



Witold Klaus  
Katarzyna Wencel

**Noc Testów w Polsce. O dyskryminacji w dostępie do usług i praktycznym  
wykorzystaniu  
testów dyskryminacyjnych**

## 1. Wstęp

W nocy z 5 na 6 marca 2011 roku w Warszawie po raz pierwszy w Polsce przeprowadzono test dyskryminacyjny<sup>1</sup> mający na celu zbadanie, czy osoby o innym pochodzeniu etnicznym – kolorze skóry są dyskryminowane przy wejściu do klubów nocnych. Podobne testy w tym samym czasie miały miejsce m.in. w Paryżu, Oslo, Kopenhadze, Sztokholmie, gdzie pary białych i odmiennych etnicznie testerów sprawdzały, czy w klubach występuje zjawisko negatywnej selekcji osób o odmiennym kolorze skóry lub pochodzeniu etnicznym.<sup>2</sup>

W Polsce do tej pory testy dyskryminacyjne z udziałem „żywych aktorów” nie były przeprowadzane<sup>3</sup>. Tymczasem jest to bardzo skuteczna metoda pozwalająca udowodnić dyskryminację i warto ją promować, gdyż w wielu sprawach, w których doszło do nieuzasadnionego różnicującego traktowania, największym problemem jest właśnie wykazanie dyskryminacji. Do niedawna w Polsce brak było w ogóle prawa antydyskryminacyjnego regulującego kwestie nierównego traktowania w obszarach innych niż zatrudnienie. Trudno zatem było mówić o dochodzeniu swoich praw w przypadku dyskryminacji np. w dostępie do opieki zdrowotnej, pomocy społecznej czy edukacji, a co dopiero o metodach udowodnienia nieuprawnionego zachowania. Od stycznia tego roku obowiązuje nowe prawo - ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania<sup>4</sup>. Zgodnie z jej brzmieniem zakazane jest nierówne traktowanie osób m.in. ze względu na rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość w dostępie do usług, a ofiara dyskryminacji może przed sądem domagać się odszkodowania za nierówne traktowanie, jakiego doświadczyła. Wyniki przeprowadzonego testu dyskryminacyjnego mogłyby potwierdzać jej zeznania, jednak czy polskie prawo na to zezwala? Jakie możliwości daje metoda testów dyskryminacyjnych? Zanim odpowiem na te pytania, warto omówić w kilku słowach zagadnienie dyskryminacji w dostępie do usług, a następnie przyjrzeć się jak w innych krajach wygląda kwestia stosowania testów dyskryminacyjnych i praktycznego wykorzystywania uzyskanych rezultatów.

---

1 Więcej na temat metody testów eksperymentalnych patrz M. Koss-Goryszewska, *Testy dyskryminacyjne. Charakterystyka techniki i zastosowanie w wybranych krajach w: Sąsiedzi czy intruzi. O dyskryminacji cudzoziemców w Polsce*, red. W. Klaus, Warszawa 2010, s. 301.

2 O metodologii i wynikach przeprowadzonego testu więcej w niniejszym opracowaniu patrz K. Wysińska i K. Kubin

3 W 2010 r. Instytut Spraw Publicznych przeprowadził pilotażowe badanie metodą eksperymentalną mającą na celu zbadanie sytuacji cudzoziemców na polskim rynku pracy. Więcej na ten temat patrz K. Wysińska, *Nguyen, Serhij czy Piotr? Pilotażowe badanie audytowe dyskryminacji cudzoziemców w rekrutacji*, w: *Sąsiedzi czy intruzi...*, s. 337. W 2010 r. także Instytut Badań Strukturalnych przeprowadził badanie testami dyskryminacyjnymi w zatrudnieniu, w ramach projektu *Analiza procesów zachodzących na polskim rynku pracy i w obszarze integracji społecznej w kontekście prowadzonej polityki gospodarczej zlecone przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, Zatrudnienie w Polsce. Praca w cyklu życia*, red. M. Bukowski, Warszawa 2010, s. 98.

4 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).

