

Zakaz dyskryminacji osób niepełnosprawnych w zatrudnieniu

1. Uwagi wprowadzające

Zainteresowanie problematyką dyskryminacji w zatrudnianiu osób niepełnosprawnych wynika z kilku przyczyn. Przede wszystkim, niewiele zasad spotkało się z tak poważnym i wielokrotnym poparciem w międzynarodowych i europejskich instrumentach prawnych jak zasada równego traktowania w zatrudnieniu¹. Normy obowiązujące współcześnie powstały na skutek ewolucji. Zakaz dyskryminacji został uregulowany w prawie po raz pierwszy w połowie XX w., stąd potrzeba nowelizowania przepisów, które niedawno pojawiły się w porządkach prawnych. Niewątpliwie regulacje międzynarodowe i europejskie oddziałują znacząco na polskie unormowania. Szczególne znaczenie należy przypisać początkowi lat 90 – tych, kiedy to nastąpiło przystąpienie Polski do Rady Europy oraz stowarzyszenie ze Wspólnotą Europejską, co w kontekście prawa pracy otworzyło nowe obszary zainteresowań². Od momentu pełnej integracji z Unią Europejską (od 1.05.2004 r.), radykalnej zmianie uległ polski system prawny. Regulacje wspólnotowe mają obecnie pierwszeństwo przed rozwiązaniami wewnętrznymi. Na Polskę zostały nałożone nowe obowiązki w dziedzinie stanowienia i stosowania prawa³. Z punktu widzenia zasady równego traktowania istotną rolę spełniają dyrektywy. Dlatego też ważna jest weryfikacja prawidłowości wdrożenia tych instrumentów prawa europejskiego dotyczących problematyki równościowej przez polskiego ustawodawcę oraz ocena skutków ewentualnych uchybień procesu implementacyjnego.

Kolejna przyczyna zainteresowania problemem dyskryminacji w zatrudnieniu wynika z możliwości interdyscyplinarnego podejścia do analizowanego tematu. Dyskryminacja w zatrudnieniu jest zagadnieniem interesującym, gdyż rozpatrywanym w dwóch płaszczyznach: w perspektywie regulacji prawnych oraz zjawisk ekonomicznych. Normy prawne definiują zjawisko dyskryminacji jednocześnie koncentrując się na tym, by jej przeciwdziałać. Dlatego też analizie i ocenie zostaną poddane środki ochrony przed dyskryminacją. Analiza ekonomiczna opiera się na założeniu, że skoro dyskryminacja istnieje, to znaczy, że musi być na nią rynek, czyli z jednej strony popyt, z drugiej podaż⁴. Ekonomisci proponują rozwiązania, które eliminują motywację do zachowań dyskryminacyjnych, przy czym zapewniają satysfakcjonującą sytuację ekonomiczną obu stronom stosunku pracy. Zatem eliminacja dyskryminacji w zatrudnieniu wymaga podjęcia wspólnych działań.

Koncentracja rozważań na kryterium niepełnosprawności w kontekście zasady równościowej wynika z faktu, iż niepełnosprawność jest kategorią o dużym znaczeniu społecznym. W odniesieniu do omawianej zasady wzbudza zainteresowanie na gruncie różnych dyscyplin naukowych. Z punktu widzenia prawa pracy interesujące są dopuszczalne kryteria różnicowania statusu pracowników niepełnosprawnych, nie tylko ze względu na sposób ich wyróżnienia ale przede wszystkim ze względu na ich interpretację w orzecznictwie sądów.

2. Geneza i ewolucja ochrony przed dyskryminacją w zatrudnieniu

¹ R. Blanpain, M. Matey, *„Europejskie prawo pracy w polskiej perspektywie”*, Warszawa 1993, s. 133

² *Tamże*, s. 12

³ L. Mitrus, *„Wpływ regulacji wspólnotowych na polskie prawo pracy”*, Zakamycze 2006, s. 13

⁴ A. G. Dijkstra, J. Plantega, *„Ekonomia i płeć”*, Gdańsk 2003, s. 61

Współczesne rozumienie zakazu dyskryminacji w Polsce ukształtowane zostało przez dwa porządki prawne: międzynarodowy, (na który składają się system ONZ oraz system Rady Europy) i wspólnotowy⁵. Zasadę niedyskryminacji można uznać za zasadę prawną mniej więcej od połowy XX wieku⁶. Ewolucja omawianej zasady polegała na: stopniowym poszerzaniu katalogu podstaw dyskryminacji, aż do osiągnięcia stanu, w którym katalogi te są w większości otwarte⁷, przejściu od zakazu, który obowiązywał jedynie w obrębie danego aktu prawnego do ogólnego zakazu o powszechnym charakterze, poszerzeniu dziedzin, w których zakaz ten obowiązywał od wybranych, aż po wszystkie sfery życia.

2.1. W prawie międzynarodowym

2.1.1. System ONZ

Uznawana za podwaliny współczesnego porządku międzynarodowego – Karta Narodów Zjednoczonych z 1945 r. – deklarowała poszanowanie praw człowieka i podstawowych wolności dla wszystkich ze względu na: rasę, płeć, język lub wyznanie⁸. Rozszerzenie zakazu dyskryminacji i włączenie kolejnych kryteriów dyskryminacji było nieuniknione. W historycznie pierwszym międzynarodowym katalogu praw człowieka – Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r., zakazano dyskryminacji już z jakichkolwiek powodów (art. 2), ale zakaz ten dotyczył wyłącznie praw i wolności zawartych w Deklaracji⁹.

Istotnymi umowami międzynarodowymi, ratyfikowanymi przez Polskę, dotyczącymi dyskryminacji w zatrudnieniu są: Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16.12.1966 r.¹⁰ oraz Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 16.12.1966 r.¹¹. W art. 2 ust. 2 oba Pakty proklamują zakaz wszelkiej dyskryminacji jako podstawowy warunek korzystania przez osoby podlegające jurysdykcji państw związanych Paktami z praw przewidzianych w Paktach¹². Nie wprowadzają ogólnego zakazu dyskryminacji we wszelkich dziedzinach¹³. Natomiast w art. 26 Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych równość wobec prawa i zakaz jakiejkolwiek dyskryminacji, tzn. dyskryminacji z jakichkolwiek powodów, zostały proklamowane jako odrębne prawo człowieka¹⁴. Zgodnie z art. 7 Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych państwa – strony Paktu uznały prawo każdego do korzystania z warunków pracy, które jednocześnie określono jako sprawiedliwe i korzystne. Dla stosunków pracy istotna są również Konwencje MOP: nr 100 - dotycząca jednakowego wynagrodzenia pracujących mężczyzn i kobiet za pracę jednakowej wartości, przyjętej w Genewie 12 lipca

