

OPINIA W SPRAWIE ZGODNOŚCI PROJEKTOWANEJ DYREKTYWY RADY W SPRAWIE WPROWADZENIA W ŻYCIĘ ZASADY RÓWNEGO TRAKTOWANIA OSÓB BEZ WZGLĘDU NA RELIGIĘ LUB ŚWIATOPOGLĄD, NIEPEŁNOSPRAWNOŚĆ, WIEK LUB ORIENTACJĘ SEKSUALNĄ¹ Z ZASADĄ SUBSYDIARNOSCI

Streszczenie

- (1) Zasada subsydiarności została wprowadzona do wspólnotowego porządku prawnego na mocy Traktatu z Maastricht. Razem z zasadą proporcjonalności stanowią ograniczenie dla realizacji kompetencji, które mogą być wykonywane zarówno przez Wspólnotę Europejską, jak i państwa członkowskie.
- (2) Wspólnotowy akt prawny jest zgodny z zasadą subsydiarności, jeżeli po pierwsze, "cele proponowanego działania nie mogą być osiągnięte w stopniu wystarczającym przez działanie państw członkowskich w ramach ich krajowych systemów konstytucyjnych"; po drugie, "cele mogą zostać lepiej osiągnięte przez działanie na szczeblu Wspólnoty".

W szczególności oznacza to, że: "rozważana kwestia ma aspekty transnarodowe, które nie mogą być uregulowane satysfakcjonująco przez działania państw członkowskich; działania jedynie na poziomie krajowym lub brak działania Wspólnoty byłyby sprzeczne z wymogami Traktatu (takimi jak konieczność korekty zniekształceń konkurencji lub unikania ukrytych ograniczeń w handlu, a także wzmocnienia spójności gospodarczej i społecznej) bądź w inny sposób miałyby znaczny niekorzystny wpływ na interesy państw członkowskich; działanie prowadzone na poziomie Wspólnoty przyniosłoby wyraźne korzyści, ze względu na ich rozmiary lub skutki w porównaniu z działaniem na poziomie państw członkowskich".

- (3) Zasada subsydiarności w prawie Unii Europejskiej służy jako instrument kontroli równowagi i podziału władzy między Unią a państwami członkowskimi. Jej znaczenie wzrasta wobec nieuchronnej i stałej tendencji rozszerzania się kompetencji Unii na nowe dziedziny wskutek kolejnych rewizji traktatów, a także dynamicznej interpretacji prawa wspólnotowego przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości.

Przestrzeżenie zasady subsydiarności ma sprawiać, że podział kompetencji między Unią a państwami członkowskimi nie pozostanie statyczny, ale wszelkie działania planowane przez jedną lub drugą stronę w zakresie wspólnych kompetencji będą podlegać ocenie pod względem ich efektywności.

¹ Dalej: projektowanej Dyrektywy

- (4) Analizując orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczące kontroli legalności aktów prawnych Wspólnoty Europejskiej, należy zauważyć, że do tej pory Trybunał nie uchylił żadnego aktu ze względu na niezgodność z zasadą subsydiarności. Ponadto w żadnym z dotychczasowych orzeczeń Trybunał nie podjął się odpowiedzi na pytanie, jaki stopień uwspólnotowienia czyli swego rodzaju centralizacji standardów wynika z zasady subsydiarności w sprawach, gdzie instytucje Wspólnoty były uprawnione do podjęcia działań prowadzących do zbliżenia ustawodawstwa. W tym kontekście normatywna wartość zasady subsydiarności okazuje się minimalna.

W odniesieniu do projektowanej Dyrektywy należy się spodziewać, że ocena jej zgodności z zasadą subsydiarności miałaby jedynie charakter formalny, a Trybunał powtórzyłby za uzasadnieniem Komisji, że cele Dyrektywy nie mogą być skutecznie osiągnięte przez poszczególne państwa członkowskie, ponieważ tylko środek podjęty na poziomie Wspólnoty może zapewnić minimalny standard ochrony przeciwko dyskryminacji ze względu na religię lub światopogląd, wiek czy orientację seksualną we wszystkich państwach członkowskich. Tylko wspólnotowy akt prawny gwarantuje pewność praw i obowiązków podmiotów gospodarczych oraz obywateli, w szczególności tych, którzy korzystają ze swobody przemieszczania się na terytorium Unii. Poza tym doświadczenia związane z przyjęciem wcześniejszych dyrektyw równościowych na podstawie art. 13 ust. 1 TWE dały pozytywne rezultaty w osiągnięciu lepszej ochrony przed dyskryminacją.

- (5) Ze względu na ten sam zakres przedmiotowy ocena zgodności z zasadą subsydiarności Dyrektywy Równości Rasowej (Dyrektywy 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r.) może być podstawą dokonania tej oceny w odniesieniu do projektowanej Dyrektywy. Projektowana Dyrektywa różni się od Dyrektywy Równości Rasowej głównie podstawą dyskryminacji, której zakazuje czyli zakresem podmiotowym. Ze względu na konieczność likwidacji istniejącej w Unii Europejskiej "hierarchii równości" zakres podmiotowy nie ma znaczenia dla oceny zgodności z zasadą subsydiarności.
- (6) Objęcie zakresem przedmiotowym Dyrektywy Równości Rasowej dziedzin nie związanych z zatrudnieniem czy stosunkami pracy nie było uzasadnione racjonalnymi przesłankami, ale jedynie wolą polityczną Rady Unii Europejskiej. Przyspieszenie prac nad przyjęciem tej dyrektywy spowodowane było m. in. koniecznością ustosunkowania się do wejścia w skład rządu Austrii skrajnie prawicowej Partii Wolności Jörga Haidera. Brak jest bowiem innego wytłumaczenia, dlaczego osoby wyróżnione na podstawie kryterium rasy i pochodzenia etnicznego zasługują na większą ochronę niż inne dyskryminowane grupy.
- (7) Projektowana Dyrektywa wychodzi swoim zakresem przedmiotowym poza obszar zatrudnienia, a więc wpisuje się w szerszy rozumiany obszar ochrony praw

socjalnych. Może być zatem oceniona jako próba tworzenia wspólnotowej, ponadnarodowej koncepcji tych praw. Pluralistyczne podejście do ochrony praw jednostek podważa ich podstawowy czy uniwersalny charakter. Unia Europejska podejmuje starania, aby zapewnić tym prawom pełną skuteczność oraz jednolitą interpretację, czerpiąc w tym wypadku z dorobku orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Starania te służą także zwiększeniu pewności i przewidywalności prawa.

Proponowaną dyrektywę należy uznać za ten typ inicjatywy wspólnotowej, która ma służyć stworzeniu wspólnych standardów ochrony przed dyskryminacją w wielu istotnych obszarach życia nie ograniczonych tylko do sfery życia zawodowego. Natomiast prawo do równego traktowania bez względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną należy rozumieć jako prawo podstawowe wszystkich obywateli Unii Europejskiej, którego ochrona w coraz mniejszym stopniu zależy od polityki społecznej realizowanej w państwach członkowskich.

- (7) Komisja Europejska określa projekt Dyrektywy jako kontynuację procesu rozpoczętego ustanowieniem w Traktacie Amsterdamskim kompetencji do zwalczania dyskryminacji (art. 13 TWE). Cel walki z dyskryminacją nakłada się na ogólne cele Unii Europejskiej czyli osiągnięcie wysokiego poziomu zatrudnienia i opieki socjalnej, a także spójności społecznej realizowanych obecnie poprzez Lizbońską Strategię Wzrostu i Zatrudnienia oraz strategię ochrony i włączenia społecznego osób wykluczonych.
- (8) Uzasadnieniem podjęcia działania przez Wspólnotę jest istnienie różnic w zakazie dyskryminacji na terenie Unii Europejskiej. Większość państw członkowskich zakazuje dyskryminacji ze względu na religię lub światopogląd, wiek, niepełnosprawność i orientację seksualną także poza obszarem zatrudnienia i stosunków pracy. Różnice występują nie tylko między państwami, ale także w poziomie ochrony przed różnymi kategoriami dyskryminacji.
- (9) Komisja w wystarczającym stopniu uzasadniła swój wniosek. W zgromadzonych badaniach zaprezentowała przede wszystkim dane ilościowe i jakościowe obrazujące skalę dyskryminacji ze względu na wiek, niepełnosprawność, religię lub wyznanie i orientację seksualną w Unii Europejskiej, które jednocześnie wskazują na fakt niewystarczającej regulacji tego zjawiska na szczeblu państw członkowskich.
- (10) Oceniając zgodność projektowanej Dyrektywy z zasadą subsydiarności należy uznać, że jej cel tj. wprowadzenie w życie poza rynkiem pracy zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną i ustalenie jednolitego minimalnego poziomu ochrony przed dyskryminacją tych kategorii osób w obrębie Unii Europejskiej nie może być w stopniu wystarczającym osiągnięty przez działanie państw członkowskich; oraz że cel ten może być lepiej osiągnięty na szczeblu Wspólnoty.

W szczególności oznacza to, że: aspekt transnarodowy w rozważanej Dyrektywie dotyczy stworzenia wspólnotowego prawa do równego traktowania bez względu na kryteria wymienione w art. 13 TWE. Prawo to powinno być gwarantowane w tym samym zakresie i jednakowo skuteczne w całej Unii. Cel ten służy jednocześnie odrzuceniu hierarchicznej struktury dotychczasowego prawa antydyskryminacyjnego w myśl zasady "zakaz dyskryminacji nie może być stopniowalny w zależności od jej podstawy"; działania jedynie na poziomie krajowym lub brak działania Wspólnoty byłyby sprzeczne z wymogami Traktatu (takimi jak doprowadzenie do wysokiego poziomu zatrudnienia i opieki społecznej, wzrostu poziomu jakości życia, spójności gospodarczej i społecznej oraz solidarności, jak również zapewnienie rozwoju Unii Europejskiej jako przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, w szczególności poprzez poszanowanie praw podstawowych); pozostawienie regulacji zakazu dyskryminacji poza rynkiem pracy wymienionych kategorii osób na poziomie krajowym miałoby znaczny niekorzystny wpływ na interesy tych osób, a także społeczeństw, gdyż poziom ich ochrony w wielu z państw jest niewystarczający. Sytuacja ta sprzyja wykluczeniu zawodowemu i społecznemu tych osób oraz ograniczeniu ich możliwości korzystania ze swobód wspólnotowych. Stąd walka z dyskryminacją prowadzona na poziomie Wspólnoty ze względu na jej rozmiary i skutki przyniosłoby wyraźne korzyści w porównaniu z działaniem na poziomie państw członkowskich. W tym znaczeniu projektowana Dyrektywa niesie ze sobą "dodatkową wartość" w porównaniu z istniejącymi już rozwiązaniami krajowymi.