## 2. Zakaz dyskryminacji w dostępie do usług

W ostatnim raporcie dotyczącym Polski Europejska Komisja Przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji (ECRI)<sup>5</sup> wskazuje na problem nierównego traktowania w dostępie do usług i dóbr jednej z grup dyskryminowanych tj. Romów. Następnie wyraźnie formułuje ogólne zalecenie, zgodnie z którym *ECRI recommends the use of situation-testing to gauge the extent of racial discrimination in the field of access to services and goods in the public and private sectors* („ECRI zaleca, by skorzystać z badań sytuacji w celu określenia rozmiaru dyskryminacji rasowej w sferze dostępu do dóbr i usług w sektorach publicznym i prywatnym”). Jest to jasny komunikat, że testy dyskryminacyjne mogą, a nawet powinny być stosowane i wykorzystywane, dzięki czemu łatwiej oszacować będzie skalę zjawiska dyskryminacji w badanym obszarze, w odniesieniu do różnych grup mniejszościowych. Tym bardziej, że wciąż nie jest to możliwe, gdyż brak jest pogłębionych, systematycznych badań dotyczących nierównego traktowania w sektorach innych niż rynek pracy, jak np. dostęp do opieki zdrowotnej, pomocy społecznej, mieszkalnictwa, czy właśnie usług. W raporcie Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka na marginesie badań rasizmu przeprowadzonych w Polsce w 2010 roku<sup>6</sup> pojawia się uwaga, że w trakcie wywiadów niemal wszyscy respondenci wspominali o innych sytuacjach, w których czuli się dyskryminowani, a skargi dotyczyły m.in. sektora usług: *Rozmówcy skarżyli się na to, że selekcyonerzy nie chcą ich wpuszczać do klubów, że są ignorowani przez obsługę w kawiarniach i małych sklepach (...)*. Takie informacje pojawiają się w opracowaniach i raportach różnych organizacji pozarządowych<sup>7</sup>, i co prawda nie ukazują całości problemu i kompleksowości zagadnienia dyskryminacji w naszym kraju, ale sygnalizują w jakich sferach życia, na jakie problemy napotyka dana grupa mniejszościowa.

Polskie prawo zakazuje dyskryminacji w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym, z jakiegokolwiek przyczyny, o czym stanowi art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Ponadto, zgodnie z wyżej wspomnianą, obowiązującą od początku tego roku tzw. ustawą równościową zakazane jest nierówne traktowanie osób fizycznych ze względu na rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość w zakresie dostępu do usług (art. 6). Ustawę stosuje się do osób fizycznych oraz do osób prawnych i jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną (art. 2 ust. 2). Nowo przyjęty akt prawny wdraża postanowienia m.in. dyrektywy rasowej<sup>8</sup>, której celem jest wyznaczenie ram walki z dyskryminacją ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne oraz wprowadzenie w życie w krajach unijnych zasady równego

---

5 IV raport ECRI dotyczący Polski przyjęty w dniu 28 kwietnia 2010 roku, dostępny na [www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/.../POL-CbC-IV-2010-018-POL.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/.../POL-CbC-IV-2010-018-POL.pdf).

6 A. Mikulska, *Rasizm w Polsce. Raport z badań wśród osób, które doświadczyły przemocy ze względu na swoje pochodzenie etniczne, rasowe lub narodowe*, Warszawa 2010.

7 Patrz na przykład W. Klaus, K. Wencel, *Dyskryminacja cudzoziemców w Polsce 2008-2010*, Analizy Raporty Ekspertyzy Stowarzyszenia Interwencji Prawnej, nr 6/2010, [www.interwencjaprawna.pl](http://www.interwencjaprawna.pl).

