

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3(185) 2010
Warszawa 2010

Katarzyna Wencel ■

OWOC ZATRUTEGO DRZEWA? *SITUATION TESTING* JAKO DOWÓD W SPRAWACH O DYSKRYMINACJĘ*

1. Wstęp

Techniki eksperymentalne, w tym testy dyskryminacyjne, mające na celu wykazanie zachowań dyskryminacyjnych, zaczęto stosować w latach 60. i 70. w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii, początkowo głównie w obszarze wynajmu mieszkań oraz zatrudnienia¹. Testy przeprowadzane były przez instytucje publiczne, pracowników naukowych i aktywistów. Zaawansowane badania w przedmiocie testów dyskryminacji ze względu na rasę i pochodzenie etniczne prowadziła także w latach 90. Międzynarodowa Organizacja Pracy². Z biegiem czasu na kontynencie europejskim badacze oraz prawnicy zaczęli akceptować i stosować metodę *situation testing*³. Wykorzystywano je także w pracy organizacji

¹ Więcej na ten temat patrz w: 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, str. 301.

² Metodologia badań opracowana przez F. Bovenkerk, *A manual for international comparative research on discrimination on the ground of „race” and ethnic origin*, Międzynarodowa Organizacja Pracy, Genewa 1992.

³ Należy zwrócić uwagę, że terminu „*situation testing*” nie można tłumaczyć na język polski jako „testy sytuacyjne”, bowiem ma on przypisane inne znaczenie. Testami sytuacyjnymi w polskiej nauce nazywa się testy zadaniowe czy symulacje – zatem uproszczone sytuacje, w których trenowane lub sprawdzane są niejako „na sucho” różnego rodzaju umiejętności przede wszystkim zawodowe, w tym np. zachowania się w określonych sytuacjach.

pozarządowych, instytucji państwowych i sądów⁴. Jednak pomimo wielu lat doświadczenia w państwach anglosaskich i szeregu pogłębionych badań naukowych, dopuszczalność stosowania tego typu dowodów w postępowaniu sądowym wciąż wzbudza wątpliwości, a nawet kontrowersje.

W Polsce metoda ta jest praktycznie nieznana i niewykorzystywana. Wydaje się, że poza wąskim gronem specjalistów, zajmujących się prawem antydyskryminacyjnym, ani sądy, ani instytucje państwowe (także te powołane do przeciwdziałania dyskryminacji) o testach dyskryminacyjnych nigdy nie słyszały i nie wykazują zainteresowania tematem. Warto zatem przyjrzeć się, jak inne kraje Unii Europejskiej uregulowały w swoich systemach prawnych możliwość wykorzystania wyników testów dyskryminacyjnych jako dowodów w procesie sądowym, aby następnie przeanalizować pod tym kątem polskie przepisy prawne.

2. Doświadczenia innych krajów w korzystaniu z wyników testów dyskryminacyjnych w sprawach o dyskryminację

Przede wszystkim należy odróżnić testy eksperymentalne stosowane do celów naukowych od przeprowadzanych na potrzeby konkretnej sprawy w postępowaniu sądowym. W przypadku testów naukowych uzyskane wyniki niekoniecznie muszą służyć udowodnieniu dyskryminacji w jednostkowej, konkretnej sprawie zawisłej przed sądem. Co nie znaczy, że nie mogą popierać twierdzeń powoda, uprawdopodobniając fakt dyskryminacji, której doświadczył. Przy zastosowaniu odpowiedniej metodologii badań i przeprowadzeniu ich na reprezentatywnej próbie, można je z powodzeniem wykorzystywać jako dane statystyczne, ukazujące, że w określonym sektorze obserwuje się dyskryminację pewnych grup mniejszościowych. W odniesieniu do testów dyskryminacyjnych przeprowadzanych na potrzeby procesu sądowego (ale także postępowania administracyjnego), sytuacja wygląda nieco inaczej – nie jest wcale oczywiste, czy możliwe jest wykorzystanie rezultatów takiego testu jako dowodu w sprawie, który miałby na celu uprawdopodobnienie faktu dyskryminacji.

Na obszarze Unii Europejskiej testy dyskryminacyjne w jednych krajach są z powodzeniem stosowane, a w innych stanowią swego rodzaju *terra incognita*. Największe doświadczenie w tym zakresie ma Wielka Brytania, ale testy przeprowadzane są (lub były) także w Belgii, Bułgarii, Czechach, Danii, Finlandii, Francji, Holandii, Słowacji, Szwecji, a także na Węgrzech i Łotwie⁵. W pozosta-

⁴ I. Rorive, *Situation tests in Europe: Myths and realities*, "European Anti-Discrimination Law Review" 2006, nr 3, str. 33.

⁵ I. Rorive, *Proving Discrimination Cases – The Role of Situation Testing*, "European Anti-Discrimination Law Review" 2009, nr 8, str. 56.

łych państwach członkowskich metoda ta jest zupełnie nieznana albo też stosuje się ją, jednak brakuje badań lub orzecznictwa, które opisywałyby wykorzystywanie wyników testów do celów dowodowych. Stosowanie *situation testing* wprost przewidują przepisy tylko kilku państw, na przykład Francji, Węgier i Belgii. W ustawodawstwach innych krajów, co prawda, przepisy nie regulują bezpośrednio tej kwestii, jednak dowody z testów dopuszcza się na podstawie ogólnych zasad dowodzenia. Taka sytuacja ma miejsce na przykład w Szwecji.

2.1. Wtyczki, informatorzy i szpiegdy

W niektórych krajach europejskich pomysł stosowania testów jako środków dowodowych w sprawach o dyskryminację nie dość, że początkowo nie znalazł uznania, to wręcz spotkał się z ogromną niechęcią i krytyką. Na przykład w Belgii kwestia ta została upolityczniona – ugrupowania prawicowe ostro krytykowały wykorzystywanie tej techniki, a ówczesny premier nazywał testujących „wtyczkami i informatorami”, mówiąc, że *nie wysyła się do mężczyzny nagiej kobiety, chcąc sprawdzić, czy jest cudzołóżnikiem*⁶.

Przy okazji transpozycji dyrektyw równościowych⁷ w tym kraju okazało się, że testy dyskryminacji są niezwykle kontrowersyjną kwestią. Obowiązująca wcześniej federalna ustawa antydyskryminacyjna (*Federal Anti-Discrimination Act*) z 25 lutego 2003 r. przewidywała możliwość powoływania się na dowody, takie jak dane statystyczne czy sytuacje testowe. Projekt aktu wykonawczego do ustawy wskazywał, jakie konkretnie wymogi musiałyby zostać spełnione, aby wyniki testów dyskryminacyjnych mogły zostać dopuszczone w postępowaniu sądowym. Jednak właśnie na skutek burzliwej debaty politycznej i ostrych słów płynących ze strony rządzących (partią koalicyjną w rządzie była wówczas VLD – flamandzka partia prawicowa), którzy jawnie wyrażali swój sprzeciw wobec „organizowania zespołu szpiegów, wysyłania wtyczek, mających infiltrować firmy, tworzenia gorących linii informacyjnych i przyzwalania na Big Brothera”, konsultacje nad rozporządzeniem zakończyły się niepowodzeniem.

To pokazało, jak trudne jest osiągnięcie dwóch, zdawałoby się sprzecznych, celów. Z jednej strony bowiem stosowanie testów dyskryminacyjnych powinno być prawnie uregulowane, z dopracowaną przez fachowców metodologią badań, co pozwoliłoby uniknąć nadużyć i nieodpowiedniego ich wykorzystywania. Poza tym wyraźne wprowadzenie tej instytucji do przepisów prawnych zachęcałoby

⁶ Ibidem, str. 57.

⁷ Dyrektywa Rady nr 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r., wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne oraz dyrektywa Rady nr 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r., ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy.

sędziów do stosowania odwróconego ciężaru dowodu, właśnie w oparciu o testy. Z drugiej jednak strony, aby metoda ta okazała się funkcjonalna, musi być stosowana w elastyczny sposób.

W Belgii termin *situation testing* stał się tak problematyczny, że w końcu został usunięty z ustawy przy okazji jej nowelizacji z 2007 r., zmieniającej dotychczasową ustawę z 2003 r. Zastąpiono go dwoma pojęciami: testu powtarzalności (*recurrence tests*) i testu podobieństwa (*comparability tests*) i w obecnym brzmieniu ustawa podaje jako przykład badanych sytuacji okoliczności dające przypuszczenie, że doszło do dyskryminacji bezpośredniej. Są to na przykład czynniki ujawniające pewną powtarzalność nierównego traktowania, m.in. powtarzające się indywidualne skargi do organu równościowego czy czynniki pokazujące, że sytuacja domniemanej ofiary jest podobna do sytuacji osoby, która nie posiada cech ofiary⁸. Zatem prawo obowiązujące obecnie w Belgii o tyle legitymizuje stosowanie testów (jako metody odwrócenia ciężaru dowodu), o ile są one przeprowadzane zgodnie z odpowiednią metodologią i nie sprowadzają się wyłącznie do prowokacji.

Co ważne jednak, niezależnie od tego, jak sama technika została nazwana przez ustawodawcę belgijskiego, w praktyce sądy akceptują wyniki testów jako dowody w sprawach o dyskryminację. Pierwszą taką sprawą, rozpatrywaną jeszcze przed wejściem w życie ustaw równościowych, była sprawa rozstrzygana przez Sąd Apelacyjny w Liège w 1998 r. Dotyczyła ona osoby niepochodzącej z Europy, której odmówiono obsługi w jednym z barów. Osoba ta wróciła tam następnego dnia ze znajomym, także o nieeuropejskim pochodzeniu i wyglądzie, który później w sądzie potwierdził, że menadżer odmówił przyjęcia od nich zamówienia, podczas gdy obsługiwał innych klientów pochodzących z Europy. Na tej podstawie menadżer baru został uznany winnym dyskryminacji⁹. W innej sprawie brukselski sąd I instancji zastosował instytucję odwróconego ciężaru dowodu, właśnie na podstawie wyników testów dyskryminacyjnych¹⁰. W tym przypadku dwoje ludzi o obcym pochodzeniu etnicznym zgłosiło się do agencji wynajmu lokali, chcąc zasięgnąć informacji na temat jednego z apartamentów. Agencja zażądała potwierdzenia, że osoby te otrzymują wynagrodzenie w wysokości co najmniej trzykrotności miesięcznego czynszu za wynajem, co jest częstą praktyką w Belgii. Spotkanie mające na celu obejrzenie mieszkania było umówione na następny dzień, jednak jeszcze tego samego dnia agencja poinformowała, że lokal został już wynajęty. Z uwagi na to, że mieszkanie było wciąż w ofercie agencji, para poprosiła znajomego, aby zadzwonił do niej i zapytał, czy ogłoszenie jest nadal aktualne. Kiedy ten powiedział agentowi, że pyta o mieszkanie w imieniu

⁸ Ibidem, str. 58.

⁹ Sąd Apelacyjny Liège, wyrok z 11 marca 1998 r., www.diversite.be.

¹⁰ Sąd Brukseli I instancji, wyrok z dnia 3 czerwca 2005 r., www.diversite.be.

belgijskich znajomych, okazało się, że oferta jest aktualna i agent zaproponował spotkanie. Gdy zobaczył parę cudzoziemców, zaczął się wykręcać i tłumaczyć, że w zasadzie właściciel wolał starszych lokatorów, którzy nie będą zakłócać spokoju w domu, gdzie sam również mieszkał. Po skonfrontowaniu tych faktów sędzia uznał, że zeznania powodów i ich znajomego były wystarczające, aby uprawdopodobnić nierówne traktowanie ze względu na ich obce pochodzenie. Pozwani nie potrafili obalić tego domniemania i zostali uznani winnymi dyskryminacji¹¹.

2.2. Uczciwość w procesie dowodzenia

Odmienne od belgijskiego rozwiązanie przyjęto we Francji, gdzie w latach 90. jedna z organizacji pozarządowych SOS Rasizm przeprowadziła serię testów w klubach nocnych. Od tego czasu coraz częściej zaczęto stosować tę metodę. Sąd Kasacyjny uzasadnił możliwość wykorzystania takiego dowodu z uwagi na „wolność dowodową” (*freedom of evidence*) w sprawach karnych. Następnie francuski Sąd Kasacyjny uznał dopuszczalność wyników testów dyskryminacji jako dowodów w trzech sprawach z 2000, 2002 i 2005 r. Dwie z nich dotyczyły klubów nocnych, do których nie wpuszczano osób o obcym pochodzeniu etnicznym, a jedna odmowy przez agenta nieruchomości wynajmu mieszkań osobom nie będącym Francuzami. Po zamieszkach, jakie miały miejsce we Francji jesienią 2005 r., stosowanie testów jako dowodów w sprawach o dyskryminację zostało oficjalnie uznane, a ustawą z dnia 31 marca 2006 r. o równym traktowaniu wprowadzono odpowiednie zmiany w prawie karnym, o czym mowa będzie dalej. W tym samym roku wyposażono również w kompetencje do przeprowadzania testów francuski organ równościowy – HALDE (*Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l’Egalité*), jednak jak pokazuje praktyka, korzysta on z tej możliwości głównie do przeprowadzania testów do celów badawczych i naukowych¹². Należy jedynie ubolewać, że pomimo wyposażenia urzędników HALDE w szerokie kompetencje przeprowadzania testów „w terenie” w celu udowodnienia dyskryminacji, której doznał skarżący, organ ten praktycznie nie korzysta z tej możliwości w indywidualnych sprawach.

We Francji impulsem do wprowadzenia przepisów antydyskryminacyjnych, podobnie jak w wielu innych państwach Unii, była konieczność dostosowania prawa krajowego do wymogów dyrektyw równościowych. Ustawą o równym traktowaniu z dnia 16 listopada 2001 r. uzupełniono istniejące regulacje, tj. Kodeks pracy i Kodeks karny. I tak w art. 225–1 Kodeks karny penalizuje przestępstwo

¹¹ Więcej na temat *situation testing* w Belgii można przeczytać w: V. van der Plancke, *Les tribulations du testing en Belgique; quels enseignements?*, „Horizons stratégiques” 2007, nr 5, http://www.strategie.gouv.fr/revue/article.php3?id_article=524.

¹² I. Rorive, *Proving ...*, str. 62–66.

dyskryminacji i wymienia przesłanki, z powodu których można doznać nierównego traktowania (m.in. ze względu na pochodzenie, wygląd fizyczny, rzeczywistość lub domniemaną przynależność do określonej grupy etnicznej, nacji, rasy lub religii). Przepis art. 225–2 k.k. stanowi, że każdy, kto dopuszcza się dyskryminacji osoby fizycznej lub prawnej, podlega karze pozbawienia wolności do lat dwóch i karze grzywny w wysokości 45 tys. euro, w przypadku np. odmowy zatrudnienia czy świadczenia określonych dóbr i usług¹³.

Wyżej wspomniana ustawa o równym traktowaniu wprowadziła do Kodeksu karnego możliwość stosowania i wykorzystywania wyników testów jako dowodów w sprawach karnych. Zgodnie z art. 225–3–1 k.k. „przestępstwem dyskryminacji jest także czyn popełniony przeciwko jednej lub więcej osób, które ubiegają się o dostęp do dóbr, usług, umów, o których mowa w art. 225–2, w celu udowodnienia istnienia dyskryminującego zachowania na tyle, na ile przedstawiony został dowód takiego zachowania”. Innymi słowy, bez znaczenia jest fakt, że osoba doznająca dyskryminacji w danej sytuacji znalazła się z własnej woli, wręcz prowokacyjnie i w celu udowodnienia istnienia takiego zachowania. Jeśli miał miejsce niedozwolony czyn, uznany on zostanie za przestępstwo, niezależnie od intencji ofiary¹⁴.

W celu dokładnego wyjaśnienia różnic między testami jako źródłem dowodu dla sądu a testami przeprowadzanymi na potrzeby nauki oraz właściwego przeprowadzania dowodów z wykorzystaniem testów dyskryminacyjnych, wydano specjalny okólnik¹⁵, który z kolei został rozesłany przez Ministerstwo Sprawiedliwości do wszystkich prokuratur i sądów. Zgodnie z zawartymi tam wytycznymi, jeżeli testujący daną sytuację, np. w zatrudnieniu, jest osobą zupełnie fikcyjną, podaje fałszywe informacje co do swojej tożsamości czy swojego statusu, przestępstwo nie zostaje popełnione, bowiem odmowa zatrudnienia dotyczyła osoby nieistniejącej albo która w praktyce nie stała się ofiarą dyskryminacji. Oznacza to, że co najmniej jedna osoba z „pary” przeprowadzającej test powinna być prawdziwa i nie może podawać fałszywych danych o sobie, podczas gdy druga osoba (*personne de référence*) może zostać „stworzona” na potrzeby danej sprawy (ale w stosunku do niej nie zostanie popełnione przestępstwo)¹⁶.

¹³ E. Cediey, F. Foroni, *Discrimination in access to employment on grounds of foreign origin in France. A national survey of discrimination based on the testing methodology of the International Labour Office*, „International Migration Papers” nr 85E, International Labour Organisation, Genewa 2008, str. 13–14, <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp85e.pdf>.

¹⁴ Ibidem, str. 15.

¹⁵ Okólnik z dnia 26 czerwca 2006 r., B.O. du Ministère de la Justice, nr 102, <http://www.halde.fr/IMG/pdf/1665-2.pdf>.

¹⁶ G. Calvès, *Au service de la connaissance et du droit: le “testing”*, „Horizons stratégiques” 2007, nr 5, str. 3, http://www.strategie.gouv.fr/revue/IMG/pdf/article_Calves.pdf.

Jak słusznie zauważa Gwénaële Calvès, francuska specjalistka od testów dyskryminacyjnych, i co warto jeszcze raz podkreślić, istnieje znacząca różnica między wykorzystaniem testów w celach badawczych i postępowaniu sądowym. Z co najmniej kilku powodów możliwości przeprowadzenia testów i wykorzystania ich wyników różnią się na płaszczyźnie naukowej (socjologicznej) i prawnej. Po pierwsze, w przypadku badań naukowych obie osoby z pary testującej są (lub mogą być) fikcyjne, co nie może mieć miejsca w przypadku testów wykorzystywanych jako dowody. Postępowanie sądowe w sprawach karnych wyklucza możliwość opierania się na testach, w których brały udział osoby fikcyjne, stworzone na potrzeby danej sytuacji, np. rozmowy o pracę (aktorzy, wolontariusze podający się za kogoś innego, prezentujący fikcyjne CV). Z punktu widzenia prawa karnego nie można zatem prowadzić postępowania przeciwko osobie, która dopuściła się dyskryminacji osoby fikcyjnej. Po drugie, testy-badania naukowe mają na celu zbadanie jak największej liczby sytuacji, w których doszło do dyskryminacji, aby otrzymać interesujące dane statystyczne. W postępowaniu sądowym celem jest ustalenie, czy doszło do zachowania dyskryminującego, czynu popełnionego przez konkretnie wskazaną osobę¹⁷. Po trzecie, procedura „zatwierdzania” wyników testów wygląda inaczej w przypadku testów naukowych (ocenia się m.in. metodologię badań, ankietę i reprezentatywność grupy) niż w przypadku testów sądowych. Jeśli chodzi o te ostatnie, ramy wyznacza art. 427 Kodeksu postępowania karnego, który niejako narzuca konieczność „ważenia” między przekonaniem sędziego co do prezentowanego dowodu a wolnością dowodową obowiązującą w prawie karnym. Działania te mają na celu potwierdzenie ustaleń poczynionych w trakcie testu dyskryminacyjnego poprzez poszukiwanie elementów bardziej subiektywnych, które pozwoliłyby się upewnić co do istnienia u oskarżonego intencji dyskryminacji.

Dobrym przykładem tego zagadnienia może być wspomniana wyżej sprawa z 2002 r., która trafiła przed Sąd Apelacyjny. Dotyczyła ona tzw. selekcji na bramkach odbywającej się przy wejściu do wielu francuskich klubów – nie wpuszczano tam osób o innym pochodzeniu etnicznym. Przeprowadzono serię testów, które wykazały nierówne traktowanie tych osób. Zdaniem sądu jednak metodologia testów z zasady była nieobiektywna i nietransparentna. Sąd stwierdził, że została ona zastosowana przez „stronnictwą organizację pozarządową [SOS Racisme]” i „(...) przemawia wyłącznie do jej członków, dobrze poinformowanych, że celem operacji jest wykazanie segregacji przy wejściach do klubów nocnych”. Ponadto sąd miał zastrzeżenia, że w badaniu nie uczestniczył urzędnik sądu, że nie zapewniono przejrzystości, naruszono prawa pozwanych oraz że „zabrakło

¹⁷ Ibidem.

uczciwości, bezstronności, co jest niezwykle istotne w procesie dowodzenia w postępowaniu karnym”. Sąd Kasacyjny nie podzielił tego rozumowania i odwołał się do zasady wolności dowodowej, przypominając, że udowodnienie przestępstwa może odbywać się wszelkimi sposobami dostępnymi w postępowaniu karnym i nie istnieje przepis pozwalający sędziom odrzucić dowód przedstawiony przez stronę tylko dlatego, że został zdobyty nielegalnie lub w nieuczciwy sposób¹⁸. Należy pamiętać, że sprawa ta trafiła na wokandę jeszcze przed zmianą Kodeksu karnego w 2006 r. Wprowadzenie wyraźnej dyspozycji w kwestii testów dyskryminacyjnych w Kodeksie karnym i zaopatrzenie sędziów w wytyczne niewątpliwie przyczyniło się do rozjaśnienia sytuacji.

Na koniec warto dodać, że w przeprowadzonym przez HALDE sondażu, którego celem było poznanie stanowiska francuskiej opinii publicznej, na pytanie, czy testy dyskryminacyjne mogą być skuteczną metodą walki z dyskryminacją, prawie 74% respondentów odpowiedziało twierdząco¹⁹.

2.3. Prowokacja a wolność dowodowa

Krajem, w którym bardzo długo nie uznawano wyników testów jako dowodów w sprawach o dyskryminację, jest Szwecja. Testy były tam traktowane jako prowokacja w sprawach karnych, jednak orzecznictwo jest w tej materii wyjątkowo skromne. Paradoksalnie wątpliwości co do możliwości korzystania z testów dyskryminacyjnych brały się stąd, że w Szwecji przyjęto system opierający się na tzw. wolnym dowodzie. Sąd szwedzki może skorzystać z dowodu mającego znaczenie w danej sprawie, niezależnie od tego, w jaki sposób został on zdobyty. W konsekwencji, mimo że policja i inne instytucje w Szwecji teoretycznie nie mają prawa do korzystania z prowokacji w stosowaniu prawa karnego, dowody zdobyte w ten sposób mogą być zaakceptowane przez sądy. Ma miejsce zatem sytuacja, w której przestępcza prowokacja jest zakazana, jednak wykorzystanie dowodów z niej pochodzących jest dopuszczalne.

W sprawie testów dyskryminacji wypowiedział się m.in. szwedzki Rzecznik ds. Dyskryminacji Rasowej, który zwrócił uwagę, że nie jest jasne, jak obowiązujące zasady i doktryna w kwestii wykorzystywania dowodów z prowokacji mają się do przeprowadzanych przez inne państwowe instytucje testów dyskryminacyjnych (*notabene* także samego Rzecznika, jednak w dziedzinach innych niż prawo karne). Mimo że nie zostało to dookreślone, sądy zaakceptowały jako dowody wyniki testów, przeprowadzanych zarówno przez indywidualne osoby, jak i grupowo. Było to wyraźne przyzwoleństwo dla organizacji pozarządowych do

¹⁸ I. Rorive, *Proving...*, str. 63–64.

¹⁹ www.halde.fr.

korzystania z tego narzędzia, co nie oznacza, że nie napotykały one na trudności w dowodzeniu dyskryminacji. Jednakże jeśli testy dyskryminacyjne były dobrze zaplanowane i rzetelnie przeprowadzone, ich wyniki miały znaczną wartość dowodową w sądzie. Poza tym przyczyniły się one do udowodnienia dyskryminacji w sprawach, w których wydawało się to prawie niemożliwe. Warto także pamiętać, że testy mogą spełniać ważną rolę edukacyjną w społeczeństwie – szczególnie tam, gdzie zazwyczaj zaprzeczają się istnieniu dyskryminacji²⁰.

W Szwecji bodajże najbardziej znaną sprawą, która trafiła przed sąd i w której doszło do zastosowania technik eksperymentalnych, jest „kazus studentów prawa”²¹, gdy grupa studentów przeprowadziła badanie testowe w kilku restauracjach i klubach nocnych. Cztery osoby doznały dyskryminacji (nie pozwolono im wejść do lokalu ze względu na ich pochodzenie etniczne – inny wygląd) i wystąpiły na drogę sądową. Zarówno sąd I instancji, jak i sąd odwoławczy uznały, iż nawet jeśli celem wizyt w lokalach było testowanie zachowań dyskryminacyjnych, osoby te stały się ofiarami nierównego traktowania. Na podstawie regulacji prawa cywilnego Sąd Apelacyjny przyznał każdemu z czterech studentów odszkodowanie w wysokości ok. 1500 euro. Sąd Najwyższy zmniejszył jednak kwotę odszkodowania uznając, iż, co prawda, osoby stały się ofiarami dyskryminacji, to jednak ich celem i wolą nie było tak naprawdę dostanie się do lokalu, ale sprawdzenie pewnej sytuacji oraz testowanie określonego zachowania. Dlatego też okoliczności te wpłynęły na niższy wymiar odszkodowania. Jak widać, mimo że szwedzkie przepisy wprost nie dają możliwości przeprowadzania dowodu z testu dyskryminacyjnego, to jednak sądy je dopuszczają, i w sprawach, w których udowodniona zostaje dyskryminacja, zasądzają odszkodowanie nawet tym osobom, które zostały zdyskryminowane niejako „na życzenie”.

2.4. Opłacani przez powoda agenci

Kwestia stosowania testów do celów dowodowych była przez długi czas dyskutowana także i na Węgrzech. Tak naprawdę zaakceptowanie tego narzędzia nastąpiło dzięki prężnie działającej organizacji pozarządowej – NEKI (*Legal Defence Bureau for National and Ethnic Minorities*). Jeden z jej członków, przebywając w Stanach Zjednoczonych, obserwował, jak w praktyce wygląda „testowanie” w sektorze wynajmu i sprzedaży nieruchomości. Na podstawie jego doświadczeń organizacja zaczęła przeprowadzać testy w ten sposób, że otrzymując skargę na nierówne traktowanie czy to w dostępie do usług, czy w zatrudnieniu, wysyłała

²⁰ P. Lappalainen, NGOs, *situation testing in Sweden and the courts*, w: *Proving Discrimination Cases – The Role of Situation Testing*, red. I. Rorive, „European Anti-Discrimination Law Review” 2009, nr 8, str. 80–81.

²¹ Ibidem, str. 81–84.

odpowiednio przeszkolonego „testera” w miejsce domniemanej dyskryminacji, który podawał się za klienta i z ukrycia rejestrował zajście. Na podstawie uzyskanych wyników i oceny całej sytuacji prawnicy organizacji podejmowali decyzję, czy i jakie w danej sprawie podjąć kroki prawne. Jeśli rezultaty testu potwierdzały zeznania osoby, która doświadczyła dyskryminacji, były dołączane jako dowód w postępowaniu w sprawie. Niestety, sądy nie uznawały ich jako dowodów, gdyż nie dotyczyły one bezpośrednio powoda. NEKI zmieniło zatem strategię i zamiast wysyłać samego testującego, wysyłało wraz z nim osobę, która skarżyła się na dyskryminację w miejscu, w którym jej doświadczyła. Jeżeli osoba ta była gorzej traktowana niż testujący, taka okoliczność mogła już być uznana za dowód bezpośrednio dotyczący skarżącego.

Jednak testy wciąż budziły kontrowersje. Część sędziów otwarcie mówiła o testujących jako opłacanych przez powoda agentach, którzy nie są obiektywni i w związku z tym niewiarygodni. Pomimo tego w coraz większej liczbie spraw testy były akceptowane jako dowody²². Brakuje wyroków, które szczegółowo odnosiłyby się do prawnej możliwości dopuszczania tego typu dowodów w postępowaniu. Jednak pośrednio w tej kwestii wypowiedział się Sąd Najwyższy, uznając zeznania świadków – osób testujących – za dowody w sprawie z 2002 r. o dyskryminację dwóch Romów, kiedy odmówiono wpuszczenia do dyskoteki osób o innym pochodzeniu etnicznym²³.

W 2004 r. przyjęte zostało rządowe rozporządzenie uznające prawo węgierskiego organu równościowego do przeprowadzania testów i prezentowania ich wyników w sądach. W rozporządzeniu można znaleźć m.in. definicję testu dyskryminacyjnego. Metodologię jego przeprowadzenia zawiera art. 13 ust. 1 tego aktu, mówiący, że „w związku z zachowaniem, środkiem, wymogiem, zaniedbaniem, wskazówką lub praktyką podmiotu domniemanej dyskryminacji, organ ds. równego traktowania stawia w identycznej sytuacji dwie osoby, które różni jedynie określona cecha lub status [...], ale które są podobne z punktu widzenia innych cech, i bada czynność domniemanej dyskryminacji w odniesieniu do tych osób, mając na uwadze zasadę równego traktowania”²⁴. Zgodnie z kolejnym ustępem tego artykułu „wyniki testów mogą być użyte jako dowód w postępowaniach wszczętych z powodu naruszenia zasady równego traktowania”²⁵.

²² I. Rorive, *Proving...*, str. 66–67.

²³ A. Kádár, *Report on measures to combat discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country report 2008 Hungary*, European network of legal experts in the non-discrimination field, str. 31, <http://www.non-discrimination.net/content/media/2008-HU-Country%20Report%20final.pdf>.

²⁴ A. Kádár, *Report on measures...*, str. 29–30.

²⁵ Ibidem.

Ponadto węgierskie prawo zezwala na dołączenie do akt sprawy raportu z testów dyskryminacyjnych jako dowodu oraz na stosowanie testów w celu zdobycia dowodów, przyznając osobom testującym prawo występowania w roli powodów lub świadków. Zgodnie z art. 164(1) węgierskiego Kodeksu postępowania cywilnego fakty potrzebne do rozstrzygnięcia sprawy co do zasady muszą być udowodnione przed sądem przez stronę zainteresowaną ich przyjęciem. Następnie kodeks stanowi, że sąd nie jest związany formalnymi zasadami dowodzenia w postępowaniu cywilnym i dysponuje swobodą oceny dowodów – może dopuścić „wszelkie inne dowody pozwalające na ustalenie faktów sprawy”. Zgodnie z tą regułą sądy nie są niczym ograniczone w dopuszczaniu dowodów w rozpatrywanej sprawie i mogą uznać za dowód zarówno zeznania świadków, jak i dokumenty – są one dowodem pod warunkiem, że „wyrażają myśli istoty ludzkiej”. Ponadto prawo zezwala na wszczęcie postępowania w swoim imieniu, ale również w imieniu i na rzecz innych osób, choć za ich zgodą²⁶.

Testy dyskryminacyjne na Węgrzech mogą być stosowane w przypadku podejrzenia dyskryminacji z powodu wszystkich cech chronionych prawem, we wszystkich wskazanych w przepisach obszarach. Co niezwykle ważne, węgierskie sądy nie są już niechętne dopuszczaniu tego typu dowodów w postępowaniach w sprawach o dyskryminację, ale pod warunkiem, że w danej sytuacji uczestniczyli sami testujący. Innymi słowy, wynik testów jako dowód ogólnej tendencji dyskryminacji, przedstawiony w celu poparcia indywidualnej sprawy, nie zostanie przyjęty, jeżeli testujący nie byli bezpośrednimi świadkami skarżonego zachowania²⁷. Warto dodać, że testy dyskryminacyjne są przeprowadzane na Węgrzech przez organizacje pozarządowe, organ równościowy, a także przez wyspecjalizowaną instytucję powołaną do ochrony praw konsumentów²⁸.

3. Polskie prawo a testy dyskryminacyjne jako dowód w sprawach o dyskryminację

Polska jest przykładem państwa, w którym techniki eksperymentalne do badania dyskryminacji, nie dość, że nie są stosowane, to wydają się nieznanne zarówno powołanym do przeciwdziałania dyskryminacji instytucjom państwowym, jak również działającym w tym obszarze organizacjom pozarządowym²⁹. Sprawy

²⁶ F. Alemu, *Testing to prove racial discrimination: methodology and application in Hungary*, lipiec 2004, <http://www.errc.org/cikk.php?cikk=1016>.

²⁷ A. Kádár, *Report on measures...*, str. 30–31.

²⁸ Ibidem, str. 32.

²⁹ Po raz pierwszy metoda ta została zastosowana w Polsce w 2010 r. przez Instytut Spraw Publicznych do zbadania dyskryminacji obcokrajowców w dostępie do zatrudnienia, więcej na ten temat patrz w: *Sąsiedzi czy intruzy...*, str. 301–360.

nie ułatwia fakt, że przepisy prawne milczą na ten temat, poza tym widać wyraźny brak woli politycznej do zwrócenia uwagi na kwestie dowodowe w sprawach dyskryminacyjnych³⁰. Ponadto do takiego stanu rzeczy przyczyniał się do niedawna brak ustawy o równym traktowaniu³¹, która regulowałaby kwestie dyskryminacji w obszarach innych niż zatrudnienie, brak pogłębionych badań na temat możliwości stosowania testów oraz ignorancja kolejnych rządów w kwestii polityki antydyskryminacyjnej. Poza paroma dziennikarskimi prowokacjami i próbami podjętymi przez Helsińską Fundację Praw Człowieka (choć nie *stricte* w sprawach o dyskryminację) oraz przez kilka prywatnych osób (które w konsekwencji nie chciały ujawnić w sądzie, że pośrednio korzystały z tej metody), testy dyskryminacyjne w pełnym tego słowa znaczeniu nigdy nie były stosowane³². Nie ma zatem orzecznictwa, dającego jakiekolwiek wskazówki, jak należy traktować dowody pochodzące z ich zastosowania. Pojawia się jednak pytanie, czy gdyby takie testy zostały przeprowadzone w konkretnej sprawie, to ich rezultaty mogłyby zostać wykorzystane jako dowód na uprawdopodobnienie lub potwierdzenie faktu zaistnienia dyskryminacji w postępowaniu sądowym lub administracyjnym.

3.1. Odwrócony ciężar dowodu

Jedną z najważniejszych gwarancji ochrony praw ofiar dyskryminacji, niezależną od sposobu wykazywania dyskryminujących zachowań (jakim jest test dyskryminacyjny), stanowi zasada odwróconego ciężaru dowodu, zgodnie z którą w przypadku domniemanej dyskryminacji to strona pozwana musi udowodnić, że nie naruszyła zasady równego traktowania. Oczywiście reguła ta nie oznacza, że osoba, która twierdzi, że stała się ofiarą dyskryminacji, zwolniona jest od

³⁰ W uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 23 lipca 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (wersja przesłana na posiedzenie stałego Komitetu Rady Ministrów) można przeczytać, że uwagi (zgłoszone przez Koalicję na Rzecz Równych Szans, której Stowarzyszenie Interwencji Prawnej jest członkiem) do projektu ustawy dotyczące możliwości wytaczania powództwa w przypadkach, w których ofiara nie jest zindywidualizowana, oraz wprowadzenia tzw. sytuacji testowych nie zostały uwzględnione, „ponieważ znacząco wykraczają poza zakres regulacji dyrektyw oraz wymagałyby wprowadzenia zmian do ustawy Kodeks postępowania cywilnego, co z kolei – o ile pozytywnie zostałyby zaopiniowane przez Komisję Kodyfikacyjną – wydłużyłoby uchwalenie ustawy na bliżej nieokreślony termin.”, http://bip.kprm.gov.pl/g2/2010_08/3057_fi-leot.pdf, str. 36.

³¹ Z dniem 1 stycznia 2011 r. w życie weszła 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.

³² Ł. Bojarski, *Report on measures to combat discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report 2008 Poland*, str. 26–27, <http://www.non-discrimination.net/content/media/2008-PL-Country%20Report%20final.pdf>.

podejmowania jakichkolwiek działań i prób jej uprawdopodobnienia. Na przykład dyrektywa rasowa 2000/43/WE³³ wyraźnie stanowi, że „osoba, która uważa się za pokrzywdzoną nieprzestrzeganiem wobec niej zasady równego traktowania, przedstawia przed sądem lub właściwym organem fakty, z których można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji”. Zasada ta została wprowadzona do polskiego Kodeksu pracy – przepis art. 18^{3b} § 1 *in fine* wprowadza przerzucenie ciężaru dowodu na pracodawcę w razie postawienia uprawdopodobnionego zarzutu naruszenia nakazu równego traktowania i zakazu dyskryminacji. W takich przypadkach pracownik powinien wskazać fakty uprawdopodobniające zarzut, a to pracodawca musi udowodnić, że nie dopuścił się zarzucanych mu zachowań (przerzucenie ciężaru dowodu na pracodawcę)³⁴. Instytucja odwróconego ciężaru dowodu została także uwzględniona w przepisach nowo obowiązującej ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Zgodnie z art. 14 ust. 2 „Kto zarzuca naruszenie zasady równego traktowania, uprawdopodobnia fakt jej naruszenia” i ust. 3 „W przypadku uprawdopodobnienia naruszenia zasady równego traktowania ten, któremu zarzucono naruszenie tej zasady, jest obowiązany wykazać, że nie dopuścił się jej naruszenia”. Odnosząc powyższe fakty do instytucji procesowej w postaci testu dyskryminacyjnego, warto wyjaśnić, że w przypadku zastosowania zasady odwróconego ciężaru dowodu, dowód z testów dyskryminacyjnych będzie wykorzystywany na dalszym etapie procesowym, gdyż w pierwszym rzędzie to pozwany (np. pracodawca) ma wykazać, że nie naruszył zasady równego traktowania. Powód (pracownik), gdyby chciał podważyć dowody przedstawione przez pozwanego pracodawcę, może zgłosić wniosek dowodowy np. w postaci testu dyskryminacyjnego. Wydaje się bowiem, że stosowanie tego dowodu wyłącznie jako środka mającego uprawdopodobnić fakt dyskryminacji (przed właściwym postępowaniem dowodowym) jest niecelowe, jako sprzeczne z zasadą ekonomii procesowej (może się bowiem okazać, że pracodawca nie jest w stanie udowodnić swoich racji).

Art. 18^{3b} § 1 Kodeksu pracy oraz art. 14 ust. 2 i 3 tzw. ustawy równościowej wprowadza więc wyjątek od generalnej zasady rozkładu ciężaru dowodu w sporze cywilnoprawnym („odwraca” tę zasadę) – zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. Oznacza to, że strona, chcąc udowodnić swoje twierdzenia, powinna przedstawić dowody na ich poparcie, zaś fakty nieudowodnione nie zostaną uwzględnione i nie będą wywoływać skutków prawnych z nimi związanych, co w konsekwencji

³³ Dyrektywa Rady Nr 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne.

³⁴ W. Muszalski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2010, str. 53.

może prowadzić do przegrania sprawy³⁵. Dowodzenie twierdzeń nie stanowi jednak obowiązku strony, sąd nie może też nakazać przeprowadzenia określonego dowodu³⁶. Zasada ta nie stosuje się wyłącznie do postępowań w sprawach cywilnych, obowiązuje także w procesach np. z zakresu prawa pracy (oczywiście poza sprawami o dyskryminację), prawa ubezpieczeń oraz w postępowaniu przed sądem antymonopolowym³⁷.

Niejasności mogą się pojawić wobec braku ogólnego przepisu wprowadzającego zasadę odwróconego ciężaru dowodu we wszystkich sprawach dotyczących naruszenia zasady równego traktowania, bowiem ustawowy zakaz dyskryminacji nie ma zastosowania do wszystkich obszarów życia społecznego i został ograniczony do wybranych „powodów dyskryminacji” – cech prawnie chronionych. Czy w tej sytuacji, w przypadku skargi podlegającej rozstrzygnięciu na drodze cywilnej sąd będzie stosował ogólną zasadę z art. 6 k.c.? Czy polski sąd zastosuje ją mimo braku odpowiedniego przepisu implementującego przepis art. 8 ww. dyrektywy, zgodnie z którym „Państwa Członkowskie podejmują 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”? Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyjątkowych sytuacjach przepisy dyrektywy mogą być bezpośrednio stosowane. Na przykład w sprawie *Comitato di Coordinamento per la Difesa Della Cava* przeciwko *Regione Lombardia* (sygn. C – 236/92) Trybunał wskazał, że „jeśli przepisy dyrektywy wydają się odnośnie ich treści bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, jednostka może polegać na treści takich przepisów względem Państwa, gdy Państwo to nie wprowadziło takich przepisów do prawa wewnętrznego w terminie przewidzianym w dyrektywie lub też wprowadziło dyrektywę nieprawidłowo”. W innym orzeczeniu w sprawie Komisji Europejskiej przeciw Hiszpanii (sygn. C – 71/92) Trybunał zwrócił uwagę, że interpretacja prawa krajowego musi uwzględniać reguły zawarte w dyrektywach, a w przypadku braku precyzyjnego wdrożenia do ustawodawstwa krajowego „tam gdzie celem dyrektyw jest nadanie praw jednostce, jednostka ta może korzystać z pełni swoich praw i w razie potrzeby powoływać się na nie przed sądem krajowym”. Ponadto w przypadku, gdy norma dyrektywy jest sformułowana

³⁵ M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny, część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 116–117.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem, str. 119.

wyrażnie i nie zależy od krajowych przepisów wykonawczych, wówczas wywiera skutek bezpośredni nawet wtedy, gdy nie została inkorporowana do prawa krajowego. Jednostka, opierając się na dyrektywie, może dochodzić swych praw przed sądami krajowymi (sprawa C – 103/88 *Fratelli Constanzo SpA* przeciwko *Comune Milano*). Zatem nic nie stoi na przeszkodzie, by wobec braku wdrożenia do polskich przepisów zasady odwróconego ciężaru dowodu w sprawach o dyskryminację w obszarach innych niż wymienione i z przyczyn innych niż wskazane, powołać się na ww. przepis dyrektywy, który wydaje się wystarczająco jasny i precyzyjny. Warto dodać, że również sam sąd rozstrzygający sprawę o dyskryminację może, a nawet powinien, zastosować zasadę odwróconego ciężaru dowodu, niezależnie od tego, czy wskazywała na taką możliwość strona skarżąca³⁸.

W przypadku spraw rozstrzyganych na drodze postępowania administracyjnego sytuacja wygląda zupełnie inaczej – zgodnie z art. 77 § 1 k.p.a. „Organ administracji publicznej jest obowiązany w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć cały materiał dowodowy”. Nie znajduje tu zastosowania zasada odwróconego ciężaru dowodu. Postępowanie ma charakter inkwizycyjny i widać wyraźnie sformułowany obowiązek organu do rzetelnego przeprowadzenia postępowania dowodowego, co oznacza inicjowanie z urzędu i przeprowadzanie niezbędnych dowodów. Nie można mówić o jakimkolwiek rozkładzie ciężaru dowodu – „nie występują tu żadne elementy zasady kontradyktoryjności; to organ działając jak inkwizytor, ma obowiązek zgromadzić wszelkie dowody”³⁹. Oczywiście, strona na poparcie swoich twierdzeń może, a nawet powinna, wnosić dowody, jeśli mają one znaczenie dla sprawy. A w przypadku zarzutu dyskryminacji, organ będzie musiał wykazać, że nie dopuścił się naruszenia zasady równego traktowania.

Zatem w obowiązującym stanie prawnym można stosować zasadę odwróconego ciężaru dowodu nie tylko w oparciu o Kodeks pracy (jednak wciąż nie we wszystkich obszarach i w przypadku każdej przyczyny dyskryminacji). Co ważne, w niektórych sprawach, np. odmowy dostępu do usług osobie o innym

³⁸ Na przykład bułgarski Sąd Apelacyjny wobec niepełnej implementacji dyrektywy rasowej do ustawodawstwa krajowego w wyroku z dnia 18 stycznia 2008 r. powołał się na bułgarską konstytucję i regulacje międzynarodowe – Europejską Konwencję Praw Człowieka oraz Konwencję Narodów Zjednoczonych w sprawie przeciwdziałania wszelkim formom dyskryminacji rasowej i zastosował przewidzianą prawem unijnym instytucję odwróconego ciężaru dowodu, uznając, że stosowanie tej zasady jest jak najbardziej uzasadnione słabszą pozycją osoby doznającej dyskryminacji, a celem regulacji antydyskryminacyjnych jest przecież zapewnienie jednostce skutecznej ochrony. Sprawa dotyczyła dyskryminacji romskiej kobiety przez szpital w przedmiocie odmowy udzielania pomocy medycznej w nagłym przypadku – sąd orzekł, iż w sprawie tej doszło do dyskryminacji ze względu na rasę.

³⁹ Ibidem, str. 120–121.

pochodzeniu etnicznym, z uwagi na wprowadzenie zasady odwróconego ciężaru dowodu do ustawy równościowej, jej zastosowanie nie powinno już stanowić problemu i zbędne będzie powołanie się wyłącznie na przepisy dyrektyw i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Jednak z uwagi na krótki okres obowiązywania nowej ustawy, trudno obecnie przewidzieć, jak ta zasada będzie stosowana przez sądy w sprawach innych niż dotyczących zatrudnienia.

Do niedawna bez odpowiednich przepisów, dyskusyjne było w ogóle wytaczanie powództw o dyskryminację w obszarach innych niż zatrudnienie. Na jakiej podstawie moglibyśmy bowiem oprzeć powództwo? Nie wystarczy odwołanie się do konstytucji czy regulacji międzynarodowych, wątpliwe jest także bezpośrednie stosowanie przez sądy przepisów dyrektyw. Możliwe wydaje się wytoczenie powództwa z tytułu naruszenia swoich dóbr osobistych – godności – poprzez czyjeś dyskryminujące traktowanie. W tym przypadku jednak należy udowodnić naruszenie dobra osobistego, a pozwany winien wykazać bezprawność działania. Przy zastosowaniu zasady odwróconego ciężaru dowodu jest to jedynie uprawdopodobnienie naruszenia, a ze strony pozwanego obowiązek wykazania, że nie dopuścił się aktu dyskryminacji. Należy mieć zatem nadzieję, że wraz z nowymi przepisami do sądów zaczną trafiać więcej spraw o dyskryminację w obszarach innych niż zatrudnienie, a sądy nie będą miały problemów z interpretacją nie do końca jasnej ustawy równościowej.

3.2. Nadużycie prawa i prowokacja

Ewentualne problemy w wykorzystaniu wyników testów dyskryminacyjnych jako dowodu w sprawie może powodować przyjęty na gruncie prawa cywilnego, ale także prawa pracy, zakaz nadużycia prawa podmiotowego. Zgodnie z art. 8 Kodeksu pracy „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”. Przepis ten jest dokładnym powtórzeniem art. 5 Kodeksu cywilnego, dlatego w celu jego interpretacji można posiłkować się doktryną i dorobkiem orzecznictwa prawa cywilnego. Przepis ten zawiera w sobie klauzulę współżycia społecznego, która dotyczy naruszenia norm moralnych, obyczajowych i zwyczajowych, oraz wyznacza granice, w ramach których dopuszczalne jest korzystanie z praw podmiotowych. Przyjmując, że klauzula ta nie doznaje już w dzisiejszych czasach żadnych ograniczeń ideologicznych⁴⁰ i odwołuje się wyłącznie do „powszechnie uznanych w kulturze

⁴⁰ Kryterium to do roku 1990 r. miało silną konotację ideologiczną, gdyż odnosiło się do „Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej”, którą to formułę zachował Kodeks cywilny w pierwotnej wersji.

naszego społeczeństwa wartości, które są zarazem dziedzictwem i składnikiem kultury europejskiej”⁴¹, należy się zastanowić, co w kontekście stosowania testu dyskryminacyjnego oznacza pojęcie „zasad współżycia społecznego”. Zdaniem niektórych autorów są to „szczególne reguły postępowania w życiu społecznym” (Stefan Grzybowski), według innych „ogólnie uznane normy moralne, zawierające reguły postępowania w stosunkach między ludźmi” (Adam Szpunar)⁴². Czy w takim rozumieniu testy dyskryminacyjne, noszące cechy prowokacji, mającej na celu wykazanie dyskryminacji, można byłoby uznać za działanie niemoralne, naruszające ogólnie przyjęte zasady i wartości?

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego „klauzula generalna zawarta w art. 5 k.c. nie może być rozumiana jako pozostawienie sądowi orzekającemu dowolności w udzielaniu stronie powodowej ochrony prawnej lub odmowy takiej ochrony”⁴³. Wyraża ono dominujące w piśmiennictwie i orzecznictwie wąskie ujęcie konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego, co oznacza możliwość powoływania się na art. 5 k.c. tylko w przypadku *verba legis* „czynienia użytku ze swego prawa”⁴⁴. Wąska koncepcja nadużycia prawa wymaga, by za każdym razem ustalić istnienie uprawnienia (materialnoprawnego) po stronie osoby, której zachowanie jest przedmiotem oceny. Brak prawa podmiotowego eliminuje natomiast dopuszczalność oceny zachowania osoby w świetle art. 5 k.c.⁴⁵ Poza tym wskazuje się na ostrożność i umiar w stosowaniu tego przepisu, gdyż art. 5 k.c. nie jest normą nadrzędną w stosunku do innych norm obowiązującego prawa. Jeśli dana instytucja prawna, na tle której miałoby dojść do stwierdzenia nadużycia prawa, jest uregulowana przepisami, wyłączenie stosowania klauzuli z art. 5 k.c. ma miejsce z uwagi na treść innych przepisów. Podkreśla się także, że powinno się wyłączyć stosowanie tego przepisu w przypadku nadrzędnego interesu społecznego oraz ze względu na ochronę wartości wyższego rzędu⁴⁶. Wreszcie istotny w kontekście spraw o dyskryminację wydaje się postulat wnikliwego rozważenia wszystkich okoliczności danej sprawy – sąd nie powinien się kierować „z góry założonymi schematami, zwłaszcza związanymi z charakterem podmiotów, których zachowanie jest poddane ocenie. Orzeczenie musi się opierać na wszechstronnym uwzględnieniu okoliczności konkretnego wypadku”⁴⁷.

⁴¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 października 2000 r., SK 5/99.

⁴² M. Pyziak-Szafnicka, *Kodeks cywilny...*, str. 84.

⁴³ Wyrok z dnia 3 lutego 1998 r., I CKN 459/97 Lex, nr 78424, cyt. za: M. Pyziak-Szafnicka, *Kodeks cywilny...*, str. 71.

⁴⁴ Ibidem, str. 72.

⁴⁵ Ibidem, str. 76.

⁴⁶ Ibidem, str. 114.

⁴⁷ Ibidem, str. 103.

Skutkiem skorzystania z konstrukcji „nadużycia prawa” jest odmowa udzielenia ochrony prawnej. Może to być na przykład odmowa uwzględnienia powództwa, którego wniesienie stanowi wyraz nadużycia prawa w sytuacji, gdy samo zgłoszenie żądania może być uznane za sprzeczne z ww. zasadami albo powództwo jest następstwem pozasądowego zachowania, mającego miejsce jeszcze wcześniej, które sąd oceni jako nadużycie prawa⁴⁸.

Jeżeli chodzi o przesłankę bezprawności zachowania naruszającego zasady wymienione w art. 5 k.c., nasuwa się wątpliwość, czy przeprowadzenie testów dyskryminacyjnych można uznać za bezprawne. Bezprawność nadużycia polega na tym, że ma miejsce „wkroczenie w cudzą sferę praw podmiotowych” i dotyczy wyłącznie osoby, której prawa zostały naruszone. Czy w tym znaczeniu można uznać np. sytuację weryfikacji dyskryminującej praktyki pracodawcy za bezprawną, naruszającą jego sferę praw podmiotowych?

Z zakazem nadużycia prawa podmiotowego wiąże się doktryna „owoców zatrutego drzewa” i zanim przejdę do przeanalizowania przepisów odnoszących się do przedmiotu i oceny dowodów w postępowaniu sądowym, warto odnieść się w kilku słowach do reguły zakazującej wykorzystywania w procesie dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem. Doktryna ta, wypracowana w prawie amerykańskim, nie przyjęła się w systemach prawnych kontynentu europejskiego, w których nie istnieje ogólny zakaz wykorzystywania tego typu dowodów w postępowaniu cywilnym (wyjątkiem w tym zakresie są Niemcy). Jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy jest fakt, że obowiązująca w większości krajów europejskich zasada swobodnej oceny dowodów wyklucza potrzebę wypracowania doktryny „owoców zatrutego drzewa”⁴⁹.

Czym jest dowód uzyskany w sposób sprzeczny z prawem? Zdaniem niektórych autorów jest to dowód uzyskany niezgodnie z prawem materialnym, ale także uzyskany w sposób niezgodny z przepisami postępowania cywilnego. Pojęcie „dowodu niedopuszczalnego” w postępowaniu cywilnym łączy się nie tylko z dowodem uzyskanym w sposób sprzeczny z prawem, ale i z zasadami współżycia społecznego oraz powszechnie akceptowanymi normami etycznymi⁵⁰. Polski Kodeks postępowania cywilnego nie zawiera ogólnego zakazu wykorzystywania w postępowaniu cywilnym dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem. Jednakże analiza przepisów Konstytucji, Kodeksu cywilnego (art. 5) oraz Kodeksu pracy (art. 8), wyrażających wspomniany wcześniej zakaz nadużycia prawa, uzasadniałaby tezę o niedopuszczalności wyko-

⁴⁸ Ibidem, str. 98.

⁴⁹ A. Laskowska, *Dowody w postępowaniu cywilnym uzyskane w sposób sprzeczny z prawem*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 12, str. 90.

⁵⁰ A. Laskowska, *Dowody...*, op. cit., str. 89.

rzystywania w postępowaniu cywilnym dowodów uzyskanych w taki właśnie sposób⁵¹.

Sąd rozstrzyga daną sprawę w oparciu o zgromadzony w niej materiał dowodowy, kierując się zasadą swobodnej oceny dowodów, interpretowaną w świetle zasady równości stron – uczestników postępowania, a także zasadą kontradyktoryjności, umożliwiającej sądowi wykluczenie dowodów niewiarygodnych oraz uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem⁵². Co prawda, na mocy art. 6 k.c. i 232 k.p.c. (o czym napiszę niżej) na stronach ciąży obowiązek udowodnienia faktu, z którego wywodzą skutki prawne, to w odniesieniu do spraw o dyskryminację powinna mieć zastosowanie zasada odwróconego ciężaru dowodu. W tym przypadku zasada równości stron doznaje pewnego ograniczenia i zgodnie z regułą odwróconego ciężaru dowodu to strona pozwana zobowiązana jest obalić powstałe domniemanie dyskryminacji.

W polskim prawie brakuje zatem generalnego zakazu wykorzystywania w postępowaniu cywilnym dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem. Jednakże analiza szeregu przepisów oraz orzecznictwa skłania do przyjęcia, że takie dowody nie będą dopuszczone przez sąd. Pytanie, jakie się pojawia, brzmi następująco: czy wyniki testów dyskryminacyjnych, użyte jako dowód w postępowaniu cywilnym, można uznać za dowody uzyskane w sposób niezgodny z prawem? W sprawach o dyskryminację, w których zastosowano testy, dochodziłoby zapewne do „ważenia” praw dwóch stron postępowania, przy zastosowaniu zasady, że naruszenie praw jednej osoby nie może być uzasadnione dążeniem do ochrony prywatnego interesu drugiego człowieka⁵³. Jednakże w stosunkach typu pracodawca-pracownik, usługodawca-usługobiorca lub urzędnik-petent trudno byłoby uzasadnić tezę, że testując zachowanie dyskryminacyjne, badający narusza jakiegokolwiek uprawnienia przysługujące tym podmiotom, a więc że działanie to nosi cechy bezprawności.

Na zakończenie warto jeszcze wspomnieć o instytucji prowokacji, która co prawda, nie powinna być utożsamiana z testami dyskryminacyjnymi, jednak – jak pokazuje doświadczenie innych krajów – nieraz pojawiały się takie porównania. Na gruncie prawa polskiego jedynie Kodeks karny odnosi się wprost do tego zagadnienia – zgodnie z art. 24 k.k. „Odpowiada jak za podżeganie, kto w celu skierowania przeciwko innej osobie postępowania karnego nakłania ją do popełnienia czynu zabronionego”. Celem prowokatora nie jest rzeczywiste dokonanie czynu zabronionego przez osobę nakłanianą, a rezultat podjętego przez nią

⁵¹ T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom 1*, Warszawa 2007, str. 539.

⁵² A. Laskowska, *Dowody...*, op. cit., str. 93.

⁵³ Ibidem, str. 101.

czynu przestępnego oraz konsekwencje w postaci wszczęcia i prowadzenia przeciwko niej postępowania karnego⁵⁴. W tym znaczeniu nie można jednak mówić o prowokacji w kontekście testów dyskryminacyjnych, np. w takich obszarach jak zatrudnienie, mieszkalnictwo lub dostęp do pomocy społecznej, przede wszystkim dlatego, że ewentualne zachowanie dyskryminacyjne nie będzie przestępstwem w rozumieniu Kodeksu karnego. Można byłoby, co prawda, teoretycznie rozważyć sytuację, kiedy badane metodą testów dyskryminacji byłoby zachowanie osoby nawołującej do nienawiści na tle rasowym, który to czyn wyczerpuje już znamiona przestępstwa. Trudno byłoby jednak udowodnić twierdzenie o nakłanianiu takiego podmiotu do popełnienia przestępstwa. W kontekście prawa karnego ciekawym zagadnieniem jest także problematyka wykorzystywania w procesie karnym „owoców zatrutego drzewa”, jednakże omówienie tego zagadnienia wykracza poza ramy niniejszego opracowania⁵⁵.

Warto też zauważyć, że – nawet przyjmując, iż techniki eksperymentalne są rodzajem „prowokacji” – to analogicznie do przypadku prawa karnego, podżeganie nie zwalnia sprawcy czynu z odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa, a prowokacja w postaci testu nie zwalnia np. pracodawcy z odpowiedzialności za akt dyskryminacji.

3.3. Swobodna ocena dowodów

Kodeks postępowania cywilnego przewiduje możliwość przeprowadzenia dowodu z dokumentów, przesłuchania świadków, zeznań biegłych, oględzin oraz przesłuchania stron. Katalog ten nie jest zamknięty i podobnie prezentuje się w Kodeksie postępowania administracyjnego, który w art. 75 § 1 wyraźnie stanowi, że „jako dowód należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem”.

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

⁵⁴ M. Królikowski (red.), R. Zawłocki, *Kodeks karny, część ogólna, tom I. Komentarz do artykułów 1–31*, Warszawa 2010, str. 729–730.

⁵⁵ Więcej na ten temat S. Skubisz, *Problematyka wykorzystania w procesie karnym „owoców zatrutego drzewa*, [w:] L. Bogunia (red.), *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. VIII, Wrocław 2001, R. Janiszowski-Downarowicz, *Granice dozwolonej prowokacji w polskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 3.

jest także oceniana przez sąd⁵⁶. Z problematyką tą ściśle związane jest zagadnienie ciężaru dowodu, unormowane w art. 6 Kodeksu cywilnego 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 sprawy⁵⁷. W literaturze można się spotkać ze stanowiskiem, że sąd ma obowiązek działania z urzędu, jeżeli przemawia za tym interes publiczny⁵⁸. 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 rozstrzygnięcia⁵⁹.

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 wiarygodności⁶⁰. 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 dowodu z testu dyskryminacyjnego.

Zasada swobodnej oceny dowodów odnosi się do wyboru określonych środków dowodowych i do sposobu ich przeprowadzenia. Jej granice wyznaczają trzy czynniki: logiczny, ustawowy i ideologiczny⁶¹. Pierwszy z nich oznacza, że wnioski z analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego mają być logicznie prawidłowe, a między różnymi wnioskami sądu nie mogą istnieć sprzeczności. Czynniki ustawowy to reguła, zgodnie z którą swobodna ocena dowodów musi się dokonywać na podstawie warunków określonych przez prawo procesowe – dowody powinny być prawidłowo przeprowadzone, a sąd zobowiązany jest dokonać

⁵⁶ T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, op. cit., str. 538.

⁵⁷ M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2008, str. 357.

⁵⁸ T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, op. cit., str. 550.

⁵⁹ Ibidem, str. 348.

⁶⁰ Ibidem, str. 349.

⁶¹ Ibidem, str. 552.

wszechstronnego rozważenia zebranego materiału oraz przeprowadzić selekcję dowodów i należycie uzasadnić swój wybór w wyroku. Ostatni element – ideologiczny – wydaje się szczególnie istotny. „Musi istnieć zgodność między wewnętrznym przekonaniem sędziego, ukształtowanym na podstawie logicznej i wszechstronnej analizy dowodów, a jego świadomością prawną. Obok znajomości przepisów, doktryny i orzecznictwa na postępowanie sędziego i sposób oceny przez niego różnych środków dowodowych wpływają także informacje dotyczące różnych faktów życia społecznego, jego ogólna kultura prawna, jak również system pozaprawnych reguł i ocen społecznych, do których odsyłają przepisy obowiązującego prawa”⁶². 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 mocy⁶³. 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 i tzw. dowodzie wolnym nie można z góry pozbawiać mocy dowodowej innych dowodów (obok dowodów bezpośrednich)⁶⁴. Zasada swobodnej oceny dowodów obowiązuje także na gruncie postępowania administracyjnego – zgodnie z art. 80 k.p.a. „organ administracji publicznej ocenia na podstawie całokształtu materiału dowodowego, czy dana okoliczność została udowodniona”, choć nie należy zapominać, że postępowanie administracyjne różni się w swoim charakterze od postępowania cywilnego.

Z punktu widzenia stosowania testów dyskryminacyjnych 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, fotografii, 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.⁶⁵ Zatem sąd teoretycznie mógłby dopuścić dowód z nagrania, na którym utrwalona zostałaby np. rozmowa telefoniczna w sprawie wynajmu mieszkania, podczas której właściciel

⁶² Ibidem, str. 554.

⁶³ A. Jakubecki, *Kodeks...*, op. cit., str. 350.

⁶⁴ T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, op. cit., str. 556.

⁶⁵ A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2010, str. 507.

odmawia zawarcia umowy z osobą o innym pochodzeniu etnicznym, ale już chwilę później umawia się na spotkanie z „autochtonem”.

Przedstawiona wyżej doktryna dowodów zdobytych niezgodnie z prawem silnie wiąże się z treścią prawa do prywatności, natomiast argument, że test dyskryminacyjny narusza prawo do prywatności (np. prywatnego najemcy czy nawet pracodawcy) był podnoszony w trakcie debaty, jaka miała miejsce w Belgii, o czym była mowa wcześniej⁶⁶. Pojawia się także kontrowersja, że stosowanie przepisów o równym traktowaniu narusza wolność zawierania umów (zatrudnienia pracownika, wpuszczenia do klubu czy wynajęcia mieszkania lokatorowi według swojego wyboru). Wątpliwości mogą się także pojawić w kontekście wyłączeń stosowania ustawy równościowej, która w art. 5 stanowi, że ustawy nie stosuje się m.in. do „sfery życia prywatnego i rodzinnego oraz czynności prawnych pozostających w związku z tymi sferami” czy „swobody wyboru strony umowy, o ile tylko nie jest oparty na płci, rasie, pochodzeniu etnicznym lub narodowości”. Takie rozumowanie jest jednak niewłaściwe w kontekście ogólnego zakazu dyskryminacji, wskutek którego ograniczona zostaje wolność „kontraktowania”. Sens zakazu dyskryminacji bierze się m.in. stąd, że osoba fizyczna lub prawna zatrudniająca, świadcząca pewne usługi lub produkująca dobra, zarówno w sferze publicznej, jak i prywatnej, nie jest w pełni wolna, jeśli dokonuje wyborów zawodowych w oparciu o swoje preferencje lub uprzedzenia, np. niechęć do osób homoseksualnych czy o innym kolorze skóry.

Wracając na moment do kwestii korelacji między wykorzystywaniem dowodu „owoców zatrutego drzewa” a prawem do prywatności, orzecznictwo sądów polskich w tej materii wydaje się dosyć zróżnicowane. Na przykład w jednej ze spraw sąd uznał, że niedopuszczalne jest wykorzystywanie w postępowaniu cywilnym taśmy magnetofonowej czy wideo, która nagrana została bez zgody lub wiedzy osoby zainteresowanej, jeżeli nagranie dotyczy jej życia prywatnego i zostało wykonane w domu, ogrodzie albo hotelu⁶⁷. Ale już 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 jeśli tych nagrań dokonano bez wiedzy jednej z nich⁶⁸.

Kodeks postępowania cywilnego w art. 309 stanowi jednak, że sposób przeprowadzenia dowodu innymi środkami dowodowymi sąd określi zgodnie z ich charakterem, stosując odpowiednio przepisy o dowodach. Przepis ten sprawia, że katalog dowodów nie jest zamknięty i otwiera drogę do wykorzystania w postępowaniu dowodowym wszelkich innych zdobyczy wiedzy i techniki.

⁶⁶ V. van der Plancke, *Les tribulations du testing en Belgique...*, op. cit., str. 4–5.

⁶⁷ A. Laskowska, *Dowody...*, op. cit., str. 99.

⁶⁸ Ibidem, str. 508.

W doktrynie i praktyce do „innych środków dowodowych” zalicza się m.in. dokumenty związane z urządzeniami przesyłającymi wiadomości na odległość lub urządzeniami rejestrującymi, wywiad środowiskowy, wydruk komputerowy i eksperyment sądowy⁶⁹.

4. Podsumowanie

W polskim prawie nie ma przepisu mówiącego wprost o możliwości stosowania dowodów z testów dyskryminacyjnych w sprawach sądowych czy administracyjnych. Choć zacząć należałoby raczej od stwierdzenia, że do niedawna brakowało w ogóle regulacji, poza Kodeksem pracy, wprowadzających zasadę równego traktowania wyrażoną w Konstytucji i dających możliwość dochodzenia roszczeń od osób prywatnych na drodze innej niż cywilne powództwo o naruszenie dóbr osobistych. Obecnie obowiązujące w Polsce prawo antydyskryminacyjne, choć wciąż niedoskonałe, daje nadzieję na skuteczniejszą ochronę swoich praw w sprawach o naruszenie zakazu równego traktowania. Mamy bowiem do dyspozycji nowe narzędzie – ustawę równościową, która m.in. wprowadza stosowanie zasady odwróconego ciężaru już nie tylko w sprawach dotyczących dyskryminacji w zatrudnieniu. Pytanie tylko, czy i w jaki sposób polskie sądy będą tego narzędzia używać.

Jeżeli chodzi o testy dyskryminacyjne, nie obowiązuje zakaz użycia „owocu zatrutego drzewa”, choć nie wydaje się, aby wyniki z zastosowania testów dyskryminacji mogły zostać uznane za dowody zdobyte w sposób niezgodny z prawem. Co ważne, z uwagi na ogólne trudności w dowodzeniu dyskryminacji, na gruncie prawa cywilnego mamy do czynienia z zasadą wolności dowodowej, otwartego katalogu środków dowodowych i swobodnej oceny dowodów. W tej ostatniej kwestii niezwykle istotna jest rola sądu. To od jego wiedzy, kultury prawnej, doświadczenia i intuicji będzie bowiem zależeć, czy w danej sprawie zostanie dopuszczony dowód z testu. Sąd może odrzucić jednak taki dowód, mając na względzie zakaz nadużycia prawa (w celu ochrony przed szeroko rozumianymi prowokacjami i podstępными działaniami, w imię zasady słuszności i dobrej wiary), albo też oddalić całe powództwo z uwagi na to, że testujący nie jest ofiarą, a raczej „aktorem” grającym daną rolę, nie odniósł żadnej szkody i nie może żądać odszkodowania⁷⁰. Z tego właśnie względu warto byłoby prowadzić testy dyskryminacyjne w taki sposób, aby była w nim obecna osoba rzeczywiście doznająca dyskryminacji (na słuszność wyboru tej drogi pokazują doświadczenia Węgier). Z drugiej

⁶⁹ Ibidem, str. 437.

⁷⁰ Ł. Bojarski, *Report on measures...*, op. cit., str. 25.

strony zupełnie inaczej przedstawia się sytuacja w Szwecji, gdzie zapadły wyroki, w których sąd zasądził odszkodowanie nawet „testującym aktorom”.

Choć w polskim systemie nie obowiązuje prawo precedensowe, jednak sędziowie orzekają w oparciu o przyjętą przez inne sądy linię orzecniczą i nie są skłonni do stosowania na sali sądowej nowatorskich rozwiązań. Wydaje się, że w sprawach o dyskryminację może się sprawdzić np. dowód z przesłuchania świadka – osoby, która potwierdzi, że będąc w podobnej jak powód sytuacji została lepiej od niego potraktowana. Na przykład Polak – znajomy powoda cudzoziemca – w odpowiedzi na ofertę wynajmu dzwoni, aby umówić się na obejrzenie mieszkania, w sytuacji gdy kilka minut wcześniej odmówiono tej możliwości jego koledze, cudzoziemcowi. Rozmowy zostają zarejestrowane. Następnie w sądzie świadek składa zeznania, że taki test został przeprowadzony i tym samym potwierdza słowa powoda. Dowodem na potwierdzenie dyskryminacji mogłoby być zeznanie świadka – znajomego powoda, osoby o innym pochodzeniu, który także doznał dyskryminacji, oraz nagrania z przeprowadzonych rozmów.

W polskiej rzeczywistości, w której brakuje przepisów prawnych przyznających wprost możliwość przeprowadzania testów dyskryminacyjnych, orzecznictwa w tej materii oraz świadomości prawa antydyskryminacyjnego nawet wśród prawników, sędziów, urzędników państwowych czy polityków, dopuszczanie dowodów z testów dyskryminacji może być problematyczne, choć nie wydaje się niemożliwe.

* Artykuł powstał w ramach projektu „Sąsiedzi czy intruzy – badania dyskryminacji cudzoziemców w Polsce” współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu na rzecz Integracji Obywateli Państw Trzecich oraz budżetu państwa.

FRUIT OF THE POISONOUS TREE? SITUATION TESTING AS A PROOF IN DISCRIMINATION CASES

The article presents an issue of using the results of situation testing in discrimination cases. It consists of two main parts: the first one describes experience of other EU countries in conducting situation testings and using their results in lawsuits. The second one is an analysis of Polish legal regulations in this respect.

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 from the 1960s, initially in housing and employment sector. Later on it has been adopted in certain European Union states. According to the method, pairs (e.g. of applicants for accommodation or a job vacancy, clients of a restaurant, a nightclub etc.) are established in such a way that they differ solely on the basis of a single characteristic reflecting the discriminatory ground (gender, ethnicity, age, disability, religion or belief, sexual orientation) under scrutiny. If one person in the pair faces different treatment, the distinction points to discriminatory behaviour. Regardless of long-term experience of the Anglo-Saxon countries and multiple scientific researches, a possibility to use this method and present its result in the court remains doubtful, if not controversial. In Poland the issue of situation testing is hardly known, even among experts dealing with anti-discrimination law, judges or public institutions competent for counteracting discrimination.

First of all, one should make a distinction between experimental tests used for scientific purposes and for individual case. As far as the scientific test is concerned, its results do not necessary serve proving concrete discrimination case, however they may support the claim as statistic data making fact of discriminatory behaviour more probable. The situation testings conducted for the only purpose of trial are something different and it is not so evident whether their result may be accepted as a legal proof.

Within the European Union situation testings have been conducted in Belgium, Bulgaria, Czech Republic, Denmark, Finland, France, the Netherlands, Slovakia, Sweden, Hungary and Latvia. France, Hungary and Belgium are examples of the countries where using their results as evidences is regulated directly by the law. But even over there it has been problematic and posed a lot of questions as for the legality, methodology and “moral” aspects of the technique. For instance in Belgium the issue became a subject of political debate and the right-wing parties strongly opposed to possibility of legalizing this method. Actually conducting the tests is accepted by law and Belgium courts allow to use its results. In France the method is also regulated by law (Criminal Code) and there have even been

special recommendations adopted in order to clarify and explain to judges how to understand the notion of situation testing and use it in practice. In Sweden the method of testing has been for a long time problematic and treated as a provocation forbidden by law. However using its results in the courts became possible because of general legal rule of freedom of evidence applied in the proceedings. The Swedish court once even granted a compensation for discrimination to the “actors” testing discriminatory behaviour of doormen at the entrance to the night clubs, regardless their lack of status of a real victim. An interesting example of a country where the situation testing has been progressively accepted is Hungary. Not only the courts finally permitted to use the result of this method, but also it has been introduced to the legal regulations. All this happened thanks to one non-governmental organization which made the notion of situation testings popular and consequently conducted tests proving discrimination.

In Poland the method is not known, nor is it applied in practice. The law does not regulate the possibility to use the results of such a testing as evidence in discrimination cases. Moreover until recently it was difficult to suit a person for unequal treatment in the areas other than employment. There have also been doubts as for the rule of reversed burden of proof, since it was regulated only in the Labour Code. Since the act on equal treatment came into force it has changed. Although the Polish legal system does not provide for the possibility to use in the court the results of the experimental tests, it would not be completely unlikely to do so. First of all there is a rule of freedom of evidence and all evidences essential for the case should be taken into consideration. Secondly, a judge has also certain scope of discretion in examining presented proofs. Finally, the catalogue of possible evidences is not limited. However, it is not certain whether a judge would accept such a proof which comes from sort of “provocation” and has been obtained in a tricky way.

The conclusion is that bearing in mind experience of other EU countries where acceptance of situation testing and using its results in the judicial proceedings has not come easily but finally became reality, conducting tests in Poland does not seem impossible. However certain obstacles may appear. Undoubtedly not only judges would play the important role but also lawyers-activists who are invited to conduct such a test, present in the court its results and popularize the idea of situation testing in Poland.