⁵ Zob. np: L. Florek, „*Równe traktowanie pracowników w prawie europejskim*”, PiZS 2002, nr 5, s. 2 – 3; P. Filipek, Ł. Połatyński, N. Żytkiewicz „*Równe traktowanie w życiu społecznym*”, Ośrodek Praw Człowieka, Kraków 2008, s. 15 – 28; K. Kędziora, K. Śmiszek, „*Dyskryminacja i mobbing w zatrudnieniu*”, 2008, s. 1 - 28

⁶ P. Filipek, Ł. Połatyński, N. Żytkiewicz, „*Równe traktowanie...*”, *op. cit.*, s. 15

⁷ Współczesne katalogi podstaw dyskryminacji zawierają wyrażenie „w szczególności”, co zdaniem przeważającej większości komentatorów świadczy o tym, że są to katalogi otwarte. Odmienny pogląd prezentuje I. Boruta, „*Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowa regulacja prawna*”, PiZS 2004, nr 2, s. 3. Zdaniem I. Boruty o otwartym katalogu podstaw dyskryminacji, bez żadnych wątpliwości można mówić jedynie wówczas, gdy zawiera on sformułowanie „jakakolwiek dyskryminacja jest zabroniona”.

⁸ Art. 1 ust. 3 Karty

⁹ P. Filipek, Ł. Połatyński, N. Żytkiewicz, *op. cit.*, s. 15

¹⁰ Dz. U. z 1977 r., nr 38, poz. 167

¹¹ Dz. U. z 1977 r., nr 38, poz. 169

¹² J. Skoczyński, „*Zasada równego traktowania pracowników*”, PiZS 1999, nr 7 – 8, s. 2

¹³ P. Filipek, Ł. Połatyński, N. Żytkiewicz, *op. cit.*, s. 16

¹⁴ J. Skoczyński, „*Zasada równego traktowania...*”, *op. cit.*, s. 2

1951 r.¹⁵, oraz nr 111 dotycząca dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu, przyjęta w Genewie w 25 czerwca 1958 r.¹⁶.

W odniesieniu do kryterium niepełnosprawności Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w 1971 r. przyjęło Deklarację Praw Osób Psychiczenie Upośledzonych, w której stwierdzono, że osoby psychiczenie upośledzone mają takie same prawa, jak wszyscy ludzie, jak również, że mają pewne szczególne prawa związane z ich potrzebami w dziedzinie medycznej, edukacyjnej i socjalnej. Nacisk został położony na potrzebę ochrony niepełnosprawnych przed wykorzystywaniem oraz na zapewnienie im właściwych procedur prawnych. Natomiast w roku 1975 ten sam organ przyjął Deklarację Praw Osób Niepełnosprawnych, która proklamowała równość praw obywatelskich i politycznych dla osób niepełnosprawnych.

Na uwagę zasługuje też podjęty przez MOP w latach 90 – tych szeroki program działań na rzecz podstawowych praw pracowniczych, ukoronowany uchwaleniem w 1998 r. Deklaracji MOP w sprawie Podstawowych Zasad i Praw Pracowników, wymieniającej wśród tych celów dyskryminację w zatrudnieniu.

Na przełomie XX i XXI w. ONZ podjęło walkę o 7 wolności, wśród których wolność od dyskryminacji postawiona jest na pierwszym miejscu¹⁷.

2.1.2. System Rady Europy

Rola Rady Europy w przeciwdziałaniu dyskryminacji wynika wprost z jej statutu. W systemie Rady Europy istotnym dokumentem antydyskryminacyjnym jest Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹⁸. Art. 14 Konwencji zakazuje dyskryminacji z jakichkolwiek powodów. Wykluczenie wszelkich powodów jako uzasadnienia do stosowania praktyk dyskryminacyjnych stało się ważną praktyką a jednocześnie zasadą czerpiącą wprost z przyrodzonej godności każdego człowieka. Takie ujęcie zakazu dyskryminacji zostało zastosowane w Międzynarodowych Paktach ONZ¹⁹.

Zakaz dyskryminacji sformułowany przez art. 14 Konwencji obejmuje jedynie korzystanie z praw i wolności gwarantowanych przez Konwencję i jej protokoły dodatkowe. Z tego wynika, że nie można było stawiać zarzutu dyskryminacji np. w sprawach związanych z pracą zawodową, wynagrodzeniem itp., których to kwestii Konwencja nie dotyczy. Ogólny zakaz dyskryminacji wprowadził dopiero Protokół nr 12 do Konwencji z 26 czerwca 2000 r. Na jego podstawie osoby podlegające jurysdykcji państwa, które go ratyfikowało, mogą wnieść skargę na naruszenie zakazu dyskryminacji, bez związku z innymi artykułami Konwencji. Niemniej szereg państw, w tym Polska, nie związało się jeszcze tym Protokołem²⁰.

¹⁵ Dz. U. z 1955 r., nr 38, poz. 238

¹⁶ Dz. U. z 1961 r., nr 42, poz. 218, za: K. Świdorska, „Zakaz dyskryminacji w wynagradzaniu w prawie polskim w odniesieniu do standardów międzynarodowych”, *Monitor Prawa Pracy* 2004, nr 5, s. 136

¹⁷ M. Matey – Tyrowicz, „Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu w prawie wspólnotowym” [w:] „Prawo pracy, a wyzwania XXI w. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego”, red. M. Matey – Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 590 - 591

¹⁸ Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 ze zm.

¹⁹ P. Filipek, Ł. Połatyński, N. Żytkiewicz, *op. cit.*, s. 15

²⁰ K. Kędziora, K. Śmiszek, *op. cit.*, s. 9

Obok Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, w systemie Rady Europy Karta Praw Społecznych jest podstawowym traktatem międzynarodowym. Nazwa Karta Praw Społecznych jest używana dla oznaczenia zbioru traktatów i dokumentów międzynarodowych uchwalonych w latach 1961 - 1996 r.²¹. Karta Praw Społecznych traktuje prawa społeczne regulowane przepisami prawa pracy i ubezpieczeń społecznych jako prawa człowieka, zapewnia im ochronę na kontynencie europejskim, (gdyż Karta jest dokumentem regionalnym).

Protokół Dodatkowy z 1988 r. rozszerzył zakres ochrony prawnej m. in. o prawo do równych szans i do równego traktowania w sprawach zatrudnienia i wykonywania zawodu bez dyskryminacji ze względu na płeć (art. 1). Protokół wszedł w życie 4 września 1992 r. Polska ww. protokołu nie podpisała.