- (11) Przyjmując rygorystyczną koncepcję "kompetencji przekazanych" Wspólnocie (art. 5 TWE), należy uznać, że przeciwdziałanie dyskryminacji w dziedzinie ochrony zdrowia czy edukacji jest ograniczone kompetencjami zakreślonymi w TWE. Jednak skuteczne zwalczanie dyskryminacji wymaga działań kompleksowych, wychodzących poza obszary polityk, w których Wspólnota ma najszersze pole działania - w zakresie funkcjonowania rynku wewnętrznego czy polityce zatrudnienia. Poza tym dyskryminacja w zakresie opieki socjalnej, zdrowotnej czy dostępu do edukacji wpływa na szanse i możliwości określonych kategorii osób korzystania ze swobód wspólnotowych, w tym swobody przemieszczania się, czy włączenia się do rynku pracy. Istotne jest, że Dyrektywa harmonizując prawo wspólnotowe w zakresie równego traktowania poza rynkiem pracy nie naruszyła zakazu harmonizacji w tych dziedzinach, które są *expressis verbis* wyłączone spod harmonizacji.
- (12) Różny poziom ochrony osób ze względu na przynależność państwową, płeć, pochodzenie rasowe czy etniczne, wiek, niepełnosprawność, orientację seksualną i religię czy światopogląd stworzył tzw. "hierarchię równości" w ramach wspólnotowego porządku prawnego. Hierarchia ta wynika z różnego zakresu zakazu dyskryminacji w obowiązujących przepisach wspólnotowych - obecnie jest on najszerszy w przypadku kryterium przynależności państwowej (art. 12 TWE) i płci (art. 13 i 141 TWE). W przypadku kryterium rasy i pochodzenia etnicznego dotyczy obszaru zatrudnienia, stosunków pracy oraz kształcenia

zawodowego, a także ochrony socjalnej, zabezpieczeń społecznych, opieki zdrowotnej, przywilejów socjalnych, edukacji i dostępu do towarów i usług, natomiast w przypadku kryterium wieku, niepełnosprawności, religii lub światopoglądu i orientacji seksualnej dotyczy tylko rynku pracy. Jest to niewątpliwie zjawisko, które podważa funkcjonowanie samej zasady równości we wspólnotowych porządku prawnym.

- (13) Projektowana Dyrektywa jest zgodna z zasadą subsydiarności. Wspólnota Europejska występuje w tym wypadku jako gwarant praw podstawowych, co niewątpliwie może budzić wątpliwości co do zakresu jej kompetencji. W tym przypadku jednak Wspólnota wykorzystwała uprawnienie do walki z dyskryminacją przekazane w art. 13 ust. 1 TWE bez naruszenia kompetencji państw członkowskich. Należy ponadto podkreślić, że tylko działanie na szczeblu Wspólnoty może doprowadzić do dekonstrukcji istniejącej obecnie hierarchii równości i przeciwdziałać wielorakiej dyskryminacji. Ze względu na istniejące różnice w poziomie ochrony przed dyskryminacją w państwach członkowskich (a także różny stopień transponowania istniejących już dyrektyw antydyskryminacyjnych), cel, jakim jest ustanowienie wspólnego minimalnego poziomu ochrony przed dyskryminacją ze względu na wiek, niepełnosprawność, religię lub światopogląd i orientację seksualną, nie może być lepiej osiągnięty na szczeblu państw członkowskich.

1. ZASADA SUBSYDIARNOŚCI W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ

Zasada subsydiarności (inaczej: pomocniczości) jest jedną z zasad, według których odbywa się proces integracji europejskiej². W swoich źródłach sięga społecznej myśli kościoła katolickiego³.

1.1. Postanowienia traktatowe

Zasada subsydiarności została wprowadzona do wspólnotowego porządku prawnego na mocy Traktatu z Maastricht. Razem z zasadą proporcjonalności stanowią ograniczenie dla realizacji kompetencji, które mogą być wykonywane zarówno przez Wspólnotę Europejską, jak i państwa członkowskie.

Obecnie obowiązujący Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (dalej: TWE) stanowi w art. 5 ust. 2:

"W dziedzinach, które nie należą do jej kompetencji wyłącznej, Wspólnota podejmuje działania, zgodnie z zasadą pomocniczości, tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele proponowanych działań nie mogą być osiągnięte w sposób wystarczający przez Państwa Członkowskie, natomiast z uwagi na rozmiary lub skutki proponowanych działań możliwe jest lepsze ich osiągnięcie na poziomie Wspólnoty".

Wola państw członkowskich do kontynuowania procesu "tworzenia coraz ściślejszego związku między narodami Europy, w którym decyzje są podejmowane jak najbliżej obywateli, zgodnie z zasadą pomocniczości" została także wyrażona w preambule Traktatu o Unii Europejskiej (dalej: TUE). Natomiast art. 2 TUE podkreśla konieczność poszanowania zasady subsydiarności przy realizacji celów Unii.

Wskazówki dotyczące stosowania zasady subsydiarności zawarto w Protokołach załączonych do Traktatu Amsterdamskiego w sprawie roli parlamentów państw członkowskich w Unii Europejskiej (w wersji skonsolidowanej TUE i TWE - Protokół Nr 9) oraz w sprawie stosowania zasady pomocniczości i proporcjonalności (w wersji skonsolidowanej TUE i TWE - Protokół Nr 30).

Protokół Nr 9 ustanawia obowiązek przekazywania wszystkich dokumentów konsultacyjnych Komisji parlamentom narodowym. Natomiast inne projekty przekazują parlamentom rządy. Protokół ten określa ponadto rolę Konferencji komisji wyspecjalizowanych w sprawach wspólnotowych (COSAC). Protokół Nr 30 przyjmuje, że: zasada subsydiarności obowiązuje wszystkie instytucje Unii; jej zastosowanie

² Zasada subsydiarności w tym znaczeniu stanowi swego rodzaju zasadę konstytucyjną Unii Europejskiej, a także element materialnej konstytucji europejskiej, który generuje dalsze normy konstytucyjne (w tym wypadku wertykalny podział władzy i kompetencji między Wspólnotą i państwa członkowskie). Por.: M.W. Schröter, *Das Subsidiaritätsprinzip als verfassungsgenerierende Modus*, 54 Arbeitspapiere des Mannheimer Zentrums für Europäische Sozialforschung (2002), s. 2.

³ Bierze swe źródło z encykliki *Quadragesimo anno* Piusa XI. Zasada subsydiarności z jednej strony oznacza - obowiązek jednostek wyższego rzędu pozostawiania jednostkom niższym maksimum autonomii, a z drugiej - obowiązek wspomagania i zastępowania ich tam, gdzie sobie samodzielnie nie radzą.

odbywa się bez naruszenia postanowień i celów Traktatu, w szczególności dorobku wspólnotowego i równowagi instytucjonalnej, a także relacji między prawem wspólnotowym i krajowym. Zasada ta wskazuje sposoby wykonywania kompetencji Wspólnoty poza obszarami, w których ma ona kompetencje wyłączne. Dzięki zasadzie subsydiarności Wspólnota może stosownie do okoliczności rozszerzać swoje działania w granicach powierzonych kompetencji lub je zawężyć lub ich zaprzestać. Wszystkie przepisy tworzone w tych granicach muszą być uzasadnione z punktu widzenia zgodności z zasadą subsydiarności - poprzez podanie wskaźników jakościowych i, jeżeli to możliwe, ilościowych.

Protokół Nr 30 ustanowił również dwuczęściowy **test zgodności aktów prawnych z zasadą subsydiarności**:

- **po pierwsze, "cele proponowanego działania nie mogą być osiągnięte w stopniu wystarczającym przez działanie Państw Członkowskich w ramach ich krajowych systemów konstytucyjnych";**
- **po drugie, "cele mogą zostać lepiej osiągnięte przez działanie na szczeblu Wspólnoty".**

W szczególności oznacza to, że:

- **"rozważana kwestia ma aspekty transnarodowe, które nie mogą być uregulowane satysfakcjonująco przez działania państw członkowskich;**
- **działania jedynie na poziomie krajowym lub brak działania Wspólnoty byłyby sprzeczne z wymogami Traktatu (takimi jak konieczność korekty zniekształceń konkurencji lub unikania ukrytych ograniczeń w handlu, a także wzmocnienia spójności gospodarczej i społecznej) bądź w inny sposób miałyby znaczny niekorzystny wpływ na interesy państw członkowskich;**
- **działanie prowadzone na poziomie Wspólnoty przyniosłoby wyraźne korzyści, ze względu na ich rozmiary lub skutki w porównaniu z działaniem na poziomie państw członkowskich".**

Ponadto Protokół ten wskazał na pierwszeństwo tych działań wspólnotowych, które w minimalnym stopniu ujednolicają prawo obowiązujące w państwach członkowskich. Stanowi to wyraz szacunku dla ugruntowanych rozwiązań krajowych oraz organizacji i działania systemów prawnych tych państw. Dlatego też organy krajowe powinny mieć pewien zakres swobody, a w szczególności dobór form i środków osiągnięcia celów wyznaczonych przez Wspólnotę, co w praktyce oznacza pierwszeństwo dyrektyw nad rozporządzeniami oraz dyrektyw ramowych nad środkami szczegółowymi.

Należy również zaznaczyć, że zasada pomocniczości została potwierdzona w preambule oraz art. 51 Karty Praw Podstawowych, a także w tekście Konstytucji dla Europy (art. I-11 ust. 3) oraz Traktatu Lizbońskiego (art. 1 dodający art. 3b do TUE)⁴.

⁴ „Zgodnie z zasadą pomocniczości, Unia w dziedzinach, które nie należą do jej wyłącznej kompetencji, podejmuje działania tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele zamierzonego działania nie mogą zostać osiągnięte w sposób wystarczający przez państwa członkowskie, zarówno na poziomie centralnym, jak i regionalnym oraz lokalnym, i jeśli ze względu na rozmiary lub skutki proponowanego

Choć wszystkie te dokumenty nie mają w chwili obecnej wiążącego charakteru, warto przypomnieć zmiany dotyczące stosowania zasady subsydiarności, które przewidywały.

W szczególności Protokół (Nr 2) w sprawie stosowania zasady pomocniczości i proporcjonalności dołączony do Traktatu Lizbońskiego ustanawia obowiązek przekazywania projektów aktów prawodawczych bezpośrednio parlamentom narodowym, a ponadto obowiązek szczegółowego uzasadniania tych projektów w odniesieniu do zasady subsydiarności. Art. 5 Protokołu wymaga każdorazowego przedstawienia danych - jakościowych i ilościowych - umożliwiających "ocenę skutków finansowych danego projektu aktu oraz, w przypadku dyrektywy, jej skutków dla regulacji wprowadzanych przez państwa członkowskie, w tym, w stosownym przypadku, dla prawodawstwa regionalnego". Wskaźniki te stanowią podstawę stwierdzenia, że to Unia "lepiej" zrealizuje określony cel.

Powyższy schemat określany jest jako system wczesnego ostrzegania, w którym każdy parlament krajowy, jak i jego izba, ma prawo przedstawić instytucjom Unii własną uzasadnioną opinię w sprawie zgodności projektu z zasadą subsydiarności. W przypadku zaś zebrania odpowiedniej większości negatywnych opinii w tej sprawie projekt zostaje poddany ponownej analizie, po której może być podtrzymany, zmieniony lub wycofany. Ponadto art. 8 Protokołu potwierdza istniejącą w praktyce właściwość Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: ETS) do orzekania o zgodności aktów unijnych z zasadą subsydiarności.

1.2. Znaczenie i funkcja

Zasada subsydiarności w prawie Unii Europejskiej służy jako instrument kontroli równowagi i podziału władzy między Unią a państwami członkowskimi. Jej znaczenie wzrasta wobec nieuchronnej i stałej tendencji rozszerzania się kompetencji Unii na nowe dziedziny wskutek kolejnych rewizji traktatów, a także dynamicznej interpretacji prawa wspólnotowego przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości.

