. Zdaniem studentki działanie wykładowcy naruszyło jej godność oraz spowodowało rozstrój zdrowia psychicznego. PTPA zdecydowało się przygotować projekt pisma zawiadamiającego władze uczelni o zdarzeniu, które studentka złożyła w imieniu własnym. Pismo zawierało wniosek o umożliwienie przystąpienia do zaległych egzaminów oraz o wszczęcie w stosunku do profesora postępowania dyscyplinarnego w trybie art. 139 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. prawo o szkolnictwie wyższym i o wymierzenie mu kary nagany lub nagany z pozbawieniem prawa do pełnienia funkcji kierowniczych na uczelni przez okres pięciu lat. W przedmiotowej sprawie nie istniała możliwość wystąpienia z roszczeniem antydyskryminacyjnym w rozumieniu art. 13 ustawy antydyskryminacyjnej, gdyż ustawa nie przewiduje, jak wspomniano wyżej, ochrony w sytuacji molestowania seksualnego w edukacji. Odpowiednim instrumentem prawnym, który poza wnioskiem o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego może zostać wykorzystany jest powództwo o ochronę dóbr osobistych, którego specyfika zostanie omówiona w dalszej części. Jak dotąd uczelnia udzieliła odpowiedzi, iż przychyliła się do wniosku studentki, odnośnie

umożliwienia przystąpienia do zaległych egzaminów. Brak odpowiedzi odnośnie wszczęcia w stosunku do profesora postępowania dyscyplinarnego bądź jakiegokolwiek innego postępowania, mającego na celu wyjaśnienie zarzutów stawianych przez klientkę PTPA pracownikowi uczelni.

4.5. Roszczenia antydyskryminacyjne w rozumieniu ustawy antydyskryminacyjnej

W sytuacjach, kiedy przepisy ustawy antydyskryminacyjnej przyznają ochronę przed dyskryminacją, możliwe jest dochodzenie roszczenia odszkodowawczego według przepisów ogólnych Kodeksu cywilnego. Zgodnie z treścią przepisu art. 13 ustawy każdy, wobec kogo zasada równego traktowania została naruszona, ma prawo do odszkodowania, a w celu dochodzenia tego roszczenia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Powództwo takie, zgodnie z przepisem art. 14 ustawy antydyskryminacyjnej rozpoznawane jest na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego (dalej k.p.c.). Oznacza to, że pozew składa się do sądu cywilnego właściwego do rozpoznania sprawy zgodnie z przepisami k.p.c. Należy mieć na uwadze, że inaczej niż w postępowaniach z zakresu dyskryminacji w zatrudnieniu, strona dochodząca roszczeń antydyskryminacyjnych na podstawie przepisów ustawy antydyskryminacyjnej jest obowiązana, o ile nie jest zwolniona z kosztów sądowych, uiścić opłatę od pozwu i dalszych pism procesowych co do zasady w pełnej wysokości³⁸. Takie ukształtowanie sytuacji procesowej osoby doświadczającej dyskryminacji w innych obszarach niż zatrudnienie może stanowić barierę w skutecznym dochodzeniu roszczeń antydyskryminacyjnych wszelkiego rodzaju. Nadmienić warto, że o ile należy zgodzić się z twierdzeniem, iż intencją ustawodawcy było szczególne, korzystniejsze ukształtowanie obowiązków procesowych pracowników, to jednak być może istnieje potrzeba rozważenia, czy tych szczególnego rodzaju uprawnień nie rozciągnąć na grupę osób doświadczających dyskryminacji także w innych obszarach życia z uwagi na podobnie szczególny charakter zdarzeń, z których osoby te wywodzą skutki prawne w postaci roszczeń antydyskryminacyjnych.

