

OPINIA DOTYCZĄCA STANOWISKA RZĄDU RP

W SPRAWIE WNIOSKU KOMISJI EUROPEJSKIEJ Z DNIA 4

LIPCA 2008 R. DOTYCZĄCEGO DYREKTYWY RADY W SPRAWIE

WPROWADZENIA W ŻYCIE ZASADY RÓWNEGO TRAKTOWANIA

OSÓB BEZ WZGLĘDU NA RELIGIĘ LUB ŚWIATOPOGLĄD,

NIEPEŁNOSPRAWNOŚĆ, WIEK LUB ORIENTACJĘ SEKSUALNĄ

(COM 2008(426))

SPORZĄDZONA DLA

RZECZNIKA PRAW OBYWATELSKICH

dr hab. Anna Zawidzka-Łojek

Katedra Prawa Europejskiego
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Warszawski

Warszawa, 29 listopada 2016

SPIS TREŚCI

I.	NOTA DOTYCZĄCA AUTORKI OPINII.....	3
II.	PRZEDMIOT I CEL OPINII.....	4
III.	ZAGADNIENIA WSTĘPNE.....	4
IV.	PROJEKT DYREKTYWY W ŚWIETLE ZASADY POMOCNICZOŚCI.....	
V.	KWESTIA CELOWOŚCI PRZYJĘCIA DYREKTYWY ANTYDYSKRYMINACYJNEJ OBEJMUJĄCEJ DZIEDZINY POZA ZATRUDNIENIEM I PRACĄ.....	
VI.	DEFINICJA DYSKRYMINACJI I MOLESTOWANIA PRZYJĘTA W PROJEKCIE	
VII.	WNIOSKI.....	

I. NOTA DOTYCZĄCA AUTORKI OPINII

dr hab. Anna Zawidzka-Łojek

Adiunkt w Katedrze Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, kierowniczka Podyplomowych Studiów Prawa Unii Europejskiej na WPiA UW, wieloletnia wykładowczyni z zakresu instytucjonalnego oraz gospodarczego prawa Unii Europejskiej na studiach stacjonarnych (UW), podyplomowych (UW, SGH) i doktoranckich (UW, USWPS), a także na szkoleniach dla sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych, aplikantów zawodów prawniczych oraz urzędników państwowych. Specjalizuje się w zagadnieniach rynku wewnętrznego UE i prawa antydyskryminacyjnego Unii Europejskiej. Autorka i redaktorka wielu publikacji z zakresu prawa UE, w tym monografii „Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w prawie Unii Europejskiej” (2013, autorka) oraz „Prawo antydyskryminacyjne Unii Europejskiej” (2015, redaktorka).

II. PRZEDMIOT I CEL OPINII

Niniejsza opinia dotyczy uzasadnienia negatywnego Stanowiska Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie wniosku Komisji Europejskiej z dnia 4 lipca 2008 r. dotyczącego **dyrektywy Rady w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną** (COM2008(426), dalej **Projekt**), przyjętego przez Komitet do Spraw Europejskich w dniu 8 lipca 2016 r. Ocenie podlegają w szczególności argumenty dotyczące zarzucanych w Stanowisku: niezgodności propozycji z zasadą pomocniczości, braku potrzeby przyjęcia dalszych regulacji dotyczących przeciwdziałania dyskryminacji opartej na różnorodnych przesłankach i mającej miejsce w dziedzinach niezwiązanych z zatrudnieniem oraz niejasnych definicji kluczowych w propozycji KE (dyskryminacja, molestowanie).

III. ZAGADNIENIA WSTĘPNE

Podstawę prawną dla przyjęcia wniosku Komisji w sprawie Projektu stanowi **art. 19 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej** (dalej TFUE), będący normą kompetencyjną upoważniającą Radę i Parlament Europejski do przyjęcia środków niezbędnych do zwalczania dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. Na mocy art. 19 TFUE przyjęto do tej pory dyrektywy o kluczowym znaczeniu dla kształtowania unijnego *acquis* antydyskryminacyjnego: dyrektywę 2000/43 o równym traktowaniu osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne¹, dyrektywę 2000/78 o równym traktowaniu w zakresie zatrudnienia i pracy², dyrektywę 2004/113, wprowadzającą w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług³.

Projektowana dyrektywa ma zapewnić **spójny minimalny poziom ochrony przed dyskryminacją w UE**, pozwalając wyjść poza minimalne normy poszczególnym państwom

¹ Dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, Dz. Urz. WE 2000 L 180, s. 22.

² Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz. Urz. WE 2000 L 303, s. 79

³ Dyrektywa Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r., Dz. Urz. UE L 373 z 21.12.2004, s. 37.

członkowskim, które pragną to zrobić. Projekt został skonstruowany na wzór wcześniej przyjętych dyrektyw antydyskryminacyjnych, zwłaszcza dyrektywy 2000/78. **Celem przyjęcia nowej dyrektywy równościowej jest ustanowienie ram dla walki z dyskryminacją ze względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną, „co ma zapewnić wprowadzenie w życie w państwach członkowskich zasady równego traktowania w obszarach innych niż zatrudnienie i praca”** (art. 1). Projekt uzupełnia istniejące unijne ramy prawne, zgodnie z którymi zakaz dyskryminacji ze względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną ma zastosowanie jedynie w zakresie zatrudnienia, pracy i szkolenia zawodowego.

Zdaniem Komisji nowa dyrektywa jest konieczna, aby uczynić kolejny krok w kierunku zbudowania spójnego systemu ochrony prawnej przed wszelkimi przejawami dyskryminacji we wszystkich sferach życia. Komisja podkreśliła, iż „skuteczne i odpowiednio egzekwowane przepisy ramowe, delegalizujące dyskryminację i gwarantujące ofiarom rzeczywiste możliwości odwołania się, są koniecznym warunkiem wstępnym osiągnięcia poważnych zmian”. Z art. 6 Projektu oraz motywu dwudziestego drugiego preambuły wyraźnie wynika, iż dyrektywa ustanawia wymogi minimalne, pozostawiając państwom członkowskim możliwość przyjęcia lub utrzymania przepisów bardziej korzystnych z punktu widzenia ochrony zasady równego traktowania.

Zgodnie z art. 288 TFUE dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest skierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawiając jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. Na mocy art. 17 Projektu dyrektywy ma ona wejść w życie z dniem jej opublikowania w Dzienniku Urzędowym UE. Państwa członkowskie będą zobowiązane w terminie dwóch lat od wejścia dyrektywy w życie przyjąć przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do jej wykonania (projektowany art. 15 ust. 1 akapit pierwszy Projektu).