Należy zauważyć, że kolejne etapy w procesie integracji europejskiej były możliwe dzięki odejściu od zasady jednomyślności głosowania w Radzie Ministrów na rzecz głosowania kwalifikowaną większością, jak również rozszerzenia zakresu zastosowania procedury współdecydowania. Zmiany te są wyrazem dążenia do stworzenia prawdziwej unii politycznej opartej na wspólnej reprezentacji państw w Radzie oraz umocnienia pozycji Parlamentu Europejskiego jako równoprawnego aktora w procesie tworzenia prawa. Ich skutkiem była jednak utrata prawa weta przez państwa członkowskie, co niewątpliwie wpłynęło na osłabienie możliwości obrony partykularnych interesów narodowych, a także zachowania odmienności w systemach prawnych.

Zasada subsydiarności ma więc na celu pogodzenie tendencji ponadnarodowych i federalistycznych z ochroną autonomii państw członkowskich, a także lokalnych

działania możliwe jest lepsze jego osiągnięcie na poziomie Unii. Instytucje Unii stosują zasadę pomocniczości zgodnie z Protokołem w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności. Parlamenti narodowe zapewniają przestrzeganie tej zasady zgodnie z procedurą przewidzianą w tym Protokole”.

partykularyzmów i różnic. Jest wyrazem obaw państw członkowskich przed nadmiernym rozrostem kompetencji wspólnotowych, zwłaszcza przy okazji regulacji związanych z usuwaniem barier dla funkcjonowania wewnętrznego rynku czy stosowaniem art. 308 TWE⁵.

Swoistym odpowiednikiem subsydiarności w systemie Rady Europy i orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jest doktryna "marginesu uznania" (*margin of appreciation*), która uznaje pluralizm i różnorodność współczesnych społeczeństw oraz w pewnym zakresie pozwala państwom członkowskim zachować własne odmienności kulturowe, moralne czy religijne. Ich odbiciem są zróżnicowane rozwiązania prawne przyjęte w państwach członkowskich, które mogą wynikać z innego rozumienia podstawowych praw i wolności jednostek. Doktryna "marginesu uznania" odegrała szczególną rolę wtedy, gdy nie istniał europejski konsensus co do ochrony danego prawa (np. w odniesieniu do praw mniejszości seksualnych czy grup religijnych) lub sytuacja wymagała uznania swobodnej interpretacji klauzuli "bezpieczeństwa narodowego", "bezpieczeństwa czy porządku publicznego" czy "ochrony zdrowia i moralności publicznej" przez organy krajowe.

Podobnie subsydiarność w Unii Europejskiej ma wyznaczać granicę między integracją, harmonizacją, wspólnymi celami i aspiracjami a suwerennością państw członkowskich, narodową lub lokalną tożsamością i różnorodnością⁶. Podsumowując, **przestrzeganie zasady subsydiarności ma sprawiać, że podział kompetencji między Unią a państwami członkowskimi nie pozostanie statyczny, ale wszelkie planowane działania przez jedną lub drugą stronę w zakresie kompetencji wspólnych będą podlegać ocenie pod względem ich efektywności.**

1.3. Zasada subsydiarności w orzeczeniach ETS

Dla znaczenia zasady subsydiarności niewątpliwie ważną rolę odegrał Europejski Trybunał Sprawiedliwości. ETS szczególnie w latach 70-tych i 80-tych był motorem integracji europejskiej, dzięki któremu Wspólnota, a potem Unia Europejska zyskała ponadnarodowy charakter. Stało się to możliwe poprzez ustanowienie doktryny pierwszeństwa, bezpośredniego skutku i bezpośredniej stosowalności prawa wspólnotowego oraz poprzez rozszerzającą, dynamiczną interpretację prawa wspólnotowego w myśl zasady *effet utile*.

Orzeczenia ETS dotyczące podziału kompetencji dotyczyły jednak głównie pytania, czy prawodawca wspólnotowy oparł się na właściwej podstawie prawnej⁷. Najbardziej znanym przykładem jest uchylenie z powodu nieważności dyrektywy 98/43/WE w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych w państwach członkowskich odnoszących się do reklamy oraz sponsorowania wyrobów tytoniowych w sprawie *Republika Federalna Niemiec przeciw*

⁵ Art. 308 TWE: „Jeżeli działanie Wspólnoty okaże się niezbędne do osiągnięcia, w ramach funkcjonowania wspólnego rynku, jednego z celów Wspólnoty, a niniejszy Traktat nie przewidział kompetencji do działania wymaganego w tym celu, Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji i po konsultacji z Parlamentem Europejskim, podejmuje właściwe działania”.

⁶ P. G. Carozza, *Subsidiarity as a Structural Principle International Human Rights Law*, dostępne na: <http://www.asil.org/ajil/carozza.pdf>

⁷ F. Sander, *Subsidiarity infringements before the European Court of Justice*, "Columbia Journal of European law" Nr 12 (2002), s. 537-549.

Parlamentowi Europejskiemu i Radzie. W sprawie tej Trybunał przyznał, że jego zadaniem jest utrzymanie konstytucyjnego podziału władzy między Wspólnotą i państwami członkowskimi w oparciu o obiektywne i powszechnie przyjęte kryteria⁸. Orzeczenie to stanowi ważny krok w ewolucji sądowej kontroli wykonywania kompetencji wspólnotowych, choć wystarczającą przesłanką do uchylecia dyrektywy był brak ważnej podstawy prawnej, a nie zasada subsydiarności. Wyrok w tej sprawie uznaje jednak zaskarżalność aktów prawnych sprzecznych z zasadą subsydiarności.

Po raz pierwszy kwestia subsydiarności została powołana w skardze *Zjednoczone Królestwo przeciwko Radzie* dotyczącej braku podstaw prawnych dyrektywy 93/104/WE o organizacji czasu pracy⁹. Opierając się na opinii Rzecznika Generalnego Léger, Trybunał stwierdził, że zasada subsydiarności służy ustaleniu, czy Wspólnota jest uprawniona do działania. Warto jednak zauważyć, że Trybunał w ślad za opinią Rzecznika przypisał zasadzie subsydiarności marginalne znaczenie w sprawach dotyczących harmonizacji prawa, uzależniając tym samym zastosowanie tej zasady od celu danej regulacji prawnej.

"Jeżeli Rada uzna za konieczne podniesienie dotychczasowego poziomu ochrony [...] i zharmonizowanie warunków w tej dziedzinie [...], osiągnięcie tego celu poprzez ustanowienie minimalnych warunków wymaga działania na poziomie Wspólnoty" (*tłum. własne*)¹⁰.

Według takiego ujęcia zasada subsydiarności nie miałaby zastosowania we wszystkich *ratione materiae*, które wymagają harmonizacji prawa¹¹. Choć zasada subsydiarności nie była podstawą dla rozwiązania powyższej sprawy, Trybunał w całości przychylił się do stanowiska Rady, która uzasadniała przyjęcie dyrektywy koniecznością harmonizacji.

"Rada musi posiadać szerokie uznanie w obszarach, w które, jak tutaj, wymagają dokonywania wyborów ustawodawczych w zakresie polityki społecznej oraz przeprowadzania kompleksowych ocen. Sądowa kontrola wykonywania tych uprawnień musi ograniczać się do stwierdzenia, czy doszło do oczywistego błędu lub nadużycia władzy lub czy instytucja w sposób oczywisty wykroczyła poza granice uznania" (*tłum. własne*)¹².

W tym wypadku Trybunał pozostawił ocenę Radzie, czy należy poprawić standardy ochrony pracowników w zakresie organizacji pracy czy też nie. Decyzja o podjęciu działania na poziomie Wspólnoty automatycznie oznaczała konieczność harmonizacji i wyłączała dalszą ingerencję Trybunału.

Kolejną decyzją, w której Trybunał odniósł się do zasady subsydiarności, była sprawa dotycząca europejskich systemów gwarantowania depozytów¹³. Stwierdził wtedy, że Parlament i Rada udowodniły zgodność ich działania z zasadą subsydiarności, a sama

⁸ C-376/98 Republika Federalna Niemiec przeciw Parlamentowi Europejskiemu i Radzie, Zb. Orzeczn. 2000, s. I-8419, pkt. 50.

⁹ C-84/94 Zjednoczone Królestwo przeciwko Radzie, Zb. Orzeczn. 1996, s. I 5755.

¹⁰ C-84/94 Zjednoczone Królestwo przeciwko Radzie, Zb. Orzeczn. 1996, s. I-5755, pkt. 47.

¹¹ F. Sander, *op. cit.* s. 538.

¹² C-84/94, pkt. 58.

¹³ C-233/94, Republika Federalna Niemiec przeciwko Parlamentowi i Radzie, Zb. Orzeczn. 1997, s. I-2405.

dyrektywa zawierała uzasadnienie zgodnie z dyspozycją art. 253 (dawny art. 190) TWE. Trybunał oczekiwał więc, że instytucje te będą choćby pośrednio prezentowały podstawy podjęcia działania na poziomie Wspólnoty.

Z kolei w orzeczeniu dotyczącym dyrektywy 98/44/WE w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych Trybunał uznając kompetencje Parlamentu i Rady do działania, nie podjął się merytorycznej oceny zgodności z zasadą subsydiarności. Zadowolił się bardzo ogólnym odniesieniem do celu wspólnego rynku, jakim jest znoszenie barier w handlu, zakładając, że poprzez wskazanie właściwego celu ustawodawczego akt prawny spełnia warunek pomocniczości. Stwierdził, że:

"[c]cel, któremu służy dyrektywa, polegający na zapewnieniu właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego poprzez zapobieganie bądź nawet wyeliminowanie rozbieżności między przepisami i praktyką różnych państw członkowskich w dziedzinie ochrony wynalazków biotechnologicznych, nie mógł zostać osiągnięty działaniem podjętym na poziomie pojedynczych państw członkowskich. Zakres tej ochrony ma bezpośrednio skutki na wymianę handlową i w związku z tym na handel wewnątrzwspólnotowy, a zatem jest ponadto oczywiste, że cel ten mógł z uwagi na rozmiary i skutki zamierzonego działania zostać lepiej zrealizowany na szczeblu wspólnotowym.

Jeśli chodzi o uzasadnienie pomocniczości, to jest ono co prawda domyślnie, lecz w oczywisty sposób zawarte w motywach piątym, szóstym i siódmym dyrektywy, które stwierdzają, że wobec braku interwencji wspólnotowej rozwój przepisów i praktyk krajowych stanowi przeszkodę dla właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego. Okazuje się więc, że dyrektywa jest wystarczająco uzasadniona w tym zakresie"¹⁴.

Podobnie w sprawie dotyczącej dyrektywy 98/43/WE o zakazie reklamowania wyrobów tytoniowych Trybunał przyjął, że dany akt prawny będzie zgodny z zasadą subsydiarności, jeżeli - ze względu na zakres i skutek regulacji - istnieje potrzeba podjęcia działań harmonizacyjnych przez Wspólnotę.

