

**ZAKAZ
DYSKRYMINACJI
ZE WZGLĘDU NA WIĘCEJ NIŻ
JEDNO ZABRONIONE KRYTERIUM**

Monika Domańska



Wolters Kluwer

ZAKAZ DYSKRYMINACJI ZE WZGLĘDU NA WIĘCEJ NIŻ JEDNO ZABRONIONE KRYTERIUM

Monika Domańska

Zamów książkę w księgarni internetowej

proinfo.pl
księgarnia internetowa

SERIA **MONOGRAFIE**

Praca powstała w wyniku realizacji grantu badawczego finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji DEC-2013/09/B/HS5/04526

Recenzenci

Prof. dr hab. Jan Barcz

Prof. dr hab. Andrzej Wróbel

Stan prawny 15 stycznia 2019 r.

Wydawca

Małgorzata Stańczak

Redaktor prowadzący

Paulina Staniszevska-Chudzik

Opracowanie redakcyjne i łamanie

Violet Design Wioletta Kowalska

Projekt okładek serii

Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski

.....
Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących
im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej
w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło.
A jeśli miszisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.
.....

prawolubni


SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ
Więcej na www.legalnakultura.pl
POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2019

ISBN 978-83-8160-396-6

ISSN 1897-4392

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Karolinie i Tomkowi

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	11
Wstęp	15

Rozdział 1

Poszukiwanie przestrzeni aksjologicznej dla zakazu dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium	45
1.1. Wprowadzenie	45
1.2. Godność i tożsamość jednostki	46
1.2.1. Specyfika terminu „godność”	46
1.2.2. Godność jako wartość	49
1.2.3. Godność jako zasada	52
1.2.4. Godność jako prawo	58
1.2.5. Godność jako dobro osobiste	59
1.2.6. Specyfika terminu „tożsamość”	61
1.2.7. Tożsamość obiektywna i subiektywna	63
1.2.8. Tożsamość osobista, społeczna i człowiecza	66
1.3. Nakaz równego traktowania a zakaz dyskryminacji	72
1.3.1. Prawo antydyskryminacyjne i równościowe – relacja pojęć ...	72
1.3.2. Formalna i materialna koncepcja równości	73
1.3.3. Rodzaje sprawiedliwości	80
1.3.4. Feministyczna koncepcja równości podmiotów	83
1.3.5. Zabronione kryteria a nakaz równości i zakaz dyskryminacji	85
1.4. Wielowymiarowość prawa antydyskryminacyjnego	90
1.4.1. Wielowymiarowość jako model analizy rozwoju prawa	90
1.4.2. Rozwój koncepcji wielowymiarowości prawa antydyskryminacyjnego	93

1.5. Koncepcja grup wrażliwych	98
1.5.1. Kształtowanie grup wrażliwych	98
1.5.2. Pojęcie wrażliwości społecznej	99
1.5.3. Indywidualna i zbiorowa tożsamość z grupą	104
1.5.4. Grupa kulturowo wyodrębniona	106
1.6. Podsumowanie	107

Rozdział 2

Rodzaje i definicje dyskryminacji ze względu na więcej

niż jedno zabronione kryterium	109
2.1. Wprowadzenie	109
2.2. Ewolucja poglądów doktrynalnych	110
2.2.1. Periodyzacja rozwoju koncepcji zakazu dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium	110
2.2.2. Nurt feministyczny	111
2.2.3. „Krytyczna teoria rasy”	123
2.3. Konceptualizacja zagadnienia	130
2.3.1. Dyskryminacja wielokrotna <i>sensu largo</i>	130
2.3.2. Dyskryminacja wielokrotna <i>sensu stricto</i>	132
2.3.3. Dyskryminacja łączona	134
2.3.4. Dyskryminacja zbieżna	136
2.3.4.1. Próba definicji <i>intersectional discrimination</i>	136
2.3.4.2. Rasa + płeć jako paradygmat dyskryminacji zbieżnej	140
2.3.4.3. Naruszenie tożsamości członków grupy	148
2.3.4.4. Utrwalanie stereotypów	153
2.3.4.5. Zapewnienie równości materialnej	156
2.3.4.6. Wymóg porównywalności	159
2.4. Podsumowanie	163

Rozdział 3

Standard ochrony przed dyskryminacją wielokrotną

w systemie Organizacji Narodów Zjednoczonych	169
3.1. Wprowadzenie	169
3.2. Pakty Praw z 1966 r.	172
3.3. Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej	180

3.4. Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet	183
3.5. Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania	192
3.6. Konwencja o prawach dziecka	194
3.7. Konwencja o ochronie praw wszystkich pracowników migrujących oraz członków ich rodzin	198
3.8. Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych	202
3.9. Konwencja w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem	205
3.10. Podsumowanie	207

Rozdział 4

Standard ochrony przed dyskryminacją wielokrotną

w systemie Rady Europy	213
4.1. Wprowadzenie	213
4.2. Artykuł 14 EKPC	217
4.3. Protokół nr 12 do EKPC	222
4.4. Orzecznictwo ETPC	224
4.4.1. Dyskryminacja łączona (perspektywa kryterium płci w połączeniu z innym zabronionym kryterium)	224
4.4.2. Dyskryminacja zbieżna (perspektywa kryterium rasy i innego zabronionego kryterium)	232
4.4.3. Dyskryminacja wielokrotna w kontekście eksponowania symboli religijnych	254
4.5. Podsumowanie	265

Rozdział 5

Standard ochrony przed dyskryminacją wielokrotną

w prawie UE	271
5.1. Wprowadzenie	271
5.2. Regulacje prawne	273
5.2.1. Prawo pierwotne	273
5.2.2. Prawo wtórne	284
5.2.3. <i>Soft law</i> i inne dokumenty niewiążące	291
5.2.4. Projekt dyrektywy horyzontalnej	297

5.3. Orzecznictwo TS	301
5.3.1. Przykłady orzeczeń wydanych przed wejściem w życie „dyrektyw równościowych”	301
5.3.2. Dyskryminacja łączona (perspektywa kryterium płci i wieku)	304
5.3.3. Dyskryminacja łączona (perspektywa dyskryminacji przez asocjację)	306
5.3.4. Dyskryminacja zbieżna (perspektywa zapowiedzi dyskryminacji)	309
5.3.5. Dyskryminacja zbieżna (rodzaj dyskryminacji pośredniej?)	310
5.4. Podsumowanie	320

Rozdział 6

Postulaty w zakresie stosowania zakazu dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium

w prawie UE	327
6.1. Wprowadzenie	327
6.2. Zakaz dyskryminacji łączonej jako ochrona praw podstawowych w UE	328
6.3. Zakaz dyskryminacji zbieżnej jako instrument ochrony mniejszości etnicznych w UE	334
6.4. Ochrona mniejszości romskiej w ramach zakazu dyskryminacji zbieżnej	338
6.4.1. Status społeczno-ekonomiczny Romów europejskich jako źródło przyczyn dyskryminacji ze względu na pochodzenie etniczne i ubóstwo	338
6.4.2. Kobiety romskie jako grupa wrażliwa z uwagi na kryterium płci i pochodzenia etnicznego	343
6.4.3. Unijne ramy integracji Romów	348
6.4.4. Problem romski w Polsce – wybrane aspekty	355
6.5. Podsumowanie	359

Wnioski	363
----------------------	------------

Bibliografia	389
---------------------------	------------

Orzecznictwo	419
---------------------------	------------

Akty prawne i dokumenty instytucji	425
---	------------

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

- dyrektywa 2000/43** – dyrektywa Rady 2000/43/WE z 29.06.2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz.Urz. WE L 180, s. 22)
- dyrektywa 2000/78** – dyrektywa Rady 2000/78/WE z 27.11.2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz.Urz. WE L 303, s. 16)
- dyrektywa 2004/113** – dyrektywa Rady 2004/113/WE z 13.12.2004 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, s. 37, ze zm.)
- dyrektywa 2006/54** – dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5.07.2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja preredagowana) (Dz.Urz. UE L 204, s. 23)
- EKPC** – Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.)
- k.c.** – ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.)
- Konstytucja RP** – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)

k.p.	– ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2018 r. poz. 917)
KPP	– Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 389)
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47)
TL	– Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz.Urz. UE C 306, s. 1)
TWE	– Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 321E z 2006 r., s. 37)
ustawa wdrożeniowa	– ustawa z 3.12.2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz.U. z 2016 r. poz. 1219)

Publikatory i czasopisma

Biul.SN	– Biuletyn Sądu Najwyższego
CMLRev.	– Common Market Law Review
ELRev.	– European Law Review
EPS	– Europejski Przegląd Sądowy
MLRev.	– Moder Law Review
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSNP	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych
OSP	– Orzecznictwo Sądów Polskich
OTK	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
OTK-A	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; zbiór urzędowy, Seria A
PiP	– Państwo i Prawo
Studia BAS	– Studia Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu

Inne

APP	– Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej (lub FRA – Fundamental Rights Agency)
ECRI	– Europejska Komisja przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji

ERRC	– European Roma Rights Centre
ETPC	– Europejski Trybunał Praw Człowieka
LEX	– System Informacji Prawnej LEX
ONZ	– Organizacja Narodów Zjednoczonych
osoby LGBT	– lesbijki, geje, osoby biseksualne, transpłciowe
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– sąd okręgowy
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TS/TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości / Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
UE	– Unia Europejska
WE	– Wspólnota Europejska

WSTĘP

1. Opis problemu

Zakaz dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium¹ to stosunkowo nowa i wciąż mało rozpowszechniona koncepcja prawa antydyskryminacyjnego, która bazuje na krytyce jednokryterijnego podejścia zarówno do zjawiska dyskryminacji, działań dyskryminujących, jak i przepisów zakazujących dyskryminacji. Krytyka ta znajduje oparcie w założeniu, że złożoność tożsamości jednostki, jak i niejednorodny wymiar doświadczeń dyskryminujących powodują, że analiza dyskryminacji pod kątem pojedynczych kryteriów rozpatrywanych wyłącznie oddzielnie nie spełnia wymagań stawianych przed nią przez rzeczywiste problemy osób dyskryminowanych². Innymi słowy, badanie wzajemnego oddziaływania kilku kryteriów jest na tyle niezbędne, na ile cechy jednostki (np. płeć + rasa + wiek) i sfera

¹ Doktryna, a także orzecznictwo dość niekonsekwentnie posługują się terminami „niedozwolone”, „zabronione” lub „zakazane kryterium różnicujące”. Wymienione (i niewymienione) w przepisach kryteria różnicujące mają na celu podkreślenie istotnych różnic występujących między jednostkami, z uwagi na które doświadczają one dyskryminacji. Należy przyjąć, że w wypadku gdy przepis prawa zakazuje różnego traktowania ze względu na pewne kryterium, to staje się ono kryterium niedozwolonym, zabronionym. Tym samym posługiwanie się tym kryterium stanowi niedozwolony, zabroniony czyn, co wynika z ustanowionego zakazu. Dlatego w dalszej części książki zwroty „niedozwolone kryterium” i „zabronione kryterium” będą używane zamiennie.

² Za pionierkę badań nad tą koncepcją jako koncepcją z dziedziny prawa uznawana jest Kimberlé Crenshaw, która badała łączny wpływ dwóch kryteriów – płci i rasy – na doświadczenia związane z dyskryminacją czarnoskórych Amerykanek, zob. *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, „University of Chicago Legal Forum” 1989/1, s. 139.

życia, w której doświadczyła dyskryminacji (np. edukacja, zatrudnienie, dostęp do służby zdrowia), świadczą o tym, że gdyby nie ta wielowymiarowa okoliczność, do dyskryminacji by nie doszło lub byłaby mniej dotkliwa z uwagi na posłużenie się jednym kryterium. Ocena skutków, jakie wywiera takiego rodzaju dyskryminacja, wymaga podjęcia wielowymiarowych analiz prowadzących do kompleksowego badania jej wszystkich okoliczności, a przez brak iluzorycznej separacji kryteriów dyskryminacji od cech jednostki sprzyja poczynieniu dalszych ustaleń, tj. które jednostki (a także grupy w szerszym kontekście społecznym) i w jakich okolicznościach, są najbardziej marginalizowane jako członkowie społeczeństwa i co jest tego przyczyną.

Wychodząc naprzeciw trudnościom powyższych analiz, należy już na tym etapie podkreślić, że za dyskryminację w ujęciu społecznym nie uznaje się sumy odosobnionych aktów, ale jest to zjawisko systemowe, powtarzalne w dłuższym odcinku czasu. Ponadto dyskryminacja to zjawisko, które gdy zostanie zapoczątkowane i niezahamowane, wykazuje nasilającą się tendencję³. Początkiem dyskryminacyjnego łańcucha jest utarte i powielone społeczne przekonanie, że pewne jednostki charakteryzują się takimi cechami, które wyróżniają je na tle wielu innych lub na tle całej społeczności, co następnie „uzasadnia” gorsze ich traktowanie powodujące marginalizację i często prowadzi do wykluczenia społecznego. Jednym z najważniejszych narzędzi służących zapobieganiu, zwalczaniu i minimalizowaniu skutków takich wykluczeń są przepisy prawa antydyskryminacyjnego, które zakładają, że jednostka, która doświadczyła dyskryminacji, może wystąpić z roszczeniem o ochronę jej praw, domagając się przy tym nałożenia stosownych sankcji na podmiot dyskryminujący. Obecne zasady wyznaczające standardy obowiązywania przepisów antydyskryminacyjnych i procedur regulujących ich sądowe stosowanie nie zakładają istnienia ochrony typu kwalifikowanego, która obejmowałaby całą grupę osób dyskryminowanych w konkretnych okolicznościach (danej sferze życia). Tymczasem to właśnie koncepcja grupy dyskryminowanej,

³ A. Winiarska, W. Klaus, *Dyskryminacja i nierówne traktowanie jako zjawisko społeczno-kulturowe* [w:] *Zasada równości i zasada niedyskryminacji*, red. B. Kłos, J. Szymańczak, Studia BAS 2011/2(26), s. 9–40.

złożonej z jednostek z natury nieidentycznych, lecz żyjących w poczuciu wspólnej tożsamości, była pierwotnym fundamentem przepisów antydyskryminacyjnych.

Na istotny rozdzwitek między potrzebą kwalifikacji zjawiska jako dyskryminującego z uwagi na wiele kryteriów a jednokryteryjnym standardem stanowienia i stosowania prawa antydyskryminacyjnego zwrócono uwagę w kontekście dyskryminacji czarnoskórych Amerykanek w USA. Zauważono, że negatywna synergia kryterium płci i rasy jest prawdziwą przyczyną znacznego odsetka przypadków dyskryminacji tych kobiet, a właściwie tej grupy społecznej, i to z tej przyczyny dochodzi do ich marginalizacji na wielu etapach życia. Kimberlé Crenshaw⁴ – jako pionierka badań nad tą koncepcją ujętą w ramy prawne – rozpoczęła dyskusję nad ograniczeniami ochrony praw tych kobiet wynikającymi z jednokryteryjnego podejścia do doświadczanej przez nie dyskryminacji i nad koniecznością uzupełnienia przepisów prawa antydyskryminacyjnego o możliwość dochodzenia praw przez jednostki należące do wyróżnionej, charakterystycznej grupy, które dyskryminowane są w charakterystyczny sposób, tj. wynikający właśnie z przynależności do grupy osób o oryginalnej, złożonej tożsamości. Tożsamości, która *de facto* zanika, gdy pozbawi się ją choćby jednej cechy, np. ustalonej płci. Badaczka uzasadniała, że system wykluczeń (charakter dyskryminacji), który dotyka czarnoskóre kobiety w USA, jest zgoła odmienny od tego, który jest doświadczeniem czarnoskórych mężczyzn. Dlatego kryterium rasy, wspólne dla wszystkich czarnoskórych Amerykanów, nie może występować jako samoistna podstawa zakazanej dyskryminacji (w oderwaniu od kryterium płci), gdyż nie ma wystarczającego potencjału, by chronić czarnoskóre kobiety przed tą charakterystyczną dyskryminacją.

Spółeczny skutek dyskryminacji w postaci wykluczenia grupy osób nie jest fenomenem kontynentu amerykańskiego. Kontynent europejski jest i zawsze był zróżnicowany pod względem cech osób/spółeczeństw go zamieszkujących. Nie wyróżnia to starego kontynentu na tle innych, niemniej proces kształtowania się narodów był w Europie

⁴ K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection...*, s. 139–167.

niezwykle intensywny i w efekcie doprowadził do wyodrębnienia się państw o silnych narodowych korzeniach. Z jednej strony doprowadziło to do ujednoczenia pod względem językowym i kulturowym tej heterogenicznej populacji, a z drugiej podkreśliło występujące różnice i uczyniło bardziej widocznymi. Zaznaczenia wymaga, że pod względem etnicznym Europa jest mocno zróżnicowana. Jako przykład służyć mogą mieszkańcy północnej części Europy – Lapończycy (Saamowie), którzy są najbardziej rdzennymi mieszkańcami tych ziem, a których populacja wynosi ponad 60 tys. osób⁵. Z kolei południowe i środkowe regiony Europy to obszar, na którym występuje duża populacja Romów, stanowiąca największą mniejszość w Europie (ponad 10 mln osób)⁶. Według niektórych źródeł na kontynencie europejskim występuje ok. 340 mniejszości narodowych i co siódmy Europejczyk należy do jednej z nich⁷.

Różnice między członkami społeczeństw są niezaprzeczalne. Ludzie różnią się pod względem koloru skóry, religii, płci, zawodów, orientacji seksualnej, poglądów politycznych, zdrowia, języka, relacji rodzinnych, doświadczeń życiowych itp. Tym samym każdy człowiek jest na swój sposób unikalny. Każdy też ma własne potrzeby ze sfery społecznej, ekonomicznej, kulturalnej, politycznej itp., które spotykają się z interakcją ze strony innych członków społeczeństwa i ich potrzeb. To pociągają za sobą kształtowanie się formacji grupowych. Są to zarówno grupy, do których jednostki chcą i potrzebują należeć, i te, do których nie chcą przystępować. Taki system kategoryzacji społecznej wciąż się rozwija i pomaga „uporać się” z występującą różnorodnością przez wprowadzenie ujednoczeń, a zarazem pewnego porządku społecznego⁸.

⁵ National Sami International Centre, *The Sami – an Indigenous People in Sweden*, Västerås 2005, s. 4.

⁶ Komisja Europejska, *The situation of Roma in an Enlarged European Union*, Luxemburg 2004, s. 6.

⁷ Ch. Pan, B.S. Pfeil, *National minorities in Europe. Handbook*, Ethnos Series 2003, vol. 63, s. 10.

⁸ J.A. Howard, D.G. Renfrow, *Social Cognition* [w:] *Handbook of Social Psychology*, red. J.D. DeLamater, A. Ward, New York 2003, s. 262; szeroko także H. Tajfel, *Human groups and social categories*, Cambridge 1981.

Z perspektywy relacji występujących zarówno między wyróżnionymi społecznie grupami, jak i wewnątrz tych grup, istotne jest, jakie znaczenie (osobiste, społeczne, polityczne, prawne) niesie każda zauważalna różnica między jednostkami. Zatem kluczowe jest, czy zauważona różnica wpływa na wydawaną – o grupie czy też jednostce – opinię i czy kształtuje samoocenę. Stereotypy, uprzedzenia, a także akty dyskryminacji mają istotne znaczenie w kontekście postrzegania siebie i innych. Podkreślanie cech różnicujących ma nie tylko znaczenie metodologiczne, ale również wartościujące – zarówno z perspektywy obiektywnej, jak i subiektywnej. Dlatego przyjąć należy, że kryterium rasy może dyskryminować zarówno kobietę, jak i mężczyznę; kryterium wieku dyskryminuje osobę młodą, jak i osobę w wieku podeszłym pomimo tego, iż jednostki te należą do większej grupy posiadającej wspólnie wyodrębnioną cechę. W tym znaczeniu każda jednostka utożsamia się z tą cechą indywidualnie i każda ze swojej perspektywy definiuje swoją sytuację życiową i nadaje jej „wartość”, przez pryzmat której ocenia, czy i w jakim zakresie poczuła się dotknięta przez zdarzenie dyskryminujące. Właśnie takie indywidualistyczne podejście do zagadnienia dyskryminacji⁹ – co istotne, ściśle związane z zagadnieniem poszanowania godności konkretnej jednostki – jest przeciwstawiane perspektywie dyskryminacji zobiektywizowanej przez grupę podmiotów wykazujących się w większym lub mniejszym stopniu jednakową cechą (cechami) wyróżniającą. Z tej perspektywy kryterium wieku może być dyskryminujące wobec grupy skupiającej 50- i 60-latków; kryterium koloru skóry może dotknąć grupę, do której należą jednostki o czarnym kolorze skóry, jak i Mulaci. Oczywiście, co należy podkreślić, każda z tych jednostek, z uwagi na inną cechę, może identyfikować się także z inną grupą. Jest to niewątpliwie zgodne z wielowymiarowością koncepcji godności człowieka, której nie można zdefiniować przez odwołanie się do posiadania jednej/najważniejszej cechy osobowościowej. W jednej jednostce skupiają się różne cechy, które często podlegają subiektywnej hierarchizacji i wybranym przypisuje bardziej lub mniej

⁹ *Za Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, red. D. Schiek, L. Waddington, M. Bell, Oxford–Portland, Oregon 2007, s. 31. Patrz także A. Wróbel, komentarz do art. 21 [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 717–718.

istotne znaczenie. Niemniej każda z tych cech może powodować asymilację z wieloma grupami, potęgując jednocześnie ich wzajemne zależności i interakcje¹⁰.

Poszukując w tym miejscu praktycznych konotacji dla przedstawionego zjawiska, wystarczy zadać abstrakcyjnej jednostce pytanie: czy jeśli matka należała do grupy „a”, ojciec do grupy „b”, to czy jednostka przynależć będzie do grupy: a, b, obu grup, czy do żadnej? Takie pytania wydają się być coraz powszechniejsze w wielokulturowej Europie. Wypada jednak zaznaczyć, że im większy nacisk zostaje w grupie położony na daną cechę szczególną, im bardziej jest ona skonkretyzowana i zidentyfikowana przez ustalone ramy, tym mniejsza różnorodność w grupie i bardziej konserwatywna struktura.

Problematyka dyskryminacji osób charakteryzujących się szczególnymi cechami, których posiadanie przesądza o ich kwalifikacji do określonej grupy, została zauważona przez Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej. W sporządzanych przez Agencję raportach stwierdzono występowanie istotnego powiązania między dyskryminacją wykorzystującą wiele kryteriów, a sytuacją mniejszości etnicznych czy grup imigrantów w UE¹¹. W konkluzjach formułowane jest stanowisko, że członkowie tych grup są bardziej podatni na dyskryminację ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium niż większość populacji UE¹². Autorzy raportu zauważają, że coraz więcej uwagi poświęcane jest temu fenomenowi i jego znaczeniu w życiu ludzi w takich dyscyplinach, jak *gender studies* czy studiach społeczno-prawnych, niemniej w zakresie regulacji prawnych czy polityk społecznych

¹⁰ R.D. Putnam, *E Pluribus Unum: Diversity and Community in the Twenty-first Century. The 2006 Johan Skytte Prize Lecture*, „Scandinavian Political Studies” 2007/2, vol. 30, s. 137–174.

¹¹ Raporty FRA: EU-MIDIS, *Data in Focus Report 1: The Roma* (22.04.2009); EU-MIDIS, *Data in Focus Report 2: Muslims* (28.05.2009); EU-MIDIS, *Data in Focus Report 3: Rights Awareness* (7.05.2010); EU-MIDIS, *Data in Focus Report 4: Police Stops and Minorities* (11.10.2010); EU-MIDIS, *Data in Focus Report 5: Multiple discrimination* (2.02.2011); EU-MIDIS, *Data in Focus Report 6: Minorities as Victims of Crime* (8.11.2012), <http://fra.europa.eu/en/project/2011/eu-midis-european-union-minorities-and-discrimination-survey/publications> (dostęp: 20.01.2019 r.).

¹² FRA, EU-MIDIS, *Data in Focus Report 5: Multiple...*, s. 4.

problemowi nie poświęcono jednakowej uwagi. Wyraźnie zaś podkreśla się, że występuje ścisły, bezpośredni związek między ekonomicznym położeniem jednostki w społeczeństwie a prawdopodobieństwem doświadczenia tego rodzaju dyskryminacji¹³.

W tym miejscu wyraźnie należy zaznaczyć, że na obecnym etapie rozważań doktrynalno-orzecznich nie da się już zaprzeczyć istnieniu zjawiska dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium, a podstawowym argumentem podkreślającym znaczenie samego zagadnienia jest to, że kryteria zakazanej dyskryminacji są powiązane ze sobą z taką samą mocą, z jaką tożsamość jednostki jest niepodzielna. Powiązanie kryteriów należy rozumieć w ten sposób, że dyskryminacja ze względu na jedno z nich wzmacnia skutek dyskryminacji doświadczanej na podstawie innego kryterium¹⁴. Tym samym dyskryminacja ze względu na rasę może wzmocnić doświadczenia dyskryminacji wynikające z zastosowania kryterium płci; kryterium wieku spotęguje marginalizację wynikającą z zastosowania kryterium płci lub odwrotnie. W tym samym procesie nierówności strukturalne lub kontekst, w ramach którego dochodzi do dyskryminacji, włączając w to uwarunkowania historyczne, społeczne, ekonomiczne, również wpływają (potęgują) na skutki doświadczeń dyskryminujących. Intensywność ich oddziaływań będzie się różniła w zależności od grupy, wobec której są skierowane. Coraz częściej przyznaje się, że dyskryminacja może być doświadczana w bardzo różny sposób i że kryteria takie jak płeć, rasa, pochodzenie etniczne, wyznanie, narodowość to „różnice, które naprawdę «robią różnicę»”¹⁵.

¹³ FRA, EU-MIDIS, *Data in Focus Report 5: Multiple...*, s. 16.

¹⁴ K. Crenshaw, *Gender Related Aspects of Race Discrimination*, Background Paper for the Expert Meeting on the Gender-related Aspects of Race Discrimination, Zagreb, Croatia, 21–24.11.2000, (EM/GRD/2000/WP.1), za V.A. Chege, *Multidimensional Discrimination in EU Law: Sex, Race and Ethnicity*, Nomos 2011, s. 23.

¹⁵ The United Nations Division for Advancement of Women, *Gender and Racial Discrimination*, Report of the Expert Group Meeting 2000, za S. Fredman, *Double trouble: multiple discrimination and EU law*, „European Anti-discrimination Law Review” 2005/2, s. 3.

Powyższe należy odnosić do każdej jednostki, gdyż każda jednostka należy do konkretnej grupy o specyficznych uwarunkowaniach społeczno-ekonomicznych. Jednak podczas gdy pewne szczególne interakcje kryteriów są ogólnie akceptowalne – a to zwykle z uwagi na to, że nie towarzyszą temu strukturalne i instytucjonalne uwarunkowania potęgujące niepożądane efekty tych relacji – inne prowadzą do o wiele większych nierówności niż te, które wprowadza sama konstrukcja społeczna.

Aby jednak ustalić, które kryteria, przez ich współdziałanie, stwarzają najbardziej niekorzystne położenie jednostek lub która grupa jest najbardziej marginalizowana w danym społeczeństwie, należy określić podstawy analizy samej koncepcji dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium. Na tym etapie należy zaznaczyć, że wiodące problemy to te związane z definicją zjawiska; powszechność rozważań o dyskryminacji jako zjawisku wynikającym z zastosowania jednego zabronionego kryterium i tzw. hierarchia zabronionych kryteriów¹⁶ (współwystępowanie niektórych kryteriów jest niemożliwe, gdyż część z nich nie jest objęta wspólnymi ramami prawnymi); waga dowodów statystycznych jako wyraz skali zjawiska dyskryminacji (przemawiające za i przeciw dyskryminacji); przewaga doświadczenia zawodowego praktyków prawa związanego z dochodzeniem roszczeń na podstawie jednego zabronionego kryterium dyskryminacji; problemy z ustalaniem grup porównawczych.

W efekcie można przyjąć wstępną hipotezę, która zostanie potwierdzona w książce, że aktualnie nie można wskazać zbioru reguł prawnych, które definiowałyby dyskryminację ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium oraz wyznaczałyby standard¹⁷ – nawet minimalny

¹⁶ Szerzej o tej koncepcji M. Bell, L. Waddington, *Reflecting on Inequalities in European Equality Law*, ELRev. 2003/3, vol. 28, s. 349; E. Howard, *The Case for a Considered Hierarchy of Discrimination Grounds in EU Law*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 2007/4, vol. 13, s. 445.

¹⁷ Zgodzić się należy z A. Grzelak, że jako standard należy rozumieć powszechnie przyjęty i odpowiadający określonym ujednoczonym normom model regulacji (ochrony przed zakazaną dyskryminacją), który ma swoje źródło w powszechnej zgodzie odnośnie do minimalnego poziomu praw i wolności zawartych w aktach prawnych danego szczebla regulacji, zob. *Ochrona danych osobowych we współpracy państw członkowskich UE w zwalczaniu przestępczości. W stronę standardu europejskiego*, Warszawa 2015, s. 19.

– ochrony przed tą dyskryminacją, który mógłby być stosowany przez organy wymiaru sprawiedliwości w obszarze prawa europejskiego. Wydaje się, że najszybciej stan ten może ulec zmianie w systemie prawa UE. Niemniej brak wyraźnej konieczności uzasadnionej chociażby stanowiskiem doktryny, instytucji unijnej czy istotnej tezy wynikającej z orzeczenia o charakterze „precedensowym” powoduje, że dawno zaproponowany projekt dyrektywy Rady w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną (KOM(2008) 426)¹⁸, zawierający próbę regulacji omawianego rodzaju dyskryminacji, wciąż nie wrócił na agendę Parlamentu Europejskiego.

2. Uzasadnienie podjęcia tematu

Wybór obszaru badawczego, w tym podjęcie próby scharakteryzowania odrębnego modelu niepożądanego dyskryminacji, jest uzasadniony doniosłością prawa jednostki do ochrony przed dyskryminacją „każdego rodzaju”, tj. także tego, który istniał tylko w wyobrażeniach ojców traktatów (i projektodawców kolejnych aktów prawnych), a który obecnie w wielokulturowej Europie i w dobie multietnicznych migracji staje się faktem. Dlatego istotna potrzeba prowadzenia rozważań zawartych w książce wynika z kilku powodów. W ostatnich latach w UE wzrósł odsetek osób o innym fenotypie niż europejski, co w praktyce spowodowało wzrost aktów dyskryminujących te osoby oraz zintensyfikowanie przejawów mowy nienawiści. Wśród przyczyn takich działań z jednej strony wymienia się oczywiście wzrost zagrożenia przestępczością, ale z drugiej strony spowodowane jest to nieuprawnionym powielaniem utartych stereotypów na temat np. ludności o innym kolorze skóry. Konieczność wyważenia relacji między oboma podejściami przez wyznaczenie przyczyn i eliminację tych wynikających z braku minimalnego standardu gwarancji praw przed dyskryminacją, której forma i zakres nie były dotychczas zbadane ani zdefiniowane, powinno przyczynić się do podjęcia działań mających na celu wypracowanie instrumentów zmierzających do zapobiegania takim niepożądanym zachowaniom.

¹⁸ [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2008\)0426_/com_com\(2008\)0426_pl.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2008)0426_/com_com(2008)0426_pl.pdf) (dostęp: 20.01.2019 r.).

Wybór obszaru badawczego, związany z potrzebą zdefiniowania nowego modelu dyskryminacji, jest też uzasadniony szczególną kategorią osób, które są adresatami tych aktów oraz rozmiarem skutków, które odczuwają. Są to często dzieci, kobiety, osoby niepełnosprawne, które dodatkowo (często) wyróżnia inny kolor skóry na tle europejskiego społeczeństwa, ale też inne osoby. Ochrona ich będzie ułatwiona czy w ogóle możliwa, jeśli zapewni się minimalny standard gwarancji praw, który na jednakowym poziomie będzie stosowany we wszystkich państwach UE.

Wybór tematu książki jest jednak przede wszystkim uzasadniony doniosłością koncepcji ochrony praw podstawowych i jej wciąż wzrastającym znaczeniem. Zmiany w systemie prawa unijnego, a za nim w systemach krajowych państw członkowskich, związane z przyznaniem KPP charakteru aktu prawnie wiążącego, spowodowały uaktualnienie zagadnień będących dotychczas tłem argumentacyjnym dla toczących się sporów. W kontekście polskich regulacji prawnych należy poczynić odwołanie do rozdziału IIa k.p. zatytułowanego „Równe traktowanie w zatrudnieniu”. W zawartych tam przepisach, tj. art. 18^{3a} § 3 i 4; art. 18^{3b} § 1 i 2 pkt 2, § 3, prawodawca przewidział możliwość wystąpienia dyskryminacji czy też naruszenia zasady równego traktowania z jednej lub kilku przyczyn określonych w art. 18^{3a} § 1 k.p. Przepisy te nie doczekały się jednak komentarza (ani głosu w doktrynie, ani stanowiska w orzecznictwie) w zakresie możliwości wywiedzenia roszczenia bazującego na zarzucie naruszenia zakazu dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium różnicowania. Można założyć, że polski prawodawca przewidywał potrzebę osobnego uregulowania tytułowego zagadnienia, co należałoby łączyć z treścią poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania oraz niektórych innych ustaw¹⁹, w którym podjęto próbę wprowadzenia

¹⁹ VII kadencja, druk sejm. nr 1051 z 10.10.2012 r., <https://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/866BA4538180DB32C1257AFC003C8D94/%24File/1051.pdf> (dostęp: 20.01.2019 r.). O projekcie tym raportował jeszcze w 2014 r. Ł. Bojarski, *Report on Measures to combat Discrimination Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report 2013. Poland. State of affairs up to 1 January 2014*. Raport przygotowany dla European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field (on the grounds

do polskiego języka prawnego definicji dyskryminacji wielokrotnej, przez którą rozumiano „sytuację nierównego traktowania, u podstaw którego leży więcej niż jedna z przyczyn, o których mowa w art. 1”. Z kolei w art. 1 wymieniono „płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek, orientację seksualną, tożsamość płciową lub ekspresję płciową”. Projekt ustawy nie został jednak przyjęty przez polski parlament. Już pobieżna analiza treści tego projektu aktu prawnego pozwala na wyciągnięcie wniosku, że brak wejścia w życie tego aktu nie stanowi o istotnej wadzie systemu, gdyż z uwagi na wielość nieprecyzyjnych sformułowań oraz błędów definicyjnych akt ten nie doprowadziłby do zwiększenia efektywności walki z dyskryminacją, w tym z dyskryminacją ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium.

W tym miejscu należy podkreślić, że ewentualne przyjęcie możliwości wprowadzenia wiążącego zakazu dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium i ustanowienie skutecznych środków ochrony przed taką dyskryminacją doprowadziłoby do szerokiego spektrum zmian w zakresie jednej dziedziny prawa. Zmiany na taką skalę, które zachodzą w tak krótkim czasie, bez obaw mogą być sprowadzone do zmian o charakterze „rewolucji praw”, czyli do doktryny odwołującej się do rozszerzania zakresu praw podstawowych na wszystkie międzyludzkie interakcje w połączeniu z nowymi możliwościami stosowania tych praw, w które zaangażowane są sądy jako wykonawcy wyborów politycznych²⁰. Niemniej jednak, mimo iż każdy akt dyskryminacji powinien doczekać się właściwej sankcji, której wielkość wyznaczają właściwe instytucje, w tym sądy, to należy podkreślić, że instytucje te są jedynie jednym z wielu „wykonawców” polityki antidyskryminacyjnej. Innymi słowy, kształtowanie

of Race or Ethnic Origin, Age, Disability, Religion or Belief and Sexual Orientation), <http://www.non-discrimination.net/law/national-legislation/country-reports-measures-combat-discrimination> (dostęp: 20.01.2019 r.).

²⁰ M. Ignatieff, *The Rights Revolution*, Toronto 2007; M. Tushnet, *The Rights Revolution in the Twentieth Century* [w:] *The Cambridge History of Law in America*, red. M. Grossberg, Ch. Tomlins, Cambridge 2008, vol. 3, ch. 11, s. 377; S. Choudhry, *After the Rights Revolution: Bill of Rights in the Post-Conflict State*, „Annual Review of Law and Social Science” 2010, s. 301–322.

antydiskryminacyjnego środowiska pracy czy innych obszarów życia człowieka nie zależy wyłącznie, czy nawet w dużej mierze, od sądów. Dlatego takie podejście, w ramach którego sądy są ewentualnie katalizatorem, a nie główną „siłą” antydiskryminacyjnych zmian w danym środowisku, oraz staranne konstruowanie zmian strukturalnych sprzyjających zapobieganiu dyskryminacji – raczej niż raportowaniu i przedstawianiu korekt *post hoc* – jest, jak się wydaje, najbardziej efektywnym instrumentem ograniczającym zjawisko każdego rodzaju dyskryminacji. Nie może jednak umknąć uwadze, że litera prawa jest wykładana w procesie sądowego stosowania prawa, a wynik tej wykładni bezpośrednio wpływa na kształt życia jednostek. Z tej perspektywy istotne jest, że uwzględnienie w przepisach dotyczących ochrony przed dyskryminacją tego jej rodzaju, który wynika z oddziaływania kilku jej przyczyn, otwiera możliwość dochodzenia roszczeń związanych z nierównym traktowaniem wynikającym nie tylko z jednej cechy/kryterium, ale kilku równocześnie, co z kolei powinno mieć bezpośrednie przełożenie na wysokość dochodzonych odszkodowań.

3. Innowacyjność tematu

Podjęcie tytułowego tematu związane jest także z istniejącą luką w doktrynie polskiej, która może być uzasadniona brakiem spójnego dorobku prawnego, który regulowałby całość materii w tej dziedzinie, jak i specyfiką zagadnienia, które w kontekście tła historycznego wymaga recypowania z realiów prawnych obowiązujących w USA na grunt standardów europejskich. Wprawdzie poglądy K. Crenshaw zawsze są punktem wyjścia do wszelkich analiz w kontekście dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium, jednak należy podkreślić, że doktryna prawa USA nie jest wystarczającym źródłem dla prowadzenia kompleksowych badań odpowiadających realiom cywilizacyjnym Europy i jej dorobku prawnego w dziedzinie prawa antydiskryminacyjnego.

Rozważenie istotnych dla tytułowego zagadnienia kwestii, mające za cel ustanowienie fundamentów definicyjnych i możliwych ram prawnych wyznaczających podstawę standardu dla państw członkowskich samodzielnie lub na forum UE, nie może też odbywać się w oderwaniu od

szczegółowych analiz standardów międzynarodowych. Założenie to ma nie tylko charakter poznawczy, ale przede wszystkim stanowi podstawę do konfrontacji obowiązujących standardów ochrony w systemach różnych szczebli i ustalenia uniwersalnych aspektów badanej koncepcji. Wagę tego założenia zwiększa to, że współczesne regulacje podlegają internacjonalizacji prawnej, niosącej wzajemne przenikanie się standardów wypracowanych w różnych systemach²¹. Z tej perspektywy istotne jest, że aktualnie debata naukowa w zakresie możliwości i skutków oddziaływania wielu kryteriów dyskryminujących przekroczyła granice USA i znalazła kontynuację w doktrynie prawa europejskiego, mimo iż dotychczas dotyczyła dość wąsko ujętej problematyki. Niniejsza rozprawa omawia zagadnienie w sposób całościowy i spójny, łącząc dorobek doktryny kontynentu amerykańskiego z próbą opracowania teoretycznego modelu zakazu dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium, jak również analizę aktów prawnych obowiązujących na kontynencie europejskim z próbą odnalezienia podstawowego standardu ochrony przed tym rodzajem dyskryminacji.

Zarówno w polskiej, jak i zagranicznej doktrynie przedmiotu nie odnajduje się tak kompleksowych analiz wiodącego zagadnienia. Opracowań o charakterze monograficznym jest niewiele. Do istotniejszych należy zaliczyć *European Union Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, red. D. Schiek, V. Chege²², w której wielu autorów przedstawia szerokie spektrum zagadnień związanych z wielowymiarową problematyką prawa antydyskryminacyjnego i ewentualne możliwości uwzględnienia koncepcji zakazu dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium. W związku z tym, że książka jest pracą zbiorową, jej poszczególne części nie zawierają analizy głównego zagadnienia ani w sposób systemowy, ani systematyczny. Drugą monografią, którą należy wymienić, jest książka autorstwa V.A. Chege, *Multidimensional Discrimination in EU Law: Sex, Race and Ethnicity*²³ koncentrująca swoje rozważania na wielowymiarowej dyskryminacji operującej kryterium płeć +

²¹ J. Squires, *The New Politics of Gender Equality*, Basingstoke 2007, s. 89.

²² London–New York 2009.

²³ Nomos 2011.

rasa, ewentualnie kryterium pochodzenia etnicznego. W związku z tak oznaczonym zakresem badań dużo miejsca poświęcono analizie sytuacji kobiet z mniejszości etnicznych (w Wielkiej Brytanii i Niemczech) oraz ewolucji zakazu dyskryminacji ze względu na wymienione kryteria. Powołane tytuły nie zawierają analiz, które mogłyby się złożyć na całościowe opracowanie zagadnienia zakazu dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium, a ich autorzy nie podejmowali się rozwiązania wszystkich tych problemów, które stanowią o specyfice obszaru badawczego wyznaczonego w niniejszej publikacji.

O ile zakaz dyskryminacji jako takiej jest szeroko komentowany w polskiej literaturze przedmiotu, o tyle o dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium wciąż nie napisano wiele. Niewątpliwie najszerzej badała to zagadnienie J. Maliszewska-Nienartowicz, *Multiple Discrimination and the European Union – what Lessons Can Be Learnt from Canada and the US*²⁴; *Zwalczanie dyskryminacji wielokrotnej (na przykładzie działań Unii Europejskiej)*²⁵. Powołane publikacje nie wyczerpują jednak zagadnienia, choć niewątpliwie stanowią istotny wkład w tworzenie siatki pojęciowej w języku polskim i podjęcie próby wyodrębnienia kilku rodzajów tego niepożądanego zjawiska. Artykuły te są również wyraźnym dowodem, że dyskryminacja ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium nie jest tylko amerykańskim konstruktem teoretycznym doświadczającym próby recypowania go w ramy szeroko pojętego prawa antydyskryminacyjnego w Polsce, lecz stanowi problem społeczny, dla którego poszukuje się rozwiązań prawnych²⁶. Potwierdzeniem tego założenia jest

²⁴ „Anti-Discrimination Law Review” 2017/1, s. 106 i n.

²⁵ PiP 2012/2, s. 40 i n.

²⁶ Wydaje się, że pierwsze próby przeniesienia koncepcji wielokryterijnego podejścia do zjawiska dyskryminacji, w kontekście polityk dotyczących równości kobiet i mężczyzn, podjęła M. Dąbrowska, *Report Analysing Intersectionality in Gender Equality Policies for Poland and the EU*, Vienna 2008, Institute for Human Sciences (IWM), http://www.quing.eu/files/results/ir_poland.pdf (dostęp na: 20.01.2019 r.). Autorka przeprowadziła analizę dyskursu politycznego oraz wybranych zagadnień prawnych (w zakresie zatrudnienia, obywatelstwa, przemocy) i uznała, że na tym etapie rozwoju prawa antydyskryminacyjnego w Polsce wciąż zbyt mało uwagi poświęca się obowiązującym już zakazom dyskryminacji, aby było możliwe i konieczne wprowadzenie zakazu dla nowych, bardziej specyficznych form dyskryminacji. Innymi słowy, wciąż

także to, że mimo iż omawiany rodzaj dyskryminacji nie jest w Polsce w wyraźny sposób objęty przeciwdziałaniem (ani prawnym, ani instytucjonalnym), to fenomen²⁷ ten został zbadany w przynajmniej dwóch ekspertyzach mających charakter pilotażowy²⁸ (z założenia zawierających bardzo ogólne i wstępne wnioski), w tym jednym opartym na badaniach empirycznych²⁹. Przeprowadzone w ekspertyzach badania miały na celu ustalenie, czy i w jakim zakresie występuje w społeczeństwie polskim zjawisko dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium, a jeśli występuje, to jaki to ma wpływ na jakość życia osób jej doświadczających. W tym miejscu należy podkreślić, że spośród 24 osób, z którymi przeprowadzono wywiady na temat doświadczanej dyskryminacji w zatrudnieniu i edukacji, 14 przyznało, że padło ofiarą dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium³⁰. Spośród 97 osób, które wypełniły przedstawiony im

większość populacji nie jest na tyle skutecznie chroniona przed dyskryminacją jako taką, aby móc skupić się na wzmoczonej ochronie przed dyskryminacją specyficznego rodzaju.

²⁷ Koncepcja dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium jest wciąż określana w doktrynie (nawet w USA) mianem fenomenu, co wynika przede wszystkim ze zbyt skromnej liczby badań i opracowań naukowych, które mogłyby rozpoznać i przybliżyć szerszemu odbiorcy jej faktyczne znaczenie, np. M.V. Onufrio, *Intersectional discrimination in the European legal systems: Toward a common solution?*, „International Journal of Discrimination and the Law” 2014/2, vol. 14, s. 127.

²⁸ D. Cieślukowska, N. Sarata, *Dyskryminacja wielokrotna – historia, teorie, przegląd badań*, Warszawa 2012, <https://rownosc.info/bibliography/publication/dyskryminacja-wielokrotna-historia-teorie-przeglad> (dostęp: 20.01.2019 r.); praca zespołowa koordynowana przez M. Chustecką, *Dyskryminacja wielokrotna – analiza zjawiska w obszarze edukacji i zatrudnienia*, Warszawa 2013, <https://rownosc.info/studies/post/dyskryminacja-wielokrotna-analiza-zjawiska-w-obsza> (dostęp: 20.01.2019 r.).

²⁹ Praca zespołowa koordynowana przez M. Chustecką, *Dyskryminacja wielokrotna...*, s. 4, gdzie wyraźnie podkreślono, że badania przeprowadzono na podstawie kwestionariuszy i wywiadów.

³⁰ W zależności od obszaru życia poddanego analizie i czynników kształtujących doświadczoną opresję wymienione zostały następujące kombinacje cech: (w edukacji) zła sytuacja materialna + wygląd; zła sytuacja materialna + płeć + wiek + wygląd; płeć + orientacja seksualna + zła sytuacja materialna; płeć + wiek + orientacja seksualna; płeć + religia + zła sytuacja materialna + wygląd; płeć + pochodzenie etniczne (narodowe) + zła sytuacja materialna; płeć + niepełnosprawność + zła sytuacja materialna; płeć + orientacja seksualna + religia + zła sytuacja materialna; płeć + pochodzenie etniczne (narodowe) + wygląd; zła sytuacja materialna + wygląd; religia + zła sytuacja materialna; płeć + orientacja seksualna; (w zatrudnieniu) wiek + status materialny; płeć + wiek;

kwestionariusz, 39,2% nigdy nie doświadczyło traktowania w sposób uwłaczający godności, 21,6% było dyskryminowanych ze względu na płeć (znaczna większość to kobiety), 13,4% ze względu na wiek i 7,2% ze względu na płeć i wiek jednocześnie³¹. W badaniach podkreślono, że były one prowadzone w grupach większościowych. Prawdopodobnie realizacja podobnych badań w grupach mniejszościowych pozwoliłaby na ustalenie zarówno większego odsetka osób doświadczających dyskryminacji oraz większej liczby przyczyn dyskryminujących. Godne odnotowania jest również i to, że poczynione w trakcie badań obserwacje dały podstawę do twierdzenia, że dyskryminacja ze względu na płeć jest bardzo często przez kobiety niezauważana, gdyż jest tak powszechna, że staje się „niewidoczna/przezroczyta”³².

Badacze podjęli także próbę ustalenia rozpoznawalności zjawiska dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium w sądach pracy i ubezpieczeń społecznych różnych instancji³³. Zapytanie o „rozpoznawalność” zagadnienia wysłano do 197 sądów, a otrzymano 75 odpowiedzi. Wszystkie sądy, oprócz trzech, wskazywały, że prowadzone statystyki nie pozwalają na wyróżnienie spraw z zakresu dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium, ale jednocześnie z odpowiedzi wynikało, że w dwóch innych sądach toczyły się łącznie dwie takie sprawy. W udzielanych odpowiedziach sądy

pleć + wiek + orientacja seksualna; pleć + zła sytuacja materialna; pleć + zła sytuacja materialna + status rodzicielski; pleć + orientacja seksualna + religia; orientacja seksualna + religia. Analiza udzielonych odpowiedzi: Praca zespołowa koordynowana przez M. Chustecką, *Dyskryminacja wielokrotna...*, s. 11 i n.

³¹ Pogłębiona analiza udzielonych odpowiedzi: praca zespołowa koordynowana przez M. Chustecką, *Dyskryminacja wielokrotna...*, s. 16 i n.

³² Praca zespołowa koordynowana przez M. Chustecką, *Dyskryminacja wielokrotna...*, s. 25.

³³ W skierowanych do sądów pytaniach proszono o informacje: czy wydział w prowadzonych statystykach wyróżnia sprawy z zakresu dyskryminacji wielokrotnej? (dyskryminacja wielokrotna odnosi się do wszelkich sytuacji, w których nierówne, gorsze traktowanie jakiejś osoby pojawia się w odniesieniu do więcej niż jednej cechy tożsamości/przesłanki dyskryminacji); ile dotychczas było prowadzonych przez wydział spraw z zakresu dyskryminacji wielokrotnej?; w ilu sprawach z zakresu dyskryminacji wielokrotnej zostało zasądzone na rzecz powoda odszkodowanie i w jakiej wysokości? – tak w pracy zespołowej koordynowanej przez M. Chustecką, *Dyskryminacja wielokrotna...*, s. 57 i n.

słusznie zauważyły, że obowiązujące zarządzenie Nr 81/03/DO Ministra Sprawiedliwości z 12.12.2003 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej³⁴ nakłada na nie obowiązek symbolizowania spraw. Wykaz spraw podlegających symbolizacji nie zawiera numeru porządkowego, dla którego przypisana byłaby sprawa o dyskryminację z uwagi na więcej niż jedno zabronione kryterium. Sądy, które wykazały takie sprawy, skorzystały z możliwości wypełnienia przez dany wydział sądu karty statystycznej dotyczącej dyskryminacji w zatrudnieniu ze wskazaniem kryteriów dyskryminacji (a nie tylko ogólnego tytułu roszczenia), w której odnotowały więcej niż jedno kryterium. Tym samym to przede wszystkim świadomość (wiedza) możliwości wystąpienia dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno kryterium miała istotne znaczenie z perspektywy kwalifikowania spraw w kartach statystycznych.

Wyżej przedstawione badania nie obejmowały danych z SN. Zaznaczyć jednak należy, że ani w wewnętrznej elektronicznej bazie orzeczeń³⁵, ani w danych statystycznych nie wyróżniono spraw dotyczących dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium. Zaawansowane przeszukiwanie orzecznictwa SN skutkowało odnalezieniem wyroku z 27.04.2009 r., I UK 278/08, w którym SN zaznaczył, że odmowa przyznania wnioskodawcy (mężczyźnie) prawa do emerytury z uwagi na treść art. 29 ust. 1 ustawy o emeryturach i rentach z FUS³⁶ w brzmieniu obowiązującym przed dniem 8.05.2008 r.³⁷ „jest wynikiem zastosowania kryterium mieszanego (obejmującego wiek oraz płeć), a nie następuje wyłącznie ze względu na płeć”³⁸. W żadnym innym miejscu tego orzeczenia nie ma jednak wyjaśnienia, w jaki sposób zastosowane „kryterium mieszane” wyróżnia sprawę na tle tych, w których

³⁴ Dz.Urz. MS Nr 5, poz. 22 ze zm.

³⁵ Baza SUPREMUS, do której dostęp jest możliwy przez oficjalną stronę internetową SN: www.sn.pl, zawiera możliwość przeszukania orzecznictwa SN przez wybór właściwych: haseł, aktów prawnych, zakresu czasowego itp.

³⁶ Ustawa z 17.12.1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz.U. z 2004 r. Nr 39, poz. 353 ze zm. – tekst jednolity obowiązujący przed dniem 8.05.2008 r.).

³⁷ Ustawa z 28.03.2008 r. o zmianie ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 67, poz. 411).

³⁸ OSNP 2010/23–24, poz. 295.

powołano kryterium pojedyncze. Ta wypowiedź SN wyraźnie wskazuje, że SN nie podejmuje próby wyjaśnienia znaczenia dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium, a tym samym nie rozstrzyga o możliwym standardzie ochrony przed taką dyskryminacją, mimo iż jednocześnie jest symptomem nowego kierunku analiz w prawie antydyskryminacyjnym. Podkreślenia wymaga, że w orzecznictwie TK również nie podejmuje się takich rozważań³⁹.

Jak wynika z powyższego, nieliczne polskie sądy mają świadomość występowania dyskryminacji, która opresjonuje przez więcej niż jedno kryterium. Jest to niewątpliwie ważna, ale niezadowalająca informacja. Aby tytułowe zagadnienie było w pełni rozpoznawalne, powinno być rzetelnie opracowane przez doktrynę, a następnie efektywnie uregulowane. Niniejsza monografia jako pierwsza publikacja w polskiej nauce prawa zmierza do wypełnienia luki występującej w ramach pierwszego wymienionego celu i już tylko z tej perspektywy wybór obszaru badawczego należy uznać za uzasadniony.

4. Metody badawcze

Prowadzone rozważania wymagają zastosowania wielu metod badawczych, właściwych ze względu na specyfikę analizowanych ponadnarodowych systemów prawnych⁴⁰. Po pierwsze, wykorzystana zostanie metoda formalno-dogmatyczna, która wiąże się z potrzebą szczegółowej analizy aktów prawnych systemu ONZ, w szczególności przepisów odpowiednio wybranych konwencji i aktów podejmowanych przez właściwe Komitety, które odnoszą się do omawianej problematyki. Uwzględniony zostanie także dorobek prawny wynikający ze standardu EKPC jako dokumentu o istotnym znaczeniu dla tytułowej problematyki. W zakresie aktów prawnych UE badaniami objęto prawo pierwotne, wtórne jak i *soft law*. Bez analizy nie pozostawiono także przedłożonych projektów aktów UE oraz działań agencji UE

³⁹ Pogłębiona analiza dotycząca zasady równości w orzecznictwie TK: M. Ziółkowski, *Zasada równości w prawie*, PiP 2015/5, s. 94 i n.

⁴⁰ Szeroko Z. Ziemiński, *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Wrocław 1974; *Metody badania prawa*, red. A. Łopatka, Wrocław 1973.

zajmujących się problematyką zwalczania dyskryminacji. Zasadniczo dokonywana analiza będzie miała charakter krytyczny, zaś wybór aktów prawnych podyktowany został zakresem regulacji.

Po drugie, podstawowym narzędziem badań będzie również logiczno-językowa analiza orzecznictwa zarówno ETPC⁴¹, TS, jak i orzecznictwa Komitetów ustanowionych na mocy konwencji ONZ-owskich. Badaniem objęte zostaną te orzeczenia, w ramach których zauważone zostały elementy rozważań prawnych czy stanów faktycznych świadczących o możliwości powiązania ich z zakazem dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium. Przeprowadzenie tej analizy ma na celu ustalenie, jaka doniosłość przypisywana jest występowaniu w sprawie kilku kryteriów zakazanej dyskryminacji.

Kolejną zastosowaną metodą badawczą będzie metoda prawnoporównawcza wymagana dla dokonania komparatystyki obowiązujących przepisów analizowanych systemów prawnych.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że wykorzystana zostanie także niekonwencjonalna metoda analizy prawa antydyskryminacyjnego. Metoda ta skupia się na studiach nad głównym nurtem praw człowieka, krytycznym studium prawa i socjologii prawa. Studia takie są prowadzone wówczas, gdy napotkany problem tego wymaga, czyli klasyczne metody badawcze nie przynoszą zadowalających efektów. Innymi słowy, nie wykazują, w jaki sposób obrona konstrukcja systemu prawnego koresponduje z zastaną konstrukcją społeczną i jakie ma to przełożenie na efektywność przepisów prawa, gdyż jednakowo istotne pozostaje, że prawo powinno wychodzić naprzeciw oczekiwaniom społeczeństw, a jego skutki w sposób pożądaný na nie oddziaływać. Prawo, jako wynik różnych politycznych projektów, historycznych procesów i innych wydarzeń, zawsze odzwierciedla pewne dominujące preferencje. W tym kontekście może być bardziej lub mniej skuteczne w osiągnięciu celów społecznych. Dlatego kluczowe jest ustalenie, czy obowiązujący

⁴¹ Wszystkie powoływane orzeczenia ETPC dostępne są w internetowej bazie HUDOC, stąd odwołania do poszczególnych orzeczeń nie będą zawierały miejsca publikacji.

standard ochrony zdolny jest do rozwiązywania problemów wynikających z konieczności zwalczania tego rodzaju dyskryminacji, która posługuje się wieloma kryteriami.

Poszukując przyczyn występowania tytułowej dyskryminacji, nie można abstrahować od zagadnień socjologii, psychologii społecznej czy filozofii politycznej, gdyż sam problem często plasuje się na poziomie dyskryminacji instytucjonalnej⁴² czy strukturalnej⁴³. Marginalizując te zagadnienia, prowadzi się w zasadzie do bagatelizacji sytuacji ofiary takiej dyskryminacji oraz do sztucznego ukrywania zjawiska dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium. Szczegółowa analiza problemów społecznych wymaga zastosowania socjologicznych metod badawczych, a także tych z zakresu psychologii społecznej. Bazując jednak w tym zakresie na doktrynie przedmiotów, danych statystycznych oraz innych badaniach socjologicznych, należy przyjąć, że w ogólnym zarysie tę metodę badawczą można określić jako „metaanalizę”, gdyż nie jest ambicją monografii wypracowanie nowej koncepcji prawa, a raczej próba wykazania potrzeby implementowania na grunt europejskiej rzeczywistości takiej koncepcji, która wyrosła w innych warunkach społeczno-prawnych.

⁴² Przez dyskryminację instytucjonalną należy rozumieć praktyki instytucjonalne, które powodują nierówny dostęp do zasobów rynku. Dyskryminacja ta wynika z wielu błędów popełnianych przy implementacji zasady równego traktowania. Błędy te są zwykle kombinacją czynników, takich jak ignorancja, uprzedzenia, stereotypizacja. Bardzo często nie da się jej udowodnić na jednostkowym przykładzie. Zwykle zakazywana jest przez przepisy prawa regulujące zakaz dyskryminacji pośredniej. Z. Jabłońska, *Zjawisko dyskryminacji. Tło społeczne. Regulacje międzynarodowe* [w:] *Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz*, red. K. Kędziora, K. Śmiszek, Warszawa 2017, s. 22.

⁴³ Przez dyskryminację strukturalną rozumieć należy takie ukształtowanie systemu prawno-społeczno-ekonomicznego, którego skutkiem jest marginalizacja lub całkowite wykluczenie społeczne. Przeszkody, jakie napotykają jednostki wykluczone, są częścią funkcjonowania ukształtowanego systemu społecznego. Przejawiają się w wielu formach, ale zwykle związane są z „tradycją” funkcjonowania administracji. Zdaniem Z. Jabłońskiej krajowe systemy prawne często nie zauważają takiej dyskryminacji czy nawet ją wspierają, zaś sposobem przeciwdziałania są litygacje strategiczne, orzecznictwo czy interwencje na poziomie międzynarodowym. Zob. *Zjawisko dyskryminacji...*, s. 22.

Zarówno badania prawnoporównawcze, jak i dogmatyczne zostały oparte na dostępnych prawniczych bazach danych, ogólnodostępnych źródłach internetowych oraz kwerendach bibliotecznych i wizytach studyjnych w wybranych ośrodkach naukowych: Szwajcarskim Instytucie Prawa Porównawczego w Lozannie (listopad 2016 r.) oraz Europejskim Instytucie Uniwersyteckim we Florencji (maj 2017 r.). Zebrane materiały badawcze w przeważającej mierze dostępne były w języku angielskim, ale również języku polskim i w ograniczonym zakresie w języku niemieckim. Spis wykorzystanych źródeł został umieszczony na końcu rozważań.

5. Kierunki prowadzonych badań

Główne kierunki prowadzonych badań można podzielić na trzy zakresy. Pierwszym istotnym kierunkiem była potrzeba interpretacji pojęcia dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium, gdyż pojęcie to powoli, lecz systematycznie zaczyna zyskiwać na znaczeniu w europejskiej (także polskiej) doktrynie prawa antydyskryminacyjnego. Pojawiające się w doktrynie założenia o występowaniu dyskryminacji: podwójnej, wielokrotnej, krzyżowej i towarzyszące temu odwołania (często zamiennie) do źródeł prawa, w literze których próżno szukać definicji tego pojęcia, stanowiły punkt wyjścia do przyjęcia, że nieścisłości terminologiczne powinny zostać wyjaśnione i zobrazowane konkretnym przykładem tej niepożądaney praktyki. W tym zakresie odzwierciedleniem prowadzonych badań są odwołania do doktryny prawa północnoamerykańskiego, które porządkują źródła i zakres stosowanej terminologii, oraz doktryny prawa międzynarodowego oraz unijnego, które zostały wybrane jako podstawa dla wypracowania terminologii spójnej dla tych systemów prawnych. Dla tego zakresu badań przyjęto założenie, że tylko właściwe zdefiniowanie zagadnień charakterystycznych dla obranego problemu badawczego stwarza możliwość jego „ukazania” i jest jednocześnie niezbędnym warunkiem wyjaśnienia fenomenu danego zjawiska społecznego oraz związanych z nim regulacji prawnych. Ustalenia definicyjne są jednocześnie niezbędne dla wykazania przestrzeni do dyskusji nad danym problemem i znajdowania dlań rozwiązań.

Drugim kierunkiem była potrzeba ustalenia ram prawnych, właściwych dla poszukiwania odpowiedzi na pytanie, czy w świetle aktualnych stanowisk kompetentnych instytucji i organów ochrony prawa dyskryminacja ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium jest zjawiskiem, w zakresie którego, na obecnym etapie rozwoju prawa, istnieje w ogóle potrzeba przyjęcia wiążących reguł prawnych zapewniających ochronę przed tego rodzaju dyskryminacją oraz czy możliwe jest zapewnienie skutecznego stosowania tych przepisów w systemie prawa antydyskryminacyjnego o aktualnej konstrukcji.

Trzecim i ostatnim kierunkiem było poszukiwanie możliwości ustalenia, w jaki sposób przepisy równościowe i zakazujące dyskryminacji wpływają lub mogą wpłynąć na kształtowanie się polityk i orzecznictwa chroniącego równocześnie przed wieloma (więcej niż jednym) kryteriami zabronionej dyskryminacji. W tym kontekście należało ustalić istotne wyzwania, z którymi badana koncepcja musi się zmierzyć w praktyce. Zarówno te o naturze prawnej, jak i społecznej.

Reasumując powyżej przyjęte założenia odnośnie do zakresu problematyki przedstawionej w pracy, należy podkreślić, że w toku wywodów uzasadniane będzie stwierdzenie, że zakaz dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium wzmacnia ogólną zasadę równości jednostek i w szczególnie efektywny sposób przyczynia się do zmniejszenia nierówności społecznych. Za ostateczny cel obrano przedstawienie wniosków wynikających z analizy rozproszonego i niespójnego dorobku prawnego zarówno systemu ONZ, Rady Europy, jak i UE w zakresie poziomu ochrony przed dyskryminacją ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium. Wnioski te mają pomóc wyznaczyć europejski standard w zakresie pożądanego poziomu poszukiwanej ochrony, a także wykazać, od których organów publicznych można w pierwszym rzędzie oczekiwać gwarancji podejmowania działań zmierzających do zwalczania dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium.

6. Struktura książki

Systematyka stawianych pytań badawczych i udzielanych odpowiedzi determinuje strukturę książki i zakres objętościowy. W ramach przyjętej kolejności rozważań pojawiają się pytania uzupełniające, które poszukują rozwiązań dla bardziej szczegółowych wątpliwości. Są to pytania natury prawnej, socjologicznej, politycznej, socjopsychologicznej oraz filozoficznej.

Przedstawiana problematyka wymagała przeprowadzenia analizy zawartej w sześciu rozdziałach. Całość rozważań otwiera wstęp wyjaśniający temat, cel badań, przedstawiający zasadnicze pytania badawcze, metodologię oraz przyjęte ramy analiz. Książka zamknięta jest wnioskami, w ramach których przedstawiane są także podsumowania i postulaty wynikające z całości pracy.

W rozdziale pierwszym, w celu ustalenia właściwych podstaw aksjologicznych dla analizowanego problemu jako całości, rozważania koncentrują się na przywołaniu podstawowych zagadnień prawa antydyskryminacyjnego. Tym samym niezbędne okazało się przypomnienie kwestii zasadniczych dla prawa antydyskryminacyjnego, tj. czym jest godność i tożsamości jednostki; w jakiej relacji pozostają nakaz równego traktowania i zakaz dyskryminacji, oraz podkreślenie znaczenia dość nowych koncepcji tej dziedziny prawa, tj. wielowymiarowości prawa antydyskryminacyjnego, a także problematyki tzw. grup wrażliwych. Część z tych zagadnień była już przedmiotem opracowań głównie doktryny zagranicznej, choć w niewielkim zakresie także i polskiej, niemniej jednak konieczne wydało się odniesienie dotychczasowych ustaleń do kierunku wymaganych zmian prawa antydyskryminacyjnego mającego – w pewnej perspektywie – obejmować także zakaz dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium. Konieczne zatem było przypomnienie istotnych definicji i elementów wchodzących w ich skład, a także problemów związanych z ich interpretacją i stosowaniem. Podkreślony został kierunek ewolucji tych pojęć, która wyznacza konieczność szerszego, wielowymiarowego kontekstu badań prawa antydyskryminacyjnego, po to, aby móc dostosować warunki stosowania obowiązujących przepisów do realiów

zmieniającej się rzeczywistości. To z powyższego względu w rozdziale pierwszym zawarto rozważania w zakresie grup wrażliwych jako nowego, zbiorowego podmiotu praw gwarantowanych przepisami antydyskryminacyjnymi. Ustalenie, że dany rodzaj dyskryminacji jest charakterystyczny dla pewnej zbiorowości, wymaga podjęcia działań w celu osiągnięcia właściwej równowagi między potrzebą walki z dyskryminacją dotyczącą poszczególne grupy a potrzebami formułowanymi przez indywidualne podmioty. O ile więc poszukiwane jest wzbogacenie rozumienia skutków wielowymiarowej dyskryminacji, o tyle należy skonfrontować się z epistemologicznym problemem, jakim jest pojęcie różnic występujących między jednostkami jako podmiotami o zbiegu cech kształtujących tożsamość.

Wszystkie zawarte w tej części książki analizy mają na celu (jedynie) wykazanie, że prawo równościowe, jak i przepisy antydyskryminacyjne (i powiązane z nimi istotne zagadnienia prawne) podlegają przekształceniom aksjologicznym z uwagi na ewoluującą rzeczywistość prawną i społeczną oraz że proces ten wciąż postępuje, przygotowując miejsce na nowe niezbędne rozwiązania prawne.

W rozdziale drugim książki rozstrzygane są kwestie terminologii używanej w kontekście zakazu dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium. W związku implementacją tytułowego zagadnienia na grunt europejski z doktryny feministycznej Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej niezbędna okazała się wnikliwa analiza zarówno literatury zawierającej myśl feministyczną, jak i tej omawiającej zagadnienie główne. W dużym stopniu to na podstawie doktryny prawa precedensowego wyjaśniane są wszelkie wątpliwości definicyjne, które jak dotąd stanowią pierwszą i największą barierę dla prowadzenia poprawnych i wnikliwych badań nad tytułowym zagadnieniem. Tym samym za konieczne uznano opracowanie definicji dla dyskryminacji wielokrotnej *sensu largo*, *sensu stricto*, dyskryminacji łączonej i dyskryminacji zbieżnej. W związku z tym, że oryginalny termin, jakim w swoich badaniach posługuje się K. Crenshaw, a za nią literatura feministyczna, to *intersectional discrimination*, istotne okazało się wyjaśnienie, które elementy tej wyróżnionej dyskryminacji stanowią o jej odmiennościach, jej szczególnym charakterze.

Kolejny etap rozważań to podjęcie próby przeprowadzenia spójnej analizy przepisów odnoszących się do zakazu dyskryminacji w ogóle, które mogłyby zostać uznane za podstawę dla budowania minimalnego standardu obejmującego zakaz dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium. Takiej analizie poświęcone są kolejne 3 rozdziały (trzeci, czwarty i piąty). Założenie to jest podyktowane tym, że równe traktowanie i zakaz dyskryminacji należą do uniwersalnych pojęć prawa międzynarodowego, ze szczebla którego oddziałują różnymi instrumentami na krajowe porządki prawne. Tym samym powstała potrzeba przeprowadzenia badań na trzech płaszczyznach prawnych, tj. powszechnego systemu praw człowieka, systemu Rady Europy, systemu prawa UE. Wydaje się, że istotnym błędem byłoby pominięcie standardów prawa międzynarodowego *sensu largo*, gdyż to z aktów tego prawa – mimo iż zawiera ono wiele przepisów o charakterze deklaratoryjnym – wypływają kierunki interpretacyjne dla rozwiązań krajowych, ale także minimalny pożądany standard, istota i cel wszystkich regulacji z zakresu ochrony praw człowieka. Ponadto umowy międzynarodowe, które zostały ratyfikowane, stanowią źródła prawa powszechnie obowiązującego (art. 87 Konstytucji RP), a z tego powodu, że zarówno prawa człowieka pierwszej i drugiej generacji zawierają klauzule antydyskryminacyjne, nie mogły zostać wykluczone z badanego obszaru. W związku z tym w rozdziale trzecim analizie poddawane są przepisy konwencji ONZ-towskich, które odnoszą się bezpośrednio do problemu dyskryminacji, ale też te, które w swych regulacjach zakazują podejmowania działań zmierzających wprost do dyskryminacji i wykluczenia społecznego. Na gruncie każdego analizowanego aktu podejmowane są próby ustalenia, czy zawiera on przepisy świadczące o objęciu zakazem dyskryminacji także dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium. Obraz standardu ochrony przed dyskryminacją ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium w systemie ONZ nie byłby pełny, gdyby pominąć dokumenty właściwych Komitetów, w tym orzecznictwo.

Podobna sekwencja rozważań jest zastosowana w rozdziale czwartym poświęconym standardowi wynikającemu z systemu prawa Rady Europy, w ramach którego dokonano analizy art. 14 EKPC i Protokołu nr 12 do Konwencji, które są najistotniejsze z punktu widzenia

prawa antydyskryminacyjnego. Tak jak w poprzednim rozdziale, tak i w tym rozważania są w sposób logiczny poszerzone o orzecznictwo ETPC interpretujące przepisy EKPC. W tym miejscu należy zaznaczyć, że orzecznictwo ETPC jest przedstawione według schematu mającego obrazować występowanie przypadków ustalonych rodzajów dyskryminacji wielokrotnej i reakcją (lub jej brak) Trybunału na doznawaną przez jednostki skalę naruszenia prawa do bycia niedyskryminowanym. Kazuistyczne podejście ETPC do rozpatrywanych spraw może utrudniać poszukiwanie standardu o charakterze ponadnarodowym, lecz analiza tego orzecznictwa jest nader istotna dla ustalenia ogólnego minimalnego standardu ochrony przed dyskryminacją ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium.

W piątym rozdziale książki, wzorem dwóch poprzednich, analizowane są akty prawa UE, zarówno pierwotnego, jak i wtórnego, które wyznaczają ogólny standard ochrony przed dyskryminacją, będący przedmiotem odniesienia dla szczegółowych analiz. Regulacje wiążące, ale także *soft law* i inne dokumenty unijne są przytaczane w dość szerokim zakresie, co podyktowane jest koniecznością wnikliwego badania „stanowiska UE” w zakresie zakazu dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium. Równie istotne, o ile nie bardziej, jest przedstawienie rozważań TS zawartych w sprawach, które można kwalifikować jako wchodzące w zakres głównego zagadnienia badawczego. Wyselekcjonowano te orzeczenia TS, które chociażby w sposób pośredni wpływają na rozumienie omawianej problematyki na gruncie prawa unijnego. Powołano również stanowiska rzeczników generalnych w celu konfrontacji z wiodącą argumentacją Trybunału. Podkreślenia wymaga, że szerokie rozważania poczyniono na tle orzeczenia TS w sprawie Parris, gdyż jest to dotychczas najbardziej istotna wypowiedź Trybunału w kontekście oceny prawnej zakazu dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium.

W ramach prowadzonych w powyższych rozdziałach badań napotyka się na duży stopień trudności wynikający z wyraźnie różnego ujęcia problematyki dyskryminacji *sensu largo* w powoływanych systemach prawnych, a także skrajnie różnego podejścia do dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium – o ile w ogóle

występuje odniesienie do tego rodzaju dyskryminacji. Zróżnicowana terminologia, język prawny poszczególnych systemów prawa, jak również szerokie ramy czasowe przyjmowanych aktów prawnych nie ułatwiają badań prowadzonych metodą prawnoporównawczą. Utrudnienia te nie przeszkadzają jednak przyjęciu ustalenia, że w każdym z trzech analizowanych systemów prawnych coraz częściej zaczyna przejawiać się tendencja – szczególnie wyraźna w kontekście orzecznictwym – do rozszerzenia zakresu zakazu dyskryminacji również na zakaz dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium, mimo iż do jednolitości definicyjnych i zakresowych wciąż jest daleko.

Wnioski i postulaty w zakresie możliwości stosowania zakazu dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium w prawie UE zawarto w rozdziale szóstym. W tym miejscu prezentowane są poglądy autorskie w kwestii możliwości powoływania się przez jednostki na przepisy prawa unijnego jako podstawę zarzutu dotyczącego dyskryminacji łączonej – w rozumieniu ustalonym w niniejszej książce – z którym należy wiązać obowiązek organów stosujących prawo rozważenia powołanej podstawy prawnej jako „nośnika” zakazu tej dyskryminacji i korespondującego z nim obowiązku ochrony jednostki przed skutkami dyskryminacji. Rozważania zawarte w tej części rozdziału mają na celu opracowanie modelowego zestawu reguł ochrony przed dyskryminacją łączoną, który wydaje się nie być jedynie postulatem *de lege ferenda*, a konkretną normą mogącą mieć w sprawie zastosowanie. Jest to efekt prowadzonych analiz i podsumowań zawartych w książce. Dalsza część rozdziału poświęcona jest postulatom w kontekście przesłanek wprowadzenia wiążącego zakazu dyskryminacji zbieżnej jako instrumentu ochrony mniejszości etnicznych w UE. Zawarte są tu argumenty zarówno o charakterze dogmatycznym, jak i sprawozdawczym (w zakresie ogólnych i szczegółowych kierunków polityk UE) przemawiające za uznaniem, że zakaz ten jest najważniejszym środkiem prawnym służącym szerokiej ochronie mniejszości etnicznych w UE, jako grup wrażliwych, przed postępującą marginalizacją w państwach, które zamieszkują. W związku z tym, że każde prawo dla swej efektywności wymaga osadzenia w rzeczywistości społecznej, dokonano projekcji potrzeby ochrony prawa przed dyskryminacją ze względu na konkretne kryteria, tj. pochodzenie

etniczne (rasowe) oraz płeć. Niezbędne było zbadanie sytuacji społeczno-prawnej europejskiej populacji Romów, w ramach czego nacisk położono na sytuację kobiet romskich jako grupy społecznej szczególnie podatnej na dyskryminację ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium, a konkretnie dyskryminacji zbieżnej. Poszukiwanie grupy mniejszościowej właściwej dla prowadzonych rozważań skupiło się na kobietach romskich przede wszystkim z tej przyczyny, że mają one „zaplecze” migracyjne osadzone w wydarzeniach historycznych tej mniejszości. Wybór tej grupy podyktowany był także możliwością znalezienia analogii do grupy Afroamerykanek – będącej grupą badaną przez K. Crenshaw – względem tych samych cech mogących być podstawą zakazanej dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium. Ta część przedmiotowej analizy wykracza poza ramy prawne tytułowego zagadnienia i opiera się na badaniach, których spektrum przesądza o ich interdyscyplinarnym zasięgu. Badania wymagały studiów danych statystycznych, socjologii prawa, filozofii polityk oraz ekonomicznej analizy prawa.

Na podstawie poczynionych ustaleń, w zakresie, w jakim dyskryminacja wykracza ponad wąsko ujęte oddziaływanie pojedynczych kryteriów różnicowania i celuje jedynie w jednostki, oraz w zakresie, w jakim dyskryminacja wpływa na rozmiar wykluczenia społecznego całych grup wrażliwych, dochodzi się do wniosków, że skuteczne zwalczanie dyskryminacji to raczej zapobieganie niż reakcja na dyskryminację, a wyselekcjonowane działania powinny obejmować nie tylko sam akt dyskryminacji, ale także jego przyczyny i skutki, zaś środki ochrony prawnej powinny uwzględniać, że grupa dyskryminowana nie ogranicza się do grupy osób dotkniętych przez sam akt dyskryminacji, lecz rozszerza się na podmioty opresjonowane systemowo, których interesy są marginalizowane przez funkcjonującą, zastaną koncepcję zakazu dyskryminacji, która nie spełnia wymagań stawianych przez zmieniającą się rzeczywistość społeczno-prawną.

Mimo iż pierwotnym założeniem opracowania było przedstawienie również wyników analizy dorobku prawnego państw członkowskich UE w tytułowym zakresie, to ostatecznie zrezygnowano z tego zamiaru. Po przeprowadzeniu wstępnych badań porównawczych (tych

aktów prawnych, do których udało się dotrzeć) oraz stanowisk doktryny okazało się, że rozwiązania prawne w państwach, które zasługiwałyby na omówienie, charakteryzują się na tyle wąską regulacją, często koncepcyjnie niespójną, że ujęcie tej analizy w szersze ramy okazało się niecelowe. Poza zakresem rozważań pozostają także kwestie związane z przesłankami konstruowania roszczeń wynikających z naruszenia zakazu dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium oraz konsekwencje procesowe wystąpienia z takim roszczeniem, a to z tego względu, że ambicją monografii nie było opracowanie zagadnienia pod kątem wypracowania systemowych rozwiązań. Uznano, że szczegółowe rozwiązania o naturze sądowego stosowania prawa nabierają cech problematyki wtórnej.

* * *

Praca ta nie powstałaby, gdyby nie życzliwość i pomoc wielu osób, którym zbiorowo w tym miejscu dziękuję.

Szczególnie jednak wdzięczna jestem Panu prof. dr. hab. Andrzejowi Wróblowi za opiekę naukową pełną nieustannej inspiracji, niezwykle pozytywnej energii i życzliwości oraz ukierunkowanie mojego rozwoju naukowego.

Serdecznie dziękuję także Panu prof. dr. hab. Janowi Barczowi za cenne i życzliwe uwagi do tekstu.

Last but not least dziękuję Tym, bez których w ogóle nie podjęłabym się tego wysiłku i którzy nieustająco wspierali mnie podczas pisania tej książki – Moim Najbliższym – Rodzinie i Przyjaciołom.

Rozdział 1

POSZUKIWANIE PRZESTRZENI AKSJOLOGICZNEJ DLA ZAKAZU DYSKRYMINACJI ZE WZGLĘDU NA WIĘCEJ NIŻ JEDNO ZABRONIONE KRYTERIUM

1.1. Wprowadzenie

Zakaz dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium jest na tyle nową koncepcją prawa, że zanim zostanie ona poddana analizie w kontekście wyznaczenia pożądanego standardu ochrony przed taką dyskryminacją i poszukiwania systemu prawa, który spełnia niezbędne wymagania, konieczne jest ustalenie, czy aksjologia systemu prawa antydyskryminacyjnego wspólna dla kontynentu europejskiego stwarza możliwość ujęcia w jej ramach tej koncepcji. W szczególności wyjaśnienia wymagają podstawowe pojęcia z zakresu prawa równościowego i antydyskryminacyjnego, gdyż to one stanowią trzon dalszych rozważań, z uwagi na to, że do tych pojęć odwołują się wszystkie analizowane akty prawne i na nich bazują wnioski przedstawiane w całej publikacji. Dlatego też wyjaśniane będą terminy „godność” i „tożsamość” jako te istotne dla ustalenia, które działania mają znaczenie w obszarze stanowienia i stosowania środków służących zwalczaniu dyskryminacji dotyczącej podmioty opresjonowane. Innymi słowy, dlaczego niektóre formy opresji powodują, że ich skutek jest jednowymiarowy, a niektóre przyjmują efekt wielowymiarowy. Podane zostaną przykłady różnego rozumienia tych pojęć, aby przybliżyć kierunek, w którym podąża prowadzona analiza.

Podobnej analizie poddany zostanie „nakaz równego traktowania” oraz „zakaz dyskryminacji”. Wymagane tu jest odwołanie się aż do Arystotelesowskiego ujęcia zasady równości i ustalenie, zgodnie z aktualnymi podstawami aksjologicznymi, w jakim kierunku postępuje ewolucja tej zasady. Zabieg ten powinien zilustrować, czy zasada równości, której poszanowania wymagają wszystkie europejskie systemy prawne, ma definicję, która, w dopuszczalnych ramach, jest w stanie uwzględniać potrzeby zmieniającej się na przestrzeni wieków rzeczywistości społecznej. Podobnej charakterystyce zostanie poddany „zakaz dyskryminacji”. Z całą stanowczością należy jednak podkreślić, że nacisk położony zostanie na przedstawienie tych aspektów powołanych zagadnień, które wykazały tendencję do ewolucji, powodując tym samym otwarcie się na nowe rozwiązania prawne.

W tym samym rozdziale zostaną krótko wyjaśnione zagadnienie wielowymiarowości prawa antydyskryminacyjnego oraz scharakteryzowana koncepcja grup wrażliwych. Zabieg ten uznano za niezbędny dla celów wykazania społeczno-prawnych fundamentów, na których w Europie można budować koncepcję zakazu dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium.

1.2. Godność i tożsamość jednostki

1.2.1. Specyfika terminu „godność”

Godność to pojęcie wywodzone z łacińskiego *dignitas*, tłumaczonego (poza aspektami związanymi z piastowaniem urzędu) jako godność człowieka; wartość moralna człowieka, uczciwość, honor¹. Encyklopedia prawa nadaje mu kilka znaczeń: 1) subiektywne poczucie własnej tożsamości i indywidualności oparte na własnym systemie wartości i przekonań; 2) sfera osobowości konkretyzująca się w poczuciu własnej wartości człowieka i oczekiwaniu szacunku ze strony innych ludzi. Poczucie to jest zmienne i warunkują je czynniki zewnętrzne, powiązane

¹ J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2009, s. 288.

kulturowo, historycznie i religijnie, a także czynniki wewnętrzne, cechy psychiki człowieka². W takim ujęciu godność ma charakter obiektywny i jest cechą przyrodzoną, przysługującą każdemu człowiekowi; człowieka nie można pozbawić godności ani się jej zrzec³.

Sama idea godności wywodzi się ze starożytności i rozwijała się na tle rozważań o wartości świata, w ramach których Cynceron zestawiał godność z wartością, która nie ma ceny⁴. Obecnie należy przyjąć, że godność jest pojęciem elementarnym wyrażającym cywilizacyjny aksjomat, że każdy człowiek posiada niezbywalną wartość – ludzką godność (łac. *dignitas humana*). Innymi słowy, jest to istota podmiotowej egzystencji każdego człowieka i, jako taka wartość, przynależna jest każdej osobie już tylko z faktu zaliczenia jej do rodzaju ludzkiego. Należy także założyć, że pozostając w ścisłym związku z samą istotą człowieczeństwa, nie może być sprowadzona do jednej z wielu wolności czy praw człowieka. Godność jest koncepcją dużo starszą od praw człowieka⁵, dlatego też określana jest wartością przedpozytywną⁶. W związku z tym, że jest zakotwiczona w prawie naturalnym, nie może podlegać umniejszeniu (ograniczeniu/naruszeniu) prawem stanowionym.

² Na przestrzeni wieków pojęcie godności było używane i rozwijane przez wielu autorów doktryny, którzy kształtowali je w powiązaniu z wiodącą ideologią, głównymi ruchami społecznymi czy pod wpływem najistotniejszych działań instytucji państwowych. Niektóre wypracowane definicje są spójne, inne sprzeczne. Niemniej ani za możliwe, ani za celowe nie można uznać potrzeby ujednoczenia ich treści w celu utworzenia globalnej definicji. Tak też O. Kamir, *Applying Dignity, Respect, Honor and Human Rights to a Pluralistic, Multicultural Universe*, Research Paper Series Robert Schuman Centre for Advanced Studies (RSCAS) 2015/55, s. 3.

³ Fragment definicji omijający aspekt piastowania urzędu: *Encyklopedia prawa*, wyd. 4, red. U. Kalina-Prasznic, Warszawa 2007, s. 209 – hasło opracowane przez B. Banaszaka.

⁴ Za: L. Bosek, komentarz do art. 30 Konstytucji RP [w:] *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 724, nb. 5.

⁵ Twierdzi się, że koncepcja ludzkiej godności ma już 2500 lat historii, tak B. Pie-roth, B. Schlink, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg 2006, za A. Barak, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press 2015, s. XVII.

⁶ A. Wróbel, komentarz do tytułu I „Godność” [w:] *Karta Praw Podstawowych...*, red. A. Wróbel, s. 28.

Monika Domańska – doktor nauk prawnych; adiunkt w Zakładzie Prawa Europejskiego Instytutu Nauk Prawnych PAN; asystent-specjalista ds. prawa europejskiego, członek Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego; zastępca redaktora naczelnego „Anti-Discrimination Law Review”; radca prawny; autorka wielu prac z zakresu prawa pracy, prawa antydyskryminacyjnego oraz sądowego stosowania prawa Unii Europejskiej.

Dyskryminacja ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium to dyskryminacja, która oddziałuje na podmiot dyskryminowany wielością zakazanych kryteriów różnicowania, pogarszając jego sytuację w charakterystyczny sposób. Niektóre z form dyskryminacji wielokrotnej są nowymi koncepcjami prawa i nie są zakazane *expressis verbis* obowiązującymi przepisami prawa.

W publikacji omówiono m.in. następujące zagadnienia:

- konstrukcję dyskryminacji wielokrotnej,
- godność i tożsamość jednostki,
- relację pomiędzy prawem antydyskryminacyjnym a równościowym,
- sposób kształtowania się grup wrażliwych oraz utrwalania stereotypów,
- standard ochrony jednostek i grup przed dyskryminacją wielokrotną.

W książce przeanalizowano przepisy wyznaczające ogólny standard ochrony przed dyskryminacją, w tym akty ONZ, Rady Europy i Unii Europejskiej, a także orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Komitetów Praw Człowieka.

Monografia jest przeznaczona dla praktyków prawa – sędziów, adwokatów i radców prawnych. Będzie też przydatnym źródłem wiedzy dla studentów prawa, europeistyki, socjologii, stosunków międzynarodowych, jak również osób poszukujących argumentacji prawnej w sytuacji nierównego traktowania.



9788381603966 W01P01

ISSN 1897-4392
ISBN 978-83-8160-396-6



9 788381 603966

ZAMÓWIENIA:

INFOLINIA 801 04 45 45, FAX 22 535 80 01

ZAMOWIENIA@WOLTERSKLUWER.PL

WWW.PROFINFO.PL