W sytuacji, kiedy ustawa antydyskryminacyjna nie udziela ochrony przed dyskryminacją, wydaje się, że zasadne jest sięgnięcie po przepisy Kodeksu cywilnego o ochronie dóbr osobistych, gdyż to one zwykle najpełniej oddają charakter kompensacyjny roszczenia podobnego do roszczenia odszkodowawczego z ustawy antydyskryminacyjnej. Na podstawie przepisów art. 23, 24 i 448

³⁸ Dla przypomnienia, strona w postępowaniu z zakresu prawa pracy nie ponosi opłaty od pozwu, o ile wartość przedmiotu sporu nie przekracza 50 000 złotych, a opłata o od innych pism podlegających opłacie jest odpowiednio niższa.

k.c., będących najczęściej adekwatnymi środkami do usunięcia skutków naruszeń dyskryminacji w stosunkach cywilnoprawnych, możliwe jest dochodzenie następujących roszczeń:

- gdy istnieje zagrożenie naruszenia:
 - o żądanie zaniechania działania dyskryminującego (chyba, że nie jest ono bezprawne),
- gdy do naruszenia doszło:
 - o żądanie dopełnienia czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków – w szczególności przez złożenie oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie – np. przeproszenia,
 - o żądanie odszkodowania, zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny,
 - o żądanie ustalenia naruszenia dóbr osobistych.

Roszczenie to jest uzasadnione wówczas, gdy z dyskryminacją wiąże się naruszenie dóbr osobistych (np. cześć, zdrowie, wolność, godność). Przy czym, przyjmuje się, że z dyskryminacją zawsze wiąże się naruszenie godności. Stanowisko takie zajął Sąd Najwyższy, stwierdzając, iż „dyskryminacja jest nieuchronnie związana z naruszeniem godności drugiego człowieka, a poszanowanie tej godności jest nakazem nie tylko prawnym, lecz również moralnym”³⁹. Wydaje się zatem, że roszczenia tego będzie można dochodzić w przypadku wszystkich form i postaci dyskryminacji, z uwagi na nierozzerwalne związanie dyskryminacji z naruszeniem godności jednostki.

Przykładem aktu dyskryminacji nieobjętego ochroną ustawy antydyskryminacyjnej była sprawa Dominika R., niepełnosprawnego sportowca, któremu odmówiono wstępu do restauracji, ponieważ wymagał pomocy asystującego mu, przeszkolonego psa, a obsługa restauracji kategorycznie zabroniła mu wejścia z psem. Sytuację tę identyfikować należy jako postać dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność w dostępie do usług. Jednak tego rodzaju naruszenia nie są chronione przez przepisy ustawy antydyskryminacyjnej, która w przedmiotowym obszarze wprowadza zakaz dyskryminacji jedynie ze względu na rasę, pochodzenie etniczne, narodowość i płeć. Pozostaje wobec tego, jeśli jest możliwe wykazanie naruszenia, powództwo o odszkodowanie za naruszenie dóbr osobistych. Co prawda, w czasie wytoczenia powództwa w tej sprawie nie obowiązywały jeszcze przepisy ustawy antydyskryminacyjnej, jednak warto zwrócić uwagę na to, że również dzisiaj Dominik R. nie mógłby się domagać ochrony na jej podstawie.

Zdaniem PTPA, które oprócz Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka zaangażowało się w udzielenie pomocy prawnej w tej sprawie, naruszenie dóbr osobi-

³⁹ Wyrok z dnia 11 kwietnia 2006 roku, sygn. akt I PK 169/05 (OSNP 2007/7-8/93).

stych miało charakter dyskryminacji, przede wszystkim przez naruszenie godności powoda. Należy zauważyć, że w drodze powództwa o naruszenie dóbr osobistych, które było instrumentem prawnym wykorzystanym w związku z naruszeniem godności powoda, możliwe jest dochodzenie – alternatywnie bądź kumulatywnie – kilku roszczeń, tj. odszkodowania, zadośćuczynienia, zaniechania naruszeń, złożenia oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie (zwykle żądanego jako przeprosiny) oraz zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny. Możliwe jest również dochodzenie ustalenia naruszenia dobra osobistego na podstawie art. 189 k.p.c., tj. powództwa o ustalenie istnienia lub nie istnienia stosunku prawnego; w sprawach z zakresu ochrony dóbr osobistych sprowadza się do powództwa o istnienie naruszenia dobra osobistego. Wykorzystanie tego środka prawnego może być odpowiednie w sytuacji, gdy powodowi lub powódce zależy jedynie na uzyskaniu satysfakcji ze stwierdzonego naruszenia.

