

USTAWA O WDROŻENIU NIEKTÓRYCH PRZEPISÓW UNII EUROPEJSKIEJ W ZAKRESIE RÓWNEGO TRAKTOWANIA

Komentarz

redakcja naukowa
Karolina Kędziora, Krzysztof Śmiszek

Zofia Jabłońska, Karolina Kędziora
Maciej Kułak, Krzysztof Śmiszek

KOMENTARZE PRAKTYCZNE



Wolters Kluwer

USTAWA O WDROŻENIU NIEKTÓRYCH PRZEPISÓW UNII EUROPEJSKIEJ W ZAKRESIE RÓWNEGO TRAKTOWANIA

Komentarz

redakcja naukowa
Karolina Kędziora, Krzysztof Śmiszek

Zofia Jabłońska, Karolina Kędziora
Maciej Kułak, Krzysztof Śmiszek

KOMENTARZE PRAKTYCZNE

Stan prawny na 1 listopada 2016 r.

Wydawca

Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący

Adam Choiński

Opracowanie redakcyjne i łamanie

JustLuk

Komentarze do poszczególnych artykułów napisali:

Karolina Kędziora – art. 3 ust. 3, 4; art. 4 pkt 4b–e; art. 6, 7, 8 ust. 2; art. 13, 14, 17, 24

Krzysztof Śmiszek – art. 1, 3 ust. 5–7; art. 4 pkt 1–4a; art. 8 ust. 1; art. 11, 18–23, 26, 31–33

Zofia Jabłońska – art. 3 ust. 1, 2; art. 9, 15, 29

Maciej Kułak – art. 2, 5, 10, 16, 25, 28, 30

Zofia Jabłońska, Karolina Kędziora – art. 27

Zofia Jabłońska, Maciej Kułak – art. 12

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

prawolubni

SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ

Więcej na www.legalnakultura.pl

POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by

Wolters Kluwer SA, 2017

ISBN: 978-83-8107-059-1

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przykopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów	7
Wprowadzenie	11

ZJAWISKO DYSKRYMINACJI. TŁO SPOŁECZNE. REGULACJE MIĘDZYNARODOWE

Rozdział 1. Dyskryminacja – wprowadzenie do pojęcia

<i>(Zofia Jabłońska)</i>	17
1. Dyskryminacja jako zjawisko społeczne	17
2. Łańcuch dyskryminacji	19
3. Przejawy dyskryminacji	22
4. Mowa nienawiści	23
5. Rodzaje dyskryminacji	24
5.1. Homofobia	24
5.2. Transfobia	27
5.3. Ableizm	30
5.4. Ageizm (wiekizm)	32
5.5. Seksizm	33
5.6. Rasizm	35
5.7. Antysemityzm	37
5.8. Islamofobia	38
5.9. Romofobia	39
6. Skutki dyskryminacji	40
6.1. Stres mniejszościowy – psychologiczne konsekwencje wykluczenia	40

6.2. Społeczne następstwa nierównego traktowania	41
Rozdział 2. Międzynarodowe prawo antydyskryminacyjne	
<i>(Maciej Kułak)</i>	43
1. Wstęp	43
2. System Organizacji Narodów Zjednoczonych	44
3. System Rady Europy	51
4. Unia Europejska – geneza ustawy wdrożeniowej	54
5. Wybrane zasady prawa unijnego <i>(Karolina Kędziora)</i>	57
5.1. Zasada pierwszeństwa prawa unijnego	58
5.2. Zasada bezpośredniego skutku prawa unijnego	59
5.3. Zasada bezpośredniego skutku przepisów dyrektywy	60
5.4. Zasada pośredniego skutku przepisów dyrektywy	61
5.5. Postępowanie w sprawie wydania orzeczenia wstępnego ...	62

KOMENTARZ DO USTAWY

Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1219)	67
Rozdział 1. Przepisy ogólne	69
Rozdział 2. Zasada równego traktowania i środki prawne dla jej ochrony	165
Rozdział 3. Organy właściwe w sprawach przeciwdziałania naruszeniom zasady równego traktowania	234
Rozdział 4. Zmiany w przepisach obowiązujących, przepisy przejściowe i końcowe	252
Bibliografia	273

Wykaz skrótów

1. Akty prawne

- | | |
|--------------------------|---|
| dyrektywa
76/207/EWG | – dyrektywa Rady 76/207/EWG z dnia 9 lutego 1976 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy (Dz. Urz. WE L 39 z 14.02.1976, s. 40, z późn. zm.) |
| dyrektywa
97/80/WE | – dyrektywa Rady 97/80/WE z dnia 15 grudnia 1997 r. dotycząca ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć (Dz. Urz. WE L 14 z 20.01.1998, s. 6, z późn. zm.) |
| dyrektywa
2000/43/WE | – dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz. Urz. WE L 180 z 19.07.2000, s. 22) |
| dyrektywa
2000/78/WE | – dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. WE L 303 z 2.12.2000, s. 16) |
| dyrektywa
2004/113/WE | – dyrektywa Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz. Urz. UE L 373 z 21.12.2004, s. 37, z późn. zm.) |

dyrektywa 2006/54/WE	– dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja preredagowana) (Dz. Urz. UE L 204 z 26.07.2006, s. 23)
dyrektywa 2014/54/UE	– dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/54/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie środków ułatwiających korzystanie z praw przyznanych pracownikom w kontekście swobodnego przepływu pracowników (Dz. Urz. UE L 128 z 30.04.2014, s. 8)
EKPC	– Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.)
k.c.	– ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 380 z późn. zm.)
Konstytucja RP	– Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
k.p.	– ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1666)
k.p.c.	– ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1822 z późn. zm.)
k.s.h.	– ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1578 z późn. zm.)
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 47)
ustawa, ustawa wdrożeniowa	– ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1219)