Stanowisko Rządu RP wobec Projektu zostało przyjęte w lipcu 2008 roku. Zgodnie z tym stanowiskiem, Rzeczpospolita Polska wyraziła poparcie dla rozpoczęcia prac nad zaproponowaną dyrektywą. Rząd RP wyraził wówczas przekonanie, iż projekt dyrektywy, mającej na celu – ze względu na swój szeroki zakres podmiotowy i przedmiotowy – wypełnienie luki w unijnej legislacji i – tym samym – bardziej efektywne zwalczanie dyskryminacji opartej na różnorodnych przesłankach i mającej miejsce w dziedzinach

niezwiązanych z zatrudnieniem, może przyczynić się do skutecznego przeciwdziałania mechanizmom wykluczenia społecznego i dyskryminacji.

Pełnomocnik Rządu ds. Równego Traktowania w piśmie z dnia 9 stycznia 2014 roku stwierdził, iż nie ma konieczności zmiany stanowiska Rządu w sprawie Projektu. Podniósł przy tym, że jakkolwiek w ciągu sześciu lat od przedłożenia przez Komisję Europejską projektu dyrektywy poziom ochrony przed dyskryminacją w prawie polskim istotnie wzrósł, to jednak przepisy zapewniające tę ochronę **jedynie w wąskim zakresie dotyczą obszaru objętego Projektem**. Uzupełnienie luki prawodawstwa unijnego poprzez wprowadzenie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w obszary inne niż zatrudnienie stanowić może, zdaniem Pełnomocnika, pewne ograniczenie wolności działalności gospodarczej, ale ograniczenie to będzie uzasadnione istotnym interesem społecznym i proporcjonalne. Włączenie do rynku dóbr i usług konsumentów, usługodawców, producentów i pracodawców, którzy dotychczas nie byli jego uczestnikami na skutek dyskryminacji i wykluczenia, będzie korzystne dla polskiej gospodarki, a także dla finansów publicznych.

W dniu 8 lipca 2016 r. przyjęto negatywne Stanowisko Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie Projektu, w którym zgłoszono m.in. wątpliwości w sprawie zgodności Projektu z zasadą pomocniczości, w kwestii precyzyjności definicji zawartych w Projekcie pojęć „dyskryminacji” i „molestowania” oraz co do potrzeby przyjęcia dalszych regulacji dotyczących przeciwdziałania dyskryminacji opartej na różnorodnych przesłankach i mającej miejsce w dziedzinach niezwiązanych z zatrudnieniem.

IV. PROJEKT DYREKTYWY W ŚWIETLE ZASADY POMOCNICZOŚCI

Zasada pomocniczości została wprowadzona do porządku prawnego Unii Europejskiej w celu zapewnienia, że decyzje na poziomie UE podejmowane będą „jak najbliżej obywateli” (Preambuła oraz art. 1 Traktatu o Unii Europejskiej, dalej TUE) z poszanowaniem **zasady przyznania**, według której „Unia działa wyłącznie w granicach kompetencji przyznanych jej przez państwa członkowskie w Traktatach do osiągnięcia wyznaczonych w niej celów” (art. 5 ust. 2 TUE). **Zasada pomocniczości służyć ma osiągnięciu równowagi pomiędzy koniecznością realizacji celów Unii poprzez wykonywanie kompetencji powierzonych jej przez państwa członkowskie zgodnie z zasadą przyznania oraz poszanowaniem kompetencji państw członkowskich.**

Zgodnie z zasadą pomocniczości, sformułowaną w art. 5 ust. 3 TUE, „w dziedzinach, które nie należą do jej wyłącznej kompetencji, Unia podejmuje działania tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim **cele zamierzonego działania nie mogą zostać osiągnięte w sposób wystarczający przez Państwa Członkowskie**, zarówno na poziomie centralnym, jak i regionalnym oraz lokalnym, i jeśli ze względu na rozmiary lub skutki proponowanego działania **możliwe jest lepsze ich osiągnięcie na poziomie Unii**”. Zasada pomocniczości ma zastosowanie, o ile wnioski nie wchodzi w zakres wyłącznych kompetencji Unii, co nie ma miejsca w omawianym przypadku.

Z brzmienia przepisów Traktatów, relewantnych aktów prawa pochodnego oraz orzecznictwa TSUE odnoszących się do aksjologii i celów Unii wynika, iż kwestię dyskryminacji z perspektywy prawa unijnego postrzega się w dwojaki sposób – jako **naruszenie prawa indywidualnego** oraz jako **przeszkodę „w realizacji celów Traktatu WE**, w szczególności w zakresie wysokiego poziomu zatrudnienia i ochrony socjalnej, podnoszenia poziomu i jakości życia, spójności gospodarczej i społecznej, solidarności i swobodnego przepływu osób”⁴. Przegląd dotychczasowych rozwiązań antidyskryminacyjnych przyjętych w UE i w państwach członkowskich pokazuje, że stworzenie instrumentów prawnych zapewniających efektywną ochronę prawną jednostki przed dyskryminacją oraz skuteczne realizowanie celów UE dotyczących zwalczania dyskryminacji ze względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną **nie może być osiągnięte w sposób wystarczający przez państwa członkowskie** oraz **będzie lepiej osiągnięte na poziomie Unii**. Wyniki badań i konsultacji przedstawione przez Komisję wraz z uzasadnieniem do Projektu, zawierające dane ilościowe i jakościowe obrazujące skalę zjawiska dyskryminacji w obszarach poza zatrudnieniem i pracą, wyraźnie wskazują na niewystarczający stopień regulacji tego problemu w porządkach prawnych państw członkowskich.

Unia Europejska „opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka (...)”⁵. U podstaw Unii leży „kulturowe, religijne i humanistyczne dziedzictwo Europy, z którego wynikają powszechne wartości, stanowiące nienaruszalne i niezbywalne

⁴ Motyw jedenasty dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz. Urz. WE 2000, L 303, s. 79.

⁵Artykuł 2 Traktatu o Unii Europejskiej, tekst skonsolidowany według Dz. Urz. UE 2010 C/13.

prawa człowieka, jak również wolność, demokracja, równość oraz państwo prawne”⁶. Jednym z niekwestionowanych fundamentów aksjologicznych Unii jest ogólna zasada równości, rozumiana w dwóch znaczeniach: pozytywnym, jako nakaz równego traktowania i negatywnym, jako **zakaz dyskryminacji**.