W opisywanej sprawie powód domaga się przeprosin ze strony naruszącyela, a także zasądzenia odszkodowania na rzecz fundacji, która wyszkoliła asystującego mu psa. Sprawa nadal toczy się przed sądem, aktualnie na etapie postępowania apelacyjnego. Sąd I instancji oddalił powództwo o naruszenie dóbr osobistych, uzasadniając to m.in. tym, że pracownicy restauracji mogli nie znać przepisów dotyczących konieczności umożliwiania osobom z niepełnosprawnością wchodzenia do miejsc w asyście wyszkolonego psa. Sąd stwierdził również, że powód był aktywny społecznie, a uprawiany przez niego sport stanowił dla niego formę terapii, w związku z czym był on osobą silną psychicznie, potrafiącą poradzić sobie z sytuacją dyskryminacji. Przyjęcie takiego rozumowania wydaje się kontrowersyjne. Należy mieć na względzie, że dyskryminacja, bez względu na to, jakie cechy osobiste posiada osoba domagająca się udzielenia ochrony, może łączyć się z poczuciem krzywdy, a ustalenie, że krzywda w istocie wystąpiła powinno przebiegać przy uwzględnieniu okoliczności sprawy i faktycznych odczuć powoda, z wyłączeniem racjonalizowania przez sąd skutków zaistniałego naruszenia. Zasadne byłoby podjęcie przez sąd rozstrzygnięcia przy uwzględnieniu sytuacji społecznej osób z niepełnosprawnościami, a przede wszystkim barier i trudności, tak społecznych jak i infrastrukturalnych, z jakimi spotykają się w codziennym życiu. Jak się wydaje, dopiero zrozumienie, że żadne okoliczności ani cechy osobiste nie sprawiają automatycznie, że poczucie krzywdy pojawiające się u osoby doświadczającej dyskryminacji ulegnie zmniejszeniu, pozwoli na podjęcie rozstrzygnięcia odpowiedniego dla istoty i rozmiaru zaistniałego naruszenia.

Jak zostało to zaprezentowane powyżej, skonstruowanie powództwa o naruszenie zasady równego traktowania, zarówno w przypadku korzystania z przepisów ustawy antydyskryminacyjnej jak i przepisów o ochronie dóbr oso-

bistych wymaga sięgnięcia po mechanizmy uregulowane w Kodeksie cywilnym. Są jednak pewne różnice. Zgodnie z art. 13 ustawy antydyskryminacyjnej na jej podstawie możliwe jest jedynie dochodzenie roszczenia odszkodowawczego, tj. obejmującego żądanie zapłaty kwoty odpowiadającej szkodzie powstałej na skutek wystąpienia niedozwolonego nierównego traktowania. W praktyce przyjmuje się jednak, że roszczenie odszkodowawcze w sprawach o dyskryminację może obejmować zarówno wyrównanie w dobrach majątkowych (odszkodowanie), jak i niemajątkowych (zadośćuczynienie)⁴⁰. Powołane orzeczenie zapadło w sprawie dotyczącej stosunku pracy, jednak wydaje się, że z uwagi na podobieństwo przedmiotu spraw z zakresu dyskryminacji toczących się na podstawie ustawy antydyskryminacyjnej można stosować je także w tego rodzaju sprawach przez analogię.

Takie rozumienie odszkodowania, jest konieczne ze względu na interes osoby, która spotkała się z dyskryminacją. Należy mieć bowiem na uwadze, że nie zawsze naruszenie zasady równego traktowania wiąże się z powstaniem szkody – często pojawia się za to poczucie krzywdy, które w świetle przepisów Kodeksu cywilnego jest pojęciem różnym od szkody, definiowanej jako skutek zdarzenia o charakterze materialnym. Natomiast w przypadku postępowań dotyczących naruszenia dóbr osobistych możliwe jest dochodzenie zarówno odszkodowania, jak i zadośćuczynienia. W celu zapewnienia pełnej ochrony przed dyskryminacją w sferze stosunków cywilnoprawnych w zgodzie z zasadą przejrzystości przepisów prawa należałoby doprecyzować treść przepisów ustawy antydyskryminacyjnej przez wprowadzenie, oprócz możliwości dochodzenia odszkodowania, instrumentu roszczenia o zadośćuczynienie za doznaną krzywdę (jest to jeden z postulatów organizacji skupionych w Koalicji na Rzecz Równych Szans).