W drugim orzeczeniu dotyczącym wyrobów tytoniowych, tym razem dyrektywy 2001/37/WE ustalającej zasady produkcji, prezentacji i sprzedaży tych wyrobów¹⁵, wyszła na jaw pewna niekonsekwencja postanowień traktatowych - art. 5 TWE przewiduje podział kompetencji na wyłączne i wspólne (konkurencyjne), natomiast w żadnym innym miejscu Traktat nie definiuje, które z nich są wyłączne, a które wspólne¹⁶. Uczyniła to dopiero Konstytucja dla Europy w tytule III, który wzorem niektórych konstytucji państw federalnych zawierał enumeratywne wyliczenie dziedzin należących do kompetencji wyłącznych, dzielonych oraz wspierających, koordynujących i uzupełniających. Katalog dziedzin kompetencji Unii został powtórzony w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Wyrokiem w sprawie *British American Tobacco (Investments) (BAT)* Trybunał sprzeciwił się stanowisku Komisji, która uważała, że cały zakres uregulowań dotyczący wewnętrznego rynku należy do kompetencji wyłącznych Wspólnoty, w związku z czym zasada subsydiarności nie ma doń zastosowania. ETS natomiast uznał, że art. 95 TWE stanowi jedynie kompetencję wspólną czyli dzieloną między instytucje Wspólnoty i

¹⁴ C-377/98, Holandia przeciwko Parlamentowi i Radzie, Zb. Orzecz 2001, s. I-7079, pkt. 32.

¹⁵ C-491/01 *British American Tobacco (Investments)* oraz *Imperial Tobacco*, Zb. Orzecz. 2002, s. I-11453.

¹⁶ Linia graniczna jest tym bardziej trudna do określenia, gdy weźmie się pod uwagę art. 308 TWE lub funkcjonalną interpretację kompetencji wspólnotowych stosowaną przez ETS.

państw członkowskich. I tym razem jednak nie podjął próby oceny merytorycznej zgodności dyrektywy z zasadą pomocniczości. Stwierdził jedynie, że celem dyrektywy jest usunięcie różnic w przepisach ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, które stanowią barierę dla rynku wewnętrznego, a jednocześnie ustanowienie wysokiej ochrony zdrowia w Unii, a cel ten nie może być osiągnięty indywidualnie przez państwa członkowskie.

Test "lepszego osiągnięcia celu" na poziomie Wspólnoty został następnie użyty w kolejnych sprawach, w których zarzucano niezgodność wspólnotowych aktów prawnych z zasadą pomocniczości¹⁷. W sprawach tych występuje pewien automatyzm - Trybunał przede wszystkim stwierdza, że pozostawienie danej regulacji krajom członkowskim powoduje znaczne różnice oraz czy wynikają z nich bariery dla obrotu wspólnotowego. Następnie "zadawała się" stanowiskiem organów tworzących wspólnotowe przepisy prawne, uznając, że cel danego działania może być lepiej osiągnięty na poziomie Wspólnoty.

W żadnym z dotychczasowych orzeczeń Trybunał nie podjął się odpowiedzi na pytanie, jaki stopień uwspólnotowienia czyli swego rodzaju centralizacji standardów wynika z zasady pomocniczości w sprawach, gdzie ewidentnie instytucje Wspólnoty były uprawnione do podjęcia działań prowadzących do zbliżenia ustawodawstwa. W tym kontekście normatywna wartość zasady subsydiarności okazuje się minimalna.

W literaturze można spotkać się z krytyką podejścia Trybunału do zasady subsydiarności. Po pierwsze, Trybunał koncentruje się na aspekcie formalnym tej zasady wskazując na ustalenia zawarte w preambule aktu prawnego. Jednocześnie instytucje również często podchodzą do obowiązku uzasadnienia działań Wspólnoty w sposób bardzo powierzchowny i stosują te same ogólne formuły bez rzeczywistego odniesienia się do skuteczności czy korzyści płynących z działań Wspólnoty.

Po drugie, Trybunał nie dokonuje merytorycznej analizy zgodności legislacji wspólnotowej z zasadą subsydiarności w niektórych obszarach - objętych zakresem harmonizacji czy związanych z usuwaniem barier dla rynku wewnętrznego. Choć niepodważalny jest fakt, że harmonizacja prawa czy usuwanie barier są możliwe tylko na poziomie Wspólnoty, to pozostaje wiele wątpliwości co do konieczności tych działań, związku między przyjętymi środkami a celem tych działań oraz ich zakresu (stopnia szczegółowości). Wydaje się bowiem, że tylko takie rozumienie zasady subsydiarności w pełni oddaje zamysł twórców Traktatów. Innymi słowy, fakt, że Wspólnota posiada kompetencje w danej materii, nie oznacza, że jej działanie w tym obszarze jest konieczne czy uzasadnione, zwłaszcza wobec oporu ze strony państw członkowskich¹⁸.

Po trzecie, Trybunał przychyliła się w swoim rozstrzygnięciu do ustaleń instytucji tworzących prawo wspólnotowe, tym samym dodatkowo osłabia możliwość sprzeciwu państw członkowskich kwestionujących podjęte działania lub konkretne rozwiązania. Wyrok dotyczący dyrektywy o organizacji czasu pracy pokazuje, że Trybunał

¹⁷ C-154/04 i C-155/04 Alliance for Natural Health i inni (2005), E.C.R. I-6451, pkt. 106 („Pozostawienie w kompetencji państw członkowskich kwestii regulacji handlu suplementami spożywczymi, które są niezgodne z dyrektywą 2002/46, doprowadziłyby do utrwalenia niejednorodnego rozwoju krajowych regulacji i w rezultacie, utrzymania przeszkód w handlu między państwami członkowskimi oraz zakłóceń konkurencji jeśli chodzi o te produkty”).

¹⁸ F. Sander, *op. cit.* s. 544-546.

zrezygnował z ingerencji w zakres władzy ustawodawczej, "zasłaniając się" złożonością tej regulacji oraz koniecznością podejmowania politycznych wyborów, do których on sam nie jest uprawniony. Taka postawa pozostawia państwa członkowskie "bezbronne" wobec inicjatyw o charakterze federalistycznym w procesie integracji europejskiej. Właściwą postawą Trybunału byłoby więc dogłębne merytoryczne analizowanie zgodności aktów prawnych z zasadą subsydiarności w celu m.in. utrzymania instytucjonalnej i politycznej równowagi między Wspólnotą i państwami członkowskimi.

Podsumowując dotychczasowe orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości należy się spodziewać, że uznałby on projektowaną Dyrektywę Rady za zgodną z zasadą subsydiarności. Wydaje się też prawdopodobne, że nawiązałby do uzasadnienia przedstawionego przez Komisję, stwierdzając, iż cele Dyrektywy nie mogą być skutecznie osiągnięte przez poszczególne państwa członkowskie, ponieważ tylko środek podjęty na poziomie Wspólnoty może zapewnić minimalny standard ochrony przeciwko dyskryminacji ze względu na religię lub światopogląd, wiek czy orientację seksualną we wszystkich państwach członkowskich. Tylko wspólnotowy akt prawny gwarantuje pewność praw i obowiązków podmiotów gospodarczych oraz obywateli, w szczególności tych, którzy korzystają ze swobody przemieszczania się na terytorium Unii. Poza tym doświadczenia związane z przyjęciem wcześniejszych dyrektyw równościowych na podstawie art. 13 ust. 1 TWE dały pozytywne rezultaty w osiągnięciu lepszej ochrony przed dyskryminacją.

2. ZASADA RÓWNOŚCI W PRAWIE WSPÓLNOTOWYM

Zarówno zasada subsydiarności, jak i zasada równości stanowią konstytucyjne podstawy funkcjonowania Unii Europejskiej. Zasada równości (lub też zasada niedyskryminacji) oznacza, że "podobne sytuacje nie powinny być traktowane inaczej, chyba że różne traktowanie jest obiektywnie usprawiedliwione", a także że, "dwie istotnie różne sytuacje nie będą traktowane w ten sam sposób bez obiektywnego uzasadnienia"¹⁹. Zasada równości we Wspólnocie Europejskiej pierwotnie odnosiła się do zakazu dyskryminacji ze względu na obywatelstwo (art. 12 TWE), czego rozwinięciem są bezpośrednio skuteczne swobody wspólnotowe (art. 39, 43, 49 TWE), a także równego traktowania kobiet i mężczyzn (art. 3 ust. 2 TWE oraz art. 141 TWE). Natomiast w szerokim znaczeniu zasada równości jest zasadą prawa i obejmuje wszystkie sytuacje należące do zakresu prawa wspólnotowego.

Zasada równości wyraża także podstawowe prawo jednostki, które potwierdza Karta Praw Podstawowych (w art. 20 - równość wobec prawa, art. 21 - zakaz dyskryminacji, art. 23 - równość kobiet i mężczyzn).

Poszanowanie równości wiąże się więc z uznaniem w porządku wspólnotowym fundamentalnego znaczenia ochrony praw podstawowych (obecnie art. 6 ust. 2 TUE). Europejski Trybunał Sprawiedliwości od 1969 r. zaczął chronić prawa podstawowe i definiować ich wspólnotową koncepcję²⁰. Czynił to poprzez interpretację prawa

¹⁹ Por. np.: C- 106/83, Sermide v. Cassa Conguaglio Zucchero, Zb. Orz. 1984, s. I-4209.

²⁰ C- 29/69 Stauder v. Miasto Ulm, Zb. Orzec. 1969, s. I-425.

wspólnotowego w odniesieniu do praw podstawowych oraz kontrolę zgodności aktów prawa wspólnotowego z prawami podstawowymi.

Dodatkowe wzmocnienie zasady równości przewidział Traktat Amsterdamski, który nadał Radzie uprawnienie do stanowienia norm prawnych służących zwalczaniu dyskryminacji. Art. 13 TWE mówi:

1. Bez uszczerbku dla innych postanowień niniejszego Traktatu i w granicach kompetencji, które Traktat powierza Wspólnocie, Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji i po konsultacji z Parlamentem Europejskim, może podjąć środki niezbędne w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną.

2. Jeżeli dla wsparcia działania podjętego przez Państwa Członkowskie w celu przyczyniania się do osiągnięcia celów określonych w ustępie 1, Rada, na zasadzie odstępstwa od ustępu 1, przyjmuje wspólnotowe środki zachęcające, z wyłączeniem harmonizacji przepisów ustawowych i wykonawczych Państw Członkowskich, stanowi ona zgodnie z procedurą określoną w artykule 251.

Przepis ten określany jest jako "horyzontalna klauzula antydyskryminacyjna", która jednak nie wywiera bezpośredniego skutku, gdyż jest normą kompetencyjną. Warto w tym miejscu zauważyć, że kryteria "rasy, pochodzenia etnicznego, religii, światopoglądu, niepełnosprawności, wieku i orientacji seksualnej" pojawiły się w prawodawstwie wspólnotowym po raz pierwszy. Jeszcze szerszy katalog niedozwolonych podstaw nierównego traktowania został ujęty w Karcie Praw Podstawowych w art. 21 ust. 1:

Zakazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub światopogląd, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną.