8 Dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzające w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz. Urz. WE L 180 z 19.07.2000, s. 22).

traktowania (art. 1). Dyrektywa ma zastosowanie m.in. w odniesieniu do dostępu do dóbr i usług oraz dostarczania dóbr i usług publicznie dostępnych, włącznie z zakwaterowaniem (art. 3 ust. 1 lit. h). Dyrektywa, ale też polska ustawa, zakazuje zarówno dyskryminacji bezpośredniej jak i pośredniej<sup>9</sup>. Ta ostatnia forma nierównego traktowania może mieć miejsce właśnie w przypadku odmowy wpuszczenia do klubu np. osób o innym pochodzeniu etnicznym, kolorze skóry podczas gdy „autochtoni” nie mają tego rodzaju problemów. Zgodnie z definicją przyjętą w ustawie przez dyskryminację pośrednią rozumie się sytuację, w której dla osoby fizycznej ze względu na cechę prawnie chronioną np. rasę czy pochodzenie etniczne *na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje lub szczególnie niekorzystna dla niej sytuacja, chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne*. Zatem w sytuacji, gdy przykładowo selekcjoner bez ogródek mówi, że „czarnych” nie wpuszcza, do czynienia mamy z dyskryminacją bezpośrednią. Ta forma dyskryminacji występuje stosunkowo rzadko, choć nieodległe wydarzenia w Poznaniu pokazują, że takie zachowania niestety mają miejsce<sup>10</sup>. Zdecydowanie częściej spotkać się można z dyskryminacją pośrednią, znacznie trudniejszą do wykazania. O takim przypadku mówimy, kiedy przykładowo wejście do klubu uwarunkowane jest posiadaniem specjalnej karty lojalnościowej, którą z pozoru otrzymać może każdy, jednak faktycznie nie ma możliwości uzyskać cudzoziemiec, a jedynie polscy klubowicze znajdujący odpowiednie osoby.

W tym miejscu warto wyjaśnić czym są usługi w rozumieniu ustawy i prawa Unii Europejskiej. W kontekście przeprowadzonych testów mogły pojawiać się bowiem wątpliwości czy odmowa dostępu do klubu nocnego przez prywatnego właściciela lokalu w ogóle może być rozpatrywana w kontekście dyskryminacji w dostępie do usług. Ustawa równościowa w art. 3 wyjaśnia, że przez usługi *rozumie się usługi w rozumieniu art. 57 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, który to z kolei stanowi, że usługami w rozumieniu Traktatów są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób. Usługi obejmują zwłaszcza działalność o charakterze przemysłowym, handlowym, działalność rzemieślniczą czy wykonywanie wolnych zawodów. Z tego wynika że pod pojęciem tym kryje się stosunkowo szeroki wachlarz działalności, np. fryzjerstwo, bankowość, ubezpieczenia, transport, usługi gastronomiczne etc. Jednym z kryteriów, pozwalających daną aktywność uznać za usługi jest wymóg ich odpłatnego świadczenia,

---

<sup>9</sup> Więcej na ten temat można przeczytać w: *Limits and potential of the concept of indirect discrimination. Part III The definition of indirect discrimination under the racial equality and employment equality directives*, European network of legal experts in the non-discrimination field, wrzesień 2008, s. 27.

<sup>10</sup> Chodzi o wydarzenia, jakie miały miejsce na przełomie 2010 i 2011 roku w Poznaniu, kiedy do kilku lokali gastronomicznych nie wpuszczono Romów, tłumacząc, że takich klientów klub czy restauracja sobie nie życzy.

czego nie należy jednak rozumieć zbyt wąsko. Nawet jeśli brak jest bezpośredniej wymiany pieniężnej pomiędzy świadczeniodawcą a świadczeniobiorcą, czy też świadczeniodawca działa non-profit<sup>11</sup>, działalność może zostać uznana za świadczenie usług. I tak usługami w rozumieniu Traktatu będzie także wykonywanie przez instytucje publiczne zadań w ramach systemu pomocy społecznej czy opieki zdrowotnej<sup>12</sup>.