Ponadto, odnosząc się do różnic między tymi dwoma aktami prawnymi należy wskazać, że na podstawie ustawy antydyskryminacyjnej do odpowiedzialności zawsze pociąga się podmiot, który świadczy usługę edukacyjną (szkołę, uczelnię), natomiast postępowanie cywilne o naruszenie dóbr osobistych w wielu przypadkach pozwala na pociągnięcie do odpowiedzialności jedynie bezpośredniego sprawcy. Tymczasem, w sytuacji dokonania naruszenia przez osobę fizyczną, korzystniejsza dla powoda czy powódki może okazać się droga prawna, na której możliwe będzie skierowanie powództwa przeciwko osobie prawnej, czy jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną a posiadającą osobowość prawną, jako podmiotowi ponoszącemu odpowiedzialność za działania bezpośredniego sprawcy, z uwagi na wolę uzyskania satysfakcji tak osobistej, jak i mającej wymiar społeczny. Wówczas dochodzenie roszczeń na

⁴⁰ Patrz wyrok SN z dnia 7 stycznia 2009 r., sygn. akt III PK 43/08.

podstawie ustawy antydyskryminacyjnej będzie skuteczniejsze i bardziej odpowiadające istocie naruszeń spowodowanych dyskryminacją niż skorzystanie z instrumentów przewidzianych dla ochrony dóbr osobistych. Z tego punktu widzenia należy dodać jedynie, że w wielu przypadkach zaistnienia dyskryminacji istotne jest, aby podmiot, który dokonał naruszenia miał poczucie społecznej odpowiedzialności za to naruszenie.

Wskazać należy również, że w sprawach dotyczących obszaru pracy, zarówno tych regulowanych przez Kodeks pracy, jak i objętych ochroną ustawy antydyskryminacyjnej (zatrudnienie niepracownicze) stosuje się zasadę, która została określona w art. 17 dyrektywy 2000/78/WE i która stanowi, że sankcje za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu muszą być skuteczne, proporcjonalne i dolegliwe. Konieczność wystąpienia skutku skuteczności, proporcjonalności i dolegliwości przy określaniu kwoty odszkodowania podkreśla również Sąd Najwyższy, stając jednocześnie na stanowisku, że odszkodowanie to musi wyrównywać uszczerbek w dobrach majątkowych i niemajątkowych pracownika⁴¹, co zostało opisane wyżej, w części dotyczącej roszczeń z tytułu dyskryminacji w zatrudnieniu. Wydaje się, że nie ma przeszkód, aby argumenty zastosowane w odniesieniu do spraw typowo pracowniczych stosować przez analogię również do spraw z zakresu zatrudnienia niepracowniczego, które reguluje ustawa antydyskryminacyjna. Podobnie jak w sprawach z zakresu dyskryminacji w zatrudnieniu, również w postępowaniach toczących się na podstawie ustawy antydyskryminacyjnej wysokość odszkodowania powinna być odpowiednio wyższa w przypadku zaistnienia więcej niż jednej przesłanki dyskryminacyjnej (tzw. dyskryminacji wielokrotnej).

Należy podkreślić, że ograniczony zakres podmiotowy i przedmiotowy ustawy może prowadzić do tego, że inne niż chronione przez ustawę, społecznie palące problemy przekładające się na indywidualne przypadki dyskryminacji nie uzyskają ochrony na podstawie jej przepisów. Można sobie wyobrazić, że może dojść lub dochodzi do aktów dyskryminacji w następujących sytuacjach:

- odmowa przyjęcia do przedszkola dziecka zarażonego wirusem HIV,
- odmowa wynajęcia lokalu mieszkalnego osobie homoseksualnej,
- molestowanie ze względu na wygląd osoby wykonującej działalność zawodową na podstawie umowy cywilnoprawnej,
- odmowa wynajęcia pokoju w hotelu parze jedнопłciowej.

W żadnej z powyższych sytuacji nie znajdują zastosowania przepisy ustawy antydyskryminacyjnej. W takich przypadkach jednostka będzie musiała uciec się do przepisów Kodeksu cywilnego o ochronie dóbr osobistych, jednak uzyskanie ochrony na tej drodze jest trudniejsze i może sprowadzić się jedynie

⁴¹ Wyrok SN z dnia 7 stycznia 2009 r., III PK 43/08, OSNP 2010/13-14/160.

do stwierdzenia naruszenia jednego z dóbr osobistych, co nie jest tożsame ze stwierdzeniem zaistnienia dyskryminacji. Trudności te, oprócz wskazanych wcześniej, uwarunkowane są niedostosowanym do istoty zjawiska dyskryminacji rozłożeniem ciężaru dowodu w postępowaniach z zakresu ochrony dóbr osobistych, o czym poniżej.