Wedle preambuły do TUE, procesowi integracji gospodarczej towarzyszyć ma „równoczesny postęp w innych dziedzinach”. Artykuł 2 TUE wskazuje, iż wartości takie jak wolność, demokracja, równość, państwo prawne, ochrona praw człowieka są „wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn”. Cele Unii mają być realizowane w poszanowaniu praw podstawowych, które stopniowo, poprzez rozwój orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, a następnie odpowiednie zmiany traktatowe, stały się miarą i wyznacznikiem sposobu postępowania dla instytucji unijnych oraz państw członkowskich działających w obszarze prawa unijnego. Jak podkreśla Trybunał Sprawiedliwości w swym orzecznictwie, „prawa podstawowe zawierają ogólną zasadę równości i niedyskryminacji. Zasada ta uniemożliwia traktowanie porównywalnych sytuacji w odmienny sposób, chyba że różnica w traktowaniu jest obiektywnie uzasadniona”⁷. W ramach realizacji celów Unii ma ona, zgodnie z art. 3 ust. 3 akapit 2 TUE, działać na rzecz **zwalczania „wykluczenia społecznego i dyskryminacji” oraz wspierać „sprawiedliwość społeczną i ochronę socjalną [...]”, a także „solidarność między pokoleniami [...]”**. Z kolei sformułowana według koncepcji *mainstreamu*⁸ klauzula z art. 10 TFUE wprowadzona na mocy Traktatu z Lizbony, obliguje Unię do dążenia do zwalczania dyskryminacji ze względu na płeć, pochodzenie rasowe lub etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną **„przy określaniu i realizacji jej polityk i działań”**. Oznacza to, iż instytucje UE mają obowiązek **efektywnej realizacji postulatów zwalczania dyskryminacji** we wszystkich dziedzinach należących do kompetencji Unii.

Ponadto zakaz dyskryminacji został zagwarantowany jako prawo podstawowe w art. 21 Karty praw podstawowych UE (dalej KPP). Zgodnie z art. 21 ust. 1 KPP, „[z]akazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie

⁶ Preambuła do TUE.

⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-442/00 Ángel Rodríguez Caballero przeciwko Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), Zb. Orz. 2002, s. 11915, pkt 32.

⁸ *Mainstream* oznacza tu uznanie, że dana zasada powinna być realizowana w ramach wszystkich polityk UE, jako jeden z ich głównych nurtów.

etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną”. Przepis ten tworzy zatem prawo do bycia niedyskryminowanym w zakresie zastosowania prawa unijnego.

Przedstawione powyżej normy prawne pokazują nie tylko zakres kompetencji Unii w zakresie kształtowania spójnego modelu antydyskryminacyjnego, ale także tworzą mechanizmy realizacji prawa do bycia niedyskryminowanym ze względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną, także dla podmiotów korzystających ze swobodnego przepływu w UE, co szczególnie podkreśla transnarodowy wymiar omawianego zagadnienia. Przyjęte do tej pory dyrektywy antydyskryminacyjne stanowią podstawę unijnego systemu zwalczania dyskryminacji, zwłaszcza w zakresie zatrudnienia i pracy, jednak problem zróżnicowanego traktowania występuje nadal w wielu innych dziedzinach, takich jak edukacja, służba zdrowia, dostęp do dóbr i usług, w usługach bankowych i ubezpieczeniowych. W Unii Europejskiej poza sferą zatrudnienia nie ma jednolitego minimalnego poziomu ochrony osób, których dotknęły przepisy lub praktyki o charakterze dyskryminacyjnym. Obserwacja tego zjawiska potwierdza tezę o konieczności przyjęcia kompleksowych rozwiązań służących skutecznemu jego zwalczaniu i zapewnieniu realizacji zasady równości w praktyce. Komisja sformułowała więc potrzebę opracowania projektów nowego prawodawstwa antydyskryminacyjnego, którego podstawowym aktem ma być projektowana dyrektywa (Projekt).

Dyskryminacja ze względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną ma być zakazana na mocy postanowień Projektu (art. 3) zarówno w sektorze publicznym, jak i prywatnym w zakresie:

- ochrony socjalnej, łącznie z zabezpieczeniem społecznym i opieką zdrowotną;
- przywilejów socjalnych;
- edukacji;
- dostępu do towarów i usług publicznie dostępnych oraz ich dostarczania, włącznie z mieszkaniami.

W toku prac nad Projektem, także w wyniku szeroko zakrojonych konsultacji (publicznych konsultacji on-line, konsultacji z partnerami społecznymi, organizacjami pozarządowymi i organizacjami zrzeszającymi przedsiębiorców), sformułowano szereg postanowień odpowiadających na wątpliwości dotyczące zakresu zastosowania dyrektywy. I tak należy zauważyć, iż w odniesieniu do dostępu do towarów i usług zakresem dyrektywy

objęte są **tylko działania o charakterze zawodowym lub handlowym**. Innymi słowy, transakcje między osobami prywatnymi działającymi w prywatnym charakterze nie będą objęte Projektem. W motywie 16 preambuły podkreśla się znaczenie swobody umów, stwierdzając, iż „każda osoba korzysta ze swobody zawierania umów, łącznie ze swobodą wyboru kontrahenta transakcji” a dyrektywa „nie ma zastosowania do transakcji gospodarczych zawieranych przez poszczególne osoby, jeżeli transakcje te nie wchodzą w zakres ich działalności zawodowej lub gospodarczej”.

Poszczególne obszary są objęte zakresem projektowanej dyrektywy **tylko w zakresie, w jakim dana kwestia należy do kompetencji Unii**. Ma to podstawowe znaczenie w kontekście zapewnienia zgodności Projektu z zasadą pomocniczości. Tak więc w motywie 11 preambuły Projektu podkreśla się, że **dyrektywa nie powinna naruszać kompetencji państw członkowskich w dziedzinach takich jak edukacja, zabezpieczenie społeczne i opieka zdrowotna**. Dyrektywa powinna także pozostawać bez uszczerbku dla zasadniczej roli i szerokiego zakresu uprawnień państw członkowskich w zakresie zapewniania, zlecenia i organizowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. Podobnie organizacja systemu szkolnictwa, działania związane ze szkoleniami i treść tych szkoleń, w tym organizacja edukacji osób niepełnosprawnych, należą do państw członkowskich, które mogą również wprowadzić różnice w traktowaniu w odniesieniu do dostępu do religijnych instytucji edukacyjnych. Z art. 3 ust. 3 Projektu wynika bowiem, że dyrektywa nie narusza odpowiedzialności państw członkowskich za treść nauczania, działalność i organizację ich systemów kształcenia, łącznie z zapewnieniem kształcenia integracyjnego. W dostępie do instytucji edukacyjnych państwa członkowskie mogą przewidzieć różnice w traktowaniu, oparte na religii lub światopoglądzie. Jednocześnie stwierdza się, iż dyrektywa nie ma wpływu na ustawy krajowe dotyczące świeckiego charakteru państwa i jego instytucji oraz statusu organizacji religijnych (art. 3 ust. 4).