Rada skorzystała z możliwości podjęcia środków zwalczających dyskryminację uchwalając dyrektywę szczególną zakazującą dyskryminacji ze względu na rasę i pochodzenie etniczne (dalej: Dyrektywa Równości Rasowej)²¹, a także dyrektywę horyzontalną zakazującą dyskryminacji ze względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną (dalej: Dyrektywa Ramowa)²². Zawierają one te same definicje dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej, molestowania i polecenia dyskryminowania. Różnią się zakresem podmiotowym - Dyrektywa Równości Rasowej obejmuje ochroną także obywateli państw trzecich (z wyjątkiem sytuacji odmiennego traktowania ze względu na narodowość i regulacji wjazdu i pobytu oraz dostępu do zatrudnienia i pracy w państwach członkowskich), a także zakresem przedmiotowym - Dyrektywa Równości Rasowej oprócz zastosowania do zatrudnienia i pracy obejmuje także ochronę socjalną, włącznie z zabezpieczeniem społecznym i opieką zdrowotną, świadczenia społeczne, edukację oraz dostęp do dóbr i usług, a także dostarczanie dóbr i usług publicznie dostępnych, włącznie z mieszkalnictwem.

²¹ Dyrektywa 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r., Dz. U. WE nr L 180 z 2000 r., s. 22.

²² Dyrektywa 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r., Dz. U. WE nr L 303 z 2000 r., s. 16.

Pozostałe różnice dotyczą:

- obowiązku ustanowienia organu wspierającego równe traktowanie²³;
- obowiązku udowodnienia przez powoda posiadania określonych cech (wieku, niepełnosprawności, wyznawania religii, orientacji seksualnej)²⁴;
- klauzuli bezpieczeństwa publicznego, porządku i ochrony przed czynami zagrożonymi sankcjami karnymi, ochrony zdrowia oraz praw i wolności innych osób²⁵.

Oczywiście Dyrektywy różnią się także szczegółowymi postanowieniami odnoszącymi się do poszczególnych kategorii dyskryminowanych osób.

2.1. Dyrektywa Równości Rasowej

Należy zaznaczyć, że ocena zgodności z zasadą subsydiarności Dyrektywy Równości Rasowej powinna być podstawą dokonania tej oceny w odniesieniu do projektowanej Dyrektywy ze względu na ten sam zakres przedmiotowy. Projektowana Dyrektywa różni się od Dyrektywy Równości Rasowej przede wszystkim podstawą dyskryminacji, której zakazuje czyli zakresem podmiotowym. Ze względu na konieczność likwidacji istniejącej w Unii Europejskiej "hierarchii równości" (patrz poniżej) zakres podmiotowy nie ma znaczenia dla oceny zgodności z zasadą subsydiarności.

Dyrektywa Równości Rasowej wychodząc poza obszar zatrudnienia i pracy, stanowi jeden z ważniejszych wspólnotowych aktów prawnych w dziedzinie polityki społecznej²⁶. Objęcie zakazem dyskryminacji także zakresu ochrony społecznej, ochrony zdrowia czy edukacji oznacza przejście od modelu polityki społecznej prowadzonej jedynie w ramach integracji gospodarczej i realizującej koncepcję "obywatelstwa rynkowego" w kierunku ustanowienia "obywatelstwa socjalnego" czyli nadania praw o charakterze socjalnym obywatelom Unii bez względu na korzystanie przez nich ze swobód gospodarczych czy prawa do swobodnego przepływu²⁷. W tym znaczeniu zasada równego traktowania staje się podstawą koncepcji obywatelstwa Unii Europejskiej²⁸.

Należy jednocześnie podkreślić, że objęcie zakresem przedmiotowym Dyrektywy Równości Rasowej także dziedzin nie związanych z zatrudnieniem czy stosunkami pracy nie było uzasadnione racjonalnymi przesłankami, ale jedynie

²³ Tylko w art. 13 Dyrektywy Równości Rasowej.

²⁴ Pkt 31 Preambuły Dyrektywy Ramowej.

²⁵ Art. 2 ust. 5 Dyrektywy Ramowej.

²⁶ M. Bell, *Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive*, "European Law Journal" tom 8, nr 3, wrzesień 2002.

²⁷ Wyrazem tej samej tendencji jest Karta Praw Podstawowych, w szczególności Rozdział III oraz art. 34, 35 i 36.

²⁸ Zaprzeczając jednocześnie tezie, że koncepcja ta jest pozbawiona treści.

wolą polityczną Rady Unii Europejskiej²⁹. Przyspieszenie prac nad przyjęciem tej dyrektywy spowodowane były m. in. koniecznością ustosunkowania się do wejścia w skład rządu Austrii skrajnie prawicowej Partii Wolności Jörga Haidera. Brak jest bowiem innego wytłumaczenia, dlaczego osoby wyróżnione na podstawie kryterium rasy i pochodzenia etnicznego zasługują na większą ochronę niż inne dyskryminowane grupy. Należy w tym przypadku odrzucić teorię o konieczności objęcia wyższą ochroną przed dyskryminacją osób ze względu na stałe, niezmiennie czy wrodzone cechy, jakimi jest rasa i pochodzenie etniczne w porównaniu z cechami, które podlegają zmianie lub są nabyte³⁰.

Do czasu przyjęcia Dyrektywy Równości Rasowej polityka socjalna Unii koncentrowała się głównie na polityce zatrudnienia, podczas gdy w państwach członkowskich dotyczy ona znacznie szerszych obszarów - jak właśnie edukacja, polityka zdrowotna, zabezpieczenia społeczne, mieszkalnictwo. Zgodnie jednak z postanowieniami TWE edukacja i ochrona zdrowia należą do kompetencji państw członkowskich, a więc wykluczają harmonizację prawa na poziomie Wspólnoty. Poza tym konieczność ponoszenia dużych nakładów finansowych związanych podejmowaniem działań wspierających i uzupełniających rozwiązania krajowe w zakresie edukacji czy ochrony zdrowia publicznego utrudnia osiągnięcie jednomyślności w Radzie, a tym samym przyjęcie wspólnotowych aktów w tych obszarach. Rozszerzenie zakazu dyskryminacji ze względu na rasę czy pochodzenie etniczne poza zatrudnienie i stosunki pracy było przedmiotem negocjacji, w których szczególna rola przypadła tym państwom członkowskim, które zachowują wysoki poziom ochrony socjalnej. Ich wynikiem było m.in. uznanie, że dyrektywa określa jedynie minimalne wymagania oraz zawarcie tzw. klauzuli o nie-regresji (art. 6 ust. 2 Dyrektywy)³¹.

Jednocześnie należy podkreślić, że wpływ Unii na politykę socjalną państw członkowskich odbywa się przy okazji harmonizacji innych obszarów, jak i poprzez przyjętą otwartą metodę koordynacji. W wypadku Dyrektywy Równości Rasowej Rada za pośrednictwem art. 13 TWE dokonała harmonizacji przepisów krajowych, dotycząc materii wyłączonych spod zakresu harmonizacji. Rozwiązanie to stanowi pewnego rodzaju precedens, wokół którego narosło wiele niepewności w czasie przyjmowania tej Dyrektywy³². W chwili obecnej brak jest jednak głosów, że Dyrektywa została przyjęta z przekroczeniem kompetencji Wspólnoty.

Dyrektywa Równości Rasowej stanowi też nowe podejście do kwestii efektywnej kontroli sądowej państw członkowskich, która zgodnie z orzecznictwem ETS musi spełniać łącznie dwa kryteria - skuteczności i ekwiwalentności środków odszkodowawczych. Dyrektywa przewidziała nie tylko środki wspomagające wykonanie zakazu dyskryminacji (dotyczące ciężaru dowodu, ochrony przed wiktyimizacją, jak i możliwością wniesienia skargi przez organizacje społeczne), ale także bezpośrednie

²⁹ Por. Ł. Horał, *op. cit.* s. 37.

³⁰ Do takich niewątpliwie należy zaliczyć wiek, ale już zmienność czy nabyty charakter orientacji seksualnej czy niepełnosprawności, a nawet przekonania jest wysoce dyskusyjny.

³¹ Art. 6 ust. 2.: „Wykonanie niniejszej dyrektywy nie może być w żadnych okolicznościach powodem obniżenia poziomu ochrony przed dyskryminacją, który już zapewnia Państwo Członkowskie w zakresie regulowanym niniejszą dyrektywą”.

³² G. de Búrca, *The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights*, “European Law Journal” nr 26 (2001), s. 135.

sankcje, które muszą być "skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające". Twórcy Dyrektywy Równości Rasowej uznali więc, że kwestia dochodzenia praw przez osoby dyskryminowane nie należy wyłącznie do kompetencji państw członkowskich. Założenie to mogło wydawać się sprzeczne z pkt. 7 Protokołu w sprawie stosowania zasady pomocniczości i proporcjonalności ustanawiającym obowiązek Wspólnoty przestrzegania "ugruntowanych rozwiązań krajowych oraz organizacji i działania systemów prawnych Państw Członkowskich".

Komisja przyjmując projekt Dyrektywy Równości Rasowej uznała jednak, że środki ochrony istniejące w państwach członkowskich nie są wystarczające (także ze względu na fakt, że nie są wykorzystywane w praktyce). Dlatego przyjęcie dyrektywy bez postanowień dotyczących efektywnej kontroli sądowej w państwach członkowskich obniżałoby skuteczność realizacji celów, które miała osiągnąć. Należy ocenić to podejście jako wyraz nowej strategii Komisji (określonej w Białej Księdze o Europejskim Zarządzaniu Publicznym) - "działać mniej, ale skuteczniej"³³.

2.2. Pluralistyczne podejście do ochrony praw podstawowych a zasada subsydiarności

W chwili obecnej brak jest traktatowej regulacji praw podstawowych, a status Karty Praw Podstawowych wobec impasu w procesie ratyfikacji Traktatu Lizbońskiego pozostaje nadal nie rozstrzygnięty. Dlatego brak też wiążącego katalogu praw obowiązującego w Unii Europejskiej, a ich zakres i rozumienie bywa przedmiotem kontrowersji głównie natury kulturowej, religijnej i moralnej. W praktyce wspólnotowa koncepcja praw podstawowych jest tworzona w wyniku orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Pierwszej Instancji.

Wobec braku traktatowych podstaw, sądowa kontrola zgodności działań instytucji, a także działań państw członkowskich wykonujących prawo wspólnotowe z prawami podstawowymi opiera się na koncepcji "wspólnych konstytucyjnych tradycjach państw członkowskich" odnosząc się nie tylko do ich narodowych konstytucji, do międzynarodowych traktatów dotyczących ochrony praw człowieka, a także "wspólnego dziedzictwa" i "wspólnych wartości".

Odwołanie do narodowych konstytucji w celu określenia normatywnej treści wspólnotowych praw podstawowych można w tym kontekście ocenić jako formę praktycznego zastosowania zasady subsydiarności. Przykładem jej zastosowania jest orzeczenie w sprawie *Omega*, gdzie ETS stwierdził, że przyzwolenie na różnicowanie warunków korzystania ze swobody świadczenia usług zagraża funkcjonowaniu wewnętrznego rynku. Państwo członkowskie ma jednak prawo odwołać się do względów porządku publicznego i ograniczyć tę swobodę.

Nie jest przy tym niezbędne, aby przepis o charakterze ograniczenia wydany przez organy Państwa Członkowskiego odpowiadał koncepcji wspólnej dla wszystkich Państw Członkowskich, jeżeli chodzi o sposoby ochrony określonego prawa podstawowego lub uzasadnionego interesu. (...)

