



**DYSKRYMINACJA INTERSEKCYJALNA W ŚWIETLE ORZECZNICTWA
TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ.
KILKA UWAG WOKÓŁ WYROKU W SPRAWIE PARRIS (C-443/15)**

1. Uwagi wstępne

W lipcu 2018 roku minęło dziesięć lat od przedstawienia przez Komisję Europejską oraz przegłosowania przez Parlament projektu nowej dyrektywy dt. równego traktowania, tzw. „dyrektywy horyzontalnej”¹. Od przeszło dziesięciu lat trwa zatem impas związany z oporem państw członkowskich, których niechęć stanowi skuteczną blokadę dla rozwoju tej gałęzi prawa wspólnotowego². Pomimo tego, że część państw wprowadziła i wprowadza do swoich systemów prawnych coraz dalej idące innowacje w zakresie prawa antydyskryminacyjnego, a organizacje pozarządowe wskazują na konieczność wypełnienia istniejących w wyniku braku odpowiedniej harmonizacji luk³, to wszystko wskazuje na to, że na

* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, e-mail: ada.tyminska@student.uw.edu.pl.

¹ Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, COM (2008) 426, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52008PC0426>, 23.04.2019.

² Zaznaczam tutaj, że nie jest to pierwszy raz, kiedy unijne akty prawne, w których porusza się problem dyskryminacji czy uprzedzeń, są przedmiotem nasilonego oporu ze strony części państw członkowskich. –Na przykład przyjęcie decyzji ramowej 2008/913/WSiSW w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii nastąpiło 7 lat po przedstawieniu projektu, a efektem trudnych negocjacji jest jej bardzo mocno kompromisowy charakter; A. Śledzińska-Simon, *Decyzja ramowa w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii jako trudny kompromis wobec mowy nienawiści w Unii Europejskiej*, [w:] *Mowa nienawiści a wolność słowa*, red. R. Wieruszewski i in., Warszawa 2010, s. 101–113.

³ Por. np. wspólne stanowisko organizacji pozarządowych Age Platform Europe, The European Disability Forum, The European Women’s Lobby, ILGA-Europe, IGLYO oraz Transgender Europe wydane w 10 lat po przedstawieniu projektu dyrektywy, https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/final_horizontal_directive_statement_10th_anniversary.pdf, 23.04.2019.

poziomie legislacyjnym na zmiany przyjdzie jeszcze poczekać. W takiej sytuacji, uwaga osób oczekujących rozwoju owej gałęzi prawa unijnego zwraca się ku orzecznictwu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Jednym z nowatorskich rozwiązań proponowanych w projekcie nowej dyrektywy antydyskryminacyjnej, COM (2008) 426, było wskazanie na konieczność wyróżnienia zjawiska określonego mianem „dyskryminacji wielokrotnej” (*multiple discrimination*). Ta wzmianka wskazuje na rosnącą świadomość o teorii interseksjonalności, która powstała na przecięciu krytycznej teorii feministycznej oraz krytycznej teorii rasy (*Critical Race Theory, CRT*)⁴. Opiera się ona na założeniu, że osoby, które posiadają więcej niż jedną cechę mogącą stać się podstawą dyskryminacji są bardziej narażone na wykluczenie, co więcej, że właśnie nałożenie się cech, czy też inaczej mówiąc: ich krzyżowanie się, generuje uprzedzenia przewyższające swoją dotkliwością sumę pojedynczych⁵. W przypadku aktu dyskryminacji skierowanego przeciw takiej osobie, nie sposób rozstrzygnąć, w którym momencie dotyczy on jednej, a w którym drugiej z cech. Tego rodzaju refleksja koresponduje z eksplorowanymi w naukach humanistycznych i społecznych kwestiami wielopoziomowości tożsamości⁶. W tym kontekście dostrzeżenie kwestii nakładania się i krzyżowania cech będących podstawą wykluczenia, wydaje mi się jednym z najistotniejszych wątków refleksji nad przyszłością prawa antydyskryminacyjnego⁷.

⁴ Podstawowym założeniem Krytycznej Teorii Rasy jest to, że rasa jest konstruktem społeczno-kulturowym, który od początku służył usprawiedliwianiu przemocy jednej grupy ludzi w stosunku do drugiej. W jej wytwarzaniu dwuznaczna rola przypada prawu, które przez setki lat legitymizowało ów porządek, w związku z tym, w zakresie jurysprudencki, przedstawiciele krytycznej teorii rasy dokonują rewizji przeszłych i istniejących instytucji prawnych, pod kątem zawartych w nich przejawów zinstytucjonalizowanego rasizmu; por. na początek np. R. Delgado, J. Stefancic, *Critical Race Theory: An Annotated Bibliography*, VirLR 1993, t. 79, s. 461–516. W niniejszym artykule, zgodnie z podzielanym przeze mnie przekonaniem o społeczno-kulturowym charakterze koncepcji rasy w tekście głównym pojęć „rasa” oraz „rasowy” używać będę w cudzysłowie – wyjątkami będą przytaczane tytuły aktów prawnych oraz ich fragmenty, a także nazwa „krytyczna teoria rasy”, która jest nazwą własną i dystansowanie się od niej uważam za nieuprawnione.

⁵ K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, UChLJ 1989, s. 139–167.

⁶ *The Status of Evidence: A Roundtable*, PMLA 1996, vol. 111 no 1, s. 27.

⁷ P. Uccellari, *Multiple Discrimination: How Law can Reflect Reality*, ERR 2008, vol. I, s. 27–29.

Nawiasem mówiąc, choć na podstawie powyższej definicji wydawać by się mogło, że jest to problem abstrakcyjny i czysto doktrynalny, to w praktyce stanowi on zjawisko zaskakująco powszechne. Żeby dokonać jego konceptualizacji, wystarczy pomyśleć choćby w jaki sposób różni się, co do zasady, traktowanie przez prawo oraz instytucje ubogiego z Czechenii oraz bogatego przedsiębiorcy z Chin, który dodatkowo posiada jeszcze brytyjski paszport (skrzyżowanie przesłanek pozycji ekonomicznej oraz pochodzenia). Albo pomyśleć o tym, z jak bardzo dużą częstotliwością osoby stosujące w dyskursie publicznym mowę nienawiści jednym tchem wymieniają migrantów, mniejszości seksualnej feministki⁸. W takich przypadkach nie sposób orzec, w którym miejscu kończy się jedna, a zaczyna druga podstawa wykluczenia, a różnorodność ludzkich historii nie pozwala skutecznie przewidzieć enumeratywnego katalogu typów takiego krzyżowania się.

Celem niniejszego tekstu jest prześledzenie tego, w jaki sposób Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej traktuje w swoim orzecznictwie sytuacje naruszenia przepisów prawa antidyskryminacyjnego, w której istnieje więcej niż jedna potencjalna podstawa dyskryminacji. Będę starała się przyjrzeć temu w jaki sposób albo czy w ogóle, wyroki w takich sprawach odzwierciedlają założenia teorii intersekcjonalności, oraz czy możliwe jest odnalezienie w nich jakiejś tendencji. Na podstawie wstępnej analizy przedmiotu wydaje mi się, że Trybunał Sprawiedliwości w swoich orzeczeniach stopniowo zbliżał się do uznania, choć nigdy *explicite* tego nie wyraził, że tego rodzaju sytuacje wymagają innego potraktowania, niż przypadki, w których podstawą nierównego traktowania jest tylko jedna cecha. Przynajmniej do czasu orzeczenia w sprawie C-443/15 *David L. Paris v. Trinity College Dublin i in.*, w ramach którego odmówiono dyskryminacji intersekcjonalnej miejsca we wspólnotowym porządku prawnym.

Zanim przejdę do omawiania orzecznictwa pierwszą część niniejszego artykułu poświęcę na bardziej pogłębiony opis tego, co w teoriach

⁸ Odsyłam np. do raportu z monitoringu ubiegłorocznych wyborów samorządowych przeprowadzonego przez Helsińską Fundację Praw Człowieka pod kątem ksenofobii i nienawiści w stosunku do cudzoziemców: *Migranci, uchodźcy, ksenofobia*, Warszawa 2018, http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2018/12/Kampania_raport_2.pdf, 23.04.2019.

krytycznych rozumie się przez dyskryminację intersekcyjną (krzyżową)⁹. Następnie w części drugiej przyjrzą się śladom tej teorii, które zrekonstruować można w niektórych aktach prawa Unii Europejskiej. W części trzeciej przeanalizują pod tym kontem w orzecznictwie TSUE. Część czwarta poświęcona będzie omówieniu orzeczenia w sprawie *Parzis*, a część piąta to podsumowanie.