-
- ustawa o RPO – ustawa z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1648 z późn. zm.)
- u.s.o. – ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2156 z późn. zm.)
- u.ś.o.z. – ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1793 z późn. zm.)

Publikatory i czasopisma

- BAS – Biuro Analiz Sejmowych
- Dz. Urz. UE/WE – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej / Wspólnot Europejskich
- ECR – European Court Reports
- EPS – Europejski Przegląd Sądowy
- GSP-Prz.Orz. – Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa
- M.P. – Monitor Polski
- M.P.Pr. – Monitor Prawa Pracy
- OSAB – Orzecznictwo Sądów Apelacji Białostockiej
- OSNC – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
- OSNC-ZD – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna. Zbiór Dodatkowy
- OSNP – Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych
- OSP – Orzecznictwo Sądów Polskich
- OTK-A – Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; zbiór urzędowy, Seria A
- SIL – Studia Iuridica Lubliniensia
- Zb. Orz. – Zbiór Orzeczeń

Inne

- ECRI – Europejska Komisja Przeciwno Rasizmowi i Nietolerancji

ETPC	– Europejski Trybunał Praw Człowieka
LEX	– System Informacji Prawnej LEX
NIK	– Najwyższa Izba Kontroli
ONZ	– Organizacja Narodów Zjednoczonych
osoby LGBTI	– lesbijki, geje, osoby biseksualne, transpłciowe i interpłciowe, używane także LGB i LGBT, w zależności od tego, do jakich grup odnosi się tekst
SA	– Sąd Apelacyjny
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– Sąd Okręgowy
SR	– Sąd Rejonowy
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TS / TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości / Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
WSA	– Wojewódzki Sąd Administracyjny

Wprowadzenie

Przyjęcie ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania to rezultat zobowiązań Rzeczypospolitej Polskiej w kontekście członkostwa naszego kraju w Unii Europejskiej, która zarówno w prawie traktatowym, jak i wtórnym zakazuje dyskryminacji z takich powodów, jak płeć, wiek, niepełnosprawność, rasa lub pochodzenie etniczne, orientacja seksualna, religia lub wyznanie. Zobowiązanie to zmaterializowane zostało przez polskiego ustawodawcę po latach opóźnień, głównie jako efekt postępowań wszczętych przez Komisję Europejską przeciwko Polsce za naruszenie obowiązków wdrożeniowych.

Ustawa wprowadziła do systemu prawa polskiego przepisy, których celem jest ustanowienie gwarancji – materialnoprawnych, procesowych oraz instytucjonalnych – w wielu dziedzinach życia, w których prawodawca unijny uznał, że istnieje wysokie ryzyko pojawienia się nieobiektywnego, nierównego traktowania, czyli dyskryminacji. Kommentowany akt normatywny nie jest pierwszą ustawą, która wdraża unijny standard zakazu dyskryminacji. Od 2004 r. w kodeksie pracy funkcjonują regulacje, na mocy których pracownikom doświadczającym dyskryminacji umożliwiono dochodzenie odrębnego roszczenia w tym zakresie. Po ponad dekadzie obowiązywania antydyskryminacyjnych przepisów kodeksowych należy zauważyć, że potrzeba było aż tak długiego czasu obowiązywania przepisów, aby stały się one znane i wykorzystywane zwłaszcza przez tych, którzy w najwyższym stopniu

potrzebują ochrony przed nierównym traktowaniem. Co istotne, czas ten pozwolił także na ukształtowanie się orzecznictwa sądowego oraz praktyki sądowej w tym obszarze.

Komentowana ustawa jest aktem normatywnym, który – jak się okazuje – nie jest w pełni wykorzystywany. Dowodzą tego zarówno doświadczenia pełnomocników procesowych, jak i organizacji pozarządowych działających na rzecz równego traktowania i praw człowieka. Także statystyki sądowe wykazują wciąż niskie wykorzystanie w praktyce omawianych przepisów. Uznać to należy za zjawisko niepokojące, zwłaszcza biorąc pod uwagę badania socjologiczne przeprowadzane zarówno przez polskie ośrodki badawcze oraz organizacje pozarządowe, jak i europejskie instytucje zajmujące się monitorowaniem przestrzegania praw człowieka, które wykazują, że poziom doświadczanej w Polsce dyskryminacji ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę lub pochodzenie etniczne, orientację seksualną, religię lub wyznanie jest wciąż wysoki. Praktyka wykorzystywania przepisów komentowanej ustawy do dochodzenia praw naruszonych dyskryminacją pozostaje zatem w kontraście do sytuacji społecznej. Za główne przyczyny utrzymującej się niskiej liczby postępowań sądowych wszczynanych na podstawie ustawy uznaje się powszechnie zawiłość jej regulacji, niewspółmiernie dużą liczbę wyjątków od jej zastosowania, a także – i chyba co najważniejsze – bardzo małą wiedzą na temat jej znaczenia i zakresu obowiązywania. Niski poziom świadomości istnienia ustawy wykazywany jest nie tylko przez tych, których w zamiarze ustawa ma chronić, lecz także – co wynika z doświadczenia autorów komentarza – przez pełnomocników procesowych oraz sędziów sądów powszechnych.