4.6. Ciężar dowodu

Jedną z charakterystycznych cech postępowań antydyskryminacyjnych, także w sferze stosunków cywilnoprawnych, jest zasada przeniesionego ciężaru dowodu, polegająca na tym, że obowiązek udowodnienia niezłamania lub obiektywnie uzasadnionego złamania zasady równego traktowania, spoczywa na podmiocie, któremu zarzuca się dyskryminację, natomiast dyskryminowanego chroni domniemanie dyskryminacji (w sprawach o naruszenie dóbr osobistych mówi się wówczas o domniemaniu naruszenia dóbr osobistych).

W ustawie antydyskryminacyjnej, przeniesiony ciężar dowodu przewiduje przepis art. 14, który stanowi „Kto zarzuca naruszenie zasady równego traktowania, uprawdopodobnia fakt jej naruszenia. W przypadku uprawdopodobnienia naruszenia zasady równego traktowania ten, któremu zarzucono naruszenie tej zasady, jest obowiązany wykazać, że nie dopuścił się jej naruszenia”. Tak więc, wzorem Kodeksu pracy, nastąpiło przeniesienie ciężaru dowodu na podmiot dokonujący naruszenia, co z uwagi na specyfikę tego rodzaju spraw, ma szczególne znaczenie i zasługuje na aprobatę.

Podobnie, jak w przypadku spraw z zakresu ustawy antydyskryminacyjnej, również w sytuacji roszczeń związanych ze zdarzeniem dyskryminacyjnym naruszającym dobra osobiste ciężar dowodu spoczywa na tym, komu zarzuca się dyskryminację. Są jednak znaczące różnice. Na podstawie art. 24 k.c. ten, czyje dobro osobiste zostaje zagrożone cudzym działaniem, może żądać zaniechania tego działania, chyba że nie jest ono bezprawne. Co istotne, ochrona prawna przysługuje zarówno w przypadku naruszenia dobra osobistego, jak i jedynie zagrożenia naruszeniem. W świetle przepisu art. 24 k.c. w celu skutecznego dochodzenia roszczeń wynikających z naruszenia dóbr osobistych konieczne jest wykazanie w toku postępowania sądowego istnienia dobra osobistego, jego zagrożenia lub naruszenia, a także bezprawnego charakteru tego zagrożenia lub naruszenia. Pozycja powoda jest uprzywilejowana w ten sposób, że ciąży na nim obowiązek wykazania pierwszej i drugiej przesłanki, tj. istniejącego dobra osobistego, które w konkretnych okolicznościach zostało naruszone lub zagrożone naruszeniem. Z tym że przez wykazanie należy rozumieć udowodnienie. Wynika to z orzecznictwa Sądu Najwyższego, który stwierdził, że ciężar dowodu doznanej wskutek naruszenia dobra osobistego szkody lub krzywdy

na, na podstawie zasady zawartej w art. 6 k.c., spoczywa na powodzie jako osobie wywodzącej z tych faktów skutki prawne⁴². Jednocześnie, w tego typu sprawach przyjmuje się domniemanie bezprawności czynu, które może zostać obalone przeciwdowodem przez pozwanego (art. 24 § 1 zdanie pierwsze *in fine* k.c.). Na pozwanym ciąży zatem obowiązek wykazania, że jego działanie nie było bezprawne⁴³. Oznacza to, że na pozwanym ciąży obowiązek udowodnienia, że działanie pokierowane było zgodą uprawnionego, bądź oparte było na przepisie prawnym lub realizowało prawo podmiotowe albo podjęte zostało w obronie uzasadnionego interesu społecznego.