Drugim warunkiem, jaki musi zostać spełniony, by daną działalność uznać za usługę, jest jej publiczny charakter. Ustawa równościowa w art. 4 pkt 4 lit. e) wyraźnie stanowi, że przepisy stosuje się w zakresie dostępu i warunków korzystania z usług (w tym usług mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw i energii), jeżeli są one oferowane publicznie. Pytanie jakie się nasuwa: co w przypadku usług oferowanych publicznie, które nie są świadczone za opłatą, np. bezpłatne wejścia do muzeów, bibliotek, klubów sportowych czy na wydarzenia kulturalne? Czy takie usługi „wpadają” w zakres stosowania prawa antydyskryminacyjnego? Poza tym, jak rozumieć pojęcie „publicznego charakteru” świadczonych usług? Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w jednej z rozpatrywanych spraw podkreślił, że zasada niedyskryminacji nie obejmuje relacji czysto prywatnych i powinna być stosowana z poszanowaniem prawa do życia prywatnego<sup>13</sup>. Jednak należy pamiętać, że nie zawsze możliwe jest wyznaczenie wyraźnej granicy pomiędzy sferą prywatną a publiczną, np. okazjonalne wynajęcie pokoju w prywatnym domu nie jest tożsame z wynajmem pokoi w hotelu świadczącym tego typu usługi w ramach swojej działalności gospodarczej. Czy to oznacza jednak, że taka aktywność wyłączona jest spod zakresu obowiązywania zasady równego traktowania? Niestety nie można na te pytania odpowiedzieć jednoznacznie, każda sprawa będzie indywidualnie rozpatrywana przez sąd, przy wzięciu pod uwagę całości okoliczności sprawy.

Mimo że pojęcie „usług świadczonych publicznie” nie zostało doprecyzowane w prawodawstwie i daje szerokie możliwości interpretacyjne, nie ma wątpliwości, że prywatne lokale, jakimi są niektóre kluby nocne w Warszawie, podlegają przepisom prawa antydyskryminacyjnego, a ich działalność wykonywana publicznie jest świadczeniem usług w rozumieniu prawa polskiego i unijnego. Co to oznacza w praktyce? W sytuacji naruszenia zasady równego traktowania skutkującym wystąpieniem szkody lub zaistnieniem krzywdy, podmiot dopuszczający się nierównego, nieuzasadnionego traktowania ponosić będzie odpowiedzialność odszkodowawczą, a ofiara może wystąpić do sądu z racji naruszenia swojego prawa do równego traktowania. Zachowanie kilku selekjonerów podczas marcowych testów, polegające na odmowie wstępu do klubów osób należących do mniejszości rasowych, należy zatem uznać za niezgodne z prawem i

---

11 J. Ringelheim, *The Prohibition of Racial and Ethnic Discrimination in Access to services under EU Law*, European Anti-Discrimination Law Review, Nr 10/2010, s. 12.

12 Ibidem.

13 Ibidem, s.15.

dające podstawę do dochodzenia roszczeń na drodze sądowej.

### 3. Testy jako dowód w sprawach o dyskryminację

#### 3.1. Doświadczenia zagraniczne

Testy dyskryminacyjne, będące techniką eksperymentalną, zaczęto stosować w latach 60. i 70. w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii, początkowo głównie w obszarze wynajmu mieszkań oraz zatrudnienia<sup>14</sup>. Z biegiem czasu metoda *situation testing*<sup>15</sup> stawała się coraz popularniejsza na kontynencie europejskim i zaczęto ją wykorzystywać w pracy organizacji pozarządowych, instytucji państwowych i sądów<sup>16</sup>.

Spośród państw członkowskich UE największe doświadczenie w stosowaniu testów ma Wielka Brytania, ale testy te przeprowadzane są (lub były) także w Belgii, Bułgarii, Czechach, Danii, Finlandii, Francji, Holandii, Słowacji, Szwecji, a także na Węgrzech i Łotwie<sup>17</sup>. W pozostałych 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 testów dyskryminacyjnych jako jednego ze środków dowodowych wprost przewidują przepisy tylko kilku państw, na przykład Francji, Węgier i Belgii. W ustawodawstwach innych krajów co prawda prawo nie reguluje bezpośrednio tej kwestii, jednak dowody z testów dopuszcza się na podstawie ogólnych zasad dowodzenia. Taka sytuacja ma miejsce na przykład w Szwecji.

W niektórych krajach europejskich idea stosowania testów jako środków dowodowych w sprawach o dyskryminację spotkała się z ogromną niechęcią i krytyką. Przykładowo w Belgii została ona upolityczniona – ugrupowania prawicowe ostro krytkowały 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*<sup>18</sup>. I właśnie na skutek burzliwej debaty politycznej i ostrych słów płynących ze strony rządzących, 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 aktem prawnym mającym na celu uregulowanie tej kwestii zakończyły się niepowodzeniem. Jednakże po wprowadzeniu pewnych zmian w terminologii prawo obowiązujące

---

14 M. Koss-Goryszewska, *Testy dyskryminacyjne...*, s. 301-310.

15 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, we tym np. zachowania się w określonych sytuacjach.

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

17 I. Rorive, *Proving Discrimination Cases – The Role of Situation Testing*, „European Anti-Discrimination Law Review”, nr 8/2009, s. 56.

18 Ibidem, s. 57.

obecnie w Belgii legitymizuje stosowanie testów, 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 dyskryminacji<sup>19</sup>.

Odmienne od belgijskiego rozwiązanie przyjęto we Francji, gdzie w latach 90. jedna z organizacji pozarządowych przeprowadziła serię testów w klubach nocnych. Od tego czasu coraz częściej zaczęto stosować tę metodę. Francuski Sąd Kasacyjny uzasadnił możliwość wykorzystania takiego dowodu z uwagi na „wolność dowodową” w sprawach karnych. Następnie 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 i wprowadzono odpowiednie zmiany w prawie karnym. 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'Égalité*), jednak jak pokazuje praktyka, korzysta on z tej możliwości głównie do przeprowadzania testów do celów badawczych i naukowych<sup>20</sup>.

W kontekście tzw. Nocy Testów warto wspomnieć o sprawie 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 „stronniczą 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, nie zapewniono przejrzystości, naruszono prawa pozwanych oraz że „zabrakło uczciwości, bezstronności, co jest niezwykle istotne w procesie dowodzenia w postępowaniu karnym”. Sąd

---

19 Sąd Apelacyjny Liège, wyrok z 11 marca 1998 r., [www.diversite.be](http://www.diversite.be).

20 I. Rorive, *Proving ...*, s. 62–66.

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 sposób<sup>21</sup>.

Kwestia wykorzystania 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 wysyłała 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 początkowo 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 wciąż testy budziły kontrowersje. Część sędziów otwarcie mówiła o testujących jako o płacanych przez powoda agentach, którzy nie są obiektywni i w związku z tym niewiarygodni. Pomimo tego w coraz większej liczbie spraw testy były akceptowane jako dowody<sup>22</sup>. Brakuje wyroków, które szczegółowo odnosiłby się do prawnej możliwości dopuszczania tego typu dowodów w postępowaniu. 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 etnicznym<sup>23</sup>.

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 w 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

---

21 Ibidem, s. 63–64.

22 Ibidem, s. 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, s. 31, <http://www.non-discrimination.net/content/media/2008-HU-Country%20Report%20final.pdf>.



tendencji dyskryminacji, przedstawiony w celu poparcia indywidualnej sprawy, nie zostanie przyjęty, jeżeli testujący nie byli bezpośrednimi świadkami skarżonego zachowania<sup>24</sup>. Warto dodać, że testy dyskryminacyjne są przeprowadzane na Węgrzech przez organizacje pozarządowe, organ równościowy, a także przez wyspecjalizowaną instytucję powołaną do ochrony praw konsumentów<sup>25</sup>.

### 3.2. Perspektywa polska

Polska jest przykładem państwa, w którym techniki eksperymentalne do badania dyskryminacji nie są powszechnie stosowane, poza przeprowadzonym marcowym testem i wspomnianymi wcześniej badaniami dotyczącymi dyskryminacji na rynku pracy. Martwi fakt, że idea testów wydaje się nieznaną zarówno powołanym do przeciwdziałania dyskryminacji instytucjom państwowym, jak również działającym w tym obszarze organizacjom pozarządowym. Sprawy nie ułatwia też to, że przepisy prawne milczą na ten temat. Poza tym, brak jest ogólnej wiedzy i świadomości społeczeństwa w temacie problemu dyskryminacji osób o innym pochodzeniu etnicznym, rasie czy narodowości, co pokazała chociażby dyskusja nt. selekcji w klubach, wywołana przeprowadzonymi testami. Ponadto nie ma orzecznictwa, dającego jakiegokolwiek wskazówki, jak należy traktować dowody pochodzące z zastosowania testów. Pojawia się zatem pytanie czy rezultaty testów mogłyby zostać wykorzystane jako dowód na uprawdopodobnienie lub potwierdzenie faktu zaistnienia dyskryminacji w postępowaniu sądowym lub administracyjnym?

W Polsce ewentualne problemy w wykorzystaniu wyników testów dyskryminacyjnych jako dowodu w sprawie, np. o dyskryminację w dostępie do usług, może powodować przyjęty na gruncie prawa cywilnego, ale także prawa pracy, zakaz nadużycia prawa podmiotowego. Zgodnie z przepisami *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 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. Jednak co w kontekście stosowania testu dyskryminacyjnego oznacza pojęcie „zasad współżycia społecznego”? Zdaniem niektórych autorów są to „szczególne reguły postępowania w życiu społecznym”, według innych „ogólnie uznane normy moralne, zawierające reguły postępowania w stosunkach między ludźmi”<sup>26</sup>. 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

---

24 A. Kádár, *Report on measures...*, s. 30–31.

25 *Ibidem*, s. 32.

26 *Kodeks cywilny, część ogólna. Komentarz*, red. M. Pyziak-Szafnicka, Warszawa 2009 s. 84.

wartości?

Jeżeli chodzi o przesłankę bezprawności zachowania naruszającego tę zasadę, nasuwa się wątpliwość, czy przeprowadzenie testów dyskryminacyjnych można w ogóle 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. W tym znaczeniu raczej trudno by się zgodzić ze stanowiskiem, że np. sprawdzenie poprzez test dyskryminującej praktyki pracodawcy jest praktyką bezprawną, naruszającą jego sferę praw podmiotowych.

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 kontradiktoryjności, umożliwiającej sądowi wykluczenie dowodów niewiarygodnych oraz uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem<sup>27</sup>. Co prawda na stronach ciąży obowiązek udowodnienia faktu, z którego wywodzą skutki prawne, to w odniesieniu do spraw o dyskryminację ma 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. Zasada swobodnej oceny dowodów oznacza, że wszelkie zdarzenia i stany faktyczne, które są ważne dla danej sprawy, mogą podlegać dowodzeniu. Sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Ponadto sędzia ocenia materiał dowodowy z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie w ocenie ich mocy i wiarygodności<sup>28</sup>. Przepis ten przyznaje sędziemu znaczny luz decyzyjny w ocenie materiału dowodowego, który, co warto podkreślić, z jednej strony może nieść pewne ograniczenia, z drugiej jednak daje przestrzeń do ewentualnego przyjęcia dowodu z testu dyskryminacyjnego.

Poza tym, zgodnie z obowiązującymi przepisami 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 wcześniej wspomniana zasada swobodnej oceny dowodów. Zatem sąd teoretycznie mógłby dopuścić dowód z nagrania, na którym utrwalona zostałaby np. rozmowa telefoniczna w sprawie wynajmu mieszkania, podczas której właściciel odmawia zawarcia umowy z osobą o innym pochodzeniu

---

27 A. Laskowska, *Dowody w postępowaniu cywilnym uzyskane w sposób sprzeczny z prawem*, „Państwo i Prawo” nr 12/2003, s. 93.

28 *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom 1*, red. T. Ereciński, Warszawa 2007, s. 349.

etnicznym, ale już chwilę później umawia się na spotkanie z „autochtonem”, czy też nagranie rejestrujące rozmowę z selekcionerem na bramce.