Zatem aby wyjść naprzeciw powyższym trudnościom, autorzy podjęli wyzwanie przybliżenia znaczenia regulacji ustawy tym wszystkim, którzy mogą chcieć z niej skorzystać. Komentarz oparty jest nie tylko na dorobku własnym autorów, którzy są na co dzień prawnikami tworzącymi Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego – ogólnopolską organizację prawnoczołowieczą, której głównym celem statutowym jest wspieranie osób doświadczających dyskryminacji. Komentarz

jest także wynikiem analizy prawnoporównawczej podobnych regulacji w innych krajach Unii Europejskiej, jak również szczegółowej analizy dorobku orzeczniczego sądów polskich i zagranicznych, trybunałów europejskich oraz działalności krajowych organów do spraw równego traktowania.

Oddajemy w Państwa ręce komentarz, który jest pierwszą publikacją tego typu na rynku polskim. Mamy w związku z tym nadzieję, że będzie ona przydatnym przewodnikiem po tym krótkim, aczkolwiek skomplikowanym akcie normatywnym i okaże się pomocna w zrozumieniu nowych instytucji ochrony w polskim systemie prawnym.

radca prawny Zofia Jabłońska

radca prawny Karolina Kędziora

Maciej Kułak

dr Krzysztof Śmiszek

**ZJAWISKO DYSKRYMINACJI
TŁO SPOŁECZNE
REGULACJE MIĘDZYNARODOWE**

ROZDZIAŁ 1

Dyskryminacja – wprowadzenie do pojęcia

1. Dyskryminacja jako zjawisko społeczne

1. Termin „dyskryminacja” pochodzi od łacińskiego słowa *discriminatio*, które oznacza „rozdzielenie, nierówne traktowanie, wybiórczą ocenę” (*Edukacja antydyskryminacyjna. Podręcznik trenerski*, red. M. Branka, D. Cieślukowska, Kraków 2010, s. 108). Współcześnie w naukach społecznych dyskryminacja oznacza niesprawiedliwe, krzywdzące, wybiórcze, niewłaściwe traktowanie osoby w oparciu o jej przynależność do pewnej społecznie rozpoznawalnej grupy, wyodrębnionej na podstawie jednej lub większej liczby cech – tożsamości, np. kobiety (płeć), osoby starsze (wiek), osoby transpłciowe (tożsamość płciowa), muzułmanie (wyznanie).
2. Przyczynami (zwanymi także kryteriami dyferencjacji, przesłankami, cechami prawnie chronionymi) dyskryminacji są cechy, które bardzo silnie określają, kim jest jednostka w sensie społecznym, tzw. tożsamości społeczne pierwotne i wtórne. Tożsamościami pierwotnymi są cechy wrodzone, co do zasady niezależne od woli jednostki (płeć, wiek, orientacja psychoseksualna, kolor skóry, poziom sprawności – fizyczny i psychologiczno-społeczny, pochodzenie narodowe i etniczne) – i to do tych cech najczęściej odwołują się przepisy prawa antydyskryminacyjnego. Tożsamości wtórne to takie, na których zmianę mają wpływ działania jednostki, np. status rodzinny, status ekonomiczny, wykształ-

cenie, wyznaczenie itd. W ostateczności to, czy dana cecha stanowi tożsamość pierwotną czy wtórną, w dużej mierze zależy od kontekstu społeczno-kulturowego – w społeczeństwach kastowych np. ani zmiana statusu społeczno-ekonomicznego, ani zdobycie wykształcenia nie będzie możliwe ze względu na restrykcyjne normy społeczne. Analogicznie – dla niektórych grup nie będzie możliwa zmiana statusu rodzinnego czy wyznania.

3. Koncepcja dyskryminacji w ujęciu prawnym zakłada, że nie każde nierówne traktowanie jest dyskryminacją (zob. komentarz do art. 3 ustawy). Prawnie dopuszczalne jest nadanie dwóm grupom różnych praw, pod warunkiem że takie zróżnicowanie będzie usprawiedliwione.
4. Z perspektywy psychologicznej dyskryminacja może przejawiać się na wiele sposobów: w bezpośrednim krzywdzeniu, odmawianiu pomocy, zachowaniach werbalnych i niewerbalnych, jawnym ocenianiu, nieprzychylnym traktowaniu, przemocy fizycznej i symbolicznej (*Edukacja antydyskryminacyjna...*, red. M. Branka, D. Cieślukowska, s. 108).
5. Dyskryminacja jako zjawisko społeczne charakteryzuje się natomiast tym, że nie stanowi sumy odosobnionych czynów czy wydarzeń, ale jest fenomenem systemowym – powtarzalnym i długotrwałym, który w konsekwencji prowadzi do nierówności między różnymi zbiorowościami, jak również ich przedstawicielami i przedstawicielkami w podziale władzy, uprawnień oraz innych społecznie istotnych dóbr. Dyskryminacja jest także zjawiskiem, które zapoczątkowane i niehamowane ma tendencję do nasilania się w czasie. Jedną z teorii przedstawiającą ten mechanizm jest schemat piramidy Allporta, który wyróżnia stadia dyskryminacji, a w którym ostateczne stadium nasilającego się procesu dyskryminacji stanowi eksterminacja grupy mniejszościowej. W ten sposób dyskryminacja wzmacnia *status quo*, zmierzając do utrzymania uprzywilejowanej pozycji grupy dominującej i marginalizując grupy mniejszościowe (A. Winiarska, W. Klaus, *Dyskryminacja i nierówne traktowanie jako zjawisko społeczno-kulturowe* (w:) *Zasada równości i zasada niedyskryminacji*, red. B. Kłos, J. Szymańczak, Studia BAS Kancelarii Sejmu 2011, nr 2(26), s. 9–40).

2. Łańcuch dyskryminacji

1. Początkiem mechanizmu zwanego łańcuchem dyskryminacji – gorszego traktowania konkretnej grupy społecznej – są utrwalone i powielane społecznie przekonania wobec osób należących do tej grupy. Przekonania takie nazywają się stereotypami (z greckiego *stereós* – stężyły, twardy; *typos* – wzorzec, odcisk; *Edukacja antydyskryminacyjna...*, red. M. Branka, D. Cieślukowska, s. 108). Stereotypy są mechanizmami poznawczymi konstruowanymi najczęściej dla odróżnienia grupy, do której przynależy jednostka (grupy „mojej”, „naszej”), od grupy „obcej” i stworzenia dychotomicznego podziału na my – oni. „Oni”, będący „nie nami” – czyli „obcymi” czy „innymi”, są też w ten sposób postrzegani – przez pryzmat uogólnionych przekonań uzasadniających ową „inność” (np. łamanie przyjętych w danej społeczności norm moralnych, zachowania odbiegające od przyjętych standardów kulturowych), które stanowią następnie uzasadnienie ich nierównego traktowania. Taki mechanizm poznawczy powoduje, że jednostki tworzą uproszczony obraz grupy społecznej, czym niwelują deficyt poznawczy. Stereotypy charakteryzują się tym, iż stanowią przekonania bardzo uproszczone, jednostronne, stają się ogólnym kwantyfikatorem pewnej grupy, są powielane i utrwalane społecznie oraz bardzo trudne do zmiany. Stają się automatem myślowym, przez pryzmat którego jednostki myślą o członkach i członkiniach jakiejś społeczności (A. Winiarska, W. Klaus, *Dyskryminacja i nierówne traktowanie...*, s. 9–40). Stereotypy uaktywniają się w sytuacji niewiedzy, wyraźnych różnic między grupami oraz konfliktów. Konstrukty te są ogólnospołeczne, niepodatne na zmianę i dziedziczone z pokolenia na pokolenie.
2. Stereotypy stanowią podstawę procesu zwanego naznaczaniem (stygmatyzacją). Jest to mechanizm przypisywania grupom cech, które powodują postrzeganie grupy jako niezrozumiałej, nieprzyjemnej lub nawet niebezpiecznej w danym kontekście społecznym (np. gej jest pedofilem, cyganka kradnie, muzułmanin jest religijnym ekstremistą). Takie postrzeganie tych grup prowadzi do ich marginalizacji i wykluczenia jako jednostek niepożądanych społecznie, staje się więc przyczyną dyskryminacji. Zarówno stygmatyzacja, jak i dyskryminacja są

konsekwencjami stereotypowego postrzegania. Dyskryminacja (gorsze traktowanie) tym różni się od stygmatyzacji (negatywnego naznaczenia), że można na nią oddziaływać prawnie, podczas gdy stygmatyzacja takim oddziaływaniom się wymyka (A. Winiarska, W. Klaus, *Dyskryminacja i nierówne traktowanie...*).

3. Stereotypy pełnią ważne funkcje poznawcze i interpersonalne, stosowanie ich obarczone jest jednak także kosztami. Z jednej strony stosowanie stereotypów zapełnia luki poznawcze i daje „gotowe” informacje w sytuacji niewiedzy, przez co ułatwiają one jednostkom poruszanie się w skomplikowanym świecie relacji społecznych. Stereotypy ułatwiają komunikację z własną grupą – stanowią bowiem pewien rodzaj kodu informacyjnego. Zapewniają także poczucie wiedzy, które skutkuje poczuciem bezpieczeństwa i kontroli. Z drugiej strony powodują jednak, że jednostka nie poszerza swoich horyzontów, poprzestaje na stereotypowym obrazie rzeczywistości, który jest bardzo uproszczony. Może to utrudniać komunikację międzygrupową, a na poziomie jednostek – zubażać kontakty interpersonalne. Jeśli chodzi zaś o konsekwencje dla jednostek stereotypizowanych, uprzedzenia wobec nich mogą prowadzić do dyskryminacji (o czym dalej mowa w tym rozdziale), w tym do przemocy.
4. Dla samych osób zagrożonych stereotypizacją oznacza to, że są postrzegane przez pryzmat uogólnionego, uproszczonego osądu, który może nie mieć nic wspólnego z ich indywidualnymi cechami. Sposobem psychologicznej obrony przed narzuconym zewnętrznym obrazem siebie może być więc próba dostosowania się do stereotypu lub jego „odczarowania” – co rodzi frustrację i najczęściej skazane jest na niepowodzenie. Osoby stereotypizowane mogą odczuwać stres i nie chcieć wchodzić w interakcje z przedstawicielami innych grup, nie chcąc narażać się na antycypowaną stereotypizację. Istnieje także zjawisko „uwewnętrzniania” stereotypu, gdy osoby pochodzące z grupy stygmatyzowanej z obawy przed potwierdzeniem stereotypu nie wykorzystują w pełni swojego potencjału, czym bezwiednie potwierdzają wyobrażenia na swój temat. Mogą też dystansować się wobec własnej grupy, aby nie być postrzegane przez pryzmat stereotypu lub

zmienić aspiracje życiowe, w tym np. zawodowe (*Edukacja antydyskryminacyjna...*, red. M. Branka, D. Cieślukowska, s. 84 i n.).

5. Stereotyp jest konstruktem poznawczym indyferentnym emocjonalnie. Gdy do stereotypowego spostrzeżenia na temat jednostki bądź grupy dochodzą negatywne emocje – wtedy możemy mówić o uprzedzeniu. Najczęściej uprzedzenie jest pochodną stereotypu, nie jest to jednak reguła. Zdarza się, że jednostki wyrażają negatywne emocje wobec jakiejś grupy, nie mając o nich nawet stereotypowej wiedzy (np. dzieci w szkole nazywają „pedałami” kolegów, których chcą obrazić, bo słowo „pedał” wywołuje w nich negatywne odczucia; często nie mają jednak żadnej wiedzy na temat homoseksualnych mężczyzn, nawet stereotypowej).
6. Warunkiem *sine qua non* zaistnienia dyskryminacji jest istnienie relacji władzy między jednostkami. Bez władzy akty dyskryminacji byłyby tylko – być może – nieprzyjemnymi zdarzeniami, jednak takimi, którym można się skutecznie przeciwstawiać. Władza oznacza możliwość narzucania innym swojej woli. W społeczeństwie relacje władzy warunkują dystrybucję pożądaných społecznie dóbr. Indywidualne relacje władzy mogą wynikać z uwarunkowań ekonomicznych, w tym rynkowych (pracodawczyni – pracownik, najemca – wynajmujący), społeczno-kulturowych (nauczyciel – uczennica, rodzic – dziecko, mąż – żona), prawnych (policjant – obywatel, sąd – podsądny) oraz faktycznych (silniejszy, bardziej sprawny fizycznie napastnik uzbrojony w niebezpieczne narzędzie – osoba broniąca się przed atakiem). Władza w społeczeństwie nie jest dystrybuowana równomiernie między grupami społecznymi, można z łatwością wyróżnić grupy większościowe (w realiach Polski np. mężczyźni, osoby heteroseksualne, osoby białe, katolicy i katoliczki, osoby pełnosprawne) – mające władzę i mniejszościowe (np. kobiety, osoby LGBT, Romowie, świadkowie Jehowy, osoby z niepełnosprawnościami) – władzy pozbawione. Nie zawsze grupa mniejszościowa oznacza mniej liczną. Mianem grupy mniejszościowej, wrażliwej określa się w naukach społecznych także te pozbawione prestiżu i władzy społecznej (np. kobiety).

7. Ostatnim ogniwem łańcucha jest dyskryminacja, czyli nierówne, nieuzasadnione traktowanie. O ile stereotyp jest „wiedzą” (a właściwie niewiedzą), a uprzedzenie – emocją, to dyskryminacja jest czynem, zachowaniem. W teorii nauk społecznych łańcuch dyskryminacji przedstawiany jest jako schemat wynikowy (stereotyp – uprzedzenie – dyskryminacja), jednak w rzeczywistości stereotypy mogą powstawać wskutek dyskryminacji czy uprzedzeń, a uprzedzenia nie zawsze są powiązane z dyskryminacją.

3. Przejawy dyskryminacji

1. Dyskryminacja może przejawiać się na trzech poziomach: indywidualnym, instytucjonalnym i systemowym. Na poziomie indywidualnym dyskryminacją są zachowania jednostki wobec jednostki (np. pracodawca zwalnający pracownicę wracającą do pracy po urlopie macierzyńskim). W ujęciu prawnym są to często przejawy dyskryminacji bezpośredniej, przed którymi chronią przepisy prawa krajowego i międzynarodowego. Do dyskryminacji instytucjonalnej dochodzi na poziomie grup, organizacji i całego społeczeństwa. Prawo często zakazuje takiej dyskryminacji przez przepisy zakazujące dyskryminacji pośredniej. Dyskryminacja strukturalna natomiast ma miejsce wtedy, gdy jednostki, ze względu na przynależność do grupy, są wykluczane jednocześnie w wielu dziedzinach życia, dotyczy to np. bardzo wyraźnie osób niepełnosprawnych ruchowo, które mają utrudniony dostęp do edukacji, urzędów, głosowania, życia kulturalnego czy zatrudnienia. System prawny krajowy bardzo często nie zauważa tego typu dyskryminacji, a czasem nawet ją wspiera. Sposobem przeciwdziałania jej są wówczas precedensowe litygacje strategiczne, rzecznictwo czy interwencje na poziomie międzynarodowym.
2. Przejawy dyskryminacji można również podzielić na dyskryminację bezpośrednią, pośrednią, molestowanie, molestowanie seksualne, dyskryminację przez asocjację, przez asumpcję czy dyskryminację wielokrotną (zob. komentarz do definicji – art. 3 ustawy).
3. Przy okazji omawiania dyskryminacji warto zwrócić uwagę na procesy zwane mikronierównościami (ang. *microaggressions*). Są to przejawy dyskryminacji wyrażające się głównie w języku, pod postacią pozornie neutralnych

komentarzy, żartów czy nawet „komplementów” odnoszących się do stereotypowych cech grupy, do której należy jednostka (np. komentarze kierowane do kobiet: „bardzo dobrze prowadzisz samochód, jak na kobietę”, „nie denerwuj się, złość piękności szkodzi”). Mikronierówności przejawiają się także w codziennych, zwyczajowych zachowaniach, np. domniemanie, że osoba o innym niż biały kolorze skóry nie mówi po polsku lub że z osobą słabo słyszącą nie można się skomunikować za pomocą mowy (*Edukacja antydyskryminacyjna...*, red. M. Branka, D. Cieślukowska, s. 89–92).

4. Mowa nienawiści

1. Mowa nienawiści to użycie określeń agresywnych, pogardliwych, odnoszących się do cech opisujących przynależność grupową jednostki, mające służyć obrażeniu osoby i grupy, a także ich podporządkowaniu. Jest też wyrazem wyższości i dominacji jednych nad drugimi (tymi, wobec których mowa nienawiści jest kierowana), np. heteroseksualnego mężczyzny nad homoseksualnym.
2. Definicja mowy nienawiści pojawiła się po raz pierwszy w dokumentach międzynarodowych dopiero w 1997 r. w Rekomendacji Nr R(97)20 Komitetu Ministrów Rady Europy (dostępna na stronie internetowej: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec\(97\)20_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec(97)20_en.pdf); dostęp: 10.10.2016). To do tej definicji najczęściej odnoszą się w swoich dokumentach europejskie instytucje – w tym Europejski Trybunał Praw Człowieka (np. dokument dostępny na stronie internetowej: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf; dostęp: 10.10.2016) oraz organizacje pozarządowe, eksperci i ekspertki oraz obrońcy praw człowieka. Według tekstu Rekomendacji mowa nienawiści obejmuje „wszelkie formy wypowiedzi, które podżegają, szerzą, promują lub usprawiedliwiają nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm oraz inne formy nienawiści opartej na nietolerancji, w tym nietolerancję wyrażoną przez agresywny nacjonalizm, etnocentryzm, dyskryminację oraz wrogość wobec mniejszości, imigrantów i osób o pochodzeniu imigranckim” (A. Weber, *Manual on hate speech*, publikacja dostępna na stronie internetowej: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Publications/Hate_Speech_EN.pdf; dostęp: 10.10.2016).

3. W doktrynie dość wyraźny jest spór między zwolennikami nieograniczonej wolności wypowiedzi i zwolennikami penalizacji mowy nienawiści. W krajach Europy Zachodniej zauważalny jest trend rozszerzania katalogów mniejszości chronionych przed mową nienawiści, pod wpływem aktualnych trendów społecznych i coraz bardziej wyraźnej homofobii czy transfobii. Nie brak jednak głosów argumentujących, że przepisy prawa karnego stanowią *ultima ratio*, a ochronę mniejszości przed uprzedzeniowym językiem należy zostawić prawu cywilnemu. Prawo międzynarodowe bardzo poważnie traktuje kwestię mowy nienawiści. W polskim porządku prawnym sprawa ta dotyczy tylko wybranych grup i uregulowana jest w art. 119, 256 i 257 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1137).

5. Rodzaje dyskryminacji

5.1. Homofobia

1. Homofobia jest definiowana jako wynikający z uprzedzeń irracjonalny lęk lub niechęć do osób o nieheteroseksualnej orientacji – czyli do osób LGB. Przejawy homofobii obejmują dyskryminację, kryminalizację, marginalizację, wykluczenie społeczne, a także przemoc ze względu na rzeczywistą lub domniemaną orientację psychoseksualną.
2. Orientacja psychoseksualna jest definiowana jako odczuwane przez człowieka emocjonalne przywiązanie i pociąg seksualny, a także potrzeba utrzymywania stosunków o charakterze intymnym z osobami płci przeciwnej (orientacja heteroseksualna), osobami tej samej płci (orientacja homoseksualna) lub osobami obu płci (orientacja biseksualna) (*Prawa osób LGBT w Polsce. Raport z badań nad wdrażaniem Zalecenia CM/Rec (2010)5 Komitetu Ministrów Rady Europy dla Państw Członkowskich w zakresie środków zwalczania dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej*, red. Z. Jabłońska, P. Knut, s. 19 i n., publikacja dostępna na stronie internetowej: http://www.kph.org.pl/publikacje/prawa_osob_lgbt.pdf; dostęp: 10.10.2016).

3. Homofobia jest to więc zjawisko niechęci i agresji skierowanej do osób o orientacji homoseksualnej lub osób postrzeganych jako homoseksualne albo związanych ze środowiskiem osób LGBT, np. działaczy i działaczek na rzecz osób LGBT (zob. dyskryminacja przez asocjację, dyskryminacja przez asumpcję – komentarz do art. 3 ustawy).
4. Homofobia może dotyczyć także osób biseksualnych, których orientacja seksualna jest najczęściej postrzegana społecznie w kontekście płci obecnego partnera lub partnerki. Niemniej jednak istnieje także specyficzny rodzaj uprzedzeń wobec osób biseksualnych określany mianem bifobii, będącej postrzeganiem osób biseksualnych jako nadmiernie hedonistycznych, rozwiązłych, niezdecydowanych. Osoby biseksualne często spotykają się z uprzedzeniami i dyskryminacją zarówno w środowisku osób heteroseksualnych, jak i homoseksualnych.
5. W dokumentach międzynarodowych problematyka homofobii zaczęła pojawiać się stosunkowo późno. W dniu 17 maja 1990 r. WHO (Światowa Organizacja Zdrowia) skreśliła oficjalnie homoseksualność z listy chorób i zaburzeń – od tego czasu dzień ten jest obchodzony jako dzień przeciwko homofobii, bifobii, a od niedawna także transfobii (IDAHOT).
6. Parlament Europejski po raz pierwszy odniósł się do homofobii w oficjalnym dokumencie w rezolucji w sprawie homofobii w Europie z dnia 18 stycznia 2006 r., w którym zdefiniował homofobię jako „nieuzasadniony lęk i niechęć wobec homoseksualizmu oraz osób homoseksualnych, biseksualnych i transseksualnych, oparte na uprzedzeniach, podobnie jak rasizm, ksenofobia, antysemityzm i seksizm” (dostępna na stronie internetowej: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?sessionId=1BA384044BD840E8953591158E07236E.node1?language=PL&reference=P6-TA-2006-0018&type=TA>; dostęp: 10.10.2016).
7. Jednym z ważniejszych narzędzi monitorowania sytuacji osób LGBT w państwach członkowskich Unii Europejskiej w zakresie ochrony praw człowieka osób LGBTI (lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transpłciowych i interseksualnych) jest zalecenie CM/Rec(2010)5 Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w zakresie środków zwalczania dys-

kryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej. Dokument ten ma na celu ukierunkować państwa członkowskie Rady Europy w stronę ochrony praw człowieka osób homo- i biseksualnych, transpłciowych, a także interseksualnych (więcej: *Prawa osób LGBT w Polsce. Raport z badań nad wdrażaniem Zalecenia CM/Rec (2010)5...*, red. Z. Jabłońska, P. Knut).

Standardy ochrony praw człowieka osób LGBTI wyznaczają także tzw. zasady Yogyakarty. W dniach 6–9 listopada 2006 r. z inspiracji Międzynarodowej Komisji Prawników oraz International Service for Human Rights – renomowanych międzynarodowych organizacji pozarządowych, grono ekspertów zebrało się w Yogyakarcie w celu opracowania dokumentu, który zawierałby rekonstrukcję międzynarodowych standardów praw człowieka w odniesieniu do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej (*Zasady Yogyakarty. Zasady stosowania międzynarodowego prawa praw człowieka w stosunku do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej*, red. K. Remin, Warszawa 2009, publikacja dostępna na stronie internetowej: http://www.kph.org.pl/publikacje/b-y_zasady.pdf; dostęp: 10.10.2016).

8. Od czasu powstania zasady Yogyakarty były wielokrotnie przywoływane przez organy międzynarodowe, jako wyznacznik najwyższych standardów ochrony praw mniejszości LGBTI (*The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development A Study of November 2007 – June 2010 Final Report*, dostępny na stronie internetowej: http://ypinaction.org/files/02/57/Yogyakarta_Principles_Impact_Tracking_Report.pdf; dostęp: 10.10.2016).
9. W kwestii dyskryminacji ze względu na orientację seksualną (m.in. mowy nienawiści, prawa do życia prywatnego i rodzinnego), wypracowane zostało bogate orzecznictwo międzynarodowe – pochodzące zarówno od ETPC, jak i TSUE, w szczególności w zakresie ochrony prawa do prywatności, prawa do życia rodzinnego, praw socjalnych. Sądy krajowe stosunkowo rzadko mierzą się z problematyką homofobii. W szczególności jest to utrudnione w przypadku postępowań karnych, gdyż homofobia, inaczej niż np. rasizm, nie stanowi wyrażonej wprost

kodeksowej przesłanki uznania przestępstwa za czyn popełniony z pobudek nienawiści czy uprzedzeń (*Raport o homofobicznej mowie nienawiści w Polsce*, red. G. Czarnecki, Warszawa 2009, s. 75 i n., publikacja dostępna na stronie internetowej: http://www.kph.org.pl/publikacje/homofobiczna_mowa_nienawisci.pdf; dostęp: 10.10.2016).

5.2. Transfobia

Więcej informacji na ten temat w: *Prawa osób LGBT w Polsce. Raport z badań nad wdrażaniem Zalecenia CM/Rec (2010)5...*, red. Z. Jabłońska, P. Knut.

1. Transfobia jest definiowana jako wynikający z uprzedzeń irracjonalny lęk lub niechęć do osób transpłciowych. Przejawy transfobii obejmują, podobnie jak w przypadku homofobii, dyskryminację, kryminalizację, marginalizację, wykluczenie społeczne, a także przemoc ze względu na tożsamość płciową.
2. Osoba transpłciowa to osoba, której tożsamość płciowa (psychicznie odczuwana płeć) różni się od płci metrykalnej, przypisanej jej w momencie urodzin na podstawie cech biologicznych. W zależności od indywidualnych potrzeb, wyraża ona swoją płciowość za pomocą ubrań, przedmiotów, kosmetyków, manier lub sposobu bycia i ekspresji, które tradycyjnie przypisywane są płci przeciwnej, a nie jej płci metrykalnej. Niektóre osoby transpłciowe decydują się również na dokonanie prawnej korekty dokumentów lub chirurgicznej korekty własnego ciała w celu jego dostosowania do indywidualnych wyobrażeń na temat własnej płciowości.
3. Osoba transseksualna to taka osoba transpłciowa, której tożsamość płciowa różni się diametralnie od jej płci metrykalnej, przez co jednostka odczuwa głęboką potrzebę dokonania trwałej korekty płci metrykalnej i zmodyfikowania swojego wyglądu zewnętrznego. Transseksualizm w dyskursie medycznym diagnozowany jest jako zaburzenie tożsamości płciowej (*gender identity disorder*) i stanowi zaburzenie zgodnie z międzynarodowymi klasyfikacjami chorób i zaburzeń (np. ICD-10). Osoby transseksualne decydują się czasem na poddanie

procedurze prawnej i medycznej korekty płci, które poprzedza diagnoza medyczna. Wśród osób transseksualnych tradycyjnie przyjęło się wyróżniać transmężczyzn (typ K/M), a więc osoby posiadające płeć metrykalną kobiety, mające jednak poczucie męskiej tożsamości płciowej, oraz transkobiety (typ M/K), a więc osoby posiadające płeć metrykalną mężczyzny, mające jednak poczucie kobiecej tożsamości psychicznej. Transfobia więc, to negatywny stosunek, przekonania, postawy i zachowania względem osób transpłciowych (m.in. transseksualnych, transwestytycznych, transgenderowych), postrzeganych jako transpłciowe lub ze środowiskiem osób trans utożsamianych. Transfobiczne zachowania dotyczą zatem także osób, które przez swoją nienormatywną identyfikację płciową i/lub jej ekspresję lub brak identyfikacji płciowej nie wpasowują się w społeczny system bazujący na binarności płci (mężczyzna/kobieta) oraz na jednoznacznym i nierozzerwalnym powiązaniu płci biologicznej z płcią społeczno-kulturową.

4. Na poziomie systemowym przejawem dyskryminacji osób trans jest penalizacja różnych form transseksualności bądź całkowita niewidoczność osób transpłciowych w systemie prawnym (brak regulacji dotyczących praw osób transpłciowych oraz ich ochrony przed dyskryminacją i przemocą motywowaną transfobią). Jest to także patologizacja transseksualności w dyskursie medycznym. Transfobia często przyjmuje formę bezpośrednich ataków fizycznych, przemocy seksualnej i przemocy psychicznej przez mowę nienawiści, wyzywanie, ośmieszanie, kierowanie gróźb, niszczenie mienia (więcej: *Sytuacja społeczna osób LGBT. Raport za lata 2010 i 2011*, red. M. Makuchowska, M. Pawłęga, Warszawa 2012, publikacja dostępna na stronie internetowej: http://www.kph.org.pl/publikacje/Raport_badania_LGBT_do_netu.pdf; dostęp: 10.10.2016). Media na bieżąco donoszą także o przypadkach morderstw na tle transfobii. Za specyficzną, ale bardzo powszechną, formę transfobii można także uznać egzotyzację i ośmieszanie osób transpłciowych i samego zjawiska płciowego nonkonformizmu, widoczną w popkulturowych przekazach medialnych.
5. Prawa osób transseksualnych dopiero od niedawna stanowią przedmiot zainteresowania prawa. Wprawdzie w Polsce procedura korekty płci me-