I. Teoria dyskryminacji intersekcyjnej

Wyróżnienie problemu intersekcyjności jest możliwe jedynie przy przyjęciu konkretnego modelu zwalczania dyskryminacji, który określane mianem modelu sprawiedliwości grupowej (*social disadvantage*). W przeszłości częściej odwoływano się do modelu formalnego, który, na wzór arystotelesowskiej formuły, nakazywał traktowanie podobnie rzeczy, które są podobne, a tych, które nie są podobne, różnie, proporcjonalnie do poziomu ich zróżnicowania. Współcześnie natomiast coraz większą popularność zyskuje podejście, według którego dostrzega się również społeczne uwarunkowania wykluczenia oraz jego grupowy wymiar¹⁰. Jak podkreśla na przykład P. Yap, arystotelesowska zasada ma charakter tautologii, stanowiąc swego rodzaju „błędne koło”. Nie daje ona bowiem odpowiedzi na pytania, co to znaczy być podobnym i w jaki sposób można owo podobieństwo oceniać. W związku z tym, raczej niż dawać odpowiedzi, wymaga ona przyjęcia szeregu założeń etycznych, a ocena podobieństwa może różnić

⁹ W dalszej pracy, zamiennie stosować będą określenia „dyskryminacja krzyżowa” oraz „dyskryminacja intersekcyjna” – pojawić się może również „dyskryminacja wielokrotna”, którego stosowanie jest dość częstą praktyką instytucji monitorujących ten problem; por. np. raport FRA EU-MIDIS, *Data in Focus Report. Multiple Discrimination* z 2009 roku, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1454-EU_MIDIS_DiF5-multiple-discrimination_EN.pdf, 23.04.2019. Dość często przywoływany przez organizacje pozarządowe z różnych państw raport przygotowany pierwotnie dla Ministerstwa Spraw Zagranicznych Finlandii w 2002 roku wyróżnia „dyskryminację krzyżową/intersekcyjną” (*intersectional discrimination*) jako jeden z rodzajów „dyskryminacji wielokrotnej” (*multiple discrimination*), charakteryzujący się tym, że nie daje się zredukować do „sumy” doświadczeń wynikających z przynależności do różnych grup, lecz tworzy specyficzny dla danej intersekcji system. T. Makkonen, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experience of the Most Marginalized to the Fore*, Turku 2002, s. 9–11, <https://www.abo.fi/wp-content/uploads/2018/03/2002-Makkonen-Multiple-compound-and-intersectional-discrimination.pdf>, 23.04.2019.

¹⁰ P. Yap, *Four Models of Equality*, LLAICLR 2005, t. 63, s. 63–64.

się w zależności od tego, jaką jego koncepcję reprezentują poszczególne osoby¹¹. Ponadto, w pewnych sytuacjach trudności praktyczne wywoływać może konieczność zidentyfikowania osoby „komparatora”, podobnego, z którym można byłoby dokonywać porównań.

Model sprawiedliwości grupowej, zwany również między innymi modelem faworyzacji wyrównawczej, zakłada, że dyskryminacja nie wyczerpuje się jedynie w jakiejś relacji między dyskryminującym a dyskryminowanym, a jest raczej przejawem panujących w społeczeństwie relacji władzy. Źródłem takiej dyskryminacji jest bowiem przede wszystkim systemowe wykluczenie jakiejś grupy oparte o przypisywane jej jako „naturalne” i przyrodzone cechy o charakterze stereotypowym¹². Takie podejście nakazuje w każdej indywidualnej sprawie brać pod uwagę również szeroki kontekst społeczny, czy wręcz społeczno-kulturowy, i traktować jednostki jako członków i członkinie grup, którym przypisuje się jakąś „różnicę”. Rolą prawa antydyskryminacyjnego jest więc w tej koncepcji nie tylko redukcja pojawiających się punktowo nierówności, ale raczej wyrównywanie szans grup poprzez umożliwianie jednostkom przekroczenia stereotypowych oczekiwań dyskryminującego ją społeczeństwa¹³. Na skrzyżowaniu owych grup znajdują się osoby wykluczane z uwagi na więcej niż jedną cechę, w przypadku których różne stereotypy nakładają się i w praktyce niemożliwym jest wyznaczenie jakichkolwiek granic pomiędzy podstawami dyskryminacji.

Jak już wspomniano, teoria intersekcjonalności narodziła się przez skrzyżowanie krytycznej teorii feministycznych oraz krytycznej teorii rasy, jako dziecko trzeciej fali feminizmu, która zakładała dopuszczenie również mniejszościowych głosów kobiet, tj. spoza uprzywilejowanej białej klasy średniej¹⁴. Za jej początek, a także symboliczny początek czarnego

¹¹ Tamże, s. 69.

¹² Por. np. W. Klaus, A. Winiarska, *Dyskryminacja i nierówne traktowanie jako zjawisko społeczno-kulturowe*, „Studia BAS” 2011, nr 2 (26), s. 9–40.

¹³ D. Schiek, *Organizing EU Equality Law Around the Nodes of 'Race', Gender and Disability*, [w:] *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality. Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability*, ed. A. Lawson, D. Schiek, Farnham 2011, s. 21.

¹⁴ Pozostając w tym nurcie, zainteresowanym polecić należy np. książkę P. Hill Collins, *Black Sexual Politics: African Americans, Gender and the New Racism*, New York 2005.

feminizmu, uznaje się publikację w 1989 roku przez K. Crenshaw, wykładownicę prawa z UCLA, artykułu pt. *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*¹⁵. Na jego łamach autorka dokonuje zestawienia wielowymiarowego doświadczenia wykluczenia¹⁶, jakie jest udziałem, w tym wypadku, czarnoskórych kobiet z jednowymiarowymi, „płaskimi” ustaleniami prawa antydyskryminacyjnego. Jak zauważa:

„Discrimination against a white female is thus the standard sex discrimination claim; claims that diverge from this standard appear to present some sort of hybrid claim. More significantly, because Black females’ claims are seen as hybrid, they sometimes cannot represent those who may have ‘pure’ claims of sex discrimination. The effect of this approach is that even though a challenged policy or practice may clearly discriminate against all females, the fact that it has particularly harsh consequences for Black females places Black female plaintiffs at odds with white females”¹⁷.

K. Crenshaw krytykuje więc „tradycyjne”, normatywne podejście do dyskryminacji, którego odgórną orientacja (wytwarzanie „modelowych”, standardowych obrazów poszczególnych rodzajów dyskryminacji) eliminuje z pola widzenia przypadki, które od takiej normy czy modelu odbiegają. Postulat intersekcjonalności oznacza więc przyjęcie perspektywy oddolnej, opartej na analizie sytuacji społecznej grup narażonych, ale również jednostek, których wielowymiarowa tożsamość wymaga indywidualnego podejścia¹⁸. Wydaje się ona w większym stopniu być zbieżna z rzeczywistością, w której na tożsamość jednostek składa się cały wachlarz różnorodnych cech, których nie sposób od siebie oddzielić. Respektowanie, umożliwienie pielęgnacji tych partykularnych identyfikacji wydaje się

¹⁵ Por. przyp. 5; oczywiście, już wcześniej istniało przeczucie, podzielane przez czarnoskóre feministki, że ich sytuacja różni się znacznie od sytuacji białych – np. w 1977 roku Combahee River Collective opublikował *A Black Feminist Statement*, na łamach którego dyskutowano sytuację czarnoskórych kobiet lesbijek, <https://monthlyreview.org/2019/01/01/a-black-feminist-statement/>, 23.04.2019.

¹⁶ O niedostępności zrozumienia doświadczenia wykluczenia przez przedstawicieli grup uprzywilejowanych pisze R. Eddo-Lodge w: *Dlaczego nie rozmawiam już z białymi o kolorze skóry*, przeł. A. Sak, Kraków 2018.

¹⁷ Tamże, s. 145.

¹⁸ Tamże, s. 166–167.

być jednym z warunków koniecznych dla pełnej realizacji zasady ochrony godności osoby ludzkiej¹⁹.