Tak więc, na podstawie ustawy antydyskryminacyjnej osoba, która stawia zarzut dyskryminacji, musi jedynie uprawdopodobnić okoliczności, które z dużym prawdopodobieństwem wskazują na złamanie zasady równego traktowania. Strona powodowa nie musi jednak przedstawiać dowodów (tj. świadków, dokumentów etc.). Wówczas ciężar dowodu przechodzi na podmiot, któremu postawiono zarzut. Z kolei w postępowaniu o naruszenie dóbr osobistych w pierwszej kolejności powód będzie musiał udowodnić okoliczności istnienia dobra osobistego oraz jego naruszenia lub zagrożenia naruszeniem i dopiero wówczas strona pozwana będzie miała obowiązek udowodnienia braku bezprawności zarzucanego działania, które według strony powodowej stanowi źródło naruszenia dóbr osobistych. Stąd wniosek, iż w sytuacji gdy dochodzi do dyskryminacji, np. osoby z niepełnosprawnością, która została nierówno potraktowana w edukacji bądź dostępie do usług, pozew o naruszenie dóbr osobistych nie jest rozwiązaniem równie efektywnym, co roszczenie na podstawie ustawy antydyskryminacyjnej, która jednak wyłącza tę grupę spod ochrony w przedmiotowych obszarach życia.

W toku postępowania z zakresu dyskryminacji, zarówno toczącego się na podstawie przepisów ustawy antydyskryminacyjnej jak i przepisów o ochronie dóbr osobistych, strona powodowa może, mimo obowiązującego domniemania dyskryminacji czy bezprawności naruszenia i obowiązku jedynie uprawdopodobnienia naruszenia, powoływać dowody przewidziane w Kodeksie postępowania cywilnego. Katalog środków dowodowych, jaki zawarty został w przepisach art. 244–309 k.p.c. jest otwarty, co oznacza, że strona może wnieść o dopuszczenie przez sąd dowodu nie wskazanego wprost przez przepisy prawa. Do tego rodzaju środków dowodowych, które mogą zostać wykorzystane w postępowaniach z zakresu dyskryminacji należą m.in. testy dyskryminacyjne (*situation testing*) stosowane jako metoda wykazania zachowań dys-

⁴² Wyrok SN z dnia 14 grudnia 2012 r., I CSK 248/12, niepubl.

⁴³ Por. wyrok SN z dnia 12 września 2007 r., I CSK 211/2007, wyrok SN z dnia 11 października 2005 r., V CK 259/05.

kryminacyjnych i polegające na tym, że strona podejmuje działania pozorne względem pozwanego jedynie w celu udowodnienia, że prezentuje on zachowania dyskryminacyjne tego samego rodzaju, jak te, z których wywodzi roszczenie antydyskryminacyjne⁴⁴. Podobnie, w sprawach z zakresu dyskryminacji istotne może okazać się wykazanie prawdopodobieństwa zaistnienia naruszenia na podstawie statystyk zawierających dane o ryzyku bądź występowaniu dyskryminacji w określonych okolicznościach.

Innym rodzajem dowodów, jakie mogą być konieczne do wykorzystania w sprawie o roszczenia antydyskryminacyjne, są dowody z nagrań. Jest to kwestia kontrowersyjna, czy można wykorzystać dowód, który *de facto* został zdobyty z naruszeniem prawa. Problem ten był przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego, który uznał, że dopuszczenie dowodu z nagrania należy rozważyć odnosząc się do konkretnych okoliczności sprawy i badając kontekst wypowiedzi ujawnionej w nagraniu. I tak, Sąd Najwyższy w odniesieniu do stanu faktycznego konkretnej sprawy stwierdził, iż „dopuszczone jako dowód nagrania z rozmów telefonicznych mogły tylko wskazywać na dalsze, także istotne przyczyny prowadzące do pogłębienia się rozkładu więzi małżeńskiej między stronami. Trafnie Sąd Apelacyjny przyjął, że nie ma zasadniczych powodów do całkowitej dyskwalifikacji kwestionowanego przez pozwaną dowodu z nagrań rozmów telefonicznych, nawet jeżeli nagrań tych dokonywano bez wiedzy jednego z rozmówców. Skoro strona pozwana nie zakwestionowała skutecznie w toku postępowania autentyczności omawianego materiału, to mógł on służyć za podstawę oceny zachowania się pozwanej w stosunku do pozwanego i możliwości sformułowania wniosku o nadużywaniu alkoholu przez pozwaną”⁴⁵. Stanowisko SN wyrażone w cytowanym orzeczeniu stanowi o tym, że dowody z nagrań uzyskane bez zgody rozmówcy mogą być dowodami o charakterze co najmniej pomocniczym. Należy sądzić, że jeżeli z okoliczności sprawy wynika, że w inny sposób nie można było uzyskać dowodu, to dowód z nagrania może co najmniej pozwolić na pełniejszy ogląd sytuacji. Jednocześnie należy zauważyć, że Sąd Najwyższy nie odrzuca wprost możliwości dopuszczenia dowodu z nagrania rozmowy uzyskanego bez zgody drugiej strony. Mimo iż cytowane orzeczenie zapadło w sprawie o rozwód, z uwagi na to, iż dotyczy ono materii istotnej z punktu widzenia wszelkiego rodzaju spraw cywilnych w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego, można je stosować przez analogię także w innego rodzaju sprawach. Odnosząc się do nagrań rozmów tele-