Natomiast 3 kwietnia 1996 r. przyjęto Zrewidowaną Europejską Kartę Społeczną, której treść uwzględniała zarówno wszystkie prawa dotychczas zagwarantowane w EKS, jak i w Protokole Dodatkowym z 1988 r., jak również wprowadzała nowe prawa. Zrewidowana Karta weszła w życie 1 lipca 1999 r. Polska podpisała zrewidowaną Kartę 25 października 2005 r., ale dotychczas jej nie ratyfikowała²².

2.2. W prawie wspólnotowym

Zakaz dyskryminacji w dziedzinie zatrudnienia kształtował się w prawie wspólnotowym niemal przez cały okres rozwoju integracji europejskiej. Wprawdzie zasada równego traktowania została w 1977 r. uznana za jedną z podstawowych zasad prawa wspólnotowego, ale poza zakazem dyskryminacji ze względu na płeć nie była ona szczegółowo regulowana w przepisach wspólnotowych²³. Stan ten zmieniły dyrektywy z 2000 r.²⁴. W 2002 r. pod wpływem zmian przyjętych w nowym prawie antydyskryminacyjnym (z 2000 r.), przyjęto dyrektywę 2002/73²⁵ dotyczącą równego traktowania kobiet i mężczyzn. Dyrektywa ta została zastąpiona 15 sierpnia 2009 r. dyrektywą 2006/54/WE z 5.07.2006 r.²⁶.

„Ukoronowaniem” działań Wspólnot Europejskich jest przyjęta w listopadzie w 2000 r., w Nicei Karta Praw Podstawowych UE, (załączek zamierzonej przyszłej Konstytucji

²¹ Opublikowanych w: *“European Social Charter Collected textes (5th edition)”*, Strasbourg 2005. Polska wersja tych dokumentów została opublikowana w: *„Podstawowe dokumenty Rady Europy z dziedziny polityki społecznej, wybór i opracowanie”*, R. A Henczel, J. Maciejewska, Warszawa 1997 r., za: A. M. Świątkowski, *„Karta Praw Społecznych Rady Europy”*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2006, s. 1

²² K. Kędziora, K. Śmiszek, *op. cit.*, s. 10 - 11

²³ L. Florek, *„Europeizacja polskiego prawa pracy”*, Warszawa 2003, s. 80; w prawie unijnym obowiązywały wówczas dyrektywy: 75/117 z 10.02.1975 r. w sprawie zbliżenia prawa Państw Członkowskich w zakresie stosowania zasady równego wynagradzania mężczyzn i kobiet oraz dyrektywa 76/207 z 9.02.1976 r. w sprawie równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy (zmieniona dyrektywą 2002/73 z 23.09.2002 r.) za: K. Walczak, *„Zakaz dyskryminacji w wynagrodzeniu w świetle przepisów prawa i praktyka jego wdrażania”*, Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej 2005, s. 73

²⁴ Dyrektywa 2000/43 z 29.06.2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne; Dyrektywa 2000/78 z 27.11.2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe w dziedzinie zatrudnienia i pracy

²⁵ Zmieniała ona dyrektywę 76/ 207

²⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja preredagowana)

Europejskiej), zawierająca w Dziale III – Równość rozbudowaną normę art. 21, w którym zakazuje się jakiejkolwiek dyskryminacji, a dotychczasowe kryteria stanowiąc będą jedynie przykład jej możliwych przyczyn²⁷.

Rozległość zakresu podmiotowego i przedmiotowego międzynarodowych i europejskich regulacji zakazu dyskryminacji, rodzi przeświadczenie, iż w niedługiej przyszłości myśleć można o jednolitym akcie europejskim w sprawie zasady niedyskryminacji i równego traktowania w zatrudnieniu²⁸.

2.3. W prawie polskim

2.3.1. W kodeksie pracy

Zasada równego traktowania pracowników do 2 czerwca 1996 r.²⁹ sformułowana była w preambule do kodeksu pracy z 1974 r. Choć wstęp do aktu prawnego uważany jest za jego uzasadnienie ideologiczne i polityczne, w nauce prawa pracy zgodnie uważano, że była to zasada normatywna, spełniająca funkcję wytycznej legislacyjnej, wskazówki interpretacyjnej oraz dyrektywy kształtującej działalność organów władzy i administracji, w tym także administracji poszczególnych zakładów pracy³⁰. Nowelą do kodeksu pracy z 1996 r. skreślono preambułę, a równe traktowanie pracowników włączono do katalogu podstawowych zasad prawa pracy³¹.

Bardziej precyzyjny i kategoryczny sposób regulacji zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu, z którym mamy współcześnie do czynienia, związany jest z nowelizacjami, które miały na celu dostosowanie prawa polskiego do prawa wspólnotowego. Artykuł 11² k.p. dotyczący zasady równego traktowania pracowników z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków został ukształtowany nowelizacją z 24 sierpnia 2001 r.³², z kolei aktualny kształt art. 11³ k.p. dotyczącego zakazu dyskryminacji oraz rozdziału IIa – „Równe traktowanie w zatrudnieniu” zostały ukształtowane w wyniku nowelizacji: z 2003 r.³³, oraz ostatnią z 18 stycznia 2009 r.³⁴.

Wskazany rozdział nie wyczerpuje całości zagadnień równego traktowania pracowników w świetle wspólnotowego prawa pracy. Dlatego dodano art. 9 § 4 k.p. oraz art. 18 § 3 k.p., które przewidują nieważność postanowień dyskryminacyjnych w układach zbiorowych i regulaminach, jak również w indywidualnych umowach o pracę. Dodatkowe obowiązki pracodawców dotyczące traktowania pracowników zatrudnionych na podstawie atypowych

²⁷ Zob: M. Matey – Tyrowicz, „Zakaz dyskryminacji...” *op. cit.*, s. 589 – 590; J. Król, „Nowelizacja kodeksu pracy dotycząca równego traktowania w zatrudnieniu na tle regulacji wspólnotowych”, *Radca Prawny* 2004, nr 4, s. 95

²⁸ M. Matey – Tyrowicz, „Zakaz dyskryminacji...” *op. cit.*, s. 592, Por. regulację prawa angielskiego w: P. Birks, „*English Private Law*”, Oxford 2000, s. 320 - 321

²⁹ Dz. U. nr 24, poz. 110

³⁰ W. Santera, „Zasada równego traktowania pracowników w kodeksie pracy”, *Państwo i Prawo* 1977, nr 7, s. 67 i n.; A. Sobczyk, „Równość pracowników w kodeksie pracy”, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1999, z. 1, s. 130

³¹ B. Wagner, „Zasada równego traktowania i niedyskryminacji pracowników”, *PiZS* 2002, nr 3, s. 2

³² Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 128, poz. 1405)

³³ Dz. U. nr 213, poz. 2081, nowe przepisy weszły w życie 1.01.2004 r.; rozdział IIa przed nowelizacją regulował jedynie kwestie zakazu dyskryminacji ze względu na płeć, za: I. Boruta, „Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu...” *op. cit.*, s. 2 i n.