Rozumiane już uniwersalnie, w oderwaniu od prezentowanego przez K. Crenshaw *case study* czarnoskórych kobiet²⁰, pojęcie intersekcyjności, czy krzyżowania się podstaw dyskryminacji, jest stosowane również w obrębie prac tych przedstawicieli doktryny prawa Unii Europejskiej, którzy zajmują się prawem antydyskryminacyjnym²¹. Niezależnie od dyskusji nad kształtem nowej dyrektywy, rośnie świadomość tego, że zamknięte katalogi, które enumeratywnie wyróżniają „uprzywilejowane” cechy będące przesłankami dyskryminacji, a pomijają inne, nie odpowiadają rzeczywistości. Ponadto zawierają w sobie ukryte założenie, że oceniając stan faktyczny, jest się w stanie ocenić, czy i w jakim stopniu jedna, sztucznie wyabstrahowana cecha była przyczyną konkretnego zachowania. Praktyczne znaczenie dyskryminacji krzyżowej zostało rozpoznawane również przez instytucje unijne²², o czym świadczy chociażby poświęcenie raportu Agencji Praw Podstawowych z 2009 roku właśnie

¹⁹ W. Jedlecka, *Godność człowieka jako podstawa aksjologiczna porządku prawa Unii Europejskiej*, [w:] *Współczesne koncepcje ochrony godności i praw podstawowych*, Wrocław 2013, s. 167–168.

²⁰ Ciekawe w tym kontekście wydają się obserwowane przede wszystkim w państwach Europy Zachodniej dyskusje dotyczące noszenia hidżabów i nikabów przez młode muzułmanki uczęszczające do szkół publicznych (por. np. S. Fehr, *Intersectional Discrimination and the Underlying Assumptions in the French and German Headscarf Debates: An Adequate Legal Response?*, [w:] *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality*, s. 111–124). Podobnie jak w przypadku czarnoskórych kobiet, również i w tym wypadku jest na nie projektowany pewien zewnętrzny model emancypacji, oparty o doświadczenie dyskryminacji typowe dla kobiet pochodzących z kultur o korzeniu chrześcijańskim, podczas gdy w przypadku części młodych muzułmanki świadoma i dobrowolna decyzja o noszeniu hidżabu jest aktem politycznego sprzeciwu (por. np. B. Koyuncu Lorasdagı, *The Headscarf and Emancipation in the Netherlands*, „Feminism and Psychology”, nr 19, 2009, s. 328–334). Szczególnie jaskrawo widać to w przypadku kobiet pochodzących z Tadżykistanu, kraju rządzonego przez antyislamską dyktaturę, w przypadku których akt założenia takiego nakrycia głowy wiąże się z konsekwencjami o charakterze prześladowań z pobudek religijno-politycznych, por. np. skrócony raport Amnesty International z przestrzegania praw człowieka w Tadżykistanie w 2018 roku, <https://www.amnesty.org/en/countries/europe-and-central-asia/tajikistan/report-tajikistan/>, 23.04.2019.

²¹ Por. np. przywoływany już tom opublikowany pod red. A. Lawson i D. Schiek, pt. *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality. Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability*, Farnham 2011, a także: B. Cooper, E. Grabham i in., *Intersectionality and Beyond: Law, Power and the Politics of Location*, London 2009.

²² J. Mulder, D. Schiek, *Intersectionality in EU Law: A Critical Re-appraisal*, [w:] *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality*, s. 259, 261.

temu problemowi²³. Jakkolwiek pozycja tego pojęcia nie jest jeszcze dostatecznie mocna by z dziedziny teorii oraz metodologii badań, przeniosło się ono do aktów prawa Unii Europejskiej, w którym obecnie możemy jedynie rekonstruować ślady świadomości tego problemu.

II. Intersekcjonalność w aktach prawnych Unii Europejskiej

Jednym z nielicznych aktów prawa międzynarodowego, który wprost odnosi się do dyskryminacji intersekcjonalnej, jest Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych z 2006 roku²⁴. Choć należy ona pierwotnie do systemu prawa Narodów Zjednoczonych to ma ona znaczenie dla dalszego wyводу o tyle, że została ona w 2010 roku ratyfikowana przez Unię Europejską²⁵. W artykule 6 Konwencji, zatytułowanym „Niepełnosprawne kobiety”²⁶, podkreśla się odrębność sytuacji kobiet i dziewcząt z niepełnosprawnością, które narażone są na wykluczenie w sposób szczególny, różny zarówno od pełnosprawnych kobiet, jak i mężczyzn z niepełnosprawnością. Tym samym Konwencja wprowadza jeden z typów dyskryminacji krzyżowej do systemu prawnego państw-stron, które, choć nie są zobowiązane do stosowania w swoich ustawach tego pojęcia, powinny zdawać sobie sprawę i wyciągać konsekwencje faktyczne z istnienia tego problemu. Naturalnie, obowiązek ten dotyczy również Unii Europejskiej, która od czasu ratyfikacji stanowi stronę Konwencji.

Warto w tym miejscu zauważyć, że w 2016 roku Komitet ds. Praw Osób z Niepełnosprawnościami opublikował komentarz generalny,

²³ Por. przyp. 9.

²⁴ Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzona w Nowym Jorku dnia 13 grudnia 2006 r., (Dz.U. Nr 2012, poz. 1169).

²⁵ Por. również: Decyzja 2010/48/WE w sprawie zawarcia przez Wspólnotę Europejską Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawach osób niepełnosprawnych, która zawiera między innymi motyw przyjęcia przez UE Konwencji (Dz.Urz. UE L 23 z 27.01.2010, p. 35–61).

²⁶ *Artykuł 6. „Niepełnosprawne kobiety”. 1. Państwa Strony uznają, że niepełnosprawne kobiety i dziewczęta są narażone na wieloraką dyskryminację i, w związku z tym, podejmą środki w celu zapewnienia pełnego i równego korzystania przez nie ze wszystkich praw człowieka i podstawowych wolności. 2. Państwa Strony podejmą wszelkie odpowiednie środki, aby zapewnić pełen rozwój, awans i wzmocnienie pozycji kobiet, w celu zagwarantowania im możliwości wykonywania i korzystania z praw człowieka i podstawowych wolności ustanowionych w niniejszej Konwencji.*

dotyczący właśnie artykułu 6²⁷. O ile sam w sobie nie stanowi on oczywiście wiążącego aktu prawnego, o tyle nakreśla bardziej szczegółowe wytyczne w jaki sposób powinny być interpretowane poszczególne przepisy Konwencji. Przede wszystkim, wymienia on problemy, które w sposób szczególny dotyczą właśnie kobiet oraz dziewcząt z niepełnosprawnościami. Utrudnienia, jakie one napotykaają, dotyczą najróżniejszych sfer życia: od większego narażenia na bycie ofiarami przemocy domowej²⁸ aż po utrudnienia w dostępie do wymiaru sprawiedliwości²⁹. Część wymienionych wykluczeń dotyczy na przykład kwestii praw reprodukcyjnych, czy opieki dla kobiet, które zostają matkami – ich niewidzialności, będącej wynikiem stereotypu, który odmawia osobom z niepełnosprawnościami możliwości prowadzenia życia seksualnego³⁰. W zakończeniu, Komitet zaleca między innymi, by państwa-strony uwzględniły wyżej wymienione problemy tak przy planowaniu środków prawnych, jak i w zakresie polityk.

Artykuł 6 Konwencji pozostaje jedynym przepisem w systemie prawa Unii Europejskiej, który nawiązuje do którejkolwiek z form dyskryminacji intersekcyjnej oraz do samego zjawiska. Przepisy traktatowe, które stanowią punkt wyjścia dla antydyskryminacyjnej legislacji oraz, szerzej, polityki Unii Europejskiej, opierają się przede wszystkim na konstruowaniu katalogów cech³¹. Taka technika, choć

²⁷ General Comment No. 3 (2016) on women and girls with disabilities, 2016, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/3&Lang=en, 23.04.2019.

²⁸ Tamże, s. 9; Przemoc ta mieć może charakter między innymi przemocy seksualnej, na którą, co do zasady, bardziej narażone są kobiety, których niepełnosprawność bardzo często przekłada się na większą zależność od wykorzystujących opiekunów. Niektóre badania wskazują, że ofiarami tego typu przemocy jest 4-6% chłopców i 24% (!) dziewcząt; por. M. Karwacka, *Przemoc seksualna wobec osób z niepełnosprawnością intelektualną*, IKPS 2013, nr 2, s. 59–60.

²⁹ General comment, s. 13; chodzi tutaj w szczególności o wiązane tak z płcią żeńską, jak i niepełnosprawnością stereotypowe przekonanie o większej emocjonalności, irracjonalności osób posiadających te cechy, które miałyby nie być w stanie samodzielnie prawidłowo ocenić swojej sytuacji.

³⁰ Tamże, s. 10–11. Seksualność osób z niepełnosprawnością w ogóle, nie tylko kobiet, pozostaje w Polsce tematem tabu, który jedynie wyjątkowo przedziera się do świadomości społecznej. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest brak odpowiedniej edukacji seksualnej osób o tej cesze co skutkuje ich większym narażeniem na wykorzystanie seksualne; por. M. Hinc-Wirkus, „Upośledzony” seks, czyli o seksualności osób z niepełnosprawnością w Polsce, *CzP* 2017, nr 1, s. 27–38.

³¹ Np. art. 21 Karty Praw Podstawowych (Dz.Urz. WE 326, 26.10.2012, p. 391–407) w tym przypadku katalog ma wyjątkowo charakter otwarty.

nie wyklucza *explicite* sytuacji krzyżowania się przesłanek, związana jest raczej z mocno formalistyczną wizją rzeczywistości, w której jesteśmy w stanie wyróżnić i postawić granice między poszczególnymi cechami. Podobnie, brak jest wzmianek o formach dyskryminacji interseksyjnej w tzw. „dyrektywach płciowych” (2006/54/WE i 2004/113/WE), zajmujących się problemem nierówności zachodzących pomiędzy kobietami i mężczyznami.

W związku z tym, za wyjątkowe uznać można jednobrzmiące zapisy punktów 14 preambuły dyrektywy 2000/43/WE o równym traktowaniu osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne³² oraz pkt 3 preambuły do dyrektywy 2000/78/WE o warunkach ramowych równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy³³. Głoszą one:

„We wprowadzaniu w życie zasady równego traktowania bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne Wspólnota dąży, zgodnie z art. 3 ust. 2 Traktatu WE, do likwidacji nierówności i wspierania równego traktowania mężczyzn i kobiet, w szczególności ze względu na to, że kobiety są często ofiarami różnego rodzaju dyskryminacji.”

D. Schiek jest skłonna uznawać, że celowa wykładnia tego ustalenia przemawiałaby za istnieniem zakazu dyskryminacji krzyżowej, przynajmniej w zakresie, w jakim dotyczy ona kobiet³⁴. Podobnie, w raporcie przedstawionym w 2007 roku przez Komisję Europejską przeczytać możemy, że, przynajmniej w zakresie zatrudnienia, zwalczanie dyskryminacji wielokrotnej jest sankcjonowane przez prawo Unii Europejskiej w przypadku przesłanek: płci, wieku, „rasy”, pochodzenia etnicznego, niepełnosprawności, wyznania oraz orientacji seksualnej³⁵.

³² Dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, (Dz.Urz. WE, L 180, 19/07/2000, p. 22–26).

³³ Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz.Urz. WE, L 303, 02/12/2000, p. 16–22).

³⁴ D. Schiek, *Broadening the scope and the norms of EU gender equality law: towards a multidimensional conception of equality law*, MJECL 2005, vol. 12 no 4, s. 465, za: P. Uccellari, tamże, s. 31.

³⁵ *Tackling Multiple Discrimination Practices, policies and laws*, 2007, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=776&clangId=en>, 23.04.2019, s. 28.

Również w nieuchwalonym projekcie nowej antydyskryminacyjnej „dyrektywy horyzontalnej”, COM (2008) 426³⁶, pojawiły się wzmianki o konieczności zwalczania *explicite* dyskryminacji wielokrotnej (*multiple discrimination*). O ile w ostatecznej wersji projektu ograniczone one były jedynie do wyżej wymienionego zalecenia, o tyle wśród poprawek proponowanych przez Parlament Europejski w procesie legislacyjnym pojawiła się między innymi sugestia wprowadzenia do tekstu aktu prawnego wiążącej definicji tego zjawiska. Brzmiała ona następująco:

„Article 1 (...) 2. Multiple discrimination occurs when discrimination is based:

(a) on any combination of the grounds of religion or belief, disability, age, or sexual orientation, or (b) on any one or more of the grounds set out in paragraph 1, and also on the ground of any one or more of

(i) sex (in so far as the matter complained of is within the material scope of Directive 2004/113/EC as well as of this Directive),

(ii) racial or ethnic origin (in so far as the matter complained of is within the material scope of Directive 2000/43/EC as well as of this Directive), or

(iii) nationality (in so far as the matter complained of is within the scope of Article 12 of the EC Treaty)”³⁷

Proponowana definicja wydaje się o tyle problematyczna, że, uwzględniając problem intersekcji różnych podstaw dyskryminacji, jednocześnie wytwarza ich zamknięty katalog. Pojawia się podejrzenie, że jej wprowadzenie mogłoby odnieść efekt odwrotny od zamierzonego, w większym jeszcze stopniu wiążąc sędziów domkniętym systemem katalogów. Takie działanie spycha natomiast do sfery jeszcze większego wykluczenia sytuacje, które znajdują się poza ochroną przepisów³⁸. Wynika to oczywiście częściowo z tego, że „dyrektywa horyzontalna” dotyczyć ma dyskryminacji z powodu wyznania, niepełnosprawności, wieku oraz orientacji seksualnej, dlatego też, nie może zawierać ustaleń dotyczących pozostających poza jej zakresem przedmiotowym przesłanek płci oraz „rasy”. Niemniej

³⁶ Zob. przyp. 1.

³⁷ European Parliament legislative resolution of 2 April 2009 on the proposal for a Council directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, Dz.Urz. UE L 137/68 z 27.5.2010, p. 68–87.

³⁸ J. Mulder, D. Schiek, *Intersectionality...*, s. 260.

jednak, nawet przy uwzględnieniu tego zastrzeżenia, należałoby postulować równoległe wprowadzenie odpowiednich przepisów dotyczących związków cech pochodzenia „rasowego”, etnicznego oraz płci w celu uniknięcia groźnej luki prawnej³⁹.

III. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przed wyrokiem w sprawie *Parris*

Żeby dobrze zrozumieć znaczenie orzeczenia w sprawie *Parris* nieodzowne jest uprzednie przyjrzenie się poprzedzającym go orzeczeniom Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE, Trybunał), w których występują nawiązania do dyskryminacji interseksyjnej. Niewątpliwie, bardzo często napotkać można stany faktyczne, w których da się wyróżnić więcej niż jedną przesłankę dyskryminacyjną. Co do zasady w takich wypadkach Trybunałowi wystarczyła analiza sprawy pod kątem jednej, wyróżnionej przesłanki⁴⁰. Tak było na przykład w przypadku bardzo istotnego dla rozwoju prawa Unii Europejskiej wyroku w sprawie *Kücükdereci* (C-555/07)⁴¹. W swoim rozstrzygnięciu TSUE odniósł się jedynie do dyskryminacji ze względu na wiek, co w tym przypadku okazało się formalnie wystarczające. Ten wybór oznaczał jednak pominięcie ewentualnej analizy pod kątem innych cech, które mogłyby być powodem dyskryminacji, to znaczy płci oraz pochodzenia etnicznego. Podejście takie jest do pewnego stopnia uzasadnione przesłankami ekonomiki procesu oraz prostoty rozwiązania⁴². Spojrzenie z perspektywy interseksyjnej wykracza natomiast poza czysto formalne wyrównywanie szans i wymaga każdorazowej refleksji nad szerszym kontekstem społeczno-kulturowym, którego stosunek do *aquis communautaire* nie jest przecież jednoznaczny.

³⁹ Zwłaszcza, że w założycielskim tekście K. Crenshaw krzyżowanie się przesłanki rasy oraz płci legło u podstaw całej teorii interseksyjnej; por. pkt 1.

⁴⁰ D. Schiek, *Organizing EU Equality Law Around the Nodes of 'Race', Gender and Disability*, [w:] *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality*, s. 16–17.

⁴¹ Wyrok TS z 19 stycznia 2010 roku, C-555/07 *Seda Küçükdeveci przeciwko Swedex GmbH & Co. KG*. (ECLI:EU:C:2010:21).

⁴² Por. krytyczne wobec przydatności teorii interseksyjności stanowisko J. Squires'a, wyrażone w *Intersecting inequalities: Reflecting on the subjects and objects of equality*, PQ 2008, nr 79, s. 53–61.

Analogiczna jednowymiarowość charakteryzowała orzeczenie TSUE w sprawie *Coleman* (C-303/06)⁴³. Skarżącą była w tym wypadku Sharon Coleman, matka dziecka z niepełnosprawnością, która pracowała jako sekretarka w firmie Attridge Law. Pracodawca, oskarżając ją o manipulację czasem pracy i zasłanianie się przy tym stanem zdrowia swojego dziecka, narzucał coraz trudniejsze warunki zatrudnienia. W końcu Coleman została zwolniona i to właśnie bezprawność tego zwolnienia, uznano przez nią za akt dyskryminacji jej jako matki dziecka z niepełnosprawnością, stanowiła przedmiot skargi przed TSUE.

Wyrok ten był niezwykle istotny dla rozwoju prawa antydyskryminacyjnego Unii Europejskiej. Był on bowiem pierwszym rozstrzygnięciem, w którym Trybunał potwierdził istnienie zjawiska wykluczenia przez asocjację (*discrimination by association*). W sprawie tej uznano, że pani Coleman doznała w miejscu pracy molestowania ze względu na niepełnosprawność jej syna. Jak podniósł TSUE w punkcie 43 rozstrzygnięcia:

„Tym samym okoliczność, że dyrektywa 2000/78 zawiera przepisy mające na celu uwzględnienie szczególnych potrzeb osób niepełnosprawnych, nie pozwala na wysnucie wniosku, że zasada równego traktowania, którą ustanawia, powinna być interpretowana w sposób ścisły, to znaczy zakazujący wyłącznie dyskryminacji bezpośredniej ze względu na niepełnosprawność i obejmujący wyłącznie same osoby niepełnosprawne. Ponadto motyw szósty tej dyrektywy, przywołując Wspólnotową kartę socjalnych praw podstawowych pracowników, odnosi się zarówno do walki z dyskryminacją we wszystkich jej postaciach, jak i do potrzeby podjęcia właściwych działań na rzecz integracji społecznej i gospodarczej osób niepełnosprawnych.”

Rozumowaniu Trybunału w tej sprawie nie zabrakło intelektualnej subtelności, a wprowadzenie koncepcji dyskryminacji przez asocjację uznać należy za jeden z ważniejszych etapów rozwoju prawa dotyczącego równego traktowania. Trybunał pominął jednak całkowicie potencjalny problem nakładania się dwóch różnych przesłanek. Strony i sędziowie nie zwrócili bowiem *explicite* uwagi na ewentualność, że wymiar dyskryminacji mógł wynikać również z faktu, iż Coleman była

⁴³ Wyrok TS z dnia 17 lipca 2008 r., C-303/06 *Sharon Coleman przeciwko Attridge Law i Steve Law*: (ECLI:EU:C:2008:415).

matką, a zatem kobietą⁴⁴. Pominięcie to jest o tyle istotne, że eliminuje ono ze stanu faktycznego istniejący kontekst społeczny związany z tym, że to po kobietach-matkach społeczeństwo spodziewa się sprawowania opieki nad dzieckiem, nie tylko w wypadku niepełnosprawności. To z kolei prowadzi do osłabienia ich pozycji na rynku pracy oraz do licznych zachowań o charakterze dyskryminacyjnym⁴⁵.

Nieco inaczej mają się okoliczności w sprawie *Meister* (C-415/10)⁴⁶, w której przedmiotem rozważania Trybunału było prawo osoby, która uważa się za dyskryminowaną w procesie rekrutacji pracowniczej w szczególności w zakresie zapoznania się z dokumentacją jej dotyczącą. Skarga dotyczyła Galiny Meister, niemieckiej inżynierki pochodzenia rosyjskiego, która starała się o posadę informatyka w firmie Speech Design. Jej kandydatura została odrzucona bez przeprowadzenia rozmowy kwalifikacyjnej, a niedługo potem wspomniana spółka zamieściła ogłoszenie o poszukiwaniu pracownika o treści analogicznej do poprzedniego. Po raz kolejny jednak Meister nie została zaproszona na rozmowę, a jej kandydatura została odrzucona bez jakiejkolwiek informacji. Firma odmówiła jej także dostępu do dokumentacji procesu rekrutacji. W rozstrzygnięciu Trybunał przychylił się do stanowiska, że w tym wypadku nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania. Decyzję o ewentualnym dostępie do tego rodzaju dokumentów powierzył on sądowi państwa członkowskiego w ramach trwającego już postępowania.

TSUE powstrzymał się w tej sprawie od oceny tego, czy w tym wypadku ewentualną przesłanką dyskryminacji miałyby być plec czy

⁴⁴ T. Degener, *Intersections between Disability, Race and Gender in Discrimination Law*, [w:] *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality*, s. 42.

⁴⁵ Porównawczo zob. np. A. A. Reuter, *Subtle but Pervasive: Discrimination Against Mothers & Pregnant Women in the Workplace*, *FULJ* 2006, vol. 33 no 5, s. 101–150. O warunkach polskich, np.: komunikat z badań CBOS pt. *Polityka państwa wobec rodziny oraz dyskryminacja w miejscu pracy kobiet w ciąży i matek małych dzieci*, 2006, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2006/K_038_06.PDF, 23.04.2019. Szerzej, pozakademiesko wspomnieć należy o wydanym bardzo niedawno reportażu J. Hołuba pt. „*Żeby umarło przede mną*”. *Oponieści matek niepełnosprawnych dzieci*, Wołowiec 2018, nabierającego szczególnej siły wyrazu zwłaszcza jeśli przypomnieć sobie niedawny protest rodziców osób z niepełnosprawnością w Sejmie.

⁴⁶ Wyrok TS z dn. 19 kwietnia 2012 roku, C-415/10 *Galina Meister przeciwko Speech Design Carrier Systems GmbH* (ECLI:EU:C:2012:217).

pochodzenie Meister, czy też może obie te cechy naraz. Cytując punkt 42 wyroku:

„Tak więc to sąd krajowy powinien upewnić się, że odmowa udzielenia informacji przez Speech Design, w ramach przedstawienia faktów, które pozwalają domniemywać istnienie bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji wobec G. Meister, nie zagraża realizacji celów, do których dążą dyrektywy 2000/43, 2000/78, a także 2006/54. Powinien on w szczególności wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym, aby ustalić, czy istnieją wystarczające wskazówki dla przyjęcia, że fakty pozwalające domniemywać istnienie takiej dyskryminacji zostały udowodnione.”

Trybunał, unikając decyzji dotyczącej się tego, którą z przesłanek przyjął za „przeważającą”, odwołał się zatem zarówno do dyrektywy 2000/43/WE⁴⁷, dotyczącej równego traktowania osób o różnorodnym pochodzeniu „rasowym” lub etnicznym, jak i do poświęconej wyrównywaniu szans między kobietami a mężczyznami na rynku pracy dyrektywy 2006/54/WE⁴⁸. Ponadto, wskazuje on, że ochrona jednostki przed dyskryminacją powinna wykraczać poza formalnie ujmowanie minimum, ale stanowić efektywne i całościowe narzędzie⁴⁹. Na podstawie tych dwóch argumentów byłabym skłonna wnioskować, że Trybunał niebezpośrednio otworzył tym samym drzwi dla dalszego rozwoju linii orzeczniczej związanej z rozpoznaniem dyskryminacji wielokrotnej⁵⁰. Z tym większą ciekawością oczekiwać można było rozwoju sytuacji i kolejnego wyroku, w którym TSUE zająłby się problemem

⁴⁷ Zob. przyp. 32.

⁴⁸ Dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy, Dz.Urz. WE, L 204, 26.7.2006, p. 23–36.

⁴⁹ Por. publikację Komisji Europejskiej, pt. *The Evolution and Impact of the Case-Law of the Court of Justice of the European Union on Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, 2012, s. 5, <https://www.ehu.eu/documents/2007376/2226923/The+evolution+and+impact+of+the+case-law+of+the+Court+of+Justice+of+the+European+Union>, 23.04.2019.

⁵⁰ M. Jonker, *Comparators in multiple discrimination cases: a real problem or just a theory?*, [w:] *Equality and Human Rights: Nothing But Trouble?*, ed. M. van der Brink, S. Burri, J. Goldschmidt, Utrecht 2015, s. 214–216.

intersekcjonalności dyskryminacji. Takim rozstrzygnięciem było właśnie orzeczenie w sprawie C-443/15 *Parris*⁵¹.

IV. Wyrok w sprawie C-443/15 *David L. Parris v Trinity College Dublin and Others*

Przedmiotem skargi Davida L. Parrisa były przepisy emerytalne panujące w jego miejscu pracy, a zatem Trinity College w Dublinie, którym zarzucał on charakter dyskryminacyjny w stosunku do homoseksualnych osób starszych. Omawiane przepisy przewidywały świadczenia przysługujące beneficjentowi po śmierci małżonka lub zarejestrowanego partnera, pod tym jednak warunkiem, że związek taki został zalegalizowany przed ukończeniem przez małżonków/partnerów 60-ego roku życia. Wystarczyło jednak by chociaż jedno z nich osiągnęło określony wiek, a świadczenie nie mogło zostać wypłacone. Uczelnia wskazywała na konieczność zabezpieczenia osób starszych przed oszustwami a także zapobiegania ewentualnym manipulacjom. Parris jako osoba homoseksualna od wielu lat pozostawał w stałym, lecz niezarejestrowanym, związku ze swoim partnerem. Powodem braku rejestracji był brak odpowiednich przepisów w Irlandii, w której na stałe zamieszkiwali⁵². Partnerzy, jako osoby o podwójnym obywatelstwie, w końcu zdecydowali się na zawarcie związku w Wielkiej Brytanii w 2009 roku. Parris miał już wówczas 63 lata i w konsekwencji pracodawca odmówił zagwarantowania mu, że po jego śmierci partner zostanie beneficjentem odpowiedniego świadczenia. Parris skierował skargę do irlandzkiego sądu, który ze swojej strony wystosował do TSUE trzy pytania prejudycjalne.

⁵¹ Wyrok TS z 24 listopada 2016 roku, C-443/15 *David L. Parris v Trinity College Dublin and Others* (ECLI:EU:C:2016:897).

⁵² Dopiero w 2011 roku, kiedy skarżący miał już 64 lata, prawo irlandzkie wprowadziło możliwość zalegalizowania związku partnerskiego (*civil partnership*) pomiędzy osobami tej samej płci, na mocy *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010*, nr 24 of 2010, <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2010/act/24/enacted/en/html>, 23.04.2019. W 2015 roku, w efekcie przegłosowanego w 62% referendum, władze Irlandii przyznały osobom homoseksualnym prawo do zawierania małżeństw, na mocy *Marriage Act 2015*, nr 35 of 2015, <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/act/35/enacted/en/html>, 23.04.2019.

Dwa pierwsze dotyczyły naruszenia, rozłącznie, zasady równego traktowania ze względu na orientację seksualną (pierwsze pytanie prejudycjalne) oraz ze względu na wiek (drugie pytanie prejudycjalne). Rozpatrując tę skargę Trybunał nie przychylił się jednak do twierdzeń o ich naruszeniu, przeciwnie, uznał, że w omawianej sprawie, zasady ustalone przez pracodawcę nie miały charakteru dyskryminacyjnego⁵³. Swoją argumentację oparł on, w przypadku przesłanki orientacji seksualnej, na tym, że regulacja praw stanu cywilnego jest indywidualną sprawą każdego państwa, a prawo unijne nie nakłada na nie obowiązku legalizacji związków osób tej samej płci. Jeśli chodzi o pytanie o dyskryminację ze względu na wiek, to Trybunał uznał, że w tym wypadku odmienne traktowanie znajduje się w granicach legalności, ustalonych w art. 6 ust. 2 dyrektywy 2000/78/WE.

Na marginesie głównych rozważań można powziąć wątpliwość, czy w tym wypadku, nie byłaby uzasadniona bardziej subtelna analiza, zwłaszcza w kierunku ewentualnej dyskryminacji ze względu na wiek. Stoję na stanowisku, że w przypadku oddzielenia granicy wiekowej zawarcia związku (60 lat) od granicy wiekowej nabycia prawa do świadczeń emerytalnych (65 lat), następuje ryzyko infantylizacji osób starszych⁵⁴ oraz nadto intensywnej ingerencji w ich życie prywatne⁵⁵. Takie ustalenie implicytnie kreuje przekonanie o braku kompetencji do samostanowienia i świadomej oceny swojej sytuacji życiowej przez seniorów, których związki zawarte w późniejszym okresie życia są postrzegane jako niecodzienne i „niestosowne”, oraz, że mogą być one co najwyżej manipulacją jednej ze stron celem zdobycia świadczeń, czy odziedziczenia majątku⁵⁶.

⁵³ Pkt. 62, 78 wyroku.

⁵⁴ Por. np. P. Szukalski, *Dyskryminacja ze względu na wiek jako bariera jakości życia seniorów*, PSG 2015, nr 14, s. 12–22.

⁵⁵ Art. 7 Karty Praw Podstawowych (Dz.Urz. WE, 326, 26.10.2012, P. 391–407) dla którego wskazówką interpretacyjną mógłby być oczywiście art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz.U. 1993 Nr 61 poz. 284) oraz wywodzone z niego w bogatym dorobku orzecznictwym Europejskiego Trybunału Praw Człowieka konsekwencje.

⁵⁶ Por. M. Kamieńska, M. Mularska-Kucharek, *Srebrne tabu. Przyjaźń, miłość i seks w wieku dojrzałym*, Łódź 2018; por. także: B. Krupa, *Starość w percepcji młodzieży – perspektywa pedagogiczna*, NL 2012, nr 81, s. 36–43.

Trzecie pytanie prejudycjalne dotyczyło *explicite* problemu dyskryminacji krzyżowej w sytuacji nakładania się przesłanek wieku oraz orientacji seksualnej i brzmiało:

„Czy należałoby przyjąć istnienie dyskryminacji stanowiącej naruszenie art. 2 w związku z art. 6 ust. 2 dyrektywy 2000/78 w wypadku, gdyby opisane w pytaniu pierwszym lub pytaniu drugim ograniczenia uprawnień w ramach zakładowego programu emerytalnego były łącznym skutkiem dwóch czynników: wieku i orientacji seksualnej członka programu emerytalnego?⁵⁷”

Pytanie dotyczyło więc tego, czy przez skrzyżowanie dwóch różnych przesłanek może dojść do sytuacji, w której pojawi się jakościowo inny od dyskryminacji ze względu na jedną czy drugą cechę rodzaj wykluczenia. Ci komentatorzy, którzy, bazując na rozstrzygnięciach takich jak wyrok w sprawie *Meister*, spodziewali się, że Trybunał, niezależnie od ewentualnego przyznania racji skarżącemu w konkretnej sprawie, usankcjonuje oficjalnie konstrukcję dyskryminacji krzyżowej, zostali jednak rozczarowani. Odpowiedź TSUE na trzecie pytanie brzmiała bowiem:

„W tym względzie, o ile wprawdzie dyskryminacja może wynikać z kilku przyczyn określonych w art. 1 dyrektywy 2000/78, o tyle nie istnieje żadna nowa kategoria dyskryminacji wynikającej z połączenia kilku z tych przyczyn, takich jak orientacja seksualna i wiek, której istnienie można by stwierdzić, gdy nie została ustalona dyskryminacja ze względu na wspomniane przyczyny rozpatrywane oddzielnie⁵⁸.”

W obliczu takiego twierdzenia, trudno mieć wątpliwości o tym, jakie jest stanowisko Trybunału na temat dyskryminacji interseksyjnej. Wyżej cytowany fragment otwarcie odmawia miejsca takiej konstrukcji w systemie prawa Unii Europejskiej. Nie ogranicza się jedynie do zbiegu przesłanek w danej konkretnej sprawie, to znaczy wieku oraz orientacji seksualnej, ale do wszystkich cech znajdujących się w obrębie dyrektywy 2000/78/WE. Określony przez TSUE w odpowiedzi na trzecie pytanie prejudycjalne wymóg określoności (nie dopuszcza dyskryminacji wielokrotnej, gdyż zapis o takowej nie pojawia się *explicite* w treści samej dyrektywy) można rozciągnąć również na inne, obecne w systemie prawa UE przesłanki dyskryminacji

⁵⁷ Pkt 29 wyroku.

⁵⁸ Pkt 80 wyroku.

– płeć oraz pochodzenie „rasowe” lub etniczne. W związku z tym, Trybunał w swoim wyroku przekreślił jednoznacznie możliwość dywagowania o istnieniu koncepcji dyskryminacji intersekcyjnej w systemie prawa UE, przynajmniej do czasu wprowadzenia odpowiednich, nowych przepisów lub do radykalnej zmiany linii orzeczniczej TSUE.

Teza wyroku *Parris* zdaje się pozbawiać właściwie znaczenia wszelkie poprzedzające ją dywagacje dotyczące wyróżnienia dyskryminacji wielokrotnej w granicach systemu Unii Europejskiej. Jest ona jednak o tyle problematyczna, że jej jednoznaczność, tj. wyłączenie wszelkiej możliwości intersekcji, nie tylko w danej indywidualnej sytuacji, stoi w sprzeczności ze wszystkimi poprzedzającymi ją wskazówkami opisywanymi wyżej. Mam tutaj na myśli pkt 14 preambuły do dyrektywy 2000/43/WE, pkt 3 preambuły do dyrektywy 2000/78/WE, ale przede wszystkim art. 6 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych. Oczywiście, dopuszczalna jest interpretacja dosłowna, zgodnie z którą Trybunał wyłącza możliwość krzyżowania między sobą przesłanek wymienionych w dyrektywie 2000/78/WE, a więc nie obejmuje przypadku intersekcji niepełnosprawności oraz płci, której regulacja opiera się na innych podstawach prawnych. W tym sensie, nawet bez zmiany linii orzeczniczej, byłby do pomyślenia wyrok w sprawie analogicznej do opisywanej wyżej w sprawie *Coleman*. W którego treści Trybunał odniósłby się do swoistych trudności, z jakimi zmagać się muszą nie tyle kobiety na rynku pracy, ani ogólnie rodzice osób z niepełnosprawnością, ale konkretnie matki dzieci z niepełnosprawnością, czy też, w stanie faktycznym już bardziej odbiegającym od tamtego, kobiety z niepełnosprawnością, którą zwolniono⁵⁹.

W takiej sytuacji wytwarza się jednak bardzo niebezpieczna sytuacja hierarchizacji przesłanek dyskryminacji. Istnieją komentatorzy, którzy sugerują, że takie rozwiązanie mogłoby być pożądane, z uwagi na to że ich zdaniem wyróżnić można „silniejsze” cechy, w przypadku których dyskryminacja jest dotkliwsza i bardziej rozpowszechniona⁶⁰. Trudno jednak

⁵⁹ D. Schiek, *Organizing ...*, s. 26; Komentarz generalny nr 3, s. 15.

⁶⁰ D. Schiek, tamże, s. 11-28, Sugeruje ona przebudowę systemu prawa antydyskryminacyjnego Unii Europejskiej polegającą między innymi na wprowadzeniu koncepcji dyskryminacji wielokrotnej, która oparta byłaby jednak na trzech „cechach-węzłach”: płci, „rasie” oraz niepełnosprawności.

nie zwrócić uwagę na paradoks, jaki jest w taki rozwiązanie wpisany. Już sama, stosowana przecież w prawi unijnym, konstrukcja przepisów antydyskryminacyjnych na zasadzie katalogu zamkniętego może rodzić pytania o to, co na zewnątrz. Czy przyznając ochronę pewnym grupom, nie wykluczamy zarazem wtórnie innych, nie tylko narażonych na dyskryminację, ale również *explicite* wyjętych z zakresu ochrony?⁶¹ Wprowadzenie kolejnego elementu: poziomu uprzywilejowanych „cech-węzłów”, które miałyby jako jedyne być obdarzone możliwością krzyżowania się, doprowadziłoby więc do dalszego pogłębienia się różnic i nierówności w gałęzi prawa, której celem jest przecież eliminacja nieuzasadnionych przypadków nierównego traktowania oraz dyskryminacji. Innymi słowy, środek do osiągnięcia celu w takiej sytuacji unieważniałby cel sam w sobie, jakim jest dążenie do większej równości społecznej pomiędzy różnymi grupami.

Teza z wyroku w sprawie *Parris*, odmawiająca miejsca w systemie prawa Unii Europejskiej konstrukcji intersekcji, jest równie oddalona od rzeczywistości społecznej, w jakiej funkcjonują procesy dyskryminacji i wykluczenia. Trybunał zdaje się odsyłać tę koncepcję do dyskursu akademickiego, a samemu opowiadać się za rozumieniem bardziej pragmatycznym. Nawiązuje w ten sposób do obecnych również w granicach samej doktryny głosów krytycznych⁶², które między innymi negują użyteczność wprowadzania takiej kategorii z punktu widzenia samego skarżącego oraz rozstrzygającego sądu. Łatwiejszym jest bowiem wybór jednej cechy i na jej podstawie budowa argumentacji procesowej, niż próba odniesienia się do sytuacji intersekcji, która w dodatku mogłaby wymagać odwołania się do szerszych kontekstów społeczno-kulturowych.

W ten sposób problem dyskryminacji krzyżowej można uznać za konsekwencję przyjęcia konkretnego modelu równego traktowania. Jego krytycy wychodzą bowiem zazwyczaj od modelu formalnego, arystoteleskiego, w centrum zainteresowania którego znajduje się przede wszystkim dochodzenie roszczeń przez dyskryminowaną jednostkę. Mniej

⁶¹ O podobnym wtórnym wykluczeniu, jakiego doświadczają osoby dyskryminowane ze względu na orientację seksualną w zakresie ochrony przed mową nienawiści można przeczytać w: M. Płatek, *Mowa nienawiści – przestanki depenalizacji*, [w:] *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski i in., Warszawa 2010, s. 57–58.

⁶² Zob. przyp. 42.

istotna jest w tym wypadku sama przesłanka. Dopiero przyjęcie modelu wyrównywania szans (*social disadvantage*) pozwala na postrzeganie osób dyskryminowanych ze względu na konkretną przesłankę jako grupy⁶³. Ta perspektywa jest silnie zakorzeniona w rzeczywistości społecznej, w której dyskryminacja jest zjawiskiem realizującym się nie tylko w konkretnych, wyróżnionych przypadkach, jak ma to miejsce w przypadku modelu formalnego, ale w samej strukturze społecznej. Jednocześnie, obserwując życie codzienne, zauważyć można, że tożsamość jednostki tworzą nie pojedyncze, sztucznie wyabstrahowane cechy, ale dopiero ich mieszanie się i intersekcja⁶⁴, dlatego, żeby skuteczniej chronić różnorodne jednostki, prawo powinno odzwierciedlać tę złożoność.

Podejście to pozostaje w zgodzie z założeniem, że u podstaw dyskryminacji leży wyróżnienie przez społeczeństwo, mniej lub bardziej trwale, pewnych cech jako rodzaju piętna i przypisanie im zewnętrznych, negatywnych konotacji na zasadzie nieuchronności i przyrodzoności⁶⁵. Co istotne, związek negatywnych znaczeń oraz cechy pierwotnej jest arbitralny, a jego ustanowienie jest wypadkową skomplikowanych procesów społecznych, dziedzictwa kulturowego zawartego między innymi w samym języku, historii, czy interesach politycznych. W przypadku różnych grup proporcje między poszczególnymi elementami tej układanki są różne. Na najbardziej podstawowym poziomie wspólnota potrzebuje Innego, żeby na zasadzie opozycji, oddzielenia, budować i wzmacniać własne poczucie tożsamości⁶⁶. Dlatego też społeczeństwo wytwarza mniejszości, grupowych Innych, których odrębność, pojmowana zawsze negatywnie, staje się siłą jednoczącą tych wewnątrz⁶⁷. Przykład takiej produkcji Obcego odbywa się niejako na naszych oczach – w 2015 roku termin „uchodźca” był stosunkowo

⁶³ P. Yap, *Four...*

⁶⁴ P. Uccellari, tamże, s. 24–25.

⁶⁵ Dla przesłanki „rasy” por. D. Ferreira da Silva, *No-bodies. Law, Raciality and Violence*, GLR 2009, nr 212, s. 212–234; odsyłam również do podstawowej książki E. Goffmana, *Piętno. Rozważania o zrąbannej tożsamości*, Gdańsk 2005.

⁶⁶ S. Ahmed, *Recognising Strangers*, [w:] *Strange Encounters: Embodied Others in Post-coloniality*, London 2000 s. 19–34.

⁶⁷ A. Appadurai, *Strach przed mniejszościami. Esej o geografii gniewu*, przeł. M. Buholc, Warszawa 2009, s. 46–47.

rzadko używany i kojarzył się w dużej mierze z historią emigracji Polaków. W ciągu kilku lat, dzięki wspólnemu wysiłkowi przede wszystkim polityków i mediów, figura muzułmańskiego „uchodźcy” z Bliskiego Wschodu na stałe zagościła w dyskursie publicznym, funkcjonując jako coś, co za S. Cohenem określić możemy mianem „ludowego diabła”⁶⁸.

Inaczej mówiąc, niektóre wyróżnione cechy, bardzo często dostrzegalne na pierwszy rzut oka, jak kolor skóry czy niepełnosprawność, łączą się z negatywnymi stereotypami – obrazami rzeczywistości, które uruchamiają się w chwili spotkania. Dlatego też w rzeczywistości niemożliwą jest ocena, w sytuacji działania dyskryminacyjnego skierowanego przeciw osobie, której przypisywane jest kilka piętnujących cech, która z nich była właściwie decydująca. W przywoływanym wyżej kazusie „uchodźcy” widać wyraźnie silne zazębianie się elementu „rasowego”, etnicznego i religijnego, których nie sposób rozdzielić. Choć można byłoby, na potrzeby postępowania, wybrać jedynie jednej z cech. Przykład ten pokazuje jednak, że zabieg takiego wyabstrahowania zawsze będzie miał charakter sztuczny. Co więcej, przyjęcie opisywanej wyżej perspektywy – charakterystycznej dla studiów krytycznych nad sytuacją różnych mniejszości, w szczególności dla krytycznej teorii rasy – nakazuje zadanie sobie pytania o powszechne w prawie antydyskryminacyjnym zamknięte katalogi przesłanek. Nie sposób bowiem przewidzieć, jaka mniejszość może być kolejną ofiarą wykluczenia⁶⁹.

V. Podsumowanie

Jak wynika z powyższych rozważań, istnieją poważne rozbieżności w tym, w jaki sposób w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a także całym systemie prawa unijnego, podchodzi się do idei dyskryminacji interseksjonalnej. Do pewnego momentu można było mówić o określonej tendencji: o rosnącej widzialności tejże, a za kulminację uznać można wyrok w sprawie *Meister*. Tezy tego rozstrzygnięcia

⁶⁸ S. Cohen, *Folk Devils and Moral Panics*, London 2010.

⁶⁹ Warto zwrócić uwagę, że owe katalogi w bardzo marginalnym zakresie uwzględniają jedną z najważniejszych przesłanek dyskryminacji, która bardzo często krzyżuje się z innymi, tj. ubóstwo, czy też, szerzej, pozycja społeczno-ekonomiczna.

wskazywały na konieczność uczynienia prawa antydyskryminacyjnego efektywnym i całościowym narzędziem, którego ambicje przekraczać mają dokonywanie prostych, formalnych równań. To twierdzenie, w połączeniu z przyjęciem za podstawę prawną dyrektyw dotyczących nierównego traktowania ze względu tak na płeć, jak i na pochodzenie etniczne, pozwalało podejrzewać, że kolejnym krokiem będzie wprowadzenie do orzecznictwa unijnego idei dyskryminacji intersekcyjnej. Zapadły w takich okolicznościach wyrok w sprawie *Parris* stanowi wyraźne przełamanie tej tendencji i powrót do bardzo formalnego sposobu oceny tego rodzaju stanów faktycznych.

Oczywiście, różni przedstawiciele doktryny wychodzą z bardzo różnych założeń, co do tego, jaka powinna być relacja uwarunkowań społecznych do prawa. Od tych, którzy chcieliby uczynić prawo narzędziem rozwiązywania problemów, po tych i te uważających, że dobre prawo powinno być co do zasady abstrakcyjne wobec zmiennych uwarunkowań społecznych, a całe spektrum jest szerokie⁷⁰. Ja sama nie ukrywam, że bliższej mi do pierwszego z opisywanych stanowisk, to znaczy, że prawo, o ile nie zawsze stanowi skuteczny instrument przeciwdziałania nierównościami w społeczeństwie, o tyle nie powinno z pełną świadomością ich pogłębiać. Przyjęcie zaangażowanej społecznie perspektywy w przypadku analizy prawa antydyskryminacyjnego jest tym bardziej uzasadnione, że celem całej tej galezi prawa jest zapewnienia równego traktowania różnorodnych jednostek. Jest więc ono u samej swej genezy zaangażowane społecznie.

Z tego punktu widzenia, należy skrytykować wyrok Trybunału w sprawie *Parris*, jako zbyt formalistyczny by pozostawać w zgodzie z dorobkiem prawa antydyskryminacyjnego. Być może otwarte przyznanie miejsca w systemie prawa unijnego koncepcji intersekcyjności, byłoby krokiem zbyt daleko idącym⁷¹, jednak tak szerokie, aprioryczne jej wykluczenie uznaję za wylewanie dziecka z kąpielą. Biorąc pod uwagę aktualne

⁷⁰ Por. np. T. Stawecki, *Instrumentalne traktowanie prawa. Różne perspektywy*, [w:] *Prawo i ład społeczny*, Warszawa 2000, s. 38 i n.

⁷¹ Zwłaszcza, że na gruncie samej teorii pojawiają się wątpliwości, co do jej produktywności, stąd też tendencja do tego, by zastępować intersekcyjność łatwiejszym do operacjonalizacji terminem „dyskryminacja wielokrotna” (por. E. Oleksy, *Intersekcyjność na rozdrożach*, PK 2014, nr 20, s. 247–258).

tendencje obecne w doktrynie, instytucjach międzynarodowych i organizacjach pozarządowych, można jednak domniemywać, że stanowi on tylko punkt wyjścia do dalszego orzecznictwa, które rzuci nowe światło na podejście do równego traktowania.

Streszczenie

Teoria interseksjonalności zakładająca możliwość krzyżowania się w konkretnym przypadku różnych przesłanek dyskryminacji w ramach perspektyw krytycznych rozwija się już od 1989 roku. Jednocześnie w minimalnym stopniu jej świadomość zdołała przeniknąć do sfery rozwiązań prawnych. Niniejszy artykuł jest próbą sprecyzowania odpowiedzi na pytanie, na ile prawo Unii Europejskiej, uważane za system gwarantujący wysoki poziom ochrony przed dyskryminacją, dokonuje adaptacji tej teorii. Jak się wydaje, nie jest to proces harmonijny. Legislacja unijna oraz orzecznictwo TSUE raz to przychylają się do przyjęcia koncepcji dyskryminacji krzyżowej (wielokrotnej), raz to wycofywują się z owych prób pozostając przy bardziej konwencjonalnych, formalnych metodach walki z wykluczeniem. Ostatnim epizodem owego procesu jest wyrok TSUE w sprawie C-443/15 *David L. Parris v. Trinity College Dublin*.

Słowa kluczowe: krytyczna teoria rasy, dyskryminacja interseksjonalna, prawo Unii Europejskiej, prawo antidyskryminacyjne, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

The notion of intersectional discrimination in the jurisdiction of the CJEU. Comments on the Parris (C-443/15) case

Summary

The theory of intersectionality, asserting the possibility of overlapping of different aspects of social and political identities discrimination, develops since 1989 in the area of critical studies. At the same time, its achievements have barely succeeded to find its reflections in the Polish legal system. The following article constitutes an attempt to find an answer to a question if the EU law – considered generally as a legal system guaranteeing a high level of protection against the discrimination – adapts the theory of intersectionality. This process of adaptation seems far from being harmonic. Both, the EU-legislation and the ECJ case law seem to fluctuate between recognition and denial of the notion of intersectional discrimination. The last phase of that process, for the time being, remains the ECJ judgement in the case C-443/15 *David L. Parris v. Trinity College Dublin*.

Keywords: Critical Race Theory (CRT), intersectional discrimination, EU Law, equality law, ECJ

Ada Tymińska

University of Warsaw, Faculty of Law and Administration,
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00–927 Warszawa, Poland,
e-mail: ada.tyminska@student.uw.edu.pl