W kontekście przeprowadzanych testów dyskryminacyjnych może się pojawić zarzut, że badanie takie narusza prawo do prywatności (np. prywatnego najemcy czy nawet pracodawcy). Taki argument był podnoszony w trakcie debaty, jaka miała miejsce w Belgii, o czym była mowa wcześniej<sup>29</sup>. 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). 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.

#### **4. Noc Testów i co dalej..**

Pierwotnie technika testów rozwinęła się jako narzędzie służące sprawdzeniu zgodności określonych zachowań z prawem, jednak może być także używana jako metoda ewaluacji skuteczności prawa antydyskryminacyjnego, czy wręcz polityki równościowej państwa. Jak pokazuje doświadczenie innych państw testy dyskryminacyjne w indywidualnych sprawach okazały się doskonałym sposobem wykrywania dyskryminacji, szczególnie jej subtelnych, bardziej zawaolowanych form, w tym dyskryminacji pośredniej. Metoda testów niesie pewne ograniczenia, gdyż nie może być stosowana w przypadku nierównego traktowania w zatrudnieniu od momentu zawarcia umowy o pracę np. w dostępie do awansów, szkoleń, ustalania warunków zatrudnienia. Natomiast świetnie się sprawdza przy badaniu dyskryminacji w dostępie do usług, co udowodnił marcowy test. Warto podkreślić, że w Polsce, choć brak jest 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 nie wydaje się niemożliwe. Testy w polskich klubach nocnych pokazały, że istnieje potrzeba upowszechniania tej metody, jej stosowania, a następnie wykorzystywania przed sądem. Być może w tej chwili wydaje się to jeszcze mało realne, gdyż tego typu spraw na sądowych wokandach jak dotąd nie było, ale w kontekście dostępnych narzędzi, jakie oferuje prawo, ich użycie wydaje się być tylko kwestią czasu i praktyki. Mamy bowiem zasadę wolności dowodowej, otwartego katalogu środków dowodowych

---

<sup>29</sup> V. van der Plancke, *Les tribulations du testing en Belgique; quels enseignements?*, « Horizons stratégiques », nr 5/2007, s. 4–5.

i swobodnej oceny dowodów. W tej ostatniej kwestii niezwykle istotna jest rola sądu. To od jego wiedzy, kultury prawnej, doświadczenia i intuicji będzie zależeć, czy w danej sprawie zostanie dopuszczony dowód z testu. Choć w polskim systemie nie obowiązuje prawo precedensowe, jednak sędziowie orzekają w oparciu o przyjętą przez inne sądy linię orzeczniczą 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. Choć w tej chwili są to rozważania teoretyczne, nic nie stoi na przeszkodzie by ofiara dyskryminacji, której przykładowo odmówiono wstępu do klubu nocnego tylko dlatego, że była innego koloru skóry i „nie pasowała” do danego miejsca, złożyła w sądzie pozew o odszkodowanie, a dysponując rezultatami przeprowadzonego testu wsparła nimi swoje powództwo.

Za treść publikacji odpowiada Instytutu Spraw Publicznych, poglądy w niej wyrażone nie odzwierciedlają oficjalnego stanowiska Unii Europejskiej

Projekt: „Polskie Forum Integracyjne II” jest współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu na Rzecz Integracji Obywateli Państw Trzecich oraz z budżetu państwa.



Copyright by Fundacja Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2011.

Przedruk materiałów Instytutu Spraw Publicznych w całości lub części możliwy jest wyłącznie za zgodą Instytutu.

Cytowanie oraz wykorzystanie danych empirycznych dozwolone jest z podaniem źródła.

Instytut Spraw Publicznych

ul. Szpitalna 5 lok. 22

00-031 Warszawa

tel. +48 022 556 42 99, fax +48 022 556 42 62

e- mail: [isp@isp.org.pl](mailto:isp@isp.org.pl), [www.isp.org.pl](http://www.isp.org.pl)