W art. 3 ust. 2 Projektu dotknięto obszaru szczególnie wrażliwego dla państw członkowskich i przyjętych w nich modeli aksjologicznych, zaznaczając, iż **dyrektywa nie narusza przepisów krajowych regulujących stan cywilny lub stosunki rodzinne, w tym prawa reprodukcyjne**. Z kolei w związku z uwagami formułowanymi podczas konsultacji nad Projektem), dotyczącymi między innymi potencjalnego negatywnego wpływu dyrektywy na działalność instytucji ubezpieczeniowych i podmiotów świadczących usługi finansowe, w motywie 15 podkreślono, iż „w przypadku wykazania, że czynniki aktuarialne oraz czynniki ryzyka związane z niepełnosprawnością i wiekiem stosowane są w zakresie ubezpieczeń,

usług bankowych i innych usług finansowych są czynnikami kluczowymi dla oceny ryzyka, nie powinny być one postrzegane jako dyskryminacyjne”. W kontekście problemu zagwarantowania pewności prawa i ochrony praw podmiotów gospodarczych należy podkreślić, że Projekt opiera się w dużej mierze na pojęciach stosowanych w obowiązujących dyrektywach antidyskryminacyjnych, które są dobrze znane podmiotom gospodarczym.

Analiza przedstawionych powyżej postanowień pokazuje, iż **zakres zastosowania dyrektywy wskazany w Projekcie** odpowiada postulatowi formułowanemu przez organizacje pozarządowe zajmujące się zwalczaniem dyskryminacji oraz ekspertów i przedstawicieli różnych grup społeczeństwa obywatelskiego. Jednocześnie określone zostały obszary, w których dyrektywa nie ma zastosowania, co gwarantuje poszanowanie kompetencji państw członkowskich.

Biorąc pod uwagę istniejące między państwami członkowskimi różnice w poziomie ochrony przed dyskryminacją ze względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w obszarach innych niż zatrudnienie i praca, tj. w zakresie ochrony socjalnej, łącznie z zabezpieczeniem społecznym i opieką zdrowotną, przywilejów socjalnych, edukacji, dostępu do towarów i usług publicznie dostępnych oraz ich dostarczania, włącznie z mieszkaniami, cel Projektu, jakim jest ustanowienie minimalnego jednolitego standardu ochrony przed dyskryminacją ze względu na wskazane cechy chronione, **nie może zostać osiągnięty w sposób wystarczający przez państwa członkowskie i możliwe jest jego lepsze osiągnięcie na poziomie Unii**. Ponadto tylko środek przyjęty na poziomie Unii gwarantuje skuteczne zapewnienie pewności praw i obowiązków podmiotów gospodarczych i obywateli, przede wszystkim tych, którzy korzystają ze swobody przepływu w ramach rynku wewnętrznego UE.

Dyrektywy uchwalone na mocy art. 19 TFUE stanowią bez wątpienia właściwą bazę do podejmowania odpowiednich działań przez państwa członkowskie dokonujące ich implementacji do krajowych porządków prawnych. W większości państw członkowskich po raz pierwszy wprowadzono ochronę przeciwko określonym postaciom dyskryminacji właśnie na podstawie tychże dyrektyw. Wymagają one bowiem przyjęcia nowych definicji i konstrukcji prawnych, często niestosowanych wcześniej w prawie krajowym poszczególnych państw członkowskich. Obserwacja praktyki państw członkowskich po przyjęciu dyrektyw antidyskryminacyjnych wskazuje na to, że zapewniły one bardziej skuteczną ochronę przed dyskryminacją.

Powyższa analiza pokazuje, iż Projekt wyznacza minimalne ramowe standardy zapewniające ochronę przed dyskryminacją. Jednocześnie w Projekcie podkreśla się konieczność poszanowania kompetencji państw członkowskich w obszarach takich jak opieka zdrowotna, ochrona socjalna i edukacja. Cechą tych dziedzin jest bowiem prawo dokonywania **uzasadnionych wyborów o charakterze społecznym w obszarach, które wchodzą w zakres kompetencji państw członkowskich.**

Wyłączenia sformułowane w Projekcie i przyjęty w nim model minimalnego poziomu ochrony zapewniają osiągnięcie **równowagi pomiędzy koniecznością realizacji celów Unii** poprzez wykonywanie kompetencji powierzonych jej przez państwa członkowskie zgodnie z zasadą przyznania **oraz poszanowaniem kompetencji państw członkowskich. Równowaga ta jest istotą zasady pomocniczości w rozumieniu przyjętym w prawie UE.**

V. KWESTIA CELOWOŚCI PRZYJĘCIA DYREKTYWY ANTYDYSKRYMINACYJNEJ OBEJMUJĄCEJ DZIEDZINY POZA ZATRUDNIENIEM I PRACĄ

W uzasadnieniu Projektu podkreślono, iż w obecnych realiach społecznych i gospodarczych zjawisko dyskryminacji ze względu na wiek dotyczy nie tylko rynku pracy, ale także obszarów takich jak ochrona socjalna, w tym zabezpieczenie społeczne i ochrona zdrowia, edukacja, dostęp do dóbr i usług, w tym zwłaszcza usług bankowych i ubezpieczeniowych oraz mieszkalnictwa. Wiele środowisk i organizacji zajmujących się na co dzień problemem nierównego traktowania osób w różnym wieku w dziedzinach poza rynkiem pracy, od dawna postulowało podjęcie działań legislacyjnych prowadzących do przyjęcia odpowiednich środków służących zwalczaniu dyskryminacji. Wobec faktu, iż unijne ramy prawne w dziedzinie walki z dyskryminacją są niepełne, postulaty wprowadzenia nowych rozwiązań legislacyjnych są trafne i pożądane.

W obecnie istniejącym stanie prawnym dyskryminacja ze względu na rasę lub pochodzenie etniczne jest zakazana w zakresie zatrudnienia, pracy i szkolenia zawodowego, jak również w obszarach niezwiązanych z zatrudnieniem, takich jak ochrona socjalna, opieka zdrowotna, edukacja i dostęp do powszechnie dostępnych towarów i usług, w tym do

mieszkań⁹. Dyskryminacja ze względu na płeć jest zakazana w obrębie tych samych obszarów, z wyjątkiem edukacji, mediów i reklamy¹⁰. Dyskryminacja ze względu na wiek, religię i światopogląd, orientację seksualną i niepełnosprawność jest jednak zakazana jedynie w zakresie zatrudnienia, pracy i szkolenia zawodowego¹¹. Istnienie niejednolitego modelu prawnego zwalczania dyskryminacji może powodować zjawisko „nierównego traktowania” różnych kryteriów dyskryminacyjnych, a co za tym idzie, obniżać skuteczność przyjętych rozwiązań. Projekt nowej dyrektywy równościowej jest więc istotny ze względu na to, iż **uzupełnia standardy antydyskryminacyjne wyznaczone w unijnym prawie pierwotnym i ma szansę ograniczyć szeroko krytykowane zjawisko tzw. hierarchizacji ochrony przed dyskryminacją**¹².

Jak zauważa Komisja w komunikacie *Niedyskryminacja i równość szans: odnowione zobowiązanie*¹³, „dzięki przyjęciu dyrektywy zakończony zostanie proces nadawania mocy prawnej artykułowi 13 Traktatu WE [obecnie art. 19 TFUE] w zakresie wszystkich przyczyn dyskryminacji oraz zniesione zostanie wrażenie, że ochrona przed niektórymi rodzajami dyskryminacji jest ważniejsza od innych”. Komisja podkreśliła, iż różne rodzaje dyskryminacji znacznie się od siebie różnią, a każdy z nich „wymaga indywidualnego podejścia”. Zdaniem Komisji nie chodzi tu o tworzenie hierarchii różnych przyczyn dyskryminacji, lecz o zapewnienie „najwłaściwszej formy ochrony przed każdym jej rodzajem”.

Rozszerzenie zastosowania zasady niedyskryminacji na obszary poza rynkiem pracy, poprzez przyjęcie nowej dyrektywy horyzontalnej, byłoby kolejnym krokiem w kierunku

⁹ Dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz. Urz. WE L 180/2000, s. 22).

¹⁰ Dyrektywa PE i Rady 2006/54/WE z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja preredagowana – Dz. Urz. UE L204/2006, s. 23); Dyrektywa Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz. Urz. UE L 373/2004, s. 37).

¹¹ Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. WE L 303/2000, s. 79).

¹² Krytyka ta została sformułowana m. in. w następujących pracach: L. Waddington., M. Bell., *More equal than others: Distinguishing European Union Equality Directives*, (2001) 38 CMLR, s. 587; P. Skidmore, *EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy ?*, (2001) 30 ILJ, s. 126; D. Borillo, *La politique antidiscriminatoire de l'Union européenne*, [w:] D. Borillo (ed.), *Lutter contre les discriminations*, Paris 2003, s. 139.

¹³ Komunikat Komisji z dnia 2 lipca 2008 r. do PE, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, KOM(2008) 420.

stworzenia **spójnego systemu antydyskryminacyjnego i skutecznym środkiem zapobiegającym zjawisku hierarchizacji kryteriów dyskryminacyjnych.**

VI. DEFINICJA DISKRYMINACJI I MOLESTOWANIA PRZYJĘTA W PROJEKCIE DYREKTYWY

W stanowisku rządu RP podnosi się, że znaczenie pojęć dyskryminacji i molestowania, zawartych w Projekcie, jest „szerokie i nieostre” oraz „nie może być w sposób precyzyjny określone w oparciu o znaczenie potoczne oraz nieostrość sformułowanych definicji”. Opinia ta nie wydaje się uprawniona, ponieważ definicje różnych form dyskryminacji, do których odnosi się projekt dyrektywy, są nie tylko jasno sformułowane w aktach prawa pochodnego, ale także dobrze ugruntowane w utrwalonym od wielu lat i obszernym dorobku orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE. Dotyczy to zwłaszcza pojęcia dyskryminacji bezpośredniej i dyskryminacji pośredniej. Orzecznictwo TSUE, dotyczące w początkowym okresie przede wszystkim dyskryminacji ze względu na pochodzenie państwowe, a następnie dyskryminacji ze względu na płeć i wreszcie, po wejściu w życie zmian wprowadzonych na mocy Traktatu z Amsterdamu, dyskryminacji ze względu na rasę, pochodzenie etniczne, wiek, niepełnosprawność czy orientację seksualną, stanowiło inspirację dla sformułowania definicji poszczególnych form dyskryminacji zawartych w dyrektywach przyjętych zgodnie z art. 19 TFUE oraz w omawianym Projekcie.

Definicja **dyskryminacji**, przyjęta w Projekcie, odpowiada zasadniczo definicji sformułowanej w utrwalonym orzecznictwie TSUE oraz przyjętych do tej pory dyrektywach antydyskryminacyjnych. Artykuł 2 Projektu, podobnie jak dyrektywa 2000/78, dyrektywa 2000/43 oraz dyrektywa 2004/113 wyróżnia **dyskryminację bezpośrednią i pośrednią** oraz **molestowanie**. Posługiwanie się jednakową lub co najmniej bardzo podobną definicją we wszystkich dyrektywach antydyskryminacyjnych (z uwzględnieniem specyfiki poszczególnych kryteriów różnicujących, np. niepełnosprawności czy płci) bez wątpienia wzmacnia spójność postanowień zawartych w dyrektywach odnoszących się do poszczególnych cech chronionych, zapewniając tym samym bardziej skuteczną realizację celu, dla jakich dyrektywy te zostały przyjęte, czyli zwalczania nieuprawnionego nierównego traktowania w zakresie zastosowania prawa UE.

Dyskryminacja bezpośrednia w rozumieniu prawa unijnego zachodzi wówczas, gdy jednostka traktowana jest w mniej korzystny sposób w porównaniu do tego, w jaki sposób

inna jednostka, znajdująca się w podobnej sytuacji, była, jest lub byłaby traktowana, ze względu na szczególną cechę, jaką ta pierwsza posiada, która to cecha odpowiada jednemu z niedozwolonych kryteriów różnicujących. Innymi słowy należy zbadać, czy dana osoba byłaby traktowana w ten sam sposób, co osoby znajdujące się w podobnej sytuacji, gdyby nie rzeczona charakterystyczna cecha. Podobieństwo sytuacji w każdym przypadku ocenia się na podstawie obiektywnych i weryfikowalnych istotnych okoliczności. W wyroku w sprawie Römer¹⁴, rozwijając argumentację z wyroku w sprawie Maruko¹⁵ Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, iż dla stwierdzenia dyskryminacji bezpośredniej „nie wymaga się, by sytuacje były identyczne, lecz tylko by były porównywalne, a po drugie, badania porównywalnego charakteru należy dokonywać nie w sposób ogólny i abstrakcyjny, lecz w sposób szczególny i konkretny w świetle danego świadczenia”. Istotnym elementem definicji dyskryminacji bezpośredniej jest istnienie związku przyczynowego pomiędzy zastosowaniem określonego kryterium różnicującego a niekorzystnym traktowaniem danej osoby. Należy odnotować, iż dane zachowanie lub stosowana praktyka będą określone jako dyskryminacyjne nie tylko wtedy, gdy odnoszą się wyraźnie do cechy chronionej, ale również w przypadku, gdy dotyczą innego czynnika, nierozdzielnie związanego z daną cechą chronioną¹⁶.

Konstrukcję dyskryminacji bezpośredniej opartej na modelu porównawczym zastosowano w unijnych dyrektywach antydyskryminacyjnych i następnie w omawianym Projekcie. Przepis art. 2 ust. 2 lit. a Projektu stanowi, iż dyskryminacja bezpośrednia występuje w przypadku, gdy daną osobę traktuje się mniej przychylnie niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inną osobę w porównywalnej sytuacji, z jakiegokolwiek przyczyny wymienionej w art. 1 dyrektywy, tj. ze względu na religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. Z brzmienia rzeczzonego przypisu wynika, iż w Projekcie zastosowano definicję dyskryminacji inspirowaną orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości oraz przyjętymi wcześniej dyrektywami antydyskryminacyjnymi. Jak wskazuje się w doktrynie, definicja zawarta w tychże aktach jest kwalifikowana jako normatywne odzwierciedlenie zasady równości w znaczeniu formalnym¹⁷. Istotą rzeczowej

¹⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia C-147/08 Jürgen Römer przeciwko Freie und Hansestadt Hamburg, ECLI:EU:C:2011:286, pkt 39-43.

¹⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia r. w sprawie C-267/06 Tadao Maruko przeciwko Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, ECLI:EU:C:2008:179, pkt 67-73.

¹⁶ Takie stanowisko zajął Trybunał Sprawiedliwości w sprawie Maruko (wyrok z dnia 1 kwietnia 2008 r. w sprawie C-267/06 Tadao Maruko przeciwko Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen).

¹⁷ A. Wróbel, *Komentarz do art. 19 TFUE*, [w:] *Komentarz do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, red. A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 424.

konstrukcji dyskryminacji jest omówiony powyżej model porównawczy, w którym ocenia się zaistnienie dyskryminacji dokonując komparacji sposobu traktowania podmiotów znajdujących się w sytuacji porównywalnej, tj. charakteryzującej się dostatecznie zbieżnymi okolicznościami¹⁸.

Sformułowanie definicji **dyskryminacji pośredniej** w unijnym prawie antydyskryminacyjnym także jest wynikiem dorobku orzeczniczego Trybunału Sprawiedliwości¹⁹. Koncepcja dyskryminacji pośredniej przyjęta przez Trybunał zainspirowała ustawodawcę unijnego do wprowadzenia odpowiednich postanowień w unijnych dyrektywach antydyskryminacyjnych oraz w omawianym Projekcie.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. b Projektu, dyskryminacja pośrednia ma miejsce w przypadku, gdy z pozoru neutralny przepis, kryterium lub praktyka może doprowadzić do szczególnej niekorzystnej sytuacji dla osób określonej religii lub światopoglądu, osób o określonej niepełnosprawności, w określonym wieku lub o określonej orientacji seksualnej, w stosunku do innych osób, chyba że taki przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione słusznym celem, a środki mające służyć ich osiągnięciu są właściwe i konieczne.

W przypadku dyskryminacji pośredniej znaczenie ma więc nie tyle samo zróżnicowane traktowanie, ale raczej jego skutki, które są odczuwane różnie przez osoby charakteryzujące się różnymi cechami, znajdujące się w podobnej sytuacji. Chodzi więc o przypadki, w których kryterium pozornie neutralne wywrze w praktyce taki sam lub podobny skutek, jak kryterium bezpośrednio różnicujące. Położenie nacisku na kwestię skutków stosowania danego kryterium odnosi zjawisko dyskryminacji pośredniej raczej do substancjalnego, niż formalnego sposobu rozumienia zasady niedyskryminacji. W celu

¹⁸ Podobną konstrukcję przyjmuje Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej ETPCz) używając stwierdzenia, iż dyskryminacja zachodzi wówczas, gdy istnieje „różnica w traktowaniu osób znajdujących się w analogicznej lub znacznie zbliżonej sytuacji”, która jest „oparta na możliwej do zidentyfikowania właściwości” (tak np. wyroki ETPCz: z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie D.H. i inni przeciwko Republice Czeskiej, sygn. 57325/00 pkt 175; z dnia 29 kwietnia 2008 r. w sprawie Burden przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, sygn. 13378/05 pkt. 60; z dnia 16 marca 2010 r. w sprawie Carson i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, sygn. 42184/05 pkt 61).

¹⁹ Relewantne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczy przede wszystkim dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową. Trybunał stosuje formułę: „zasada równego traktowania zakazuje nie tylko bezpośredniej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale także wszelkich form pośredniej dyskryminacji, polegających na zastosowaniu innego kryterium, które jednak prowadzi do takiego samego rezultatu”. Tytułem przykładu można podać wyroki TS: z dnia 12 lutego 1974 r. w sprawie 152/73 Giovanni Maria Sotgiu przeciwko Deutsche Bundespost, ECLI:EU:C:1974:133, pkt 11; z dnia 14 lutego 1995 r. w sprawie C-279/93 Finanzamt Köln-Altstadt przeciwko Roland Schumacker, ECLI:EU:C:1995:31, pkt 26; z dnia 23 maja 1996 r. w sprawie C-237/94 John O'Flynn przeciwko Adjudication Officer, ECLI:EU:C:1996:206, pkt 17. W odniesieniu pośredniej dyskryminacji ze względu na płeć zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 października 2003 r. w sprawach C-4/02 i C-5/02 Hilde Schönheit przeciwko Stadt Frankfurt am Main (C-4/02) oraz Silvia Becker przeciwko Land Hessen (C-5/02), ECLI:EU:C:2003:583, s. 12575.

wykazania zaistnienia dyskryminacji pośredniej należy wskazać prawdopodobieństwo niekorzystnego traktowania danej osoby lub grupy osób w porównaniu z innymi osobami znajdującymi się w porównywalnej sytuacji. Podobnie, jak w przypadku dyskryminacji bezpośredniej, punktem odniesienia jest więc również podmiot znajdujący się w porównywalnej sytuacji, czyli źródło porównania (czynnik porównawczy).

Należy zauważyć, że jakkolwiek wskazany wyżej negatywny wpływ przepisu, kryterium czy praktyki ma osiągnąć określony poziom, nie oznacza to jednak, że ma on być szczególnie wysoki. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, że przy ocenie tego elementu sądy krajowe będą miały pewien zakres swobody, a więc to one ostatecznie ustalą, czy dana osoba znalazła się w szczególnie niekorzystnej sytuacji w stosunku do innych osób²⁰.

Dyskryminacja pośrednia ze względu na religię, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną będzie więc miała miejsce wówczas, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka wpłynie na sytuację osoby lub grupy osób, zdefiniowanej poprzez jedno z powyższych niedozwolonych kryteriów różnicujących, w wyraźnie negatywny sposób w porównaniu do innych osób znajdujących się w podobnej sytuacji. Jednak w przypadku, gdy zastosowanie danego kryterium jest obiektywnie uzasadnione oraz proporcjonalne do zamierzonego celu, dyskryminacja nie wystąpi. Innymi słowy, jeśli przepis lub praktyka krajowa nie są obiektywnie uzasadnione lub nie są proporcjonalne do realizowanego celu, należy uznać je za pośrednio dyskryminujące wówczas, gdy mogą wywrzeć szczególnie negatywny wpływ na osoby danej religii lub przekonań, niepełnosprawności, wieku lub orientacji seksualnej i w konsekwencji poddać tę osobę lub grupę osób mniej korzystnemu traktowaniu niż inne osoby znajdujące się w podobnej sytuacji. Zjawisko dyskryminacji pośredniej jest więc definiowane z jednej strony poprzez zastosowanie modelu porównawczego, z drugiej zaś poprzez odwołanie do możliwości usprawiedliwienia stosowania danego kryterium ze względu na cel w interesie ogólnym. Zdefiniowanie dyskryminacji pośredniej poprzez możliwość usprawiedliwienia w ten sposób nierównego traktowania pozwala na uwzględnienie interesu publicznego, przyczyniając się do zachowania koniecznego zakresu swobody działania dla państw członkowskich.

Dla ustalenia zaistnienia dyskryminacji pośredniej istotne znaczenie ma okoliczność, iż w preambule Projektu (motyw 14), w ślad za podobnymi sformułowaniami znanymi z

²⁰ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia* [w:] *Prawo antydyskryminacyjne Unii Europejskiej*, red. A. Zawidzka-Łojek, A. Szczerba-Zawada, Warszawa 2015, s. 253 i nast.

preambuł dyrektyw antydyskryminacyjnych stwierdza się, że fakt występowania dyskryminacji pośredniej można udowodnić przy wykorzystaniu wszelkich środków, w tym na podstawie danych statystycznych, jeśli przewidują to „zasady prawa krajowego lub praktyka krajowa”. Na dane statystyczne można się powoływać w postępowaniu przed sądem krajowym, jeśli są dostępne i dobrze ilustrują dyskryminacyjne traktowanie. Natomiast, jeśli strona nimi nie dysponuje, bądź też nie są one przydatne w konkretnym przypadku, wystarczy ustalenie okoliczności faktycznych i wyciągnięcie wniosków na ich podstawie²¹.

Pojęcie dyskryminacji w rozumieniu prawa unijnego obejmuje, oprócz dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej, także **molestowanie**, w takim zakresie, w jakim stanowi ono naruszenie godności człowieka. Takie rozwiązanie uznawane jest za właściwą reakcję ustawodawcy unijnego na zjawiska nieuzasadnionego nierównego traktowania występujące we współczesnych realiach społecznych i rynkowych. Zjawisko to bowiem związane jest nie tylko z cechami poszczególnych osób, lecz zakorzenione jest w szerszym kontekście społecznym, gospodarczym, organizacyjnym i kulturowym²². Uznanie molestowania za formę dyskryminacji jest pochodną przyjętego w unijnym porządku prawnym sposobu rozumienia zasady równości jako wychodzącej poza wymóg równości wobec prawa, tj. konieczności zapewnienia równości w prawie, z poszanowaniem godności ludzkiej jako podstawowej wartości wymagającej ochrony²³. Rozwój prawa antydyskryminacyjnego UE zmierza w kierunku wyjścia poza zapewnienie jedynie formalnej równości na obszar równości faktycznej (tj. zapewnienia ochrony także przed dyskryminacją pośrednią oraz realizację działań pozytywnych) i ochrony przed naruszeniem godności (wprowadzenie konstrukcji prawnej molestowania)²⁴.

Molestowanie jako jedna z form dyskryminacji zakazanej w prawie UE jest zdefiniowane jako niepożądane zachowanie mające związek odpowiednio z pochodzeniem rasowym lub etnicznym bądź też z religią lub przekonaniami, niepełnosprawnością, wiekiem lub orientacją seksualną, jeśli „jego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby i

²¹ Zob. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Konstrukcja prawna zakazu dyskryminacji* [w:] *Prawo antydyskryminacyjne Unii Europejskiej*, red. A. Zawidzka-Łojek, A. Szczerba-Zawada, Warszawa 2015, s. 85.

²² Zob. M. Matey-Tyrowicz, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu w prawie wspólnotowym* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 600.

²³ I. Boruta, *Ochrona przed nękaniami i molestowaniem seksualnym w zatrudnieniu*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2003, nr 8, s. 3.

²⁴ W. Burek, *Najważniejsze przyczyny problemów ze stosowaniem przepisów antydyskryminacyjnych w Polsce* [w:] *Różni, ale równi. Prawo a równe traktowanie cudzoziemców w Polsce*, W. Klaus (red.), Warszawa 2013, s. 53.

stworzenie onieśmielającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery” (art. 2 ust. 3 dyrektywy 2000/43/WE oraz art. 2 ust. 3 dyrektywy 2000/78/WE). Z kolei zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. c dyrektywy 2006/54/WE, „molestowanie to sytuacja, w której ma miejsce niepożądane zachowanie związane z płcią osoby, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby i stworzenie atmosfery zastraszenia, wrogości, poniżenia, upokorzenia”. Praktyka sądów krajowych i krajowych organów antydyskryminacyjnych pokazuje, iż molestowanie występuje najczęściej jako forma dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne²⁵.

W Projekcie przyjęto definicję molestowania w ślad za wskazanymi powyżej formułami. Zgodnie z art. 2 ust. 3 Projektu, molestowanie uważane jest za formę dyskryminacji w rozumieniu ust. 1, jeżeli „ma miejsce niepożądane zachowanie związane z przyczynami, o których mowa w art. 1, a jego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby i stworzenie onieśmielającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery”.

W konstrukcji prawnej molestowania jako szczególnego rodzaju dyskryminacji zastosowano zatem model definicji, w ramach którego nie ma konieczności wskazania elementu stosowanego w teście dyskryminacji, tj. źródła porównania, zwłaszcza jeśli punktem odniesienia jest dyskryminacja w znaczeniu formalnym. Konstrukcję taką przyjęto ze względu na okoliczność, iż molestowanie samo w sobie uważane jest za dyskryminację ze względu na postać, jaką może przyjąć (niepożądane zachowanie werbalne, niewerbalne, fizyczne) i potencjalny skutek, jaki może wywołać (naruszenie godności osoby i stworzenie onieśmielającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery).

Zaprezentowane powyżej definicje molestowania zastosowane w unijnym prawie pochodnym odnoszą się do tych samych elementów. W celu stwierdzenia, czy miał miejsce przypadek molestowania, należy przede wszystkim ustalić, czy miało miejsce niepożądane zachowanie. W doktrynie wskazuje się, że niepożądane zachowanie w rozumieniu jednej z przesłanek molestowania „może przybrać różną postać – od ustnych lub pisemnych komentarzy, przez różnego rodzaju gesty, aż po konkretne czyny; ma być ono jednak na tyle poważne, aby doprowadzić do naruszenia godności osoby i stworzenia onieśmielającej,

²⁵ A. Zawidzka-Łojek, *Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s.

wroziej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery”²⁶. Zachowania takie muszą być niepożądane, a więc być podejmowane wbrew woli osoby molestowanej.

Drugą przesłanką, której występowanie należy ustalić, jest cel lub skutek takich niepożądanych zachowań. Ma być nim naruszenie godności osoby molestowanej oraz stworzenie zasadniczo niekorzystnej atmosfery (przepisy dyrektyw posługują się w tym zakresie takimi określeniami, jak onieśmielająca, wroga, poniżająca, upokarzająca lub uwłaczająca). Obie przesłanki powinny być spełnione łącznie, a zatem dane zachowanie, aby być uznane za molestowanie, ma służyć lub skutkować zarówno naruszeniem godności danej osoby, jak i stworzeniem niekorzystnej atmosfery.

W kontekście **zawartego w Stanowisku argumentu o niebezpieczeństwach „nieostrości” definicji dyskryminacji i molestowania oraz „możliwości interpretacji rozszerzającej” i „braku wynikania z literalnego brzmienia dyrektywy”** należy wskazać, iż to w procesie stosowania prawa może nastąpić doprecyzowanie definicji przyjętej w prawie pochodnym, polegające na odniesieniu ich do problemu pojawiającego się w konkretnego przypadku rozstrzyganym przez sąd krajowy. W ramach unijnego porządku prawnego do Trybunału Sprawiedliwości UE należeć będzie udzielenie odpowiedzi na ewentualne pytania sądów krajowych, dotyczące interpretacji poszczególnych elementów pojęcia dyskryminacji oraz molestowania i udzielenie im odpowiednich wskazówek. Sądy krajowe pełnią niezwykle istotną rolę w procesie stosowania prawa unijnego i zapewnienia mu należytej skuteczności w krajowym porządku prawnym. Zadanie to wykonywane jest, w razie konieczności, we współpracy z Trybunałem Sprawiedliwości UE w ramach procedury pytań prejudycjalnych²⁷. W procesie stosowania prawa unijnego (przez sądy krajowe) i jego interpretacji (przez TSUE) podstawowym punktem odniesienia jest cel przyjęcia danej regulacji, jako środka służącego realizacji kompetencji przyznanych Unii przez państwa członkowskie lub urzeczywistnienia uprawnień przysługujących jednostce na mocy prawa UE. Charakterystyczne dla praktyki orzeczniczej Trybunału odwoływanie się nie tylko do litery, ale także celu przyjęcia danego przepisu, jego ogólnego „brzmienia” czy „ducha”, jest kluczowym sposobem zapewnienia prawu unijnemu skuteczności, który to obowiązek stanowi integralny element *acquis communautaire*, który Polska w pełni przyjęła wraz z akcesją do Unii Europejskiej.

²⁶ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Konstrukcja prawna zakazu dyskryminacji...* dz. cyt., s. 88.

²⁷ Szeroko na ten temat: M. Taborowski, *Konsekwencje naruszenia prawa Unii Europejskiej przez sądy krajowe*, Warszawa 2012, w szczególności s. 17-19.

VII. WNIOSKI

- (1) Poziom ochrony prawnej przed dyskryminacją ze względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w obszarze ochrony socjalnej, opieki zdrowotnej i edukacji różni się w zależności od państwa członkowskiego i od przyczyny dyskryminacji. Tylko środek przyjęty na poziomie UE może zapewnić minimalny jednolity standard ochrony przed dyskryminacją ze względu na wskazane kryteria różnicujące we wszystkich państwach członkowskich, dodając do istniejących już rozwiązań prawnych kolejny element budowy spójnego systemu antydyskryminacyjnego w UE. Wyłączenia sformułowane w Projekcie i przyjęty w nim model minimalnego poziomu ochrony zapewniają osiągnięcie **równowagi pomiędzy koniecznością realizacji celów Unii** poprzez wykonywanie kompetencji powierzonych jej przez państwa członkowskie zgodnie z zasadą przyznania **oraz poszanowaniem kompetencji państw członkowskich. Równowaga ta jest istotą zasady pomocniczości w rozumieniu przyjętym w prawie UE.** W świetle powyższego stanowisko Rządu RP, sprowadzające się do stwierdzenia, iż „analiza projektu dyrektywy nie daje jednoznacznych odpowiedzi na pytania dotyczące zgodności Projektu z zasadą pomocniczości” nie wydaje się trafne, nie jest też właściwie uzasadnione.
- (2) Rozszerzenie zastosowania zakazu dyskryminacji na obszary poza rynkiem pracy, poprzez przyjęcie nowej dyrektywy horyzontalnej, byłoby kolejnym krokiem w kierunku stworzenia **spójnego systemu antydyskryminacyjnego i skutecznym środkiem zapobiegającym zjawisku hierarchizacji kryteriów dyskryminacyjnych.**
- (3) Definicje **różnych form dyskryminacji**, do których odnosi się Projekt, są nie tylko jasno sformułowane w przyjętych do tej pory dyrektywach antydyskryminacyjnych, ale także dobrze ugruntowane w utrwalonym od wielu lat i obszernym dorobku orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE. Dotyczy to zwłaszcza pojęcia dyskryminacji bezpośredniej i dyskryminacji pośredniej. Definicja dyskryminacji, przyjęta w Projekcie, odpowiada zasadniczo definicji sformułowanej w orzecznictwie TSUE oraz obowiązujących dyrektywach

antydiskryminacyjnych. Definicja molestowania jako formy dyskryminacji także funkcjonuje w unijnym porządku prawnym na gruncie tychże dyrektyw. Należy ponadto wskazać, iż to w procesie stosowania prawa może nastąpić doprecyzowanie definicji przyjętej w prawie pochodnym, polegające na odniesieniu ich do problemu pojawiającego się w konkretnym przypadku rozstrzyganym przez sąd krajowy. W ramach unijnego porządku prawnego do Trybunału Sprawiedliwości UE należeć będzie udzielenie odpowiedzi na ewentualne pytania sądów krajowych, dotyczące interpretacji poszczególnych elementów definicji dyskryminacji oraz molestowania w rozumieniu prawa UE i udzielenie im odpowiednich wskazówek.

Warszawa, 29 listopada 2016 r.



dr hab. Anna Zawidzka-Łojek