Przeciwnie, jak wynika z utrwalonego orzecznictwa, wcześniejszego w stosunku do ww. wyroku w sprawie *Schindler*, niezbędny i proporcjonalny charakter przepisów przyjętych

³³ M. Bell, *op. cit.* s. 393.

w określonej dziedzinie nie jest wykluczony tylko z tego powodu, że jedno Państwo Członkowskie wybrało odmienny system ochrony niż przyjęty przez inne państwo (...) ³⁴.

Oznacza to, że państwa członkowskie mają pewien zakres swobody kształtowania zakresu ochrony praw podstawowych uznanych w systemie prawnym Unii Europejskiej. Wypada podkreślić, że projektowana Dyrektywa przyjmuje tę samą zasadę w art. 2 ust. 8:

Niniejsza dyrektywa nie narusza środków przewidzianych przepisami krajowymi, które w społeczeństwie demokratycznym są niezbędne dla zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, obrony porządku i zapobiegania działaniom podlegającym sankcjom karnym, ochrony zdrowia i ochrony praw i wolności innych osób.

Takie samo zastrzeżenie usprawiedliwiający jakąkolwiek dyskryminację zostało włączone do art. 2 ust. 5 Dyrektywy Ramowej. Do tej pory brak jest interpretacji znaczenia tego przepisu w orzecznictwie ETS, choć ustalając jego zakres należałoby skorzystać z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Na przykład w odniesieniu do praw osób homoseksualnych - mimo istniejących kontrowersji natury moralnej - Trybunał nie zgodził się na usprawiedliwienie interesem bezpieczeństwa publicznego wykluczenia osób homoseksualnych z sił zbrojnych ³⁵ czy ochroną praw innych osób - odmowy wejścia w prawa najemcy po śmierci partnera tej samej płci ³⁶, ograniczenia władzy rodzicielskiej ojca ze względu na homoseksualność ³⁷ czy odmowy zgody na adopcję przez osobę homoseksualną ³⁸.

Projektowana Dyrektywa wychodzi swoim zakresem przedmiotowym poza obszar zatrudnienia, a więc wpisuje się w szerszy rozumiany obszar ochrony praw socjalnych. Może być zatem oceniona jako kolejna próba stworzenia wspólnotowej, ponadnarodowej koncepcji tych praw. W literaturze prezentowane są różne stanowiska dotyczące związku między realizacją praw socjalnych a zasadą subsydiarności. Jedno z nich głosi, że "subsidiarność implikuje zobowiązania Unii do interwencji, gdy działanie państwa członkowskiego okazuje się niewystarczające dla utrzymania ochrony praw podstawowych" ³⁹. Inne proponuje, aby gwarancje praw socjalnych były określone przede wszystkim przez państwa członkowskie, jeszcze inne, że na szczeblu narodowym powinny być regulowane "sprawy prywatne" dotyczące sfery moralnej, kulturowej czy religijnej ⁴⁰.

Jednocześnie należy zauważyć, że pluralistyczne podejście do ochrony praw jednostek podważa ich podstawowy czy uniwersalny charakter. Unia Europejska podejmuje więc starania, aby zapewnić tym prawom pełną skuteczność oraz

³⁴ C-36/02, pkt. 37-38.

³⁵ Np. Lustig-Prean i Beckett oraz Smith i Grady przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, wyrok w połączonych sprawach z 2 września 1999.

³⁶ Karner przeciwko Austrii, wyrok z 26 lipca 2003 r.

³⁷ Salgueiro da Silva Mouta przeciwko Portugalii, wyrok z 21 grudnia 1999 r.

³⁸ E. przeciwko Francji, wyrok z 22 stycznia 2008 r.

³⁹ Ł. Horała, *Zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w prawie Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy” nr 1 (19) 2005, s. 28 (powołując się na: B. Bercusson, S. Deakin, P. Koistinen, Y. Kravaritou, U. Mückenberger, A. Supiot i B. Veneziani, *A Manifesto for Social Europe*, Brussels 1996, s. 13.

⁴⁰ Commission, *For a Europe of Civic and Social Rights – Report by the Comité de Sages*, Luxembourg 1996, s. 42; P. Spicker, *The Principle of Subsidiarity and the Social Policy of the European Community*, „Journal of European Social Policy” (1991), s. 3 i 13.

jednolitą interpretację, czerpiąc w tym wypadku z dorobku orzecznictwa Trybunału w Strasburgu. Starania te służą także zwiększeniu pewności i przewidywalności prawa. Proponowaną dyrektywę należy ocenić właśnie jako ten typ inicjatywy wspólnotowej, która ma służyć stworzeniu wspólnych standardów ochrony przed dyskryminacją w wielu istotnych obszarach życia nie ograniczonych tylko do sfery życia zawodowego.

3. UZASADNIENIE PROJEKTU DYREKTYWY

3.1. Stanowisko Komisji

Komisja Europejska określa projekt Dyrektywy jako kontynuację procesu rozpoczętego ustanowieniem w Traktacie Amsterdamskim kompetencji do zwalczania dyskryminacji. Cel walki z dyskryminacją nakłada się na ogólne cele Unii Europejskiej czyli osiągnięcie wysokiego poziomu zatrudnienia i opieki socjalnej, a także spójności społecznej realizowanych obecnie poprzez Lizbońską Strategię Wzrostu i Zatrudnienia oraz strategię ochrony i włączenia społecznego osób wykluczonych.

Przyjęcie projektu poprzedzone zostało konsultacjami (publicznymi konsultacjami on-line, konsultacjami z sektorem przedsiębiorstw oraz partnerami społecznymi, a także z sektorem organizacji pozarządowych), które ujawniły m.in. "nieporozumienia dotyczące granic czy zakresu kompetencji Wspólnoty". Komisja podkreśla, że przyjęcie Dyrektywy jest działaniem w granicach kompetencji (art. 13 TWE), a wybór działania na poziomie Unii jest najlepszym rozwiązaniem. Zarówno konsultacje publiczne, jak i wyniki Eurobarometru⁴¹, a także inne badania poprzedzające przyjęcie projektu Dyrektywy wskazują, że skala zjawiska dyskryminacji w Unii Europejskiej jest znacząca.

Komisja powołuje się na badania dotyczące ochrony przed dyskryminacją w zakresie przedmiotowym objętym nową Dyrektywą we wszystkich państwach członkowskich⁴². Do przygotowania projektu Komisja wykorzystwała też raporty niezależnych ekspertów dotyczące zakazu dyskryminacji⁴³ oraz badania dotyczące zjawiska wielokrotnej dyskryminacji⁴⁴. Z materiałów tych wynika, że **większość państw członkowskich zakazuje dyskryminacji ze względu na religię lub światopogląd, wiek, niepełnosprawność i orientację seksualną także poza obszarem zatrudnienia i stosunków pracy. Jednak stopień ochrony i jej charakter jest różny w różnych**

⁴¹ Badanie specjalne Eurobarometru nr 296 na temat dyskryminacji w Unii Europejskiej
http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/public/pubst_en.htm
i http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb_special_en.htm; a także badanie Flash Eurobarometru nr 232

http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_232_en.pdf.

⁴² http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/stud/mapstrand1_en.pdf

⁴³ 'Developing Anti-Discrimination Law in Europe' -
http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/public/pubst_en.htm#leg

⁴⁴ 'Tackling Multiple Discrimination: practices, policies and laws' -
http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/stud/multdis_en.pdf

państwach. Różnice występują nie tylko między państwami, ale także w poziomie ochrony przed różnymi kategoriami dyskryminacji i różnych kategorii osób. Inne badania dotyczyły charakteru i zakresu zjawiska dyskryminacji poza obszarem zatrudnienia oraz ewentualnych kosztów - bezpośrednich i pośrednich - jakie może ona oznaczać dla społeczeństwa i jednostek⁴⁵. Negatywne skutki dyskryminacji i społecznego oraz ekonomicznego wykluczenia pewnych kategorii osób odczuwa bowiem zarówno całe społeczeństwo, jak i jednostki.

Raport na temat oceny skutków (*impact assessment*) przedstawił natomiast przykłady dyskryminacji poza rynkiem pracy⁴⁶. Wskazał na trzy cele, które Unia powinna zrealizować w ramach zwalczania dyskryminacji:

- zwiększyć ochronę przed dyskryminacją;
- zapewnić pewność prawną podmiotom gospodarczym oraz potencjalnym ofiarom dyskryminacji w państwach członkowskich;
- wzmacniać integrację społeczną i sprzyjać pełnemu uczestnictwu wszystkich grup osób w życiu społecznym i gospodarczym.

Komisja następnie rozważyła różne opcje działania w odpowiedzi na te propozycje:

- brak nowych działań na poziomie Unii
- pozostawienie tej sprawy samoregulacji w sektorze bankowości i finansów
- przyjęcie zaleceń
- przyjęcie jednej lub kilku dyrektyw szczegółowych w zakresie poza sferą zatrudnienia.
- przyjęcie jednej dyrektywy horyzontalnej.

Opcje te zostały ocenione pod względem zysków i kosztów. Brak działania wspólnotowego oznaczałby pogłębienie istniejących różnic w ochronie przed dyskryminacją. Konkluzją raportu na temat oceny skutków było przyjęcie kolejnej horyzontalnej dyrektywy dotyczącej wielu kategorii osób dotkniętych dyskryminacją. Ponieważ w państwach członkowskich istnieją już pewne mechanizmy ochrony wprowadzenie nowej wspólnotowej regulacji wiąże się z różnymi kosztami dostosowania w zależności od istniejącego poziomu ochrony.

3.2. Uzasadnienie projektowanej Dyrektywy w świetle zasady subsydiarności

Komisja stoi na stanowisku, że Dyrektywa pozostaje w zgodzie z zasadą subsydiarności i proporcjonalności⁴⁷. Zakres jej regulacji nie dotyczy kompetencji

⁴⁵ Zewnętrzne badanie dyskryminacji (EPEC) przedstawiło skalę zjawiska dyskryminacji tj. przybliżone liczby potencjalnych ofiar dyskryminacji w poszczególnych kategoriach, a także z jednej strony negatywne skutki dyskryminacji dla jednostek i społeczeństwa, a z drugiej strony koszty dostosowań dla sektora publicznego i przedsiębiorców

http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/org/exstudsum_en.pdf

⁴⁶ http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/org/imass_en.htm

⁴⁷ Preambuła pkt. 30: „Zgodnie z zasadą pomocniczości oraz zasadą proporcjonalności, określonymi w art. 5 Traktatu WE, cel niniejszej dyrektywy, to znaczy zapewnienie we wszystkich Państwach Członkowskich

wyłącznych Wspólnoty, a cel, który stawia tj. zapewnienie wspólnego poziomu ochrony przed dyskryminacją ze względu na określone cechy, może być skutecznie osiągnięty tylko na poziomie Wspólnoty. Dotychczas istniejący poziom ochrony przed tymi kategoriami dyskryminacji w państwach członkowskich znacznie się różni w zależności od państwa, kategorii dyskryminacji i jej podstaw. Jednym z powodów tego zróżnicowania jest silniejszy niż w obszarze zatrudnienia wpływ narodowych tradycji czy koncepcji na organizację systemów ochrony zdrowia, opieki społecznej czy edukacji. Są one wynikiem wyboru politycznego, do którego każde społeczeństwo ma prawo.