³⁴ Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks Pracy

stosunków pracy zawarto w artykułach: 29², 94 pkt 2b, 94¹, 94² k.p.³⁵. Przed zmianami dokonanymi ustawą z 14 listopada 2003 r. ustawodawca nakazywał równo traktować w zatrudnieniu kobiety i mężczyzn. Od 1 stycznia 2004 r. zasada równego traktowania w zatrudnieniu ma zasięg powszechny³⁶.

2.3.2. Poza kodeksem pracy

Na pozakodeksowe przepisy normujące równość pracowników składają się przede wszystkim przepisy Konstytucji RP. Artykuł 32 Konstytucji – którego odpowiednik w Konstytucji z 1952 r. był już przedmiotem orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego³⁷ - statuuje zasadę równości obywateli wobec prawa oraz zakazuje dyskryminacji, bez względu na przyczynę w życiu politycznym, społecznym i gospodarczym³⁸. Natomiast art. 33 Konstytucji w sposób bardzo szeroki ujmuje zagadnienie równego traktowania kobiet i mężczyzn wskazując m. in. na prawo do jednakowego wynagrodzenia za pracę jednakowej wartości³⁹.

Do niedawna poza Konstytucją i Kodeksem pracy jedynym aktem prawnym realizującym zasadę równości szans w polskim prawie pracy były przepisy o zatrudnieniu niepełnosprawnych⁴⁰. Wprowadzona w połowie 2004 r. ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy zawiera wprost zapisy dotyczące zakazu dyskryminacji⁴¹. Natomiast kodeks karny posiada szereg postanowień, które mogą służyć zwalczaniu działań dyskryminacyjnych⁴².

Należy zauważyć, że ewolucja polskich przepisów antydyskryminacyjnych w prawie pracy przebiegała analogicznie do ewolucji w prawie międzynarodowym i europejskim. Stopniowo poszerzano katalog podstaw dyskryminacji, obejmując wskazanym zakazem cały przebieg zatrudnienia.

3. Równość a niedyskryminacja

Aby określić relację zachodzącą pomiędzy zasadą równości, a zakazem dyskryminacji należy przeanalizować definicje tych pojęć zawarte w aktach prawnych. Dyrektywy europejskie traktują wymiennie pojęcie dyskryminacji i równego traktowania wskazując, że zasada równego traktowania oznacza brak jakiejkolwiek dyskryminacji⁴³. W świetle definicji z art. 18^{3a} § 2 k.p. „równe traktowanie” (...) oznacza niedyskryminowanie w jakikolwiek sposób

³⁵ L. Mitrus, „Wpływ regulacji wspólnotowych na polskie prawo pracy”, Zakamycze 2006, s. 135 - 136

³⁶ M. Gersdorf, K. Rączka, J. Skoczyński, pod. red. Z. Salwy, „Komentarz do kodeksu pracy”, wyd. IX, Lexis Nexis, Warszawa 2008, s. 66; A. M. Świątkowski, „Komentarz...” *op. cit.*, s. 66

³⁷ Orz. TK z 3.03.1987 r., P 2/87, OTK w 1987 r., poz. 2, Państwo i Prawo 1987, nr 10, s. 173 z glosą R. Wieruszewskiego

³⁸ A. Sobczyk, *op. cit.*, s.145

³⁹ A. Sołtysińska, „Zasada równego traktowania kobiet i mężczyzn w świetle Konstytucji RP, a regulacje prawa wspólnotowego – wybrane problemy” [w:] „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r., a członkostwo Polski w UE”, red. C. Mikk, Toruń 1999 r., s. 303

⁴⁰ Por. J. Kulesza, „Nowelizacja kodeksu pracy a zatrudnianie osób niepełnosprawnych” [w:] „Polskie prawo pracy w obliczu nowelizacji „kodeksu pracy”, materiały konferencyjne (12 – 13 XII 1996 r.), red. S. L. Stadniczeńko, Opole 1997, s. 91 i n., za: A. Sobczyk, *op. cit.*, s.145

⁴¹ Dz. U. 2004, nr 99, poz. 1001, ze zm.

⁴² P. Filipek, Ł. Połatyński, N. Żytkiewicz, *op. cit.*, s. 25 – 28

⁴³ Np. art. 2 dyrektywy 2000/43 i dyrektywy 2000/78 za: L. Florek, „Europeizacja polskiego prawa pracy”, Warszawa 2003, s. 81 - 82

(...)⁴⁴. Odwrócenie tej definicji prowadzi do wniosku, że niedyskryminowanie w jakikolwiek sposób to równe traktowanie. W literaturze podkreśla się, że w istocie rzeczy zasada równego traktowania i zasada niedyskryminacji stanowią dwa oblicza tej samej zasady⁴⁵. Różnica polega jedynie na tym, że zasada niedyskryminacji ma charakter negatywny (zakazowy), natomiast równego traktowania – pozytywny (nakazowy)⁴⁶. Wartością chronioną przez zakaz dyskryminacji jest równość. Uzasadnione jest zatem mówienie nie o dwóch zasadach, ale o jednej zasadzie równości praw i niedyskryminacji⁴⁷.

4. Porównanie pojęć: dyskryminacja bezpośrednia, dyskryminacja pośrednia, wiktymizacja, zmuszanie do zachowań dyskryminacyjnych w prawie polskim i w prawie wspólnotowym.

Celem „pakietu antydyskryminacyjnego”⁴⁸ było ujednolicenie legalnych definicji, tak by prawo było skuteczniejsze w zwalczaniu dyskryminacji. Wprowadzona została w związku z tym nowa kategoria prawna „dyskryminacja bezpośrednia”⁴⁹. Zgodnie z postanowieniami dyrektyw dyskryminacja bezpośrednia następuje wówczas, gdy ze względu na którąkolwiek z objętych ochroną podstaw dyskryminacji jedna osoba jest traktowana mniej przychylnie niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inną osobę w porównywalnej sytuacji. O dyskryminacji bezpośredniej może być mowa wówczas, gdy mniej przychylne traktowanie spowodowane jest posiadaniem przez pracownika określonej cechy stanowiącej podstawę dyskryminacji i tym samym odróżniającej go od innych pracowników⁵⁰.

Przykładem dyskryminacji bezpośredniej jest następująca sytuacja:

- Kobieta może wziąć wolne dla opieki nad chorym dzieckiem, a mężczyźni w takim przypadku odmawia się ze względu na płeć⁵¹.

Wykładnia pojęcia „podstawy dyskryminacji” powinna być na tyle szeroka, aby uwzględniać wszelkie możliwe przejawy zachowań dyskryminujących. Z tego względu można uznać, że bycie osobą dyskryminowaną ze względu na którąkolwiek z podstaw dyskryminacji powinno być rozumiane jako:

a) posiadanie określonej cechy stanowiącej podstawę dyskryminacji

⁴⁴ Co jest niedokładnym przejęciem unijnego „równe traktowanie oznacza brak jakichkolwiek form (...) dyskryminacji” np. art. 2 dyrektywy 2000/43 za: I. Boruta, „Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowe pojęcia”, *Monitor Prawa Pracy* 2004, nr 2, s. 36

⁴⁵ Zob. np.: J. Skoczyński, „Zasada równego traktowania...”, *op. cit.*, s. 3; B. Wagner, „Zasada równego traktowania...” *op. cit.*, s. 3; M. Matey – Tyrowicz, „Zakaz dyskryminacji...” *op. cit.*, s. 594 – 595

⁴⁶ W. Czapliński, „Zasada niedyskryminacji/równego traktowania w prawie wspólnotowym” [w:] „Status prawny obywatela RP po przystąpieniu do UE” red. B. Mielnik, Wrocław 2005, s.29

⁴⁷ R. Wieruszewski, „Zasada równości i niedyskryminacji” [w:] „Prawa człowieka. Model prawny”, oprac. Zbiorowe, Ossolineum, Wrocław – Warszawa – Kraków 1991, s. 85

⁴⁸ Dyrektyw: 2000/43/WE, 2000/78/WE i 2002/73/WE

⁴⁹ Poprzednio w języku prawnym występowało pojęcie „dyskryminacja pośrednia” oraz norma, w świetle której „równe traktowanie to brak jakiejkolwiek dyskryminacji” (dyrektywa 206/76/ EWG). Ustanowienie prawnej kategorii „dyskryminacji bezpośredniej” i jej zdefiniowanie miało usunąć niedogodności związane z brakiem tego centralnego dla prawa antydyskryminacyjnego pojęcia prawnego. Posłużyło jednak jednocześnie do zmodyfikowania dotychczasowego sposobu rozumienia dyskryminacji (bezpośredniej), prowadzącego do rozszerzenia zakresu przypadków objętych dyskryminacją, za: I. Boruta, „Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowa regulacja prawna”, *op. cit.*, s. 3

⁵⁰ E. Naumann, „Dyskryminacja w prawie pracy”, *Monitor Prawa Pracy* 2007, nr 6, s. 286

⁵¹ Filipek, Ł. Połatyński, N. Żytkiewicz, *op. cit.*, s. 8

- b) asocjacja, czyli związek z osobą posiadającą określoną cechę
- c) odczuwanie przez osobę trzecią skutków dyskryminacji stosowanej wobec innych osób poprzez obronę, wstawienie się za osobę dyskryminowaną

Przykładem ilustrującym to wyliczenie jest sytuacja, w której nauczyciel o orientacji homoseksualnej, zostaje zwolniony z pracy. Koleżanka, która ujęła się za nim i na swoich lekcjach wychowawczych zaczęła poruszać problematykę homoseksualizmu, również została zwolniona. Jako powód podano redukcję etatów.

Zaistnienie dyskryminacji bezpośredniej nie zależy od motywacji lub zamiaru osoby dyskryminującej. Nie ma bowiem znaczenia, czy osoba, która dyskryminuje pracownika ma jakieś szczególne osobiste uwarunkowania, które usprawiedliwiałyby takie postępowanie. Badaniu powinien podlegać już sam fakt mniej korzystnego traktowania⁵².

W świetle przepisów polskiego prawa art. 18^{3a} § 3 k.p. „dyskryminowanie bezpośrednie istnieje wtedy, gdy pracownik z jednej lub kilku przyczyn określonych w § 1 był, jest lub mógłby być traktowany w porównywalnej sytuacji mniej korzystnie niż inni pracownicy”. Z powyższej definicji wynika, że dyskryminacja bezpośrednia to niejednakowe (mniej korzystne) potraktowanie pracownika z innymi pracownikami w porównywalnej sytuacji ze względu na przyczynę (kilka przyczyn) wymienioną w art. 18^{3a} § 1 k.p. Trzon tej definicji odpowiada postrzeganiu (potocznemu) dyskryminacji jako niesłusznego różnicowania⁵³. Według J. Król polska definicja dyskryminacji bezpośredniej, mimo odmiennej retoryki („był, jest lub mógłby być”), realizuje wzorzec zawarty w prawie wspólnotowym⁵⁴. Odmienne poglądy prezentują I. Boruta i E. Naumann, zdaniem których szczegóły polskiej definicji dyskryminacji bezpośredniej są wysoce wątpliwe lub zawierają błędy⁵⁵. Po pierwsze, w świetle polskiej definicji dyskryminacja to nierówne traktowanie aktualnie zachodzące, traktowanie z przeszłości i traktowanie hipotetyczne (dyskryminowany „pracownik jest, był lub mógłby być traktowany...”).

O ile zastrzeżeń nie budzi wzmiankowanie o traktowaniu aktualnym i w przeszłości⁵⁶, (tworzenie modelu porównawczego do sytuacji, gdy X jest lub był w przeszłości dyskryminowany jest trudne, ale poprzez zastosowanie wykładni celowościowej możliwe⁵⁷), żadne standardy nie wymagają, by dyskryminacja ciągle trwała, istotne znaczenie ma czas, w którym można dochodzić stosownych roszczeń. O tyle uwagę przyciąga objęcie dyskryminacją bezpośrednią także hipotetycznego nierównego traktowania („traktowano by”). Dyskryminację stanowiłaby zatem, na przykład, hipotetyczna możliwość wytypowania pracownicy do zwolnienia grupowego. Żadna ze znanych definicji dyskryminacji bezpośredniej nie obejmuje tak daleko idącego rozwiązania⁵⁸. Na gruncie prawa polskiego nie jest możliwe formułowanie roszczeń opartych na tak daleko idącej hipotezie, iż zarówno sytuacja, z której miałoby wynikać roszczenie jest hipotetyczna, jak i nie wystąpił żaden fakt ani wydarzenie, mogące dać podstawy do żądania ochrony swoich praw⁵⁹.

⁵² E. Naumann, „Dyskryminacja...”, *op. cit.*, s. 286 - 287

⁵³ I. Boruta, „Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowe pojęcia”, *op. cit.*, s. 36

⁵⁴ J. Król, „Nowelizacja kodeksu pracy...”, *op. cit.*, s. 95

⁵⁵ I. Boruta, „Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowe pojęcia”, *op. cit.*, s. 36, E. Naumann, „Dyskryminacja...”, *op. cit.*, s. 287

⁵⁶ I. Boruta, „Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowe pojęcia”, *op. cit.*, s. 36

⁵⁷ E. Naumann, „Dyskryminacja...”, *op. cit.*, s. 287

⁵⁸ I. Boruta, „Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowe pojęcia”, *op. cit.*, s. 36

⁵⁹ E. Naumann, „Dyskryminacja...”, *op. cit.*, s. 287

Takiego rozwiązania nie zawierają unijne dyrektywy. Zestawienie definicji polskiej i definicji unijnych wskazuje, że polski ustawodawca był inspirowany definicją unijną, ale źle ją zrozumiał, przypisując hipotetyczność zachowania samej dyskryminacji, zamiast zachowaniu, z którym dyskryminacyjne rozróżnienie jest porównywane. Jak postuluje I. Boruta, wyjściem z sytuacji byłoby przyjęcie w Polsce definicji dyskryminacji bezpośredniej, w której świetle taka dyskryminacja występuje w przypadku, gdy osobę traktuje się mniej przychylnie, niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inną osobę w porównywalnej sytuacji z jednej z przyczyn, określonych w Kodeksie pracy. W ten sposób usunięto by wadę tej definicji (objęcie nią hipotetycznej dyskryminacji) i jednocześnie zapewniono by zgodność z prawem wspólnotowym⁶⁰.

Po drugie, tworzenie modelu porównawczego jest konieczne, aby wykazać dyskryminację bezpośrednią. Z polskiej definicji dyskryminacji bezpośredniej wynika, że dyskryminujące traktowanie danej osoby porównuje się z traktowaniem innych pracowników. Tymczasem z dyrektyw wynika, że traktowanie określonej osoby porównuje się z traktowaniem innej (jednej) osoby w warunkach porównywalnych. Jest to konsekwencją relatywizmu unijnej koncepcji równości, wymagającej konkretnego odpowiednika do porównań. Polski ustawodawca użył zatem niepoprawnie w omawianym kontekście liczby mnogiej („inni pracownicy”)⁶¹.

Pozostając w kręgu definicji wspólnotowych należy zwrócić uwagę na modyfikację definicji „dyskryminacji pośredniej”. Pierwotna definicja dyskryminacji pośredniej (ze względu na płeć) brzmiała: „dyskryminacja pośrednia ma miejsce wtedy, gdy z pozoru neutralny przepis, kryterium lub praktyka stawiają w mniej korzystnej sytuacji istotnie znaczącą grupę należącą do jednej z płci, chyba, że ten przepis, kryterium lub praktyka są właściwe i konieczne, i mogą być obiektywnie uzasadnione innymi względami niż płeć”⁶². Według aktualnie obowiązującej definicji unijnej dyskryminacja pośrednia występuje wówczas, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka mogą doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji dla określonej grupy ze względu na podstawy dyskryminacji w stosunku do innych osób.

A zatem w przypadku dyskryminacji pośredniej na przeciwstawnych pozycjach nie są indywidualne osoby fizyczne, lecz grupa osób znajdująca się w uprzywilejowanej pozycji i grupa osób znajdujących się w niekorzystnej sytuacji. Dyskryminacja pośrednia jest dozwolona wówczas, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środki mające służyć do jego osiągnięcia są właściwe i konieczne⁶³. Novum aktualnej definicji wyraża się w zastąpieniu trudnej do określenia przyczyny „obiektywnie uzasadnionej” przyczyną w większym stopniu wolną od ocen, tj. „obiektywnie i prawnie uzasadnioną”⁶⁴.

Neutralna pozorność to na pierwszy rzut oka kryterium nie mające nic wspólnego z kategorią mogącą stanowić podłoże dyskryminacji, np: „Zatrudnimy młodych mężczyzn na stanowisko kelnera i kucharza”. Jeżeli taki przepis, kryterium lub praktyka mogą doprowadzić do dyskryminowania w zatrudnieniu np. kobiet lub starszych mężczyzn, to można je

⁶⁰ I. Boruta, „Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowe pojęcia”, *op. cit.*, s. 36

⁶¹ *Tamże*, s. 36 - 37

⁶² M. Matey – Tyrowicz, „Zakaz dyskryminacji...” *op. cit.*, s. 597

⁶³ *Tamże*, s. 597 - 598

⁶⁴ I. Boruta, „Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowa regulacja prawna”, *op. cit.*, s. 4

zakwestionować. Dyskryminacja pośrednia jest dopuszczalna wówczas, gdy dany przepis, kryterium lub praktyka mają zgodny z prawem cel, np. zatrudnianie samych młodych mężczyzn na stanowisku kelnerów jest cechą charakterystyczną restauracji, dzięki której zyskała ona niepowtarzalny klimat przyciągający klientelę i dzięki której osiąga dochody. W takiej sytuacji należałoby uznać cel takiego działania za zgodny z prawem, na podstawie art. 2 ustawy z 2.02.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁶⁵, który stwierdza, że działalnością gospodarczą jest m. in. zarobkowa działalność usługowa. Wykazanie powyższego nie jest wystarczające, gdy istotne znaczenie ma fakt, czy środki mające służyć osiągnięciu tego celu są właściwe oraz konieczne. Innymi słowy, czy ten cel nie mógłby zostać osiągnięty w inny sposób⁶⁶.

Do nowelizacji z 21 listopada 2008 r.⁶⁷ art. 18^{3a} § 4 k.p. wskazywał, że dyskryminacja pośrednia jest dopuszczalna wówczas, gdy dysproporcje wynikające z różnego traktowania grup pracowników, lub osób starających się o pracę nie mogą być uzasadnione „innymi obiektywnymi powodami”⁶⁸. Określenie to było sformułowaniem poprzedniej generacji⁶⁹. Przyczynę obiektywnie uzasadnioną jest trudno określić, wymaga to zastosowania różnych kryteriów ocennych. Natomiast przyczyna obiektywnie i prawnie uzasadniona jest w większym stopniu wolna od ocen, stwarzając większe gwarancje praworządności⁷⁰. Oceniając poprzednią regulację I. Boruta przedstawiła pogląd, że polski ustawodawca wprowadził definicję odrzuconą już wcześniej w prawie wspólnotowym⁷¹. A. Sobczyk zwracał uwagę, że polska regulacja antydyskryminacyjna była nadmiernie restryktywna⁷². Zdaniem M. Wandzla w zakresie regulacji dyskryminacji pośredniej polskie regulacje wydawały się nieco łagodniejsze niż postanowienia dyrektyw⁷³. Aktualny kształt polskiej definicji dyskryminacji pośredniej należy oceniać pozytywnie.

Zgodnie z postanowieniami dyrektyw ochronie przed zachowaniami dyskryminacyjnymi podlegają nie tylko pracownicy, którzy są bezpośrednimi adresatami tych zachowań, ale również ci, którzy udzielili im wsparcia lub pomocy we wnoszeniu skarg bądź wszczynaniu postępowań – w reakcji na skargę danego pracownika.

Przykładem może być niepełnosprawna pracownica, którą pozbawiono szansy na awans, po tym jak złożyła skargę na dyskryminujące zachowanie pracodawcy w odniesieniu do warunków jej zatrudnienia. W polskim prawie pracy przewidywana jest ochrona przed wiktymizacją w art. 18^{3b} k.p.. Przewidziana przez polskie prawo ochrona zgodna jest z postanowieniami dyrektyw. Zapewnia ochronę dla pracownika w razie wiktymizacji przed wszelkim zwolnieniem, nieprzychylnym traktowaniem zarówno w czasie trwania stosunku pracy, jak i w razie jego zakończenia. Na gruncie polskiego prawa, w przypadku zaistnienia

⁶⁵ Dz. U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.

⁶⁶ E. Naumann, „Dyskryminacja...”, *op. cit.*, s. 287

⁶⁷ Ustawa z dn. 21.11.2008 r. o zmianie ustawy Kodeks pracy (Dz. U. Nr 223, poz. 1460); Zmiana weszła w życie 18.01.2009 r.

⁶⁸ L. Mitrus, „Wpływ regulacji wspólnotowych...”, *op. cit.*, s. 188

⁶⁹ Pochodzi z dyrektywy 97/80/WE z 15.12.1997 r. w sprawie ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć

⁷⁰ J. Król, „Nowelizacja kodeksu pracy...”, *op. cit.*, s. 95

⁷¹ I. Boruta, „Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowa regulacja prawna”, *op. cit.*, s. 2 i n.

⁷² A. Sobczyk, „Nowelizacja prawa pracy w zakresie umownego stosunku pracy”, *Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej 2003/2004*, Kraków 2004, s. 118

⁷³ M. Wandzel [w:] „Kodeks pracy. Komentarz”, K. W. Baran, E. Chmielek – Łubińska, L. Mitrus, T. Nycz, A. Sobczyk, B. Wagner, M. Wandzel, Gdańsk 2004, s. 74

wiktyimizacji, można posiłkować się szeroką ochroną przewidzianą przez zakaz dyskryminacji bezpośredniej. Jak wynika z przedstawionego wcześniej opisu dyskryminacji bezpośredniej, ofiarą tego rodzaju zjawiska można zostać również poprzez asocjację z inną osobą posiadającą cechę nawiązującą do podstawy dyskryminacji. Ta asocjacja może być w języku dyrektyw rozumiana jako wiktyimizacja⁷⁴.

Zgodnie z dyrektywami każde zachowanie polegające na zmuszaniu kogokolwiek do praktykowania wobec innych osób zachowań dyskryminacyjnych jest uważane za dyskryminację. Zmuszanie w kontekście prawa pracy powinno być równoznaczne z wydawaniem poleceń. Jest to bowiem adekwatne do cechy charakterystycznej stosunku pracy – podrzędności.

W polskim prawie ta forma dyskryminacji została zdefiniowana w art. 18^{3a} § 5 pkt. 1 k.p. Ma jednak polegać nie na zmuszaniu, tylko zachęcaniu, co w kontekście stosunku pracy może być inaczej rozumiane, tzn. nie jako wydawanie polecenia służbowego, tylko zalecenia. Taka wykładnia może powodować niemożność egzekwowania roszczeń opartych na zakazie dyskryminacji od pracodawcy, który może skutecznie uchylać się od odpowiedzialności za działania podwładnych na kierowniczych stanowiskach, nie będących wynikiem jego służbowego polecenia⁷⁵.

4.1. Zakres zakazu dyskryminacji w prawie polskim i w prawie wspólnotowym

Zakres przedmiotowy wspólnotowych norm jest bardzo szeroki i obejmuje: zatrudnienie, samozatrudnienie oraz pracę. Szerokie określenie pola oddziaływania zakazu dyskryminacji obejmującego także dostęp do zatrudnienia niepracowniczego, stanowi reakcję na powszechnie wyłanianie się takich zatrudnień⁷⁶. Przepisy wspólnotowe odnoszą się ponad to do warunków pracy, w tym do wynagrodzenia za pracę, ale także do promocji, kryteriów selekcji, warunków rekrutacji oraz awansu. Rozwinięciu uległa klauzula równego dostępu do szkolenia i szkolenia zawodowego poprzez wskazanie, że równy dostęp obejmuje wszystkie rodzaje i szczeble poradnictwa zawodowego, a także przekwalifikowanie pracownika⁷⁷. Normy są stosowane zarówno do sektora publicznego, jak i prywatnego⁷⁸.

Z literalnej wykładni art. 18^{3a} § 1 k.p. wynika, iż ochroną w ramach zasady niedyskryminacji w zatrudnieniu objęci są tylko: kandydaci do pracy, pracownicy i byli pracownicy. W polskim prawie nie istnieją regulacje dotyczące ochrony przed dyskryminacją w zakresie: dostępu do zatrudnienia niepracowniczego, przekwalifikowań. Co więcej zakaz dyskryminacji nie obejmuje tak ważnych aspektów w dzisiejszych stosunkach pracy jak kryteria selekcji i warunki rekrutacji⁷⁹. Polskie regulacje nie zawierają również rozszerzenia zakazu dyskryminacji na dziedziny inne niż „zatrudnienie i praca” w odniesieniu do zakazu dyskryminacji ze względu na rasę i pochodzenie etniczne⁸⁰. J. Król oraz I. Boruta oceniają krytycznie polską regulację⁸¹. I. Boruta wskazuje, że polskie rozwiązania zatrzymały się na

⁷⁴ E. Naumann, „Dyskryminacja...”, *op. cit.*, s. 288

⁷⁵ *Tamże*, s. 288

⁷⁶ Zob. A. Supiot, „*Beyond Employment. Changes in Work and the future of labour law in Europe*”, Oxford 2001, Omówienie w języku polskim – PiZS 2003, nr 9

⁷⁷ I. Boruta, „Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowa regulacja prawna”, *op. cit.*, s. 5

⁷⁸ L. Florek, „Równe traktowanie pracowników w prawie europejskim”, PiZS 2002, nr 5, s. 3 - 4

⁷⁹ J. Król, „Nowelizacja kodeksu pracy...”, *op. cit.*, s. 98

⁸⁰ I. Boruta, „Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowa regulacja prawna”, *op. cit.*, s. 6

⁸¹ *Tamże*, s. 6, J. Król, „Nowelizacja kodeksu pracy...”, *op. cit.*, s. 98

poziomie rozwiązań zawartych w dyrektywie 207/76/EWG⁸². Inne stanowisko w tym zakresie prezentuje L. Mitrus, który uważa, iż kodeks pracy prawidłowo określa zakres przedmiotowy zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu. Choć jednocześnie wskazuje na konieczność wprowadzenia jednoznacznych przepisów antydyskryminacyjnych do przepisów regulujących wykonywanie wolnych zawodów⁸³.

5. Pojęcie niepełnosprawności w kontekście zasady niedyskryminacji

„Niepełnosprawność” nie została zdefiniowana w dyrektywie 2000/78 WE. Dyrektywa 2000/78 nie odsyła również do określenia niepełnosprawności w systemach prawnych państw członkowskich. Ze względu na jednolite stosowanie prawa wspólnotowego należy nadać w całej Wspólnocie autonomiczną i jednolitą wykładnię pojęciu „niepełnosprawności”, ustaloną z uwzględnieniem kontekstu przepisu i celu tego uregulowania⁸⁴.

Jak wynika z art. 1 dyrektywy 2000/78, jej celem jest wyznaczenie ogólnych ram dla walki z dyskryminacją z przyczyn wymienionych w tym przepisie, wśród których znajduje się także niepełnosprawność w odniesieniu do zatrudnienia i pracy.

Zatem pojęcie „niepełnosprawności” należy rozumieć jako ograniczenie wynikające z naruszenia funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które stanowi przeszkodę dla danej osoby w uczestnictwie w życiu zawodowym. Aby takie ograniczenie wchodziło w zakres pojęcia „niepełnosprawności” musi istnieć prawdopodobieństwo, że jest ono długoterminowe.

Uprawdopodobnienie jest środkiem zastępczym w stosunku do dowodu, nie dającym pewności, lecz tylko prawdopodobieństwo pewnego faktu. Wymóg wykazania „prawdopodobieństwa”, a nie „dowodu”, iż niepełnosprawność jest długoterminowa stanowi rozwiązanie korzystne dla pracownika.

Należy podkreślić, że pojęcie „niepełnosprawności” różni się od pojęcia „choroby”. Europejski Trybunał Sprawiedliwości⁸⁵ jednoznacznie stwierdził, iż nie można uznać choroby jako takiej za dodatkową przyczynę, ze względu na którą dyrektywa 2000/78 zakazuje wszelkiej dyskryminacji. Zatem osoba, z którą pracodawca rozwiązał umowę o pracę wyłącznie z powodu choroby, nie jest objęta ogólnymi ramami ustanowionymi w celu walki z dyskryminacją, ze względu na niepełnosprawność, przez dyrektywę 2000/78.

Na gruncie prawa polskiego pojęcie „niepełnosprawności” konkretyzuje ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. nr 123, poz. 776, z późn. zm., tzw. ustawa rehabilitacyjna) w art. 2 pkt. 10. Na podstawie ustawy rehabilitacyjnej „niepełnosprawność” oznacza trwałą lub okresową niezdolność do wypełniania ról społecznych z powodu stałego lub długotrwałego

⁸² W dyrektywie 207/76/EWG mowa była w tym kontekście tylko o „dostępie do zatrudnienia, szkolenia, szkolenia zawodowego i o warunkach pracy” za: I. Boruta, *„Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowa regulacja prawna”*, op. cit., s. 6, 8

⁸³ L. Mitrus, *„Wpływ regulacji wspólnotowych...”*, op. cit., s. 196

⁸⁴ Por. zwłaszcza wrok TSWE z 18.01.1984 r. w sprawie Ekro, 327/82, zb. Orz., s. 107, pkt. 11 i z 9.03.2006 r. w sprawie Komisji przeciwko Hiszpanii, C-323/03, niepubl., pkt. 32 za: www.curia.europa.eu

⁸⁵ Wyrok ETS z 11.07.2006 r., w sprawie S. Chacin Navas v. Eurest Colectividades SA, C – 13/05

naruszenia sprawności organizmu, w szczególności powodującą niezdolność do pracy. Przy czym zgodnie z wyrokiem WSA w Warszawie z dn. 29.11.2006 r., III SA/Wa 1066/06, zaświadczenie organu orzekającego o niepełnosprawności nie konstituuje niepełnosprawności, która istnieje obiektywnie. W orzeczeniu stwierdza się bowiem stopień (rodzaj) niepełnosprawności (znaczny, umiarkowany, lekki). W przytoczonym wyroku wskazano także na konieczność odróżnienia „inwalidztwa” od „niepełnosprawności”. Inwalidztwo jest częściową niezdolnością do wykonywania pracy zawodowej, spowodowaną długotrwałym lub trwałym naruszeniem sprawności organizmu. O inwalidztwie mówi się, gdy choroba trwa powyżej sześciu miesięcy. Tym samym każdy inwalida będzie uznawany za niepełnosprawnego. Niepełnosprawność jest bowiem pojęciem szerszym niż inwalidztwo.

6. Dyferencjacja pracowników

Jako, że zasada równości ma swoje źródło w Konstytucji RP, która stanowi najwyższe prawo obowiązujące w Polsce, analizę dopuszczalnych kryteriów różnicowania wysokości wynagrodzeń należy rozpocząć od przepisów Konstytucji właśnie. Już od początku swojego istnienia TK określił istotę zasady równości polegającą na tym, że „wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo. A więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących”⁸⁶. Na marginesie, należy zgodzić się z L. Garlickim, iż koncepcja cechy istotnej (relewantnej) „nie cieszy się nadmiernym stopniem precyzji”⁸⁷.

Równość oznