

**Nr**  
**7/2011**

**ANALIZY**  
**RAPORTY**  
**EKSPERTYZY**

**Katarzyna Wencel**

**DOWODZENIE W SPRAWACH**  
**O DYSKRYMINACJĘ.**  
**MOŻLIWOŚCI I OGRANICZENIA**  
**UDOWODNIENIA NIERÓWNEGO**  
**TRAKTOWANIA**

**S**towarzyszenie  
**I**nterwencji  
**P**rawnej

## SPIS TREŚCI

<b>1. Wprowadzenie</b>	<b>3</b>
<b>2. Rozkład ciężaru dowodu</b>	<b>4</b>
2.1. Ciężar dowodu w świetle antydyskryminacyjnego prawa Unii Europejskiej	6
2.2. Rozkład ciężaru dowodu w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka	8
2.3. Polskie przepisy prawne a ciężar dowodu w sprawach o dyskryminację	12
<b>3. Środki dowodowe i metody dowodzenia dyskryminacji</b>	<b>16</b>
3.1. Katalog środków dowodowych	17
3.2. Swobodna ocena dowodów	19
3.3. Dane statystyczne i inne środki dowodowe w sprawach o dyskryminację	20
3.4. Testy dyskryminacyjne jako szczególna metoda udowodnienia dyskryminacji	27
<b>4. Podsumowanie</b>	<b>31</b>
<b>Summary</b>	<b>32</b>

## 1. Wprowadzenie

Sprawy o dyskryminację są wyjątkowo trudne do udowodnienia. Zachowania noszące znamię nieuprawnionego nierównego traktowania niejednokrotnie mają bowiem miejsce za zamkniętymi drzwiami zakładu pracy, w relacjach pomiędzy dwiema osobami, np. urzędnikiem-petentem, pracodawcą- pracownikiem, lekarzem-pacjentem. Zazwyczaj brak jest świadków tego zdarzenia i ofiara dyskryminacji może jedynie zdać relację z tego, czego doświadczyła, postępując się „słowem przeciwko słowu”. W takich sytuacjach tradycyjne metody dowodzenia mogą się okazać niewystarczające. Jeżeli nawet są świadkowie, często nie chcą oni zeznawać w sądzie. Pokrzywdzony nie dysponuje także najczęściej dokumentami potwierdzającymi fakt zaistnienia dyskryminacji czy nagraniami rejestrującymi dyskryminujące praktyki.

Dyskryminacja jest zjawiskiem niedookreślonym, biorącym się z subiektywnego odczucia osoby dyskryminowanej, nieraz trudnym do zamknięcia w ramy prawne i jeszcze trudniejszym do udowodnienia przed sądem. Motyw, który był przyczyną odmiennego traktowania, zazwyczaj istnieje jedynie w umyśle sprawcy dyskryminacji. Stąd wykazanie, że podstawą innego traktowania była konkretna cecha prawnie chroniona, może okazać się realnym problemem<sup>1</sup>. Trudności dowodowe pojawiają się szczególnie, gdy mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią – częściej występującą, ukrytą, bardziej zawaolowaną formą nieuzasadnionego nierównego traktowania. Dyskryminacja bezpośrednia ze względu na rasę, pochodzenie narodowościowe czy etniczne występuje stosunkowo rzadko, choć jej przypadki wciąż się zdarzają. Jako przykład można wskazać chociażby wydarzenia z przełomu 2010 i 2011 roku w Poznaniu, kiedy nie wpuszczono Romów do kilku lokali gastronomicznych otwarcie wskazując na ich pochodzenie etniczne jako przyczynę odmowy<sup>2</sup>. Podobnie w sprawie *Feryn*<sup>3</sup> Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że mamy do czynienia z dyskryminacją bezpośrednią. W takich sprawach udowodnienie nieuzasadnionego nierównego traktowania jest o tyle prostsze, że ma miejsce wyraźne wskazanie cechy prawnie chronionej, ze względu na którą podmiot dopuszczający się dyskryminacji odmiennie traktuje daną grupę czy jednostkę. Inaczej jednak przedstawia się sytuacja, kiedy zachodzi przypadek dyskryminacji pośredniej. Tutaj szczególne znaczenie ma przesunięcie ciężaru dowodu na stronę pozwaną oraz wykorzystanie innych, nietradycyjnych środków dowodowych, dzięki którym strona powodowa może uprawdopodobnić fakt dyskryminacji. Dzieje się tak, gdyż w przypadku dyskryminacji pośredniej ofiara dyskryminacji zazwyczaj nie dysponuje danymi, które potwierdzałyby, iż pozornie neutralne kryterium czy praktyka powoduje w jej przypadku szczególnie niekorzystną sytuację. Bez przesunięcia ciężaru dowodu w wielu sprawach nie udałoby się w ogóle dowieść

<sup>1</sup> *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji*, Agencja Praw Podstawowych i Rada Europy 2010, str. 134.

<sup>2</sup> W sprawie jednej z ofiar sąd I instancji dnia 24 października 2011 r. oddalił powództwo, uznając, że właściciele klubu nie można przypisać odpowiedzialności za działania zatrudnianych przez nią ochroniarzy. W dniu 29 lutego 2012 r. Sąd Apelacyjny uchylił wyrok sądu I instancji uznając, że właścicielka klubu nie wpuszczając do niego Romów dopuściła się dyskryminacji, za co musi przeprosić oraz zapłacić 10 tys. zł zadośćuczynienia na rzecz Wielkopolskiego Stowarzyszenia Kulturalno-Oświatowego Polskich Romów. Sprawę monitoruje Helsińska Fundacja Praw Człowieka, więcej na stronie <http://www.hfhrpol.waw.pl/dyskryminacja/home/strona-6>.

<sup>3</sup> Wyrok z 10.7.2008 r. w sprawie C- 54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding* przeciwko *Firma Feryn NV*.

nierównego traktowania, bowiem to strona powodowa jest w posiadaniu informacji wskazujących na określone różnicowanie. Przykładem tego może być dyskryminacja pracowników w kwestii wynagrodzenia przez pracodawcę przyznającego nagrody i premie pieniężne, z pozoru wszystkim zatrudnionym, ale faktycznie tylko tym, którzy są w pełni dyspozycyjni. Takie ukształtowanie elementów wynagrodzenia prowadzi do sytuacji, że pracownicy – matki lub ojcowie małych dzieci, mniej dyspozycyjni od swoich bezdzietnych kolegów czy koleżanek z pracy, rzadziej lub wcale otrzymują bonusy, co wpływa na wymiar ich pensji. W tym przypadku pracownik dochodzący swoich roszczeń nie będzie mógł wykazać przed sądem, że faktycznie jego sytuacja w porównaniu z innymi jest gorsza, gdyż nie będzie miał dostępu do dokumentacji pracowniczej (umowy, paski płac, charakterystyka osób zatrudnionych) będącej w posiadaniu pracodawcy. Dzięki zasadzie przeniesionego ciężaru dowodu to pozwany pracodawca będzie musiał udowodnić, że nie dyskryminował udostępniając konkretne dane.

Inną przeszkodą w skutecznym dochodzeniu swoich praw przed sądami i organami jest niska świadomość kwestii związanych z równym traktowaniem, nawet wśród prawników, sędziów, adwokatów czy radców prawnych profesjonalnie zajmujących się świadczeniem pomocy prawnej. Tymczasem możemy się spodziewać, że spraw o nierówne traktowanie będzie przybywać w polskich sądach (nie tylko w sądach pracy), szczególnie z uwagi na wejście w życie w dniu 1 stycznia 2011 roku nowego prawa antydyskryminacyjnego – ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania<sup>4</sup>.

## 2. Rozkład ciężaru dowodu

Zgodnie z ogólną zasadą rozłożenia ciężaru dowodu, w toku postępowania strony zobowiązane są dowieść przytaczane przez nie fakty i okoliczności sprawy, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne. Koncepcja ciężaru dowodu (*onus probandi*) dotyczy możliwości uznania przez sąd za stwierdzone jedynie tych faktów, które zostały dowiedzione oraz nieuwzględnienia tych faktów, które dowiedzione nie zostały<sup>5</sup>. W sprawach o dyskryminację punkt ciężkości rozkłada się inaczej, gdyż następuje tzw. przerzucenie ciężaru dowodu. Oznacza to, że powód ma obowiązek jedynie uprawdopodobnić, a nie udowodnić, fakt zaistnienia dyskryminacji, natomiast to pozwany musi udowodnić, że nie dyskryminował, albo też że nierówne traktowanie było obiektywnie uzasadnione. Zgodnie z tą zasadą sąd powinien uznać, że doszło do dyskryminacji nawet, jeśli powód jedynie przedstawi fakty, z których sąd wywnioskuje, że dyskryminacja mogła mieć miej-

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, Dz. U. z 2010 r., Nr 254, poz. 1700. W 2011 r. do sądów okręgowych i rejonowych wpłynęło łącznie 30 spraw o przyznanie odszkodowania na podstawie art. 13 ustawy. Sądy załatwiły 17 spraw, w tym 9 spraw oddalono, 3 sprawy zwrócono, 1 sprawę odrzucono i 2 umorzono. 13 spraw pozostało do załatwienia w roku 2012, informacje uzyskane na podstawie interpelacji poselskiej, <http://orka2.sejm.gov.pl/IZ7.nsf/main/6009A444>.

<sup>5</sup> M. Zima-Parjaszewska, *Postępowania sądowe o dyskryminację osób LGBT w zatrudnieniu – wybrane problemy*, w: K. Śmiszek (red.), *Dyskryminacja ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową w zatrudnieniu*, Kampania Przeciwko Homofobii, Warszawa 2011, str. 57.

sce, a pozwany nie podważy słuszności tego wniosku<sup>6</sup>. Sąd w toku analizy sprawy korzysta ze zwykłych domniemań faktycznych, czyli opartych na doświadczeniu życiowym przekonaniu, że w typowym przebiegu wydarzeń określone postępowanie mogło mieć związek z działaniem dyskryminacyjnym. Jeżeli pozwany nie zdoła obalić tego domniemania, sąd powinien stwierdzić zaistnienie przypadku dyskryminacji<sup>7</sup>. Przerzucenie ciężaru dowodu na pozwanego ma na celu ułatwienie uzyskania przez powoda prawnej ochrony przed dyskryminacją oraz umożliwienie skutecznego dochodzenia swoich praw. Zobowiązanie pozwanego do ponoszenia części ciężaru dowodowego nałożonego na powoda jest zatem warunkiem efektywnego i rzeczywistego funkcjonowania materialnych gwarancji niedyskryminacji.

Po zaprezentowaniu przez powoda faktów, które wskazywałyby na jego nierówne potraktowanie, czyli w momencie, kiedy zostanie ustanowione domniemanie dyskryminacji, strona przeciwna powinna udowodnić, że dyskryminacja w rzeczywistości nie miała miejsca. Tak wyrażony obowiązek jest jednak co najmniej niejasny. Bowiem może być trudno udowodnić, że nie zrobiło się czegoś lub coś nie miało miejsca<sup>8</sup>. Udowodnienie tego powinno się odbywać poprzez złożenie wyjaśnień, co się wydarzyło (lub co się nie zdarzyło) oraz przedstawienie dowodów na poparcie tych twierdzeń. Może to się odbyć np. poprzez przekazanie dodatkowych wyjaśnień do tego, co przedstawiła strona powodowa lub uzupełnienie obrazu przez nią zarysowanego, bądź też zaprezentowanie faktów w innym świetle, z innej perspektywy. Na przykład w jednej ze spraw kandydatka starająca się o pracę zarzuciła, że z uwagi na wyznawaną przez nią religię (islam) i fakt noszenia chusty podczas rozmowy kwalifikacyjnej była szczegółowo wypytywana o tę kwestię: dlaczego ją nosi, co robi w sytuacji, gdy ludzie są temu przeciwni. Kiedy nie otrzymała pracy, wystąpiła do duńskiego organu równościowego ze skargą na dyskryminację z powodu wyznania/religii. W toku postępowania wyjaśniającego pracodawca potwierdził, że rzeczywiście zadawał kandydatce te pytania, jednak powodem tego była potrzeba sprawdzenia jej reakcji. Gdyby bowiem otrzymała pracę, musiałaby zmierzyć się z klientami, którzy mogliby o to pytać i nie byłiby zbyt delikatni w swoich uwagach. Pracodawca uważał, że umiejętność radzenia sobie z krytyką czy napastliwymi pytaniami ze strony klientów była istotnym czynnikiem, który brał pod uwagę w toku rekrutacji przy podejmowaniu decyzji o zatrudnieniu. To wyjaśnienie pracodawcy w powiązaniu z faktem, że inne kandydatki również były pytane o chusty, a jedna z nich została w konsekwencji zatrudniona, wystarczyło do obalenia zarzutu dyskryminacji<sup>9</sup>.

Przeniesienie ciężaru dowodu ma szczególne znaczenie w sprawach o dyskryminację pośrednią. W przypadku tej formy dyskryminacji należy wykazać, że określone kryteria, wymogi czy praktyki mają niepro-

---

<sup>6</sup> Opinia prawna Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w sprawie z powództwa *Mirosława Harasyma przeciwko Przedsiębiorstwu Państwowej Komunikacji Samochodowej w Bytowie* w związku z apelacją powoda od wyroku Sądu Rejonowego w Człuchowie z dnia 10 listopada 2006 r. (sygn. akt P 284/06) o uznanie za bezskuteczne wypowiedzenia umowy o pracę, rozdział „Przesunięcie ciężaru dowodu”, pkt 31.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> M. van den Brink, *Accusations of discrimination and the shifting burden of proof*, Working Paper for the ERA Meeting 5-6 November 2007, Trier, str. 6.

<sup>9</sup> *Ibidem*, str. 7.

porcjonalnie niekorzystny wpływ na określoną grupę. Dlatego w takich sprawach pomocne mogą się okazać dane statystyczne, o których mowa będzie dalej. Bowiem aby wystąpić z domniemaniem, że miała miejsce dyskryminacja pośrednia, powód może przedstawić dowody statystyczne potwierdzające ogólne schematy odmiennego traktowania<sup>10</sup>.

### 2.1. Ciężar dowodu w świetle antydyskryminacyjnego prawa Unii Europejskiej

Zasada rozkładu ciężaru dowodu w sprawach o nierówne traktowanie jest ugruntowana w systemie prawnym Unii Europejskiej. Tematyka ta jest również przedmiotem zainteresowania Rady Europy – mowa przede wszystkim o zakazie dyskryminacji zawartym w art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Co prawda przepisy Konwencji ani jej protokołów dodatkowych nie regulują kwestii proceduralnych, w tym przypadku związanych z dowodzeniem i rozkładem ciężaru dowodu, jednakże Europejski Trybunał Praw Człowieka wypowiedział się na ten temat przy okazji kilku spraw, co stanowi przedmiot dalszych rozważań.

Prawo Unii Europejskiej przewiduje *expressis verbis* obowiązek odwrócenia ciężaru dowodu. Dyrektywy antydyskryminacyjne Unii Europejskiej, w tym Dyrektywa 2000/43<sup>11</sup>, Dyrektywa 2000/78<sup>12</sup> oraz Dyrektywa 2002/73<sup>13</sup> przewidują zasadę przerzucenia ciężaru dowodu z powoda na pozwanego w sprawach dyskryminacyjnych. Jeszcze zanim przyjęte zostały te instrumenty prawne, kwestie dowodowe uregulowane zostały w dyrektywie Rady 97/80/WE z dnia 15 grudnia 1997 r. dotyczącej ciężaru dowodu w przypadku dyskryminacji ze względu na płeć<sup>14</sup>. Jej preambuła w pkt 4-7 zawiera informacje na temat konsultacji społecznych w sprawie treści dyrektywy, wskazując następnie cel wprowadzenia uregulowania w sprawie rozkładu ciężaru dowodu. Punkt 7 stanowi, że *Zgodnie z postanowieniami art. 1 Porozumienia Wspólnota i Państwa Członkowskie postawiły sobie za cel, między innymi, poprawę warunków życia i pracy; skuteczne wprowadzenie w życie zasady równości traktowania mężczyzn i kobiet przyczyniłoby się do osiągnięcia tego celu*. Wynika z tego, że celem wprowadzenia reguły odwróconego ciężaru dowodu jest zapewnienie realizacji zasady równości w praktyce, co w przypadku odmiennego uregulowania, mogłoby się okazać iluzoryczne. Potwierdza to punkt 17 (*Strony skarżące mogłyby być pozbawione skutecznych środków realizacji zasady równości traktowania przed sądami krajowymi, jeżeli skutkiem przedstawienia dowodu jawnej dyskryminacji nie byłoby przesunięcie na stronę pozwaną ciężaru dowodu, że jej praktyka nie jest w rzeczywistości dyskryminująca*) oraz punkt 18 preambuły dyrektywy (*Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich przyjął*

<sup>10</sup> Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji, op. cit.

<sup>11</sup> Dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzającą w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne.

<sup>12</sup> Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy.

<sup>13</sup> Dyrektywa 2002/73/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 września 2002 zmieniająca dyrektywę Rady 76/207/EWG w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy.

<sup>14</sup> Dyrektywa Rady 97/80/WE z dnia 15 grudnia 1997 r. dotycząca ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć, Dziennik Urzędowy L 014, 20/01/1998 P. 0006 – 0008.

więc, że zasady dotyczące ciężaru dowodu muszą być dostosowane w odniesieniu do niewątpliwych przypadków dyskryminacji oraz że dla skutecznego stosowania zasady równości traktowania ciężar dowodu musi przejść na stronę pozwaną, jeżeli przedstawiony jest dowód takiej dyskryminacji). W dyrektywie także słusznie wskazano, o czym była mowa wcześniej, że o wiele trudniej jest udowodnić dyskryminację, jeżeli jest ona pośrednia (pkt 19).

Artykuł 1 dyrektywy 97/80 potwierdza założenie przyjęte w preambule i wskazuje jej cel, którym jest zapewnienie, że działania podjęte przez Państwa Członkowskie dla realizowania zasady równości traktowania mają się stać skuteczniejsze, aby umożliwić wszystkim osobom, które uznają, że w stosunku do nich naruszona została zasada równości traktowania, *potwierdzenie ich praw w procesie sądowym po wyczerpaniu możliwości przed innymi właściwymi organami*. W związku z tym państwa członkowskie są zobowiązane zapewnić ofiarom dyskryminacji gwarancje ochrony ich praw, precyzując, że w sytuacji, gdy *przedstawią przed sądem lub innym właściwym organem fakty, z których można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, zadaniem strony pozwanej będzie udowodnienie, że zasada równości traktowania nie została naruszona* (art. 4 ust. 1). Dyrektywa wyjaśnia także, że państwa członkowskie mogą wprowadzać zasady dowodowe korzystniejsze dla strony skarżącej (art. 4 ust. 2). Termin wdrożenia dyrektywy 97/80 został wyznaczony na dzień 1 stycznia 2001 roku. Polska, przystępując do Unii Europejskiej w 2004 roku i dokonując nowelizacji kodeksu pracy, wdrożyła postanowienia niniejszej dyrektywy w obszarze zatrudnienia.

Jeżeli chodzi o tzw. dyrektywę rasową, pkt 21 uzasadnienia preambuły określa cel polityczny stojący u podstaw przerwania ciężaru dowodu. Jest nim, podobnie jak w przypadku dyrektywy 97/80, skuteczność stosowania zasady równego traktowania. Zgodnie z art. 8 ust. 1 państwa członkowskie zobowiązane są zatem podejmować *takie środki, które są niezbędne, zgodnie z ich krajowymi systemami prawnymi, w celu zapewnienia, że gdy osoba, która uważa się za pokrzywdzoną nieprzestrzeganiem wobec niej zasady równego traktowania i przedstawia przed sądem lub właściwym organem fakty, z których można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, to na stronie pozwanej ciąży udowodnienie, że zasada równego traktowania nie została naruszona*. Dyrektywa także wskazuje, że przepis ten nie stanowi przeszkody dla państwa członkowskiego, aby ustanowiło ono zasady dowodowe bardziej korzystne dla powoda. (art. 8 ust. 2). Zasady odwróconego ciężaru dowodu nie stosuje się natomiast do postępowań karnych (art. 8 ust. 3). Państwa Członkowskie mogą nie stosować zasady odwróconego ciężaru dowodu do postępowań, w których ustalenie faktów należy do sądu lub właściwego organu (art. 8 ust. 5). Dla przykładu, we Francji (ale też i w Polsce) zasady odwróconego ciężaru dowodu nie stosuje się w postępowaniu administracyjnym, które ma charakter inkwizycyjny i widać wyraźnie sformułowany obowiązek organu do rzetelnego przeprowadzenia postępowania dowodowego, co oznacza inicjowanie i przeprowadzanie niezbędnych dowodów z urzędu. W tym przypadku nie można mówić nawet o rozkładzie ciężaru dowodu, gdyż brak w tej procedurze

jakichkolwiek elementów zasady kontradiktoryjności – w postępowaniu administracyjnym to organ działający jak inkwizytor, ma obowiązek zgromadzić wszelkie dowody.

Artykuł 10 dyrektywy nr 2000/78 wprowadza zasadę odwróconego ciężaru dowodu stanowiąc, że do udowodnienia, iż nie wystąpiło pogwałcenie zasady równego traktowania, zobowiązana jest strona pozwana w przypadku, gdy ofiary dyskryminacji *ustalą przed sądem lub innym właściwym organem fakty, które nasuwają przypuszczenie o zaistnieniu bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji*. Zatem gdy powód wykaże takie fakty (domniemanie dyskryminacji), na pozwanego przerzucany jest ciężar dowiedzenia, że zasada równego traktowania nie została naruszona, lub też różnica w traktowaniu nie stanowiła w tym przypadku dyskryminacji. Oznacza to, że pozwany musi wykazać, że nie doszło do naruszenia zakazu dyskryminacji, a gorsze traktowanie (lub uprzywilejowanie) oparte było na obiektywnych przesłankach niemających związku z daną cechą prawnie chronioną.

Warto zwrócić uwagę, że rozwiązanie przyjęte w dyrektywach dotyczących równego traktowania odpowiada podejściu przyjętemu we wcześniejszej dyrektywie w sprawie ciężaru dowodu, jak również w linii orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, ale także Komisji Praw Człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych czy Ogólnoamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka<sup>15</sup>.

## **2.2. Rozkład ciężaru dowodu w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka**

Problematyka dowodzenia dyskryminacji pojawia się w orzeczeniach zarówno Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC), jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Oba Trybunały słusznie zauważyły, że w sprawach o nierówne traktowanie pokrzywdzeni natrafiają na szczególne trudności dowodowe i w obu porządkach prawnych, zarówno Rady Europy, jak i Unii Europejskiej, kwestie dowodowe w sprawach o nierówne traktowanie wymagają specjalnej uwagi. Orzeczenia w tej materii nie są co prawda liczne, ale po pierwsze, warto przeanalizować, w jaki sposób wyinterpretowana została i następnie rozumiana przez TSUE zasada odwróconego ciężaru dowodu, jeszcze zanim przyjęte zostały tzw. dyrektywy równościowe. Po drugie, w orzeczeniach ETPC i TS UE zaobserwować można interesującą ewolucję w dopuszczaniu różnych środków dowodowych w sprawach dyskryminacyjnych, np. danych statystycznych, o czym mowa będzie niżej.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej bardzo wcześnie zrozumiał, że w sprawach, w których mamy do czynienia z nieuzasadnionym nierównym traktowaniem, ofiara dyskryminacji może napotykać na szczególne problemy w trakcie procesu, jeżeli ciężar dowodu będzie spoczywał właśnie na niej. Zostało to

---

<sup>15</sup> Opinia prawna Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka..., pkt 36.



podkreślone w wyroku z 1989 r. w sprawie *Danfoss*<sup>16</sup> dotyczącej różnicowania wynagradzania pracowników ze względu na staż pracy. W uzasadnieniu orzeczenia Trybunał wskazał, że w sytuacji, kiedy system wynagradzania nie jest przejrzysty i nie pozwala na zidentyfikowanie kryteriów, jakimi pracodawca się posłużył różnicując wynagrodzenia pracowników, to ciężar udowodnienia braku dyskryminacji spoczywa na pracodawcy. Natomiast pracownik musi jedynie wykazać, że przeciętne wynagrodzenie pracowników jednej z płci jest niższe niż pracowników płci przeciwnej, w porównaniu z odpowiednio dużą liczbą pracowników. Zasada ta, po raz pierwszy tak wyraźnie wyartykułowana, została w późniejszym czasie zapisana wprost w przepisach dyrektyw antydyskryminacyjnych. Zanim jednak zostały one przyjęte, wypracowana linia orzecznicza została uwzględniona w dyrektywie dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć (97/80/WE)<sup>17</sup>.

W kontekście tej dyrektywy warto jeszcze raz podkreślić, że bardzo często ofiara dyskryminacji nie ma możliwości dowiedzenia dyskryminacji, ponieważ w większości przypadków nie ma dostępu do informacji niezbędnych do jej udowodnienia. Przykładowo, w sprawie o dyskryminację w zatrudnieniu pracownik nie ma dostępu do dokumentów czy informacji dotyczących warunków zatrudnienia czy wynagradzania innych pracowników, co utrudnia, a często wręcz uniemożliwia mu dowiedzenie przed sądem, że został potraktowany w sposób odmienny od innych pracowników właśnie ze względu na posiadaną przez niego daną cechę prawnie chronioną. Dlatego bardziej racjonalne jest, by to pracodawca był zobowiązany wykazać obiektywne powody, które stały się podstawą odmiennego traktowania, niż wymaganie, by powód udowodnił, że czynniki takie nie występowały.

Ciekawym orzeczeniem ilustrującym to zagadnienie, w którym Trybunał odpowiedział na pytanie prejudycjalne dotyczące dyrektywy 97/80, jest sprawa *Kelly przeciwko National University of Ireland*<sup>18</sup>. Sprawa dotyczyła sporu między Patrickiem Kellym a Państwowym Uniwersytetem Irlandii z powodu odmowy wydanej przez uniwersytet ujawnienia dokumentów dotyczących procesu selekcji kandydatów ubiegających się o kształcenie zawodowe. Patrick Kelly, wykwalifikowany nauczyciel, złożył na ww. uniwersytecie podanie o przyjęcie go na studia magisterskie w zakresie nauk społecznych dla pracowników socjalnych, jednak zostało ono odrzucone. Kelly poczuł się zdyskryminowany i wystąpił na drogę sądową. Jednocześnie złożył do sądu wnioski, w którym zażądał od uniwersytetu odpisów dokumentów zgromadzonych w toku rekrutacji (m.in. odpisów zarchiwizowanych podań, kart punktacyjnych kandydatów). Wniosek o ujawnienie dokumentów został oddalony, od czego Kelly się odwołał i jednocześnie złożył do sądu odwoławczego wniosek o wystąpienie do Trybunału Sprawiedliwości UE z pytaniem prejudycjalnym. Sąd krajowy, mając

<sup>16</sup> Wyrok ETS z dnia 17.10.1989 r., *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark przeciwko Dansk Arbejdsgiverforening* („Danfoss”), sygn. C-109/88, [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61988J0109&lg=en](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61988J0109&lg=en).

<sup>17</sup> Późniejsze orzeczenia w sprawach dotyczących zagadnienia kryterium stażu pracy, nie pokrywają się jednak ze stanowiskiem zajęтым w wyroku w sprawie *Danfoss*, patrz m.in. sprawa *Nimz, Gerster i Kording, Nikoloudi*.

<sup>18</sup> Wyrok TSUE z 21.07.2011 r. *Patrick Kelly p. National University of Ireland (University College, Dublin)*, sprawa C-104/10.

wątpliwości, czy oddalenie wniosku o ujawnienie dokumentów jest zgodne z prawem unijnym, zwrócił się do TSUE z następującym pytaniem (jednym z pięciu): czy art. 4 ust. 1 dyrektywy 97/80 uprawnia kandydata ubiegającego się o kształcenie zawodowe, który uważa, że odmówiono mu dostępu do kształcenia zawodowego, ponieważ nie zastosowano w stosunku do niego zasady równego traktowania, do uzyskania informacji o odpowiednich kwalifikacjach innych kandydatów na przedmiotowe studia, tak aby kandydat ten mógł „przedstawić przed sądem lub innym właściwym organem stan faktyczny, z którego można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji”? Innymi słowy TSUE miał rozstrzygnąć, czy odmowa uzyskania dokumentów, będących w posiadaniu uniwersytetu, nie narusza gwarancji procesowych Patricka Kelly’ego, czyli wyrażonej w dyrektywie zasady odwróconego ciężaru dowodu.

Trybunał po przeanalizowaniu sprawy zauważył, że na osobie, która uważa się za pokrzywdzoną z uwagi na naruszenie zasady równego traktowania, spoczywa obowiązek przedstawienia faktów, z których można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji. Jedynie w przypadku, gdy osoba ta przedstawi takie fakty, do osoby pozwanej należy udowodnienie, że nie miało miejsca naruszenie zasady niedyskryminacji. Celem dyrektywy 97/80 jest zapewnienie, by działania podejmowane przez państwa członkowskie dla realizowania zasady równości były skuteczne, stąd wprowadzenie reguły odwróconego ciężaru dowodu. Zatem państwa członkowskie nie mogą stosować regulacji, mogących zagrozić realizacji celów wytyczonych przez daną dyrektywę i w konsekwencji pozbawić ją jej skuteczności. Jednakże w rozpatrywanej sprawie Trybunał uznał, że wykładni ww. przepisu dyrektywy należy dokonywać w ten sposób, że nie uprawnia on kandydata, któremu odmówiono kształcenia zawodowego, do uzyskania specyficznych informacji posiadanych przez uniwersytet, tak aby mógł on uprawdopodobnić fakt dyskryminacji. Co ważne, Trybunał wskazał, że *nie można jednak wykluczyć, że odmówienie przez stronę pozwaną dostępu do informacji w kontekście przedstawiania takich faktów może zagrozić realizacji celu wytyczonego przez omawianą dyrektywę, a tym samym pozbawić zwłaszcza art. 4 ust. 1 tejże dyrektywy jego skuteczności (effet utile). Do sądu krajowego należy weryfikacja, czy tak jest w przypadku sprawy w postępowaniu głównym*. Trybunał zatem z jednej strony uznał, że w tej konkretnej sprawie uniwersytet nie był zobowiązany do ujawnienia informacji dotyczących rekrutacji i nie naruszył tym samym uprawnień strony powodowej w kwestii przeniesienia ciężaru dowodu i uprawdopodobnienia dyskryminacji. Z drugiej jednak strony, zostawił otwartą furtkę wskazując, że w innym stanie faktycznym być może takie działanie stanowiłoby naruszenie postanowień dyrektywy. Wskazał przy tym, że to sąd krajowy władny będzie ocenić, czy taka sytuacja ma miejsce.

Inną sprawą zawisłą przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w której analizowana była kwestia rozkładu ciężaru dowodu, w tym przypadku między pracodawcą a pracownikiem, była sprawa *Cadman*<sup>19</sup>. Sprawa ta dotyczyła zasady równości wynagrodzeń kobiet i mężczyzn w kontekście stażu pracy jako czynnika wpływającego na wysokość wynagrodzeń. Szczególnie interesująca jest opinia rzecznika general-

<sup>19</sup> Sprawa *B.F. Cadman przeciwko Health & Safety Executive*, C-17/05, wyrok TS UE z 3.10.2006 r.

nego, w której szczegółowo omawia on zagadnienie rozkładu ciężaru dowodu w sprawach o dyskryminację pośrednią. Rzecznik wskazał, że zgodnie z art. 2 ust. 2 dyrektywy 97/80 dyskryminacja pośrednia może być uzasadniona, w przeciwieństwie do dyskryminacji bezpośredniej. Jeżeli chodzi o przypadki dyskryminacji pośredniej, to skarżący (w tym przypadku pani Cadman) zobowiązany jest udowodnić, że sporny przepis (dotyczący kryterium stażu pracy) powoduje zasadniczo odmienne skutki w odniesieniu do pracowników jednej płci. Zatem na początkowym etapie ciężar dowodu spoczywa na pracowniku. Tylko w przypadku zaprezentowania takiego dowodu, pracodawca ma obowiązek przedstawienia uzasadnienia praktyki pozornie neutralnej. Jeśli pracownik przedłoży odpowiedni środek dowodowy, wówczas pracodawca musi wykazać, że kwestionowana praktyka czy kryterium dążą do realizacji zgodnego z prawem celu, są konieczne do jego osiągnięcia i proporcjonalne (pkt 25 opinii). Trybunał ostatecznie uznał, że co prawda pracodawca nie musi szczególnie wykazywać, że odwołanie do kryterium stażu jest właściwe dla osiągnięcia założonego celu w zakresie danego stanowiska pracy (gdyż co do zasady staż pracy łączy się z kwestią wynagradzania), ale mogą istnieć sytuacje, w których odwołanie się do kryterium stażu pracy powinno być uzasadnione przez pracodawcę w sposób szczegółowy.

Przechodząc do orzecznictwa ETPC dotyczącego zakazu dyskryminacji, z analizy spraw rozstrzyganych w oparciu o art. 14 EKPC wynika, że skarżący kierując sprawę do sądu powinien zwrócić uwagę na cztery kwestie. Po pierwsze, powinien podać niedozwolone kryterium różnicujące, inaczej mówiąc, cechę prawnie chronioną, ze względu na którą jest odmiennie traktowany. Po drugie, wskazać dyskryminujące w jego ocenie traktowanie, któremu podlegał. Następnie, wykazać, że jego sytuacja jest podobna (porównywalna) do sytuacji osób należących do grupy porównawczej lub od niej znacząco różna, i w końcu – wskazać prawo lub wolność chronioną Konwencją, które w jego przypadku zostało naruszone<sup>20</sup>.

Sprawą, w której jednoznacznie rozstrzygnięto kwestię rozłożenia ciężaru dowodu w sprawach dotyczących dyskryminacji opartych na art. 14 EKPC, jest sprawa *Nachova przeciwko Bułgarii*<sup>21</sup>. W sprawie funkcjonariusze państwa zastrzelili dwóch więźniów pochodzenia romskiego, którzy zbiegli z miejsca odbywania kary pozbawienia wolności. W skardze do sądu podniesiono, że decydującym powodem wydarzeń, które doprowadziły do śmierci dwóch mężczyzn oraz braku przeprowadzenia skutecznego i adekwatnego postępowania wyjaśniającego przypadek spowodowania śmierci człowieka w wyniku interwencyjnego użycia broni palnej przez funkcjonariuszy były uprzedzenia i nieprzyjazny stosunek wobec Romów. Trybunał rozpatrując materiał dowodowy uwzględnił dowody potwierdzające powszechne występowanie zjawiska stosowania przemocy wobec Romów przez wymiar sprawiedliwości w Bułgarii. Orzekł na korzyść strony skarżącej, wyraźnie wskazując, że ponieważ władze nie podjęły działań, mających na celu wykrycie u sprawców ewentualnego motywu rasistowskiego, i nie przeprowadzono oceny zgromadzonych dowodów pod

<sup>20</sup> L. Garlicki (red.), *Konwencja o ochronie praw Człowieka. Komentarz do art. 1-18*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010..., str. 791.

<sup>21</sup> Wyrok ETPC z 26.02.2004 r., *Nachova i inni przeciwko Bułgarii*, skargi nr 43577/98 i 43579/98.

tym właśnie kątem, państwo odpowiada za naruszenie art. 14 w zw. z art. 2 Konwencji. Co ważne, po raz pierwszy ciężar dowodu został przeniesiony na pozwane państwo. Trybunał potwierdził, że w sprawach o dyskryminację rozpatrywanych w oparciu o art. 14 należy go przerzucić na pozwanego, jednocześnie wskazując, że takie stanowisko jest zgodne z prawodawstwem i orzecznictwem Unii Europejskiej, powołując się wprost na przepisy dotyczące reguł dowodowych w sprawach o dyskryminację wynikających z dyrektyw 2000/43 i 2000/78. W późniejszym wyroku w sprawie *Stoica przeciwko Rumunii*<sup>22</sup>, czy kilku innych sprawach „romskich”<sup>23</sup>, Trybunał potwierdził swoje stanowisko, ugruntowując funkcjonowanie tej zasady.

Co ważne, przełomem w rozumieniu problemu nierównego traktowania w tych sprawach jest sama zmiana sposobu badania zarzutu dyskryminacji rasowej. Rozkład ciężaru dowodu jest istotny, ale przede wszystkim ważny jest sposób dokonywanej oceny konkretnego przypadku: jest on badany głównie na tle ogólnej sytuacji danej grupy mniejszościowej, bez kazuistycznej analizy stanu faktycznego sprawy<sup>24</sup>. W sprawie *Sampanis przeciwko Grecji*<sup>25</sup>. Trybunał wskazał, że na państwie ciąży obowiązek wykazania, że odmienne traktowanie jest usprawiedliwione obiektywnymi czynnikami. Sprawa ta dotyczyła dyskryminacji pośredniej i wyrok jest o tyle istotny ze względu na swoje dowodowe konkluzje, że jasno stwierdza, iż art. 14 Konwencji obejmuje również tę formę dyskryminacji, czyniąc ten przepis „skutecznym narzędziem zwalczania dyskryminacji pośredniej”<sup>26</sup>. Podobnie Trybunał rozstrzygnął sprawę *D.H. przeciwko Czechom*<sup>27</sup>, która dotyczyła dyskryminacji pośredniej – umieszczania dzieci romskich w szkołach specjalnych. W orzeczeniu Trybunał ustalił reguły dowodowe obowiązujące odtąd w takich sprawach stwierdzając, że zagwarantowanie skutecznej ochrony osobie podnoszącej zarzut dyskryminacji pośredniej wymaga, aby te reguły były łagodniejsze niż zwykle<sup>28</sup>. Sprawa ta jest interesująca także z innego powodu – po raz pierwszy Trybunał otwarcie dopuścił możliwość udowodnienia dyskryminacji innymi środkami, w tym wypadku na podstawie dowodów statystycznych, o czym mowa będzie w kolejnym rozdziale niniejszego opracowania.

### 2.3. Polskie przepisy prawne a ciężar dowodu w sprawach o dyskryminację

Zgodnie z ogólną zasadą dowodzenia w sprawach cywilnych rozkład ciężaru dowodu jest następujący: ten, który coś twierdzi, ma obowiązek to udowodnić. I tak zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. Oznacza to, że strona, chcąc dowieść swoje twierdzenia, powinna przedstawić dowody na ich poparcie, zaś fakty nieudowodnione nie

<sup>22</sup> Wyrok ETPC z 4.03.2008 r., *Stoica przeciwko Rumunii*, skarga nr 42722/02.

<sup>23</sup> Np. sprawa *D.H. i inni przeciwko Republice Czeskiej* (skarga nr 57325/00), ale także *Timishev przeciwko Rosji* (skargi nr 55762/00 i 55974/00).

<sup>24</sup> K. Sękowska-Kozłowska, *Sprawy o dyskryminację osób pochodzenia romskiego a rozkład ciężaru dowodu w postępowaniu przed ETPCz. Komentarz do wyroku w sprawie Stoica p. Rumunii*, [www.prawaczlowieka.edu.pl](http://www.prawaczlowieka.edu.pl).

<sup>25</sup> Wyrok z 5.06.2008 r., *Sampanis przeciwko Grecji*, skarga nr 32526/05.

<sup>26</sup> L. Garlicki (red.), *Konwencja...*, str. 774.

<sup>27</sup> Wyrok z 13.11.2007 r., *D.H. przeciwko Czechom*, skarga nr 57325/00.

<sup>28</sup> M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Wolters Kluwer, 5 wydanie, Warszawa 2010, str. 761.

zostaną uwzględnione przez sąd i nie będą wywoływać skutków prawnych z nimi związanych, co w konsekwencji może prowadzić do przegrania sprawy<sup>29</sup>. Dowodzenie twierdzeń nie stanowi jednak obowiązku strony, sąd nie może też nakazać przeprowadzenia określonego dowodu<sup>30</sup>. W sprawach o dyskryminację ciężar się jednak przesuwają i mamy do czynienia z jego odwróceniem, czy inaczej przerwaniem.

Polskie prawo antydyskryminacyjne w dużej mierze jest wynikiem zobowiązań międzynarodowych, jakie podjęła Polska przystępując do Unii Europejskiej, Organizacji Narodów Zjednoczonych czy Rady Europy. Zarówno przepisy kodeksu pracy, jak i „nowej” tzw. ustawy równościowej zawierają regułę odwróconego ciężaru dowodu, jednak rozumianą nieco odmiennie niż czynią to dyrektywy równościowe. Zasada ta nie oznacza, że ofiara dyskryminacji zwolniona jest od podejmowania prób wykazania nierównego traktowania<sup>31</sup>. Jest ona zobowiązana je uprawdopodobnić, czyli wskazać po pierwsze cechę prawnie chronioną, ze względu na którą naruszona została wobec niej zasada równego traktowania. Następnie, wykazać związek przyczynowy między zachowaniem stanowiącym w jej odczuciu dyskryminację a faktem posiadania tej cechy. Sprawca dyskryminacji może natomiast obalić domniemanie w dwojaki sposób. Może udowodnić, że pokrzywdzony nie znajdował się w sytuacji podobnej lub porównywalnej do sytuacji osoby będącej źródłem porównania. Może też próbować wykazać, że podstawą odmiennego traktowania nie jest cecha chroniona, ale jego zachowanie czy praktyka była podyktowana innymi obiektywnymi różnicami. Na przykład różnica w wynagrodzeniu kobiety i mężczyzny zatrudnionych na podobnym stanowisku może wynikać z wyższych kwalifikacji lub innego zakresu obowiązków każdego z nich. Jeżeli jednak sprawca dyskryminacji nie zdoła obalić domniemania, będzie musiał wykazać, że odmierne traktowanie jest obiektywnie uzasadnionym i proporcjonalnym środkiem. Skutkami naruszenia ciężaru dowodu w procesie cywilnym, zarówno art. 6 k.c., jak i przepisów odnoszących się do zasady przerwania ciężaru dowodu, jest możliwość podniesienia związanego z tym faktem zarzutu apelacyjnego lub złożenia skargi kasacyjnej. Oznacza to, że gdyby sąd niewłaściwie zastosował reguły dowodowe w toku rozpatrywania sprawy, strona odwołująca się od niekorzystnego dla niej wyroku mogłaby podnieść zarzut niezastosowania bądź błędnego zastosowania, np. zasady przeniesienia ciężaru dowodu w sprawie o dyskryminację.

W kodeksie pracy zasada przesunięcia ciężaru dowodu uregulowana jest w art. 18<sup>3</sup>b § 1 k.p., który wskazuje, że za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu uważa się różnicowanie przez pracodawcę sytuacji pracownika ze względu na cechę lub cechy prawnie chronione, czego skutkiem *w szczególności jest odmowa nawiązania lub rozwiązanie stosunku pracy, niekorzystne ukształtowanie wynagrodzenia za pracę lub innych warunków zatrudnienia albo pominięcie przy awansowaniu lub przyznawaniu innych świadczeń związanych z pracą, pominięcie przy typowaniu do udziału w szkoleniach podnoszących*

<sup>29</sup> M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny, część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 116–117.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> K. Gonera, *Rozkład ciężaru dowodu w sprawach o dyskryminację w zatrudnieniu w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, referat wygłoszony podczas seminarium „Dowodzenie w postępowaniach o dyskryminację – wyzwania” zorganizowanego przez Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, Warszawa 2011 r.

kwalfikacje zawodowe – *chyba, że pracodawca udowodni, że kierował się obiektywnymi powodami*. Właśnie w tej klauzuli „chyba, że” zawiera się reguła odwróconego ciężaru dowodu. W opinii niektórych ekspertów taka konstrukcja nie jest najwłaściwsza z uwagi na niejasność sformułowania<sup>32</sup>. Jednakże stosowana jest ona przez sądy pracy, i jak pokazuje orzecznictwo, nie powoduje większych problemów interpretacyjnych w praktyce.

Do niedawna stosowanie zasady odwróconego ciężaru dowodu możliwe było wyłącznie w sprawach pracowniczych, jednak wraz z wejściem w życie w dniu 1 stycznia 2011 roku ustawy o równym traktowaniu obowiązuje także w postępowaniach toczących się w związku z naruszeniem zasady równego traktowania w innych obszarach, m.in. dostępie do opieki zdrowotnej, zabezpieczenia społecznego czy usług mieszkaniowych. Nowa ustawa w art. 14 ust. 2 i 3 w następujący sposób formułuje tę zasadę: *Kto zarzuca naruszenie zasady równego traktowania, uprawdopodobnia fakt jej naruszenia (ust. 2). W przypadku uprawdopodobnienia naruszenia zasady równego traktowania ten, któremu zarzucono naruszenie tej zasady, jest obowiązany wykazać, że nie dopuścił się jej naruszenia (ust. 3)*. Brak jest jeszcze wyroków przyznających odszkodowanie w sprawach wytaczanych na podstawie tej ustawy, zatem trudno stwierdzić, jak przepisy te stosowane są przez sądy cywilne.

W orzecznictwie sądów pracy przyjmuje się, że powód – pracownik dochodzący swoich roszczeń przed sądem pracy powinien – nie tylko uprawdopodobnić fakt dyskryminacji, ale wskazać cechę prawnie chronioną, ze względu na którą jest odmiennie traktowany, czyli „prawdopodobne niedozwolone kryterium różnicowania sytuacji własnej i innego pracownika”<sup>33</sup>. Takie stanowisko orzecznictwa jest jednak krytykowane, a w doktrynie przyjmuje się, że samo uprawdopodobnienie nierównego traktowania powoduje domniemanie faktyczne, że różnicowanie powstało w wyniku dyskryminacji. Jednak samo domniemanie dyskryminacji powinno być na tyle „silne”, aby sąd nie oddalił powództwa uznając, że jest ono bezzasadne<sup>34</sup>.

Warto w tym miejscu omówić różnicę między domniemaniem prawnym a faktycznym, gdyż ma to znaczenie dla zrozumienia istoty domniemania dyskryminacji. Domniemanie prawne jest ustanowione przepisami prawnymi, które konkretnie wskazują, w jakich okolicznościach należy przyjąć domniemanie istnienia określonych zachowań, zjawisk, stanów czy zależności. Przykładem może być domniemanie ojcostwa, a także domniemanie dobrej wiary. Jeżeli chodzi o domniemanie faktyczne, nie opiera się ono na przepisach prawa, a na wiedzy, logicznym myśleniu i doświadczeniu życiowym podmiotu stosującego prawo. Wynika ono zatem z rozumowania sądu. W opinii Pawła Czarneckiego polska konstrukcja domniemania zawierająca się w ww. sformułowaniu kodeksu pracy przerzucającym ciężar dowodu na pracodawcę jest dalej idącym rozwiązaniem, lepiej chroniącym interesy pracownika, niż standardy przyjęte w dyrektywach

<sup>32</sup> Np. według ekspertów przygotowujących ww. opinię Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka.

<sup>33</sup> K. Gonera, *Rozkład ciężaru dowodu...*, str. 10.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

równościowych<sup>35</sup>. Dzieje się tak, gdyż w dyrektywie rasowej czy dyrektywie 97/80 nie mamy do czynienia z domniemaniem, ale raczej regułą wnioskowania: *na plan pierwszy wysuwa się obowiązek powoda czującego się pokrzywdzonym przez naruszenie w stosunku do niego zasady równego traktowania, by uwiarygodnić swoje roszczenie przez udowodnienie faktów pozwalających przypuszczać, że do owego naruszenia rzeczywiście doszło (przywołując np. w razie dyskryminacji pośredniej określone dane statystyczne)*<sup>36</sup>. Udowodnienie tych okoliczności przerzucone zostaje na pozwanego, który musi wykazać, że do naruszenia zasady równego traktowania nie doszło. Tak skonstruowany przepis wyrażający odwrócenie ciężaru dowodu nie stanowi domniemania, za to istotną rolę pełni tutaj sąd, który będzie decydował, czy dowiedziono faktu uwiarygodniającego dyskryminację, czy też nie. W polskiej konstrukcji prawnej pracownik nie musi nawet uwiarygodniać dyskryminacji, wystarczy, że zarzuci ją pracodawcy i wykaże, że jego sytuacja różni się od innych osób lub różni się ona w sposób niekorzystny. Innymi słowy, nie jest on zobowiązany uwiarygodnić, że przyczyny, dla których jego sytuacja jest odmienna, skutkują naruszeniem wobec niego zasady równego traktowania<sup>37</sup>. Dlatego, zdaniem autora, polskie rozwiązanie jest dalej idące niż regulacje wspólnotowe i można tu mówić o „całkowitym” przerzuceniu ciężaru dowodu. Wadą polskiej konstrukcji jest natomiast ograniczenie zasady swobodnej oceny dowodów poprzez ustanowienie domniemania prawnego.

Problematyka ciężaru dowodu znalazła swój wyraz m.in. w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który stwierdził, że pracownik powinien wykazać fakty uprawdopodobniające zarzut nierównego traktowania w zatrudnieniu, a wówczas na pracodawcę przechodzi ciężar dowodu, że kierował się obiektywnymi powodami. Sąd Najwyższy wskazał, że uzasadnienie zarzutu dyskryminacji nie może być ogólnikowe. Twierdzenia powoda powinny nawiązywać do okoliczności wskazanych przez pracodawcę jako względy, którymi kierował się różnicując pracowników (art. 18<sup>3b</sup> § 1 *in fine* k.p.)<sup>38</sup>. W innym orzeczeniu<sup>39</sup> Sąd Najwyższy stwierdził, że w sytuacji, gdy powód zarzuca naruszenie przepisów odnoszących się do dyskryminacji, to on powinien wskazać przyczynę, ze względu na którą był dyskryminowany – zgodnie z art. 18<sup>3b</sup> § 1 k.p.: *powód powinien wykazać nierówne traktowanie w porównaniu z innymi osobami znajdującymi się w jednakowej sytuacji faktycznej i prawnej, pozwany zaś broniąc się przed zarzutem dyskryminacji musi wykazać, że to nierówne traktowanie – jeżeli faktycznie miało miejsce – było obiektywnie usprawiedliwione i nie wynikało z przyczyn pozwalających na przypisanie mu działania dyskryminującego powoda*. Zatem w celu uruchomienia szczególnego mechanizmu rozkładu ciężaru dowodu, pracownik, który we własnej ocenie był dyskryminowany, powinien wskazać przyczynę dyskryminacji oraz okoliczności dowodzące nierównego traktowania z tej przyczyny, a nastąpić to powinno w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji.

<sup>35</sup> P. Czarnecki, *Rozkład ciężaru dowodu w sprawach na tle dyskryminacji*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2006, nr 3.

<sup>36</sup> *Ibidem*, str. 14.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Wyrok SN z 4 stycznia 2008 r., I PK 188/07.

<sup>39</sup> Wyrok SN z 24 maja 2007 r., II PK 308/06.

Ciekawym orzeczeniem z uwagi na uzasadnienie bogate w odniesienia do prawa UE i orzecznictwa TSUE jest wyrok SN w sprawie pracownicy zatrudnionej w urzędzie miejskim na stanowisku radcy prawnego<sup>40</sup>. Nie wchodząc w szczegóły dotyczące stanu faktycznego, warto zwrócić uwagę na rozumienie zasady odwróconego ciężaru dowodu przez Sąd Najwyższy. Przede wszystkim Sąd odwołał się do art. 10 dyrektywy 2000/78, wskazując, że w jej świetle powinno się dokonywać wykładni przepisu kodeksu pracy. Następnie, podał przykład rozumienia zasady odwróconego ciężaru przez TSUE przywołując wyrok *Vasiliki Nikoloudi przeciwko Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*. W sprawie tej Trybunał stwierdził, że w przypadku, gdy pracownik powołuje się na naruszenie zasady równości traktowania na jego niekorzyść i gdy przedstawi fakty, z których można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, wykładni prawa wspólnotowego (a w szczególności dyrektywy Rady 97/80/WE z dnia 15 grudnia 1997 r. dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć), należy dokonać w ten sposób, że na stronie pozwanej ciąży obowiązek dowiedzenia, że naruszenie tej zasady nie miało miejsca. Sąd powołał się również na orzeczenie w sprawie *Susanna Brunnhofer przeciwko Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, w którym TSUE przyjął, że na pracownikach, którzy uznają się za ofiary dyskryminacji, spoczywa ciężar dowiedzenia, iż otrzymują niższą płacę, niż płacona przez pracodawcę ich kolegom oraz w rzeczywistości wykonują taką samą pracę lub pracę równej wartości, porównywalną do wykonywanej przez wybranego pracownika, z którym dochodzi do porównania. Pracodawca może wówczas nie tylko kwestionować fakt, iż warunki stosowania zasady równego wynagrodzenia (w tym przypadku dla mężczyzn i kobiet) są spełnione, ale również przedstawiać obiektywne powody, niezwiązane z jakąkolwiek dyskryminacją, by uzasadnić różnicę w wynagrodzeniu.

### 3. Środki dowodowe i metody dowodzenia dyskryminacji

Zanim przejdę do omówienia dostępnych w prawie polskim środków dowodowych oraz zasad rządzących postępowaniem dowodowym, warto wspomnieć o trzech kwestiach, których w sprawach o dyskryminację udowadniać nie potrzeba. Przede wszystkim bez znaczenia są poglądy, preferencje, uprzedzenia czy stereotypy, którymi się kieruje podmiot dopuszczający się dyskryminacji. Dla oceny sytuacji nie powinien też się liczyć zamiar dyskryminacji czy jego brak. Takie kwestie faktyczne są bez znaczenia dla uznania, czy prawne kryterium dyskryminacji zostało spełnione<sup>41</sup>. Należy udowodnić, czy nieuprawnione nierówne traktowanie miało miejsce, czy nie. Oczywiście okoliczności sprawy będą miały znaczenie, ale nie wyżej wymienione czynniki. Dla przykładu, we wspomnianej wcześniej sprawie *Feryn* właściciel firmy tłumaczył, że jego publiczne ogłoszenie, iż nie zamierza zatrudniać migrantów, brało się z niechęci jego klientów do pracowników o innym kolorze skóry. Nie miało to jednak znaczenia, gdyż liczył się fakt dyskryminacji, jakiej się dopuścił wygłaszając takie, a nie inne stanowisko. Poza tym nie należy udowadniać, że celem danej praktyki czy za-

<sup>40</sup> Wyrok SN z 22 lutego 2007 r., I PK 242/06.

<sup>41</sup> *Ibidem*, str. 137.



chowania jest odmienne traktowanie. Innymi słowy, nawet jeśli podmiot dopuszczający się dyskryminacji miał dobrą wolę w przyjęciu danej praktyki, ale powoduje ona niekorzystną sytuację określonej osoby, czy grupy, uznana zostanie za dyskryminującą<sup>42</sup>.

### 3.1. Katalog środków dowodowych

Polski kodeks postępowania cywilnego<sup>43</sup> w art. 3 wprowadza zasadę prawdy, zgodnie z którą strony i uczestnicy postępowania obowiązani są dawać wyjaśnienia co do okoliczności sprawy zgodnie z prawdą i bez zatajania czegokolwiek oraz przedstawiać dowody. Obowiązek ten jest określany jako „ciężar procesowy” i stanowi jednocześnie obowiązek o charakterze moralnym<sup>44</sup>. Dowodem jest informacja zgłaszana przez strony postępowania, mająca oparcie w rzeczywistości, natomiast nośnikiem takiej informacji jest środek dowodowy.

Kodeks postępowania cywilnego zawiera otwarty katalog środków dowodowych – przewiduje możliwość przeprowadzenia dowodu z dokumentów, zeznania świadków, opinii biegłych, oględzin oraz przesłuchania stron. Katalog ten nie jest zamknięty i możliwe są inne środki dowodowe, jak np. dowód z grupowego badania krwi, fotografii, rysunku. Istotne znaczenie ma art. 308 § 1 k.p.c., zgodnie z którym sąd w toku postępowania może dopuścić dowód o charakterze wizualnym i audialnym (np. dowód z filmu, telewizji, fotokopii, płyt lub taśm dźwiękowych, a także innych przyrządów utrwalających lub przenoszących obrazy albo dźwięki). Ze względu na coraz większe techniczne możliwości manipulowania takimi dowodami, dowód powinien zostać przeprowadzony w sposób wykluczający możliwość zniekształcenia zawartych w nim informacji. W tym przypadku ma zastosowanie także zasada swobodnej oceny dowodów zawarta w art. 233 k.p.c. Zatem sąd teoretycznie mógłby dopuścić dowód z nagrania, na którym utrwalona zostałaby, np. rozmowa telefoniczna w sprawie zatrudnienia, podczas której pada stwierdzenie, że firma nie zatrudnia cudzoziemców – osób o innej narodowości.

W kontekście poruszanej tematyki warto zwrócić uwagę na dwa środki dowodowe, które w sprawach o dyskryminację mogą mieć szczególne znaczenie. Po pierwsze, istotny może być dowód o charakterze audialnym czy wizualnym, czyli nagranie. W sytuacji, kiedy brak jest świadków dyskryminacji, a pokrzywdzony nie jest w stanie przedstawić jakichkolwiek dokumentów, nagranie rozmowy czy czyjejś wypowiedzi może być jedynym dowodem dyskryminacji. Nie jest jednak pewne, czy sąd dopuści taki dowód w każdej sprawie, bowiem w orzecznictwie sądów nie ma jednoznacznie zarysowanego stanowiska. Wynika to z m.in. z faktu, że taki rodzaj utrwalania informacji może w niektórych sytuacjach naruszać prawo innych osób do prywatności. Dla przykładu, w jednej ze spraw (nie dotyczącej dyskryminacji) sąd uznał, że niedopuszczalne jest wykorzystywanie w postępowaniu cywilnym taśmy magnetofonowej czy wideo, która na-

---

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 ze zm.

<sup>44</sup> A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska (red.). *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Wyd. 5, Warszawa 2011.

grana została bez zgody lub wiedzy osoby zainteresowanej, jeżeli nagranie dotyczy jej życia prywatnego i zostało wykonane w domu, ogrodzie czy hotelu. Ale w innej sprawie sąd uznał za dowód w procesie rozwodowym w zakresie wykazania winy w rozkładzie pożycia małżeńskiego nagranie magnetofonowe rozmów prowadzonych przez strony, nawet jeżeli tych nagrań dokonano bez wiedzy jednej z nich<sup>45</sup>. W sprawie rozpatrywanej przez Sąd Najwyższy dotyczącej stosowania podsłuchu, rozważane były kwestie bezprawności działania i wyższego interesu mogącego wyłączyć bezprawność tego rodzaju działania<sup>46</sup>. Co prawda przepisy prawa dopuszczają możliwość stosowania podsłuchu (np. w działaniach policji), jednak w rozpatrywanej sprawie sąd nie znalazł podstaw do przyjęcia istnienia takich okoliczności, uznając, że w imię prawdomówności czy problemu fałszywych zeznań nie można poświęcić tajemnicy komunikowania się, uznaną za dobro konstytucyjne, chronione na gruncie prawa cywilnego przepisami o ochronie dóbr osobistych.

Po drugie, w sprawach o dyskryminację środkiem dowodowym, który mógłby mieć niebagatelne znaczenie, jest opinia biegłego. Zgodnie z art. 278 k.p.c. sąd może wezwać jednego lub kilku biegłych w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych. Następnie, na podstawie art. 290 k.p.c. sąd może zażądać opinii odpowiedniego instytutu naukowego lub naukowo-badawczego, które mogą udzielić dodatkowych wyjaśnień (pisemnych lub ustnych). Czym są „wiadomości specjalne”? Jest to wiedza ekspercka, której sąd nie posiada, a która niezbędna jest do ustalenia określonych faktów, potwierdzenia lub wykluczenia twierdzeń wysuwanych przez strony. Wiedzą taką mogą być specjalistyczne informacje dotyczące określonej problematyki, np. testów dyskryminacyjnych<sup>47</sup>. W środowisku organizacji pozarządowych podnoszona jest kwestia możliwości wzywania na biegłych ekspertów posiadających właśnie „wiadomości specjalne” w określonej dziedzinie. Wydaje się, że nic nie stoi na przeszkodzie, by biegłymi mogły być osoby charakteryzujące się wysokim poziomem wiedzy w dziedzinie zakresu równego traktowania, swego rodzaju „autorytety” w danym środowisku, posiadające bogate doświadczenie w kwestii problemów, którymi zajmują się kierowane bądź reprezentowane przez nich organizacje czy instytucje. Osoba taka mogłyby m.in. przedstawić wyniki badań, które bezpośrednio lub pośrednio potwierdzałyby dyskryminację w stosunku do powoda lub ogólnie wskazywałyby na dyskryminujące praktyki w danym obszarze życia społecznego, np. w dostępie do zatrudnienia czy usług mieszkaniowych.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> A. Laskowska, *Dowody w postępowaniu cywilnym uzyskane w sposób sprzeczny z prawem*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 12, str. 99.

<sup>46</sup> Wyrok SN z dnia 13 listopada 2002 r. I CKN 1150/2000.

<sup>47</sup> Więcej na ten temat w kolejnym rozdziale.

<sup>48</sup> W Polsce istnieją następujące rodzaje biegłych: osoba figurująca na liście biegłych prowadzonej przez prezesów sądów okręgowych (biegły z listy), inna osoba, o której wiadomo, że posiada wiedzę w danej dziedzinie (biegły *ad hoc*) oraz instytucja naukowa lub specjalistyczna (biegły instytucjonalny). W omawianym przypadku mogłyby to być biegli z drugiej lub trzeciej kategorii.

### 3.2. Swobodna ocena dowodów

Zgodnie z art. 227 k.p.c. „przedmiotem dowodu są fakty, mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”, co oznacza, że wszelkie zdarzenia i stany faktyczne, które są ważne dla danej sprawy, mogą podlegać dowodzeniu. Selekcji faktów dokonuje sąd przy uwzględnieniu zasady prawdy materialnej i zasady kontrydiktoryjności. Co ważne, istotność dowodu bezpośrednio wynika z przedmiotu postępowania i wiąże się z tym, co twierdzą obie strony. Istotność jest także oceniana przez sąd<sup>49</sup>. Z problematyką tą ściśle związane jest zagadnienie ciężaru dowodu, unormowane w art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c. Zgodnie z przepisem kodeksu postępowania cywilnego „strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Sąd może dopuścić dowód nie wskazany przez stronę”. Oznacza to, że jeżeli strona twierdzi, iż jakiś fakt miał miejsce, powinna przedstawić na to dowód. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że sąd co prawda może sam dopuścić dowód niewskazany przez stronę, ale nie jest to jego obowiązek, a prawo. Nie musi on zastępować swoim działaniem bezczynności strony i kieruje się własną oceną, czy zgromadzony materiał jest wystarczający do rozstrzygnięcia sprawy<sup>50</sup>. W literaturze można się spotkać ze stanowiskiem, że sąd ma obowiązek działania z urzędu, jeżeli przemawia za tym interes publiczny<sup>51</sup>. Innymi słowy, w sytuacjach szczególnych sąd powinien dopuścić dowód niewskazany przez strony (na przedstawiane przez nie istotne i sporne okoliczności faktyczne), gdyby w jego ocenie zebrany w toku sprawy materiał dowodowy nie wystarczał do jej rozstrzygnięcia<sup>52</sup>.

Zasada swobodnej oceny dowodów unormowana jest w art. 233 § 1 k.p.c., zgodnie z którym *sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału*. Reguła ta oznacza zatem, że sąd ocenia materiał dowodowy z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie w ocenie ich mocy i wiarygodności oraz biorąc pod uwagę swoje doświadczenie życiowe i zawodowe<sup>53</sup>. Przepis ten przyznaje sędziemu znaczny luz decyzyjny w ocenie materiału dowodowego, który, co warto podkreślić, z jednej strony może nieść pewne ograniczenia, z drugiej jednak daje przestrzeń do ewentualnego przyjęcia innych, „niestandardowych dowodów”, jak chociażby danych statystycznych czy wyników testu dyskryminacyjnego.

Swobodna ocena dowodów ma jednak swoje ramy – powinny być one zakreślone wymaganiami prawa procesowego, doświadczeniem życiowym, regułami logicznego myślenia, poziomu świadomości prawnej oraz dominującymi poglądami na sądowe stosowanie prawa. W tak zarysowanych granicach sąd powinien dokonywać oceny materiału dowodowego w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2007, str. 538.

<sup>50</sup> M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2008, str. 357.

<sup>51</sup> T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, str. 550.

<sup>52</sup> *Ibidem*, str. 348.

<sup>53</sup> *Ibidem*, str. 349.

<sup>54</sup> A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, *Kodeks postępowania cywilnego...*

Zasada swobodnej oceny dowodów, jako antyteza dowolności, odnosi się do wszystkich środków dowodowych, co jednak nie oznacza, że nie ma różnicy w podejściu do poszczególnych ich rodzajów. W każdym razie nie ma podstaw do przyjęcia jakiegś formalnej hierarchii środków dowodowych z punktu widzenia ich wiarygodności i mocy. Ponadto sąd nie zawsze musi brać pod uwagę materiały źródłowe. Pozytywne ustalenia może on opierać także na dowodach pośrednich. Jak zauważył Sąd Najwyższy, w systemie opierającym się na swobodnej ocenie dowodów nie można z góry pozbawiać mocy dowodowej innych dowodów (obok dowodów bezpośrednich)<sup>55</sup>.

### 3.3. Dane statystyczne i inne środki dowodowe w sprawach o dyskryminację

Dane statystyczne nie są wymienione wśród dostępnych środków dowodowych, jednak, co zostało wyżej wskazane, kodeks postępowania cywilnego zawiera ich otwarty katalog, zatem nic nie stoi na przeszkodzie, by sąd dopuścił dowód, który co prawda nie jest „tradycyjnym” dowodem „powszechnie stosowanym przez uczestników postępowania w sprawach o odszkodowanie, ale w sprawach o dyskryminację może mieć istotne znaczenie.

Dane czy też dowody statystyczne mogą odgrywać ważną rolę, ułatwiając skarżącemu wysunięcie domniemania dyskryminacji. Mogą one być szczególnie przydatne w celu wykazania dyskryminacji pośredniej, ponieważ w takich sytuacjach kwestionowany przepis, kryterium bądź praktyka są z pozoru neutralne, gdy tymczasem w rzeczywistości powodują niekorzystną sytuację danego podmiotu lub określonej grupy jednostek. W takim przypadku zalecane jest koncentrowanie się na rezultatach zastosowania przepisu, kryterium lub praktyk, aby wykazać, że są one nieproporcjonalnie niekorzystne dla określonych grup osób w porównaniu z innymi osobami znajdującymi się w podobnej sytuacji. Uznaje się, że powoływanie się na dane statystyczne powinno mieć miejsce na początkowym etapie postępowania, by przenieść ciężar dowodu<sup>56</sup>. Na przykład, jeżeli z danych wynika, że dzieci cudzoziemców – osoby o innej narodowości – są gorzej traktowane w systemie edukacji, na dalszym etapie postępowania państwo będzie zobowiązane przedstawić przekonujące wyjaśnienie tego stanu rzeczy.

W kontekście dyskryminacji pośredniej statystyki mają na celu podkreślenie faktu, że zastosowanie danej praktyki czy kryterium co do zasady neutralnych, prowadzi jednak do niekorzystnego ukształtowania sytuacji danej kategorii osób. W literaturze zagranicznej można spotkać się z koncepcją, że w związku z tym, iż w prawie unijnym współistnieją dwa sposoby rozumienia dyskryminacji pośredniej, rodzi to różne konsekwencje dla adresatów norm wyrażonych w przepisach prawnych<sup>57</sup>. Pierwsza z definicji dyskryminacji pośredniej zawarta jest w ww. dyrektywie 97/80 i oparta jest na pojęciu „niewspółmiernego wpływu” (*dispa-*

<sup>55</sup> T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, str. 556.

<sup>56</sup> *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji*, ...str. 141.

<sup>57</sup> O. de Schutter, *Methods of proof in the context of combating discrimination*, w: *Proving discrimination. The dynamic implementation of EU anti-discrimination law: the role of specialised bodies, Report of the first expert's meeting, 14-15.01.2003*, Centre for Equal Opportunities and Opposition to Racism, Migration Group Policy, 2003 Cormack, str. 24.

*rate impact*): jeżeli wydaje się, że pozornie neutralny środek w rzeczywistości oddziałuje na znacząco dużą liczbę członków danej grupy, środek ten powinien być postrzegany jako „podejrzany” i może być dalej stosowany, o ile zostanie przedstawione uzasadnione i obiektywne wyjaśnienie tego stanu rzeczy<sup>58</sup>. Ta koncepcja dyskryminacji pośredniej jest stosowana w prawie równościowym UE w odniesieniu do spraw z zakresu równości kobiet i mężczyzn. Jest ona oparta na analizie statystycznej dotyczącej wpływu pozornie neutralnego kryterium na dwie kategorie osób (np. kryterium stażu, mającego wpływ na poziom wynagrodzenia). Zadaniem sądu będzie dokonanie takiej analizy celem ustalenia, czy dowody statystyczne przedstawione przez strony mogą być wzięte pod uwagę.

Drugie rozumienie dyskryminacji pośredniej jest następujące: mimo że niektóre środki nie są zastosowane ze względu na cechę prawnie chronioną, jednak poprzez swoją naturę mogą niekorzystnie wpływać na podmioty wyróżniające się taką cechą. Nie istnieje zatem w tym przypadku konieczność statystycznego wykazania, że „niewspółmierny wpływ” rzeczywiście odbywa się ze szkodą dla tej kategorii podmiotów. Innymi słowy, nie jest konieczne ustalenie, że konkretne kryterium czy warunek w praktyce dotyka znacząco wyższego odsetka osób należących do kategorii chronionej przed dyskryminacją – wystarczy, że może mieć taki efekt (zgodnie ze stanowiskiem TSUE w orzeczeniu *O’Flynn przeciwko Adjudication Officer*)<sup>59</sup>. To podejście oparte jest o art. 13 dawnego Traktatu o Wspólnocie Europejskiej, stanowiącego podstawę prawną przyjęcia dyrektyw 2000/43 i 2000/78. Co ważne jednak, w preambułach obu dyrektyw znajdujemy wyraźne przyzwolenie na stosowanie dowodów statystycznych celem wykazania nierównego traktowania. W pkt 15 preambuły dyrektywy rasowej czytamy, że *Ocena faktów, które nasuwają przypuszczenie istnienia bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji, należy do sądu krajowego lub innego właściwego organu, zgodnie z zasadami prawa krajowego lub praktyką krajową. Zasady te mogą przewidywać w szczególności, że fakt występowania dyskryminacji pośredniej można udowodnić z wykorzystaniem wszelkich środków, również na podstawie danych statystycznych*. Uwzględnienie tej możliwości wprost w przepisach dyrektywy zmienia zatem rozumienie dyskryminacji pośredniej. Zakres zakazu tej formy dyskryminacji jest znacznie szerszy, bowiem jeżeli „dozwolone” są dowody statystyczne, chodzi nie tylko o zakazane „podejrzane” środki, ale także zastosowanie środków, które okazują się mieć nieproporcjonalny wpływ na niektóre chronione prawem kategorie podmiotów.

Zatem dopuszczenie dowodów statystycznych zmienia podejście skupiania się na identyfikacji wątpliwych (podejrzanych) środków na rzecz „niewspółmiernego wpływu”, tym samym rozszerzając zakres zakazanych praktyk. Przyjęcie takiego rozumienia ma wpływ na kwestie metodologii opracowania danych statystycznych i następnie ich ewentualnego przyjęcia przez sąd<sup>60</sup>. Co ważne dla niniejszego opracowania, w kontekście polskiego systemu prawnego problemem może okazać się opracowanie danych według kryte-

---

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> *Ibidem*, str. 25.

<sup>60</sup> *Ibidem*, str. 27-32.

riów opierających się o cechy prawnie chronione będące jednocześnie danymi wrażliwymi. Bardzo często się zdarza, że dostępne statystyki uwzględniają podziały jedynie ze względu na płeć, gdyż rejestracja zdarzeń, ze względu np. na rasę czy orientację seksualną, może być niemożliwa (np. z uwagi na ograniczenia prawne w zbieraniu danych osobowych z kategorii tzw. danych wrażliwych). Taka sytuacja ma miejsce w Polsce – dane przetwarzane w ramach Krajowego Systemu Informacji Policji (KSIP) czy statystyki prowadzone w Ministerstwie Sprawiedliwości dotyczące wyroków i prowadzonych postępowań w sprawach o dyskryminację, oprócz kryterium płci nie zawierają innych powodów dyskryminacji, np. pochodzenia etnicznego, mimo że istnieje możliwość przygotowania tych danych<sup>61</sup>. Nie funkcjonuje też, mimo zaleceń i podejmowanych od wielu lat prób, baza zawierająca kompleksowe dane nt. zjawisk o charakterze dyskryminacyjnym, ksenofobicznym czy rasistowskim<sup>62</sup>.

### 3.3.1. Dowody statystyczne w orzecznictwie ETPC i TSUE

Analiza orzecznictwa antydyskryminacyjnego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka pozwala zauważyć, że Trybunał coraz chętniej odwołuje się do danych statystycznych czy wyników badań organów międzynarodowych, a nawet raportów organizacji pozarządowych. Jest to ze wszech miar właściwy kierunek, bowiem najczęściej dyskryminacja jest zjawiskiem o charakterze systemowym, dotyczącym danej grupy społecznej, w mniejszym zaś stopniu jednostkowych przypadków<sup>63</sup>. Takie dane czy badania mogą właśnie stwierdzać dyskryminację systemową, co z kolei może potwierdzać zarzuty powoda w jego indywidualnej sprawie. Poza tym, dyskryminujące mogą być nie tylko akty prawne, pojedyncze zachowania, ale także stan faktyczny ukształtowany w wyniku długotrwałej praktyki<sup>64</sup>. Dane statystyczne są potwierdzeniem takiego stanu i stanowią wiarygodny, obiektywny dowód w sprawie.

Jedną z pierwszych spraw, w których wykorzystano dowody statystyczne, była sprawa *Hugh Jordan p. Zjednoczonemu Królestwu*<sup>65</sup>. Przedstawiono w niej jako dowody dyskryminującej praktyki dane statystyczne, ETPC uznał jednak, że same dane statystyczne nie są wystarczającym dowodem na wystąpienie nierównego traktowania. Mimo że w tym przypadku Trybunał niejako odrzucił dowód ze statystyk, sprawa ta jest istotna z innego powodu – po raz pierwszy Trybunał uznał *explicite*, że zakaz dyskryminacji wyrażony w art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka obejmuje także dyskryminację pośrednią<sup>66</sup>. Trybunał stwierdził, że dyskryminacja może mieć także miejsce, gdy z dowodów wynika, że określona polityka pań-

<sup>61</sup> Np. statystyki MS zawierają dane dot. przestępstw o charakterze rasistowskim, ale w odniesieniu do spraw o dyskryminację zawierają wyróżnienie jedynie ze względu na płeć. Postulowane są zmiany istniejących systemów zbierania danych oraz stworzenie nowego narzędzia zbierającego informacje o zdarzeniach dyskryminacyjnych, więcej na ten temat w: W. Klaus, J. Frelak (red.), *Metodologia przygotowania bazy danych do identyfikacji zdarzeń o charakterze dyskryminacyjnym, ksenofobicznym czy rasistowskim*, Stowarzyszenie Interwencji Prawnej i Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2010.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> K. Sękowska-Kozłowska, *Sprawy o dyskryminację...*

<sup>64</sup> Wyrok z 20 czerwca 2006 r., sprawa *Zarb Adami przeciwko Malcie*, skarga nr 17209/02.

<sup>65</sup> *Hugh Jordan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 24746/94), wyrok z 4 maja 2001 r

<sup>66</sup> L. Garlicki (red.), *Konwencja...*, str. 773.

stwa powoduje wyjątkowo niekorzystną sytuacją wyłącznie dla pewnej grupy obywateli. Innymi słowy, środki przyjęte przez władze państwowe rodzą niekorzystne skutki tylko dla określonej grupy, mimo że nie taka była intencja władz<sup>67</sup>. W tym wyroku oraz trzech innych wyrokach dotyczących *de facto* tego samego rodzaju spraw<sup>68</sup> Trybunał stwierdził, że *gdy ogólna polityka lub środek ma nieproporcjonalny wpływ na pewną grupę, to nie jest wykluczone uznanie ich za dyskryminujące nawet wówczas, gdy nie są one skierowane lub adresowane do tej grupy*. Choć w tym przypadku Trybunał odmówił uznania statystyk jako dowodu potwierdzającego istnienie dyskryminującej praktyki w rozumieniu art. 14 EKPC, jednakże w późniejszych orzeczeniach Trybunał był już mniej niechętny dowodom statystycznym i akceptował je jako pełnoprawny sposób wykazania dyskryminujących praktyk.

Kilka lat po wyroku *Hugh Jordan* ETPC orzekł w sprawie *Hoogendijk p. Holandii*<sup>69</sup> dotyczącej przepisu, zgodnie z którym, aby uzyskać rentę z tytułu niezdolności do pracy, należało spełnić warunek rocznego pozostawania w stosunku pracy bezpośrednio przed powstaniem tej niezdolności. W sprawie tej ETPC odniósł się do opracowania danych do celów przeniesienia ciężaru dowodu: *Trybunał uważa, że jeżeli na podstawie niekwestionowanych, oficjalnych danych statystycznych skarżący jest w stanie wykazać istnienie prima facie sytuacji, że dany przepis – mimo iż sformułowany w sposób neutralny – w rzeczywistości dotyka wyraźnie wyższego odsetka kobiet niż mężczyzn, wówczas obowiązkiem pozwanego rządu jest dowiedzenie, że wynika to z czynników obiektywnych, niezwiązanych z dyskryminacją ze względu na płeć*. Co prawda w tym orzeczeniu Trybunał uznał, że dane statystyczne nie stanowią podstawy do automatycznego stwierdzenia praktyk dyskryminacyjnych, jednak zaakceptował ten szczególny środek dowodowy, orzekając *de facto* w oparciu o przekazane przez stronę skarżącą oficjalne statystyki.

Pytanie, jakie się pojawia, brzmi: jaki „próg” należy przekroczyć, aby ustalić czy dyskryminacja miała miejsce? W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej można znaleźć wskazówkę – co prawda Trybunał wprost nie wskazał takiej sztywnej granicy, zaznaczył jednak, że powinny to być „znaczące” dane. W opinii rzecznika generalnego w sprawie *Nolte* (stanowiącego swego rodzaju podsumowanie orzecznictwa TSUE) możemy znaleźć następujące wyjaśnienie: *[A]by środek mógł zostać uznany za dyskryminujący musi on mieć wpływ na „znacznie więcej kobiet niż mężczyzn” [Rinner-Kühn] lub „znaczco niższy odsetek mężczyzn niż kobiet” [Nimz, Kowalska] lub „w dużo większym stopniu na kobiety niż na mężczyzn” [De Weerd, nazwisko panięńskie Roks, i inni]*. A następnie: *Jak wynika ze spraw, odsetek kobiet, na które wpływa środek, musi być wyraźnie widoczny. W sprawie Rinner-Kühn Trybunał stwierdził występowanie sytuacji dyskryminacyjnej, gdy odsetek kobiet wyniósł 89%. W tym przypadku dane per se wskazujące na 60% [...] byłyby zatem prawdopodobnie niewystarczające do stwierdzenia dyskryminacji”*.

<sup>67</sup> M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz...*, str. 759.

<sup>68</sup> Chodzi o wyroki z 04.05.2001 r. w sprawach: *Hugh Jordan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, McKerr p. Zjednoczonemu Królestwu, Kelly i inni p. Zjednoczonemu Królestwu oraz Shanaghan p. Zjednoczonemu Królestwu*.

<sup>69</sup> Wyrok z 6 stycznia 2005 r., sprawa *Hoogendijk przeciwko Holandii*, skarga nr 58461/00.

Inną sprawą, w której TSUE rozstrzygał w oparciu o dane statystyczne jest sprawa *Seymour-Smith*<sup>70</sup>. Dotyczyła ona niezgodnego z prawem rozwiązania stosunku pracy – prawo przyznawało osobom pracującym u danego pracodawcy bez przerwy przez okres dłuższy niż 2 lata specjalną ochronę, jednak kryterium to było łatwiejsze do spełnienia przez mężczyzn. Co prawda w rozpatrywanym przypadku przedstawione dane statystyczne (z których wynikało, że 77,4% mężczyzn i 68,9% kobiet spełniało kryterium) nie zdołały przekonać sędziów, że kobietom rzeczywiście było trudniej spełnić to kryterium, jednak Trybunał doszedł do ciekawych wniosków twierdząc, że niższy poziom dysproporcji także dowiódłby dyskryminacji, *jeżeli ujawniałby utrzymującą się i stosunkowo stałą różnicę w perspektywie długookresowej między kobietami i mężczyznami*.

Jeśli chodzi o wspólnotowy dorobek orzecznicy w sprawach o nierówne traktowanie i wykorzystanie dowodów statystycznych, obie dyrektywy antydyskryminacyjne, tj. dyrektywa 2000/43 oraz 2000/78 zawierają odniesienie do możliwości ich użycia. Co prawda w samych przepisach dyrektyw nie znalazła się szczegółowa regulacja w tym zakresie, jednakże ustawodawca europejski uznając wagę kwestii dowodowych, wskazał w preambułach dyrektyw, że udowodnienie dyskryminacji może odbywać się także poprzez wykorzystanie dowodów statystycznych. Nie należy zapominać, że przepisy dyrektywy stanowią minimalny standard, a państwa członkowskie mogą ustanowić wyższą ochronę przed dyskryminacją, w tym przewidzieć możliwość wykorzystania także innych środków dowodowych celem wykazania nierównego traktowania.

Jak zostało już wcześniej wspomniane, ETPC coraz częściej odwołuje się do środków dowodowych, takich jak: dane statystyczne, wyniki badań międzynarodowych organów czy organizacji pozarządowych potwierdzających systemową dyskryminację, czego przykładem może być nierówne traktowanie mniejszości romskiej. Jedną z takich spraw była *D.H. i inni przeciwko Republice Czeskiej*<sup>71</sup>. Dotyczyła ona systemu szkół „specjalnych”, przeznaczonych dla dzieci z trudnościami w nauce, do których kierowane były dzieci romskie. Mimo że sama praktyka dotyczyła nie tylko Romów i wydawała się być neutralna, testy były tak skonstruowane, że dzieci romskie nie były w stanie osiągnąć satysfakcjonującego wyniku i rozpocząć nauki w głównym nurcie kształcenia. Strona powodowa przedłożyła jako dowód tego twierdzenia dane statystyczne, wskazujące na szczególnie wysoki odsetek uczniów romskich umieszczonych w szkołach „specjalnych”. ETPC stwierdził, że chociaż dane nie były precyzyjne, to wskazywały jednak, że liczba dzieci romskich uczęszczających do takich szkół była „nieproporcjonalnie wysoka” w stosunku do ich udziału w całej populacji. Następnie, Trybunał zauważył, że gwarancja skutecznej ochrony w razie zarzutu dyskryminacji pośredniej wymaga, aby stosowane reguły dowodowe były łagodniejsze niż zwykle<sup>72</sup>. Trybunał również

<sup>70</sup> Wyrok ETS z dnia 9 lutego 1999 r., *R przeciwko Secretary of State for Employment, ex. Parte Seymour-Smith I Perze*, sprawa C-167/97.

<sup>71</sup> Wyrok ETPC z 13 listopada 2007 r. *D. H. przeciwko Czechom*, skarga nr 57325, patrz również komentarz do wyroku <http://www.prawaczlowieka.edu.pl/index.php?orzeczenie=388e77e8949de491d4cc79ff92ad3b0a4ba7831b-b0>.

<sup>72</sup> M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz..*, str. 761.



stwierdził, że w procedurze strasburskiej nie ma żadnej hierarchii dowodów, formalnej zasady decydującej o ich ocenie ani przeszkody proceduralnej, która uniemożliwiłaby przyjęcie dowodów, również dowodów statystycznych.

W innej sprawie *Opuz przeciwko Turcji*<sup>73</sup> dotyczącej sprawcy przemocy domowej, ETPC ustalił, że państwo nie zapewniło ofiarom przemocy ochrony przed nieludzkim i poniżającym traktowaniem oraz przed utratą życia. Następnie, uznał, że państwo dopuściło się dyskryminacji skarżących, gdyż niezapewnienie odpowiedniej ochrony wynikało z faktu, że były one kobietami. Doszedł do tego wniosku częściowo na podstawie dowodów, że ofiarami przemocy domowej są głównie kobiety. Trybunał wziął pod uwagę również dane wskazujące na stosunkowo ograniczone stosowanie przez sądy krajowe środków prawnych, mających na celu ochronę ofiar przemocy w rodzinie. Co ciekawe, w tej sprawie pod uwagę została wzięta opinia Amnesty International i Komitetu ONZ ds. Likwidacji Dyskryminacji Wobec Kobiet, które wskazywały na to, że przemoc wobec kobiet jest znaczącym problemem w Turcji.

Wyjaśnić należy, że nie w każdej sprawie, w której do czynienia mamy z dyskryminacją pośrednią, dane statystyczne muszą służyć uprawdopodobnieniu nierównego traktowania. W niektórych przypadkach wystarczą informacje wynikające z ogólnej wiedzy, np. o tym, że muzułmanom nie wolno jeść wieprzowiny<sup>74</sup>.

### 3.3.2. Zapytania ankietowe, nagrania, opinie eksperckie

W niektórych państwach członkowskich Unii Europejskiej prawo przewiduje możliwość uzyskania dowodu w postaci informacji niezbędnej do ustalenia, czy „na pierwszy rzut oka” mamy do czynienia z dyskryminacją (dowód *prima facie*)<sup>75</sup>. Pokrzywdzony, zanim wystąpi na drogę sądową, ma możliwość lub wręcz obowiązek skontaktowania się z podmiotem, który dopuścił się względem niego niewłaściwego zachowania, i żądania od niego na ten temat wyjaśnień. Odpowiedzi udzielane są na formularzu. Pozwalają one sądowi na wyciągnięcie odpowiednich wniosków w kontekście oceny materiału dowodowego. Wnioski mogą być wyciągnięte także w związku z odmową wypełnienia tego formularza<sup>76</sup>. Procedura ankietowa jest uregulowana prawnie i stosowana w Irlandii Północnej, gdzie metodę tę stosuje irlandzki Trybunał Równości. Przewidzia-

<sup>73</sup> Wyrok ETPC z 3 marca 2011 r., *Opuz przeciwko Turcji*, skarga nr 33401/02.

<sup>74</sup> Przykładem może być sprawa wniesiona do słoweńskiego Rzecznika zasady równości, która dotyczyła zapewniania przez pracodawcę pracownikom posiłków, które zawierały produkty zawierające mięso lub tłuszcz wieprzowy. Jeden z pracowników, Muzułmanin, zwrócił się z wnioskiem o alternatywny, miesięczny dodatek na wyżywienie, umożliwiający mu zakup żywności we własnym zakresie (dodatek taki pracodawca wydawał jedynie tym pracownikom, którzy mogli wykazać konieczność stosowania alternatywnej diety ze względów zdrowotnych). Był to przypadek pośredniej dyskryminacji, ponieważ praktyka, z pozoru neutralna, wywierała negatywny wpływ na muzułmanów, którym nie wolno jeść wieprzowiny. Uwzględniając okoliczności tej sprawy, nie trzeba było przedstawiać dowodów statystycznych, aby wykazać negatywny wpływ tej zasady na muzułmanów, ponieważ z łatwością można sprawdzić, że muzułmanom nie wolno jeść wieprzowiny, zapoznając się z informacjami o ich praktykach religijnych.

<sup>75</sup> L. Farkas, *How to Present a Discrimination Claim: Handbook on seeking remedies under the EU Non-discrimination Directives*, European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, lipiec 2011, str. 48.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

ne są specjalne druki dla wnioskującego i podmiotu udzielającego odpowiedzi (do pobrania na stronie Trybunału)<sup>77</sup>. Mimo że procedura taka może nie być przewidziana prawem w innych krajach, nie należy jednak zapominać, że na podstawie ogólnych zasad dowodzenia, w tym wolności dowodowej, ofiara dyskryminacji ma prawo przedstawić każdy dowód, który przyczyni się do wyjaśnienia sprawy i będzie popierał jej twierdzenia. Pokrzywdzony zawsze może się zwrócić do podmiotu, który dopuścił się dyskryminacji, z prośbą o pisemne wyjaśnienia. W niektórych przypadkach, kiedy nie doszło do naruszenia nakazu równego traktowania, udzielenie wyczerpujących informacji w tym zakresie może być pomocne w przekonaniu pokrzywdzonej osoby, że zachowanie nie wyczerpało znamion dyskryminacji<sup>78</sup>.

Ciekawą sprawą (gdzie stan faktyczny i rozstrzygany problem zbliżony jest do omawianej wcześniej sprawy *Kelly przeciwko National University of Ireland*), w której wystosowano pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości UE, jest sprawa *Galina Meister*<sup>79</sup>. Pytanie zadane przez stronę skarżącą dotyczyło tego, czy wskazane przepisy dyrektyw równościowych (m.in. art. 8 ust. 1 dyrektywy Rady 2000/43/WE oraz art. 10 ust. 1 dyrektywy Rady 2000/78/WE) należy interpretować w ten sposób, że pracownikowi, który twierdzi, że spełnia warunki zajęcia stanowiska oferowanego przez pracodawcę, ale jego kandydatura nie została uwzględniona, przysługuje prawo do uzyskania od pracodawcy informacji na temat tego, czy zatrudnił on innego kandydata i jeżeli tak, na podstawie jakich kryteriów ten inny kandydat został zatrudniony? Wątpliwości budzi domniemanie, czy brak udzielenia przez pracodawcę odpowiedzi pozwala przypuszczać, że doszło do zarzucanej mu przez pracownika dyskryminacji? Sprawa nie została jeszcze rozstrzygnięta przez Trybunał, jednak w dniu 12 stycznia 2012 roku wydana została opinia rzecznika generalnego, który na pierwsze z zadanych pytań odpowiada, że przepisów tych nie należy interpretować w ten sposób, że kandydat ubiegający się o stanowisko, jeśli nie został przyjęty, musi posiadać możliwość zażądania od pracodawcy, aby ten poinformował go, czy i na podstawie jakich kryteriów zatrudnił innego kandydata, nawet jeśli okaże się, że kandydat wykaże w sposób prawdopodobny, że spełnia warunki ujęte w ogłoszeniu pracodawcy o naborze. Jeżeli chodzi o odpowiedź na drugie pytanie, Rzecznik sugeruje, że *sąd krajowy powinien ocenić postawę pracodawcy polegającą na odmowie przekazania informacji zażądanych przez odrzuconego kandydata do zatrudnienia na temat wyniku naboru i na temat kryteriów, które pracodawca przyjął, dokonując rekrutacji jednego z kandydatów, nie ograniczając się wyłącznie do stwierdzenia, że pracodawca nie udzielił odpowiedzi, ale rozpatrując ten brak w szerszym kontekście faktycznym, w który się on wpisuje*<sup>80</sup>.

Innymi środkami dowodowymi, które mogłyby pomóc potwierdzić powodowi podnoszone zarzuty, są np. nagrania audio lub wideo oraz opinie biegłych i ekspertów. Jeżeli chodzi o nagrania, w niektórych państwach jest sprawą dyskusyjną, czy mogą one stanowić dowód, jeśli zostały utworzone bez wiedzy czy

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:301:0010:02:PL:HTML>.

<sup>80</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Paola Mengozziego przedstawiona w dniu 12 stycznia 2012 r., sprawa C-415/10 *Galina Meister przeciwko Speech Design Carrier Systems GmbH*, <http://dokumenty.e-prawnik.pl/orzecznictwo/unia-europejska/c-41510-meister.html>.

zgody strony rejestrowanej. W sprawach o dyskryminację takie materiały są szczególnie istotne, gdyż nieraz mogą to być jedyne dowody na dyskryminującą praktykę czy zachowanie. W sprawie zawisłej przed ETPC – *Lüdi przeciwko Szwajcarii*<sup>81</sup> Trybunał przyjął za dowód nagranie z podsłuchu, mimo iż nie było oczywiste, czy tak zdobyty dowód nie narusza prawa do prywatności.

Warto jednak pamiętać, że to prawo krajowe co do zasady reguluje kwestie dopuszczalności wykorzystywania tego rodzaju dowodów w postępowaniach sądowych. I tak, np. w Rumunii prawo antydyskryminacyjne dopuszcza wykorzystanie nagrań audio i wideo, a Krajowa Rada ds. Przeciwdziałania Dyskryminacji może zaakceptować każdy dowód przedstawiony podczas postępowania, które się przed nią toczy<sup>82</sup>. Z kolei na Węgrzech Organ ds. Równego Traktowania często sięga po opinie eksperckie w sprawach, w których pojawia się problem określenia równej płacy za jednakową pracę. W tego typu skargach specjalistyczna techniczna analiza jest niezbędna by ocenić, czy praca wykonywana na dwóch różnych stanowiskach może być uznana za pracę jednakowej wartości. Innym obszarem, w którym zleca się wykonanie ekspertyz, jest edukacja – np. w jednej ze spraw ekspert przedstawił opinię w kwestii tego, czy warunki zapewniane przez szkołę są zgodne z prawem, w celu ustalenia, czy władze miejskie nie naruszyły zobowiązań wobec dzieci-uczniów z lekkim stopniem niepełnosprawności<sup>83</sup>.

### 3.4. Testy dyskryminacyjne jako szczególna metoda udowodnienia dyskryminacji

#### 3.4.1. Czym są testy dyskryminacyjne

Testy dyskryminacyjne (*situation testing*), zwane inaczej sytuacjami testowymi czy badaniami audytowymi, zaczęto stosować w latach 60. w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii. Prace były prowadzone równolegle w ośrodkach naukowych i instytucjach działających na rzecz równego traktowania<sup>84</sup>. Początkowo tę technikę wykorzystywano głównie w obszarze wynajmu mieszkań oraz zatrudnienia<sup>85</sup>. Na kontynencie europejskim<sup>86</sup> testy przeprowadza się m.in. w Wielkiej Brytanii Belgii, Bułgarii, Czechach, Danii, Finlandii, Francji, Holandii, Słowacji, Szwecji, na Węgrzech i Łotwie, od niedawna także w Austrii, we Włoszech i na Cyprze<sup>87</sup>. Stosowanie testów dyskryminacyjnych w niektórych systemach prawnych jest uregulowane wprost – taka sytuacja ma np. we Francji, na Węgrzech oraz, w pewnym zakresie, w Belgii. W ustawodawstwach

<sup>81</sup> Wyrok ETPC z 15 czerwca 1992 r., *Lüdi przeciwko Szwajcarii*, skarga 12433/86.

<sup>82</sup> L. Farkas, *How to Present a Discrimination Claim: Handbook on seeking remedies under the EU Non-discrimination Directives*, European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, July 2011, str. 50.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> K. Wysieńska, *Testy dyskryminacyjne – metoda i zastosowania*, „Badania Ekspertyzy, Rekomendacje” Instytutu Spraw Publicznych, Warszawa 2011.

<sup>85</sup> M. Koss-Goryszewska, *Testy dyskryminacyjne. Charakterystyka techniki i zastosowanie w wybranych krajach*, w: W. Klaus (red.), *Sąsiedzi czy intruzy? O dyskryminacji cudzoziemców w Polsce*, Warszawa 2010, s. 301-310.

<sup>86</sup> I. Rorive, *Situation tests in Europe: Myths and realities*, „European Anti-Discrimination Law Review” 2006, nr 3, s. 33.

<sup>87</sup> I. Rorive, *Proving Discrimination Cases – The Role of Situation Testing*, Brussels 2009, s. 56.

innych krajów prawo nie reguluje bezpośrednio tej kwestii, jednak dowody z testów są akceptowane przez sądy, choć kwestia dopuszczalności tego typu dowodów jest dyskusyjna<sup>88</sup>.

Czym są zatem testy dyskryminacyjne? Jest to eksperymentalna metoda, mająca na celu zmierzenie efektywności formalnych sposobów przeciwdziałania dyskryminacji, wykrycie i określenie skali zjawiska dyskryminacji<sup>89</sup>. Testy przeprowadzane są zgodnie z wypracowaną metodologią<sup>90</sup> i różnią się w zależności od tego, czy mają służyć celom naukowo-badawczym, czy konkretnej sprawie sądowej. W pierwszym przypadku, uzyskane wyniki niekoniecznie muszą służyć udowodnieniu dyskryminacji w jednostkowej sprawie zawisłej przed sądem, co nie znaczy, że nie mogą popierać twierdzeń powoda, uprawdopodobniając fakt wystąpienia dyskryminacji, której doświadczył. Testy o charakterze badawczym można bowiem z powodzeniem wykorzystać jako dowód statystyczny, ukazujący, że w danym obszarze czy sektorze obserwuje się dyskryminację pewnych grup mniejszościowych. Testy wykorzystywane w działaniach litygacyjnych przeprowadzane są odmienną techniką i w inny sposób są rejestrowane ich wyniki.

W konstruowaniu testu, czy to na potrzeby badań naukowych, czy postępowania sądowego, niezmiernie istotna jest metodologia, która stanowi gwarancję wiarygodności zastosowania tego narzędzia. Na potrzeby niniejszego opracowania należy wyjaśnić, że metodologia ta może różnić się w zależności od kraju, czy danego ośrodka badawczego przeprowadzającego testy, jednak niezależnie od różnic, wspólne pozostają kluczowe elementy. Na przykład we wszystkich rodzajach testów powinno być spełnione kryterium „3xP”, oznaczające, że testerzy powinni być podobni, podobający się oraz prawdopodobni. Testerzy przechodzą również specjalne szkolenie, mające na celu przygotowanie ich do wzięcia udziału w sytuacjach, będących przedmiotem testu<sup>91</sup>. Ponadto, jak wynika z analizy orzecznictwa sądów krajowych państw, gdzie testy są stosowane, a ich wyniki wykorzystywane przed sądami, nawet wyniki testu przeprowadzonego nie do końca ściśle z wypracowaną metodologią, mogły być uznane przez sąd jako dowód dyskryminacji. Dla przykładu – test nie był powtarzany (a zaleca się, by test był przeprowadzony najlepiej kilkakrotnie), bądź też testującym był znajomy ofiary dyskryminacji (narażając się na ewentualny zarzut braku obiektywności).

Test dyskryminacyjny z wykorzystaniem aktorów<sup>92</sup> może zostać zastosowany na przykład w badaniu ewentualnej odmowy wstępu do lokalu gastronomicznego osobie o innym pochodzeniu etnicznym. Wyglądałby on następująco: niezależna instytucja (np. organizacja pozarządowa lub instytucja publiczna, jak np. ombudsman) przyjmuje skargę na nierówne traktowanie i po uznaniu, że doszło do dyskryminacji, organizuje test, który ma to potwierdzić bądź temu zaprzeczyć. Test przeprowadzony mógłby być w dwojaki sposób,

<sup>88</sup> K. Wencel, *Owoc zatrutego drzewa? Situation testing jako dowód w sprawach o dyskryminację*, „Studia Prawnicze” 2010, zeszyt 3(185).

<sup>89</sup> Wysieńska, *Testy dyskryminacyjne...*, str. 5.

<sup>90</sup> Szerzej o tym, czym są testy dyskryminacyjne, na jakie pytania testy mogą dać odpowiedź, a na jakie nie, omówienie metodologii oraz dwóch testów przeprowadzonych w Polsce patrz: K. Wysieńska, *Testy dyskryminacyjne...*, *op cit.*

<sup>91</sup> *Ibidem.*

<sup>92</sup> Istnieją trzy sposoby przeprowadzenia testów dyskryminacyjnych – przy udziale osób, przez telefon oraz za pomocą pisemnych aplikacji.

albo z udziałem ofiary i dobranego do niej testera, albo z udziałem dwóch testerów, z których jeden stanowiłby „odpowiednik” ofiary – osoby charakteryzującej się cechą, ze względu na którą doszło do dyskryminacji. W tym drugim przypadku, kwestią problematyczną może się okazać uznanie testera za ofiarę dyskryminacji, jeżeli jego intencją nie była rzeczywista wola dostania się do lokalu, a jedynie zbadanie określonego zachowania. Chodziłoby bowiem o wykazanie interesu prawnego w wytaczanym powództwie, czyli uprawnienie do bycia stroną w postępowaniu sądowym. Niezależnie od dokonanego wyboru, ważne, by testerzy byli obiektywni, mieli nieposzlakowaną opinię, a także wykazywali wolę uczestniczenia w dalszych etapach postępowania. Następnie, istotny jest dobór pary, z uwagi na wymóg spełnienia kryterium „3xP”. W kolejnym etapie, testerzy powinni zostać przeszkoleni, aby być w pełni przygotowanymi do sytuacji, w której będą uczestniczyć. Jeżeli podczas testu jeden z testerów, charakteryzujący się cechą, ze względu na którą istnieje domniemanie dyskryminacji, nie zostałby wpuszczony do lokalu, a odstępie kilku minut jego odpowiednik dostałby się tam bez problemów, uznać można, że doszło do dyskryminacji. Na zakończenie, niezwykle istotna jest procedura rejestracji przebiegu testu, czyli sporządzenie protokołu, w którym szczegółowo opisane zostanie, m.in. co się wydarzyło w trakcie testu, jakie padały wypowiedzi etc. Przygotowany materiał z przebiegu testu mógłby być następnie przedstawiony przed sądem.

#### **3.4.2. Testy dyskryminacyjne w postępowaniu sądowym**

Odnosząc powyższe rozważania odnośnie rozkładu ciężaru dowodu do instytucji procesowej w postaci testu dyskryminacyjnego warto wyjaśnić, że w przypadku zastosowania zasady odwróconego ciężaru dowodu, dowód z testów dyskryminacyjnych może być wykorzystywany na samym początku procesu lub na dalszym jego etapie. W tym pierwszym przypadku powód, chcąc uprawdopodobnić fakt dyskryminacji, przedstawiłby wyniki testu. Jeżeli chodzi o drugą możliwość, w pierwszym rzędzie to pozwany miałby wykazać, że nie naruszył zasady równego traktowania. Powód, gdyby chciał podważyć dowody przedstawione przez pozwanego, może zgłosić wniosek dowodowy, np. w postaci przeprowadzenia testu dyskryminacyjnego. Za tym rozwiązaniem może przemawiać fakt, że zastosowanie takiego dowodu wyłącznie jako środka mającego uprawdopodobnić fakt dyskryminacji (przed właściwym postępowaniem dowodowym) byłoby niecelowe, jako sprzeczne z zasadą ekonomii procesowej (może się bowiem okazać, że pozwany nie jest w stanie udowodnić swoich racji). Poza tym, wyniki testu nie uprawdopodobniają faktu dyskryminacji, a go potwierdzają. Mimo tych wątpliwości, w praktyce wydaje się zasadniejsze przedstawienie wyników testu już przy formułowaniu zarzutu na wstępnym etapie postępowania.

Jak zostało wspomniane wyżej, procedury testowe różnią się w zależności od tego, czy test jest przeprowadzany w celach naukowych, czy na potrzeby postępowania sądowego. Jeżeli chodzi o testy stosowane w działaniach litygacyjnych, wymagają one wykorzystania realnych osób, tj. testerów, którzy w postępowaniu sądowym będą występować jako powodowie lub świadkowie. W kontekście wyżej przedstawionych przepisów polskiego kodeksu postępowania cywilnego nie wydaje się, aby dowód z przesłucha-

nia strony czy świadka budził jakiegokolwiek wątpliwości. Wątpliwe może być natomiast samo uznanie wyniku testu jako wiarygodnego dowodu, szczególnie jeśli został on przeprowadzony przez podmiot nie mogący się wykazać obiektywnością. Wątpliwości dotyczą ewentualnej prowokacji czy naruszenia przez testujących prawa do prywatności, jak również konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego oraz doktryny owocu zatrutego drzewa<sup>93</sup>. Czy sąd zaakceptowałby jako dowód wynik takiego testu? Nawet jeżeli tak, pojawia się inne pytanie: jak byłby traktowany dokument – protokół z wynikami przeprowadzonego testu?

Biorąc pod uwagę uregulowania kodeksu postępowania cywilnego, mamy do czynienia albo z dokumentem urzędowym, albo prywatnym. Problem, jaki może się pojawić, dotyczy „wagi” takiego protokołu, który nie byłby dokumentem urzędowym, a prywatnym. Zgodnie z art. 245 k.p.c. dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Dokumenty urzędowe stanowią zaś dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone (art. 244 k.p.c.). Podział ten ma podstawowe znaczenie w postępowaniu cywilnym – odgrywa on tak istotną rolę ze względu na wagę, jaką przywiązuje się do obu rodzajów dokumentów w postępowaniu dowodowym i w ramach analizowania jego wyników. Z dokumentem urzędowym związane są bowiem dwa domniemania – tzw. domniemanie autentyczności i domniemanie prawdziwości. W odniesieniu do pierwszego domniemania przyjmuje się, że organ, który figuruje w dokumencie, jest tym, który ten dokument sporządził. W kontekście ewentualnego protokołu zawierającego wyniki testu, istotne jest szczególnie drugie domniemanie – zgodności z prawdą tego, co zostało w dokumencie urzędowo stwierdzone<sup>94</sup>. Z drugiej jednak strony, przepisy te regulują jedynie formalną moc dowodową dokumentów urzędowych, a nie rozstrzygają o znaczeniu dokumentu dla wyniku procesu, co jest przedmiotem oceny sądu zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów. Dokument urzędowy nie jest też dowodem niepodważalnym. Nie ma jednak wątpliwości, że dowód w postaci dokumentu urzędowego miałby większy walor w stosunku do dokumentu prywatnego. Wątpliwości dotyczące mocy dowodowej protokołu z przeprowadzonego testu zgłaszali sami sędziowie wskazując, na ew. problemy w jego zaakceptowaniu przez sądy<sup>95</sup>.

W odniesieniu do możliwości wykorzystania wyników testu w postępowaniu o dyskryminację, doświadczenia zagraniczne pokazują, że jest to możliwe, choć nie oczywiste. W różnych sprawach, które trafiły na wokandy sądów w Belgii, Francji, Szwecji czy na Węgrzech, testy były przeprowadzane bardziej lub mniej profesjonalnie, zgodnie z opracowaną metodologią lub też *ad hoc* – bez przygotowania czy przeszkolenia osób biorących w nim udział. Co ważne, we wszystkich tych krajach sądy zaakceptowały tę formę udowodnienia dyskryminacji. W Polsce, mimo obaw związanych z dopuszczalnością wykorzystania wyników testu

<sup>93</sup> Więcej na ten temat w: K. Wencel, *Owoc zatrutego drzewa?..*, *op.cit.*

<sup>94</sup> A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, *Kodeks postępowania cywilnego..*, *op.cit.*

<sup>95</sup> Podczas seminarium dla sędziów zorganizowanego w grudniu 2011 roku przez Stowarzyszenie Interwencji Prawnej i INPRIS – Instytut Prawa i Społeczeństwa, dotyczącego stosowania prawa antydyskryminacyjnego, w tym kwestii testów dyskryminacyjnych, pojawił się pomysł, by protokół z przebiegu testu sporządzał komornik, wówczas dokument miałby walor dokumentu urzędowego. Jest to interesująca propozycja wymagająca dalszego zbadania pod kątem regulacji prawnych i metodologii dotyczącej konstruowania testu.

dyskryminacyjnego w postępowaniu litygacyjnym oraz braku orzecznictwa w tej materii, wydaje się, że dowód z testu dyskryminacyjnego zostałby dopuszczony przez sąd na podstawie ogólnych zasad dowodzenia<sup>96</sup>. Jeżeli tak, zaakceptowanie takiego środka dowodowego przez polskie sądy stanowiłoby ogromne ułatwienie w dochodzeniu swoich praw przez ofiary dyskryminacji w związku z naruszeniem zasady równego traktowania.

#### 4. Podsumowanie

Analiza polskich oraz unijnych przepisów prawnych w obszarze niedyskryminacji, jak również „równościowego” orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej prowadzi do wniosku, że problematyka dowodzenia w sprawach o dyskryminację jest jednym z istotniejszych zagadnień funkcjonowania zasady równego traktowania. Bez wprowadzenia odpowiednich rozwiązań zarówno na poziomie przepisów, jak i praktyki ich stosowania, realizacja tej zasady będzie fikcją, a hasło „równość” pustym sloganem. Państwa podpisujące się pod dokumentami wprowadzającymi polityki równościowe powinny mieć świadomość, że gwarancją skutecznej ochrony praw ofiar nieuprawnionego nierównego traktowania jest przyjęcie konkretnych zapisów prawnych i rozwiązań systemowych.

W polskim prawie od 2004 roku odpowiednie przepisy funkcjonują w kodeksie pracy, a od roku 2011, wraz z przyjęciem ustawy o równym traktowaniu, także w innych niż zatrudnienie obszarach, m.in. dostępie do zabezpieczenia społecznego, opieki zdrowotnej, edukacji czy usług mieszkaniowych. Niestety, ustawa stanowi minimum tego, co wymaga od nas Unia Europejska i nie zapewnia pełnej ochrony wszystkim kategoriom podmiotów narażonych na dyskryminację. Trudno też oczekiwać, by ofiary powoływały się na dane statystyczne czy badania dotyczące skali zjawiska dyskryminacji w Polsce, skoro takich oficjalnych danych nie ma lub są one fragmentaryczne. Inny problem, jaki się może pojawić, to praktyka stosowania przepisów – czy w sprawach o dyskryminację sądy (szczególnie te niższego rzędu) we właściwy sposób potrafią stosować zasadę odwróconego ciężaru dowodu? Czy mają świadomość ograniczeń i utrudnień, na jakie napotyka pokrzywdzony, dochodzący swoich praw na skutek dyskryminacji?

Wreszcie, czy są na tyle otwarci, by dopuścić inne, „niestandardowe” dowody, jak np. dane statystyczne czy wyniki testów dyskryminacyjnych? Polska judykatura nie jest zbyt bogata w wyroki w sprawach, w których stwierdzone zostało naruszenie zakazu dyskryminacji. Wraz z rozwojem tej dziedziny prawa można się spodziewać, że orzeczeń zasądzających odszkodowanie bądź zadośćuczynienie będzie przybywać. Aby tak się jednak stało, pokrzywdzeni muszą mieć świadomość swoich praw, ale także gwarancję ułatwień w toku ich dochodzenia. Służyć temu mają przedstawione wyżej reguły rządzące postępowaniem sądowym oraz możliwości wykazania nierównego traktowania.

---

<sup>96</sup> K. Gonera, *Rozkład ciężaru dowodu ...*, str. 19.


## SUMMARY

Discrimination is especially difficult to prove as, in a number of situations, it occurs behind closed doors in the workplace, e.g. in the following relations: clerk – customer, employer – employee, or doctor – patient. There is usually no witnesses, so the victim can only report on what happened by means of word-against-word testimony. In such cases, traditional methods of proving discrimination may be insufficient. One of the rules that guarantee non-discrimination application in reality is the burden-shifting formula. It means that the plaintiff bears only the burden of substantiation that discriminatory behaviour took place, while the respondent has to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment. The purpose of shifting the burden of proof to the defendant is to make it easier for the plaintiff to obtain legal protection against discrimination and enable him/her to demand his/her rights efficiently. The rule is implemented in the EU legal system and judicature of the Court of Justice of the European Union. The European Court of Human Rights also deals with this issue. The Polish labour code and the act on implementation of certain provisions of the European Union in the field of equal treatment also comprise the rule on the burden of proof. Moreover, what is important in the context of this analysis is the fact that Polish law includes an open catalogue of evidence and the principle of free assessment of evidence. It means that, according to the proceeding rules, the court could accept other means of proof taken into account in order to prove unequal treatment, e.g. statistical data or results of discrimination tests. As to the latter, situation testing is an experimental technique aiming at proving discriminatory behaviours. It has been developed and conducted in the United States and the United Kingdom since 1960s, initially in housing and employment sector. Next, it has been adopted in some European Union states such as Belgium, Bulgaria, Czech Republic, Denmark, Finland, France, the Netherlands, Slovakia, Sweden, Hungary and Latvia. France, Hungary and Belgium exemplify the case when the use of their results as means of proof is regulated directly by the law. However, even in these countries, it was problematic and raised a lot of questions concerning legality, methodology and “moral” aspects of the technique. In Poland, the method is unknown, nor it is applied in practice. Although the Polish legal system does not provide for the possibility to use in court the results of experimental tests, it would not be completely unlikely to do so. Bearing in mind the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union as well as the experience of other EU countries where the results of situation testing, statistical data, expert opinions or other methods of proofs are acceptable in judicial proceedings, it appears that it may be possible in Poland, too.



**NOTA O AUTORCE**

**Katarzyna Wencel** – prawniczka, absolwentka Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku oraz podyplomowych studiów w Kolegium Europejskim w Brugii, doktorantka w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, członkini Stowarzyszenia Interwencji Prawnej, gdzie w ramach Sekcji ds. Cudzoziemców zajmuje się przeciwdziałaniem dyskryminacji ze względu na rasę, pochodzenie etniczne czy narodowość.

	<p>Niniejsza analiza napisana została w ramach projektu:</p> <p><b>„Równi, ale różni – badania nad równym traktowaniem cudzoziemców w Polsce”</b></p> <p>współfinansowanego przez Unię Europejską i budżet Państwa w ramach Europejskiego Funduszu na rzecz Integracji Obywateli Państw Trzecich realizowanego przez Stowarzyszenie Interwencji Prawnej oraz Instytut Spraw Publicznych.</p>
---	--

**Analizy, Raporty, Ekspertyzy 2011, nr 7 (43); grudzień 2011 r.**

**Komitet redakcyjny:** Witold Klaus (przewodniczący), Agnieszka Kwaśniewska, Maria Niełacna, Dagmara Woźniakowska-Fajst.

Stowarzyszenie Interwencji Prawnej  
Al. 3 Maja 12 lok. 510  
00-391 Warszawa  
tel./fax. 22 621-51-65  
e-mail: [interwencja@interwencjaprawna.pl](mailto:interwencja@interwencjaprawna.pl)  
[www.interwencjaprawna.pl](http://www.interwencjaprawna.pl)