⁴⁴ Por. np. K. Wencel, Owoc zatrutego drzewa? *Situation testing* jako dowód w sprawach o dyskryminację, [w:] W. Klaus (red.), *Sąsiedzi czy intruzi. O dyskryminacji cudzoziemców w Polsce*, Warszawa 2010, s. 317–334.

⁴⁵ Wyrok SN z dnia 25 kwietnia 2003 r., sygn. akt IV CKN 94/01 (LEX nr 80244).

fonicznych, jak stwierdził Sąd Najwyższy w przywołanym powyżej wyroku, nie można całkowicie dyskwalifikować tego rodzaju dowodów, nawet jeśli nagrania tych dokonywano bez wiedzy jednego z rozmówców. Z punktu widzenia specyfiki spraw z zakresu dyskryminacji jest to bardzo istotne, gdyż jeśli strona nie potrafi w żaden inny sposób uprawdopodobnić zdarzenia, wówczas wykorzystanie dowodu z nagrań może okazać się niezbędne.

Na marginesie jedynie dodać należy, że sąd może dopuścić dowód nie przewidziany wprost przepisami prawa, jeśli stanowi on źródło informacji o faktach istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, jeśli tylko nie jest to sprzeczne z prawem⁴⁶. Ponadto sąd może dopuścić dowód z urzędu, a więc także ten, który nie został przez ustawodawcę wprost umieszczony w otwartym katalogu środków dowodowych wykorzystywanych w postępowaniu cywilnym.

5. Podsumowanie

Tak jak wskazano na wstępie, przedstawiony komentarz do przepisów antydyskryminacyjnych obecnie obowiązujących w Polsce nie obejmuje wszystkich dostępnych regulacji. Wybór poszczególnych zagadnień czy spraw wynika z doświadczenia osób udzielających wsparcia prawnego w ramach Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego, organizacji która specjalizuje się wyłącznie w tej dziedzinie prawa. Dla bezpieczeństwa i komfortu osób, których prezentowane sprawy dotyczą, w większości przypadków zmieniono ich inicjały, jak również celowo unikano opisywania szczegółów, które mogłyby umożliwić ich identyfikację przez osoby niepożądane.

Prezentowana wiedza i doświadczenie wydają się szczególnie przydatne, ze względu na ciągle stosunkowo niewielką liczbę postępowań sądowych w sprawach pracowniczych, a wręcz znikomą na gruncie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Jak się wydaje, zaistniały stan rzeczy wynika m.in. z braku lub śladowej ilości tematyki dotyczącej prawa antydyskryminacyjnego w programach przygotowania do wykonywania zawodów prawniczych. Analogiczny problem identyfikuje się odnośnie doszkalania ustawicznego osób wykonujących już zawody prawnicze.

Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, które oprócz wsparcia prawnego dla ofiar dyskryminacji, za cel stawia sobie podnoszenie świadomości społecznej na temat problemu dyskryminacji. Dlatego też, w ramach projektu „Monitoring stosowania przez polski wymiar sprawiedliwości przepisów

⁴⁶ Wyrok SN z dnia 5 listopada 2008 r., sygn. akt I CSK 138/08 (LEX nr 548795).

prawa antydyskryminacyjnego”⁴⁷, realizowanego w latach 2012-2013, postanowiliśmy przyjrzeć się grupie zawodowej, która jak się wydaje, ma kluczowy wpływ na poziom ochrony prawnej w obszarze stosowania prawa. Dzięki przeprowadzonym badaniom uzyskano informacje dotyczące postaw sędziów wobec problematyki dyskryminacji, interpretacji przez sędziów przepisów polskiego prawa antydyskryminacyjnego, stosowania przez sądy standardów europejskich w zakresie równego traktowania, współpracy sędziów z ekspertami i organizacjami pozarządowymi działającymi na rzecz promowania zasady nie-dyskryminacji. Wyniki badań przeprowadzonych w ramach projektu świadczą o potrzebie podwyższenia poziomu edukacji antydyskryminacyjnej polskich sędziów. Zresztą, jak się wydaje analogiczna potrzeba odnosi się również do przedstawicieli innych zawodów prawniczych, w tym osób wykonujących zawód adwokata czy radcy prawnego. W praktyce od porady prawnej profesjonalnego pełnomocnika czy pełnomocniczki zależy będą losy sprawy, np. czy trafi do sądu. Niejednokrotnie zdarzało się że do organizacji trafiały osoby, które zgłaszały przypadek dyskryminacji, a którego w ten sposób nie identyfikowali profesjonalni pełnomocnicy, z którymi osoba wcześniej miała kontakt. Z pewnością zaistniały stan rzeczy ma związek zarówno z brakiem tej tematyki, bądź uwzględnianiem jej jedynie śladowo w programach edukacyjnych oferowanych w ramach przygotowania zawodowego, jak również z nieświadomymi uprzedzeniami, stereotypami, które mimo fachowej wiedzy prawnej, mogą stać na drodze prawidłowej identyfikacji np. molestowania seksualnego jako formy dyskryminacji zakazanej prawem. Dlatego też autorki przedmiotowej publikacji, jako niezbędny element szkoleń z prawa antydyskryminacyjnego rekomendują tzw. część świadomościową. W praktyce to część szkolenia dającą przestrzeń do refleksji na temat własnej tożsamości, uprzedzeń, mechanizmu stereotypizacji, elementu władzy który w połączeniu z uprzedzeniami może prowadzić do dyskryminacji, własnych doświadczeń dyskryminacji, roli świadka dyskryminacji i innych definicji, bez których znajomości sama wiedza prawna może okazać się niewystarczająca, ażeby obiektywnie odnieść się do doświadczenia dyskryminacji klienta czy klientki.

Tak więc, przedmiotowy komentarz został przygotowany z myślą o osobach wykonujących zawody prawnicze, ale nie tylko. Celem, jaki przyświecał autorkom, było przedstawienie problemów prawnych językiem przystępnym również dla osób, które nie posiadają specjalistycznej wiedzy prawnej, a mają kontakt z przedstawicielami grup społecznych szczególnie narażonych na dyskryminację czy wykluczenie. Chodzi tu np. o osoby które udzielają wsparcia

⁴⁷ [http://www.ptpa.org.pl/public/files/Prawo%20antydyskryminacyjne%20w%20praktyce%20sądowej\(1\).pdf](http://www.ptpa.org.pl/public/files/Prawo%20antydyskryminacyjne%20w%20praktyce%20sądowej(1).pdf)

w ramach organizacji pozarządowych, bądź innych nieformalnych grup, które nie posiadają zaplecza prawnego. Publikacja skierowana jest również do osób indywidualnych, które być może zastanawiają się nad wniesieniem pozwu, bądź po prostu pragną poznać swoje prawa w tym zakresie, zabezpieczając się na przyszłość.

Ilość postępowań przed sądami powszechnymi, w których wprost pojawia się zarzut dyskryminacji sukcesywnie rośnie, niemniej jednak to wciąż liczba stosunkowo niewysoka. Jak wynika z obserwacji mechanizmów wykluczania bądź marginalizowania poszczególnych grup społecznych, jak np. romów, kobiet czy osób niepełnosprawnych, występujących na rynku pracy czy też w innych obszarach życia, ilość spraw wciąż nie ma przełożenia na rzeczywistą skalę problemu. Dlatego też, podnoszenie świadomości całego społeczeństwa na temat problemu dyskryminacji, w tym również prawnych podstaw przeciwdziałania temu zjawisku, to ogromne zadanie zarówno społeczeństwa obywatelskiego, jak również, a może przede wszystkim państwa, które stoi na straży konstytucyjnej zasady równości, w świetle której wszyscy są wobec prawa równi, mając prawo do równego traktowania przez władze publiczne.

RÓŻNI, ALE RÓWNI

**Prawo a równe traktowanie
cudzoziemców w Polsce**

**pod redakcją
Witolda Klaus**

Warszawa 2013