Unia Europejska jest zobowiązana szanować te odmienności, a zarazem chronić tożsamość narodową jej członków. Kwestie organizacji systemu edukacji oraz treści kształcenia, uznania stanu cywilnego i rodzinnego, przysposobienia, praw reprodukcyjnych są najlepiej rozwiązywane na poziomie państw członkowskich. Z tego też względu Dyrektywa nie przewiduje zmian prawa krajowego w tym zakresie. Podobnie pozostawia państwu członkowskiemu swobodę regulacji stosunku między państwem a Kościołami czy organizacjami religijnymi. W kompetencji państw członkowskich pozostaną także kwestie związane z dostępem do instytucji czy szkół religijnych, zakazami noszenia symboli religijnych w szkołach, a także uznania małżeństw czy rejestrowanych związków osób tej samej płci oraz relacje między organami władzy publicznej i religią.

Projektowana Dyrektywa opiera się w znaczącej części o istniejące już w prawie wspólnotowym rozwiązania walki z dyskryminacją ze względu na płeć, rasę czy pochodzenie etniczne, wiek, niepełnosprawność, orientację seksualną, religię czy światopogląd - w szczególności o Dyrektywę Rady 2000/43/WE wprowadzającą w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne; Dyrektywę Rady 2000/78/WE ustanawiającą ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy oraz o Dyrektywę Rady 2004/113/WE wprowadzającą w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług.

Wybór dyrektywy jako środka służącego zwalczaniu dyskryminacji w całej Unii Europejskiej jest uzasadniony założeniami tego działania, co potwierdzają także doświadczenia z poprzednimi dyrektywami równościowymi. Z jednej strony Dyrektywa ma zapewnić minimalny poziom ochrony, a z drugiej pozostawić państwu członkowskiemu wybór form i metod realizacji tego celu, a także wybór sankcji.

Należy uznać, że Komisja w wystarczającym stopniu uzasadniła swój wniosek. W zgromadzonych badaniach zaprezentowała przede wszystkim dane ilościowe i jakościowe obrazujące skalę dyskryminacji ze względu na wiek, niepełnosprawność, religię lub światopogląd i orientację seksualną w Unii Europejskiej, które jednocześnie wskazują na fakt niewystarczającej regulacji tego zjawiska na szczeblu państw członkowskich.

wyższego poziomu ochrony przed dyskryminacją, nie może być osiągnięty w sposób wystarczający przez Państwa Członkowskie, natomiast z uwagi na rozmiary lub skutki proponowanych działań możliwe jest lepsze jego osiągnięcie na poziomie Wspólnoty. Niniejsza dyrektywa nie wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia tych celów”.

4. OCENA ZGODNOŚCI PROJEKTOWANEJ DYREKTYWY Z ZASADĄ SUBSYDIARNOSCI

Oceniając zgodność projektowanej Dyrektywy z zasadą subsydiarności należy uznać, że

- jej cel tj. wprowadzenie w życie poza rynkiem pracy zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną i ustalenie jednolitego minimalnego poziomu ochrony przed dyskryminacją tych kategorii osób w obrębie Unii Europejskiej nie może być w stopniu wystarczającym osiągnięty przez działanie państw członkowskich;
- cel ten może być lepiej osiągnięty na szczeblu Wspólnoty.

W szczególności oznacza to, że:

- aspekt transnarodowy w rozważanej Dyrektywie dotyczy stworzenia wspólnotowego prawa do równego traktowania bez względu na kryteria wymienione w art. 13 TWE. Prawo to powinno być gwarantowane w tym samym zakresie i jednakowo skuteczne w całej Unii. Cel ten służy jednocześnie odrzuceniu hierarchicznej struktury dotychczasowego prawa antydyskryminacyjnego w myśl zasady "zakaz dyskryminacji nie może być stopniowalny w zależności od jej podstawy";
- działania jedynie na poziomie krajowym lub brak działania Wspólnoty byłyby sprzeczne z wymogami Traktatu (takimi jak doprowadzenie do wysokiego poziomu zatrudnienia i opieki społecznej, wzrostu poziomu jakości życia, spójności gospodarczej i społecznej oraz solidarności, jak również zapewnienie rozwoju Unii Europejskiej jako przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, w szczególności poprzez poszanowanie praw podstawowych).
- pozostawienie regulacji zakazu dyskryminacji poza rynkiem pracy wymienionych kategorii osób na poziomie krajowym miałyby znaczny niekorzystny wpływ na interesy tych osób, a także społeczeństw, gdyż poziom ich ochrony w wielu państwach członkowskich jest niewystarczający. Sytuacja ta sprzyja wykluczeniu zawodowemu i społecznemu tych osób oraz ograniczeniu ich możliwości korzystania ze swobód wspólnotowych. Stąd walka z dyskryminacją prowadzona na poziomie Wspólnoty przyniosłoby wyraźne korzyści, ze względu na ich rozmiary lub skutki w porównaniu z działaniem na poziomie państw członkowskich. W tym znaczeniu należy uznać, że projektowana Dyrektywa niesie ze sobą "dodatkową wartość" w porównaniu z istniejącymi już rozwiązaniami krajowymi.

4.1. Zakres kompetencji Wspólnoty

Podstawą prawną Dyrektywy jest art. 13 ust.1 TWE. Dyrektywa stanowi formę harmonizacji prawa antydyskryminacyjnego w państwach członkowskich poza obszarem

zatrudnienia i stosunków pracy. Obszar polityki społecznej, który reguluje, w szczególności ochrona socjalna, zabezpieczenia społeczne i opieka zdrowotna czy obszar edukacji podlega państwom członkowskim i w tych dziedzinach Wspólnota może podjąć jedynie działania wspierające, koordynujące czy uzupełniające.

Polityka społeczna realizowana na szczeblu Wspólnoty jest związana przede wszystkim z polityką zatrudnienia oraz zbliżaniem ustawodawstwa w celu ustanowienia i funkcjonowania wspólnego rynku. Pozostałe kompetencje Wspólnotowe w zakresie zagadnień społecznych mają charakter wspierający i uzupełniający i nie mogą naruszać prawa państw członkowskich do określania podstawowych zasad ich systemów zabezpieczenia społecznego (art. 137 ust. 4 TWE).

W zakresie opieki zdrowotnej - a w szczególności zdrowia publicznego - Wspólnota uzupełnia polityki krajowe, aczkolwiek z wyłączeniem jakiegokolwiek harmonizacji przepisów ustawodawczych i wykonawczych państw członkowskich (art. 152 ust. 4 c TWE). Ponadto Wspólnota "w pełni szanuje odpowiedzialność państw członkowskich za organizację i świadczenie usług zdrowotnych i opieki medycznej" (art. 152 ust. 5 TWE). Natomiast art. 152 ust. 1 TWE stanowi, że wysoki poziom ochrony zdrowia musi być uwzględniany przy określaniu i realizacji wszystkich polityk i działań Wspólnoty.

Podobnie w zakresie edukacji i polityki kształcenia (art. 149-150 TWE) kompetencje ustawodawcze mają wyłącznie państwa członkowskie, a Wspólnota zobowiązuje się szanować odpowiedzialność państw za treść nauczania, organizację systemów edukacyjnych, różnorodność kulturową i językową oraz za treść i organizację kształcenia zawodowego (art. 149 ust. 1 TWE). Z drugiej strony dziedzina edukacji, także w zakresie stypendiów, finansowania i dostępu na studia wyższe podlega coraz częściej ingerencji ze strony Wspólnoty - głównie z powodu usuwania barier w swobodzie przepływu osób oraz zakazu dyskryminacji ze względu na obywatelstwo.

Przy wykonywaniu powyższych kompetencji państw członkowskich mają one jednak obowiązek respektowania prawa wspólnotowego, którego zasadą jest zakaz dyskryminacji⁴⁸.

Przyjmując rygorystyczną koncepcję "kompetencji przekazanych" Wspólnocie (art. 5 TWE), należy uznać, że przeciwdziałanie dyskryminacji w dziedzinie ochrony zdrowia czy edukacji jest ograniczone kompetencjami zakreślonymi w TWE. Jednak skuteczne zwalczanie dyskryminacji wymaga działań kompleksowych, wychodzących poza obszary polityk, w których Wspólnota ma najszersze pole działania - w zakresie funkcjonowania rynku wewnętrznego czy polityce zatrudnienia. Poza tym dyskryminacja w zakresie opieki socjalnej, zdrowotnej czy dostępu do edukacji wpływa na szanse i możliwości określonych kategorii osób korzystania ze swobód wspólnotowych, w tym swobody przemieszczania się, czy włączenia się do rynku pracy. Istotne jest, że Dyrektywa harmonizując prawo wspólnotowe w zakresie równego traktowania poza rynkiem

⁴⁸ C-372/04 *Watts*, Zb. Orzeczn. 2006, s. I-4325, para. 92 oraz C-444/05 *Stamatelaki* Zb. Orzeczn. 2007, s. I-3185, para. 23. W sprawie Tadao Maruko ETS podkreślił, że faktycznie zagadnienia związane ze stanem cywilnym oraz świadczenia z tego wynikające są zastrzeżone do kompetencji państw członkowskich. Niemniej jednak, kompetencje te powinny być wykonywane z poszanowaniem zasady niedyskryminacji (C-267/06, Zb. Orzeczn. 2008, s. I).

pracy nie narusza zakazu harmonizacji w tych dziedzinach, które są *expressis verbis* wyłączone spod harmonizacji.

Poniższa analiza ma na celu wykazanie, że postanowienia Dyrektywy albo są powtórzeniem istniejących rozwiązań funkcjonujących we wspólnotowym porządku prawnym od 2002 r. na mocy Dyrektywy Ramowej i Dyrektywy Równości Rasowej, albo pozostawiają państwom członkowskim swobodę działania.

- Postanowienia projektowanej Dyrektywy (art. 2 ust. 2-5) dotyczące definicji dyskryminacji bezpośredniej, pośredniej, molestowania, nakłaniania do dyskryminacji czy odmowy racjonalnego usprawienia powtarzają przepisy zawarte w Dyrektywie Ramowej i Równości Rasowej (art. 2).
- Postanowienia dotyczące różnego traktowania ze względu na wiek (art. 2 ust. 6) odpowiadają przepisom Dyrektywy Ramowej (art. 6), umożliwiając państwom członkowskim stosowanie odpowiednich środków przewidzianych w prawie krajowym, które są właściwe i konieczne oraz uzasadnione słusznym celem.
- Projektowana Dyrektywa daje państwom członkowskim swobodę w ustaleniu granicy wieku dla dostępu do świadczeń społecznych, kształcenia oraz niektórych towarów i usług (art. 2 ust. 6 zd. 2).
- Państwa członkowskie mogą zezwolić na różne traktowanie osób ze względu na wiek i niepełnosprawność w zakresie ustalania ryzyka w usługach finansowych (art. 2 ust. 7).
- Wzorem Dyrektywy Ramowej (art. 2 ust. 5) projektowana Dyrektywa zezwala na ograniczenie prawa do równego traktowania ze względu na konieczność ochrony interesu bezpieczeństwa publicznego, utrzymania porządku i zapobiegania działaniom podlegającym sankcjom karnym oraz zapewnienia ochrony zdrowia i ochrony praw i wolności innych osób (art. 2 ust. 8).
- Projektowana Dyrektywa nie narusza przepisów krajowych regulujących stan cywilny lub stosunki rodzinne, w tym prawa reprodukcyjne (art. 3 ust. 2). Zapis ten ma charakter wiążący. Dla porównania podobny zapis znalazł się w pkt 22 Preambuły Dyrektywy Ramowej, stanowiąc jedynie wskazówkę interpretacyjną.
- Projektowana Dyrektywa nie narusza odpowiedzialności państw członkowskich za treść nauczania, działalność i organizację ich systemów kształcenia, łącznie z zapewnieniem kształcenia integracyjnego (art. 3 ust. 3 zd. 1). Powyższe materie należą do obszarów *expressis verbis* wyłączonych spod harmonizacji prawa wspólnotowego (art. 149 ust. 1 TWE).
- Projektowana Dyrektywa zezwala państwom członkowskim na różne traktowanie w dostępie do instytucji edukacyjnych ze względu na religię lub światopogląd (art. 3 ust. 3 zd. 2).
- Projektowana Dyrektywa nie ingeruje również w prawo krajowe zapewniające świeckość państwa, instytucji lub organów państwowych

lub systemu kształcenia albo dotyczącego statusu i działalności kościołów i innych organizacji religijnych lub światopoglądowych (art 3 ust.4)⁴⁹.

- Projektowana Dyrektywa nakłada na państwa obowiązek umożliwienia osobom skutecznego, niedyskryminacyjnego dostępu do ochrony socjalnej, przywilejów socjalnych, opieki zdrowotnej, edukacji oraz dostępu do powszechnie dostępnych towarów i usług, w tym mieszkań i transportu tylko, jeżeli obciążenia związane z usprawnieniem dostępu są proporcjonalne i nie powodują zasadniczych zmian w istniejących systemach krajowych (art. 4 ust. 1).
- Projektowana Dyrektywa nie zmienia istniejących przepisów wspólnotowych i krajowych dotyczących dostępu do szczególnych towarów i usług (art. 4 ust. 2).
- Art. 5 projektowanej Dyrektywy powtarza przepisy dotyczące pozytywnego działania zawarte w Dyrektywie Ramowej (art. 7) i Równości Rasowej (art. 5), a art 6 odpowiada stosownie - art. 8. i art. 6.
- Art. 7 projektowanej Dyrektywy dotyczący ochrony prawnej odpowiada art. 9 Dyrektywy Ramowej i art. 7 Dyrektywy Równości Ramowej.
- Art. 8 projektowanej Dyrektywy dotyczący ciężaru dowodu odpowiada art. 10 Dyrektywy Ramowej i art. 8 Dyrektywy Równości Rasowej.
- Przepisy proponowanej Dyrektywy dotyczące ochrony przed retorsjami, obowiązku informowania, dialogu z zainteresowanymi stronami stanowią nawiązanie do istniejących już obowiązków państw członkowskich ustanowionych w Dyrektywie Ramowej i Równości Rasowej. Obowiązek utworzenia organu do walki z dyskryminacją ze względu na wymienione podstawy powtarza postanowienie art. 13 Dyrektywy Równości Rasowej.

Należy więc uznać, że Dyrektywa posługuje się w głównej mierze rozwiązaniami funkcjonującymi już w porządku wspólnotowym. W odniesieniu do zakazu dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność czyni zadość zobowiązaniom zaciągniętym przez Wspólnotę i państwa członkowskie w Konwencji NZ o prawach osób niepełnosprawnych przyjętej 13 grudnia 2006 r. W pozostałym zakresie jej postanowienia nie mają charakteru nakazowego, ale pozostawiają państwom członkowskim swobodę uznania. Przykładem może być brak definicji legalnych czy nawet wskazówek jak rozumieć "niepełnosprawność", "religię", "światopogląd", "orientację seksualną". Dyrektywa ustanawia standard minimalny, zezwalając państwom członkowskim na zapewnienie wyższej ochrony. Jej przepisy nie naruszają postanowień konstytucyjnych państw członkowskich, ani prawa krajowego, które jest wyłączone spod działań Wspólnoty (np. kwestii stanu cywilnego czy prawa rodzinnego, organizacji systemów edukacyjnych i treści nauczania, stosunku państwa do Kościołów i organizacji religijnych). Jej postanowienia należy rozumieć zgodnie z istniejącym orzecznictwem ETS - jeżeli prawo krajowe nadaje pewne prawa w zakresie ochrony socjalnej, zabezpieczeń społecznych, ochrony zdrowia, przywilejów socjalnych, edukacji, dostępu do towarów i usług, to niemożliwe będzie odmówienie tych praw osobom tylko ze względu na ich wiek, niepełnosprawność, religię lub światopogląd czy orientację

⁴⁹ Por. Klauzula kościelna – Deklaracja nr 11 w sprawie statusu Kościołów i organizacji niewyznaniowych dołączona do Traktatu Amsterdamskiego (pkt. 24 wstępu).

seksualną. Na przykład osoby zarażone wirusem HIV powinny mieć taki sam dostęp do opieki medycznej jak inni chorzy. Jeżeli prawo krajowe zrównuje prawa osób w rejestrowanych związkach partnerskich z prawami osób w związkach małżeńskich, partnerzy w rejestrowanych związkach powinni mieć takie samo prawo do zasiłku rodzinnego jak małżonkowie⁵⁰. Z Dyrektywy nie wynika jednak obowiązek zrównania związków partnerskich osób tej samej płci ze związkami małżeńskimi czy ogólnie obowiązek regulacji takich związków w prawie krajowym.

4.2. Hierarchia równości

Różny poziom ochrony osób ze względu na przynależność państwową, płeć, pochodzenie rasowe czy etniczne, a następnie wiek, niepełnosprawność, orientację seksualną i religię czy światopogląd stworzył tzw. "hierarchię równości" w ramach wspólnotowego porządku prawnego. Hierarchia ta wynika z różnego zakresu zakazu dyskryminacji w obowiązujących przepisach wspólnotowych - obecnie jest on najszerszy w przypadku kryterium przynależności państwowej (art. 12 TWE) i płci (art. 13 i 141 TWE). W przypadku kryterium rasy i pochodzenia etnicznego dotyczy obszaru zatrudnienia, stosunków pracy oraz kształcenia zawodowego, a także ochrony socjalnej, zabezpieczeń społecznych, opieki zdrowotnej, przywilejów socjalnych, edukacji i dostępu do towarów i usług, natomiast w przypadku kryterium wieku, niepełnosprawności, religii lub światopoglądu i orientacji seksualnej dotyczy tylko rynku pracy. Jest to niewątpliwie zjawisko, które podważa funkcjonowanie samej zasady równości we wspólnotowych porządku prawnym.

Na problem nierównej ochrony przed dyskryminacją zwraca uwagę m.in. raport przyjęty 20 maja 2008 r. przez Parlament Europejski pt. "Postęp osiągnięty w zakresie równych szans i niedyskryminacji w UE", który zawiera sprawozdanie z transpozycji Dyrektywy 2000/43/WE i Dyrektywy 2000/78/WE. Zdaniem Parlamentu każdy nowy wniosek dotyczący dyrektywy zwalczającej dyskryminację będzie musiał zakazywać "wszelkich form dyskryminacji" oraz **jednoznacznie stwierdzać, że "nie istnieje żadna hierarchia różnorodnych form dyskryminacji oraz że wszelkie jej formy należy zwalczać z równą stanowczością"**. Parlament wezwał również Komisji do przyjęcia jednej horyzontalnej dyrektywy zakazującej dyskryminacji ze względu na wiek, niepełnosprawność, religię lub światopogląd i orientację seksualną. Wskazuje także na konieczność "przyjęcia zrównoważonego szerokiego pojęcia wielorakiej dyskryminacji" oraz do włączenia postanowień jednoznacznie służących zwalczaniu różnorodnych form dyskryminacji do wszelkich przepisów [...], które będzie można przywołać z racji jednej przyczyny lub zbiegu kilku przyczyn".

"Hierarchia równości" w prawie Unii Europejskiej została również skrytykowana w raporcie Agencji Praw Podstawowych pt. "Homofobia i dyskryminacja ze względu na

⁵⁰ C-267/06 Tadao Maruko, wyrok z 1 kwietnia 2008 r. (Odmowa przyznania renty wdowiej z powodu niepozostawania w związku małżeńskim, kiedy dwie osoby tej samej płci nie mogą się pobrać, ale zawarły zarejestrowany związek partnerski, który daje analogiczne uprawnienia, stanowi dyskryminację pośrednią z powodu orientacji seksualnej w rozumieniu Dyrektywy 2000/78/WE).

orientację seksualną w państwach członkowskich Unii Europejskiej"⁵¹. Jej istnienie uniemożliwia jednocześnie skuteczną walkę z wieloraką dyskryminacją (*multiply discrimination*) czyli sytuacją, gdy dana osoba jest dyskryminowana jednocześnie z wielu powodów. W obecnym stanie prawnym środki ochrony przysługujące np. dyskryminowanej kobiecie pochodzenia arabskiego są liczniejsze niż w przypadku dyskryminowanego niepełnosprawnego wyznawcy islamu.

Jednoczesne wysiłki na rzecz walki z dyskryminacją z jakiegokolwiek przyczyny są podejmowane przez Radę Europy. W tym celu przygotowano m.in. Protokół nr 12 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, który uzupełnia art. 14 Konwencji⁵². Stwarza on możliwość skargi na naruszenie zasady równego traktowania także przy korzystaniu z praw nie gwarantowanych Konwencją. Protokół został jednak ratyfikowany przez 17 państw członkowskich Rady, z których tylko 6 jest członkami Unii. Przestrzeń tą powinno więc wypełnić działanie Wspólnoty Europejskiej podjęte na podstawie art. 13 TWE.

Podsumowując, projektowana Dyrektywa jest zgodna z zasadą subsydiarności. Wspólnota Europejska występuje w tym wypadku jako gwarant praw podstawowych, co niewątpliwie może budzić wątpliwości co do zakresu jej kompetencji. W tym przypadku jednak Wspólnota wykorzystała uprawnienie do walki z dyskryminacją przekazane w art. 13 ust. 1 TWE bez naruszenia kompetencji państw członkowskich. Należy ponadto podkreślić, że tylko działanie na szczeblu Wspólnoty może doprowadzić do dekonstrukcji istniejącej obecnie hierarchii równości i przeciwdziałać wielorakiej dyskryminacji. Ze względu na istniejące różnice w poziomie ochrony przed dyskryminacją w państwach członkowskich (a także różny stopień transponowania istniejących już dyrektyw antidyskryminacyjnych), cel, jakim jest ustanowienie wspólnego minimalnego poziomu ochrony przed dyskryminacją ze względu na wiek, niepełnosprawność, religię lub światopogląd i orientację seksualną, nie może być lepiej osiągnięty na szczeblu państw członkowskich.

Wrocław, 4 sierpnia 2008 r.

Anna Śledzińska-Simon
Doktor nauk prawnych
Katedra Służb Socjalnych
w Dolnośląskiej Wyższej Szkole
Służb Publicznych "Asesor"

⁵¹ Rozdział pt: „Równe prawo do równego traktowania”, s. 155, dostępne na:
http://fra.europa.eu/fra/material/pub/comparativestudy/FRA_hdgso_part1_en.pdf

Warto zwrócić uwagę na fakt, że według raportu zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w 18 z 27 państw członkowskich wykracza ponad minimalny standard ustanowiony Dyrektywą Ramową. Państwa te gwarantują mniejszościom seksualnym prawo do równego traktowania także poza rynkiem pracy.

⁵² Art. 14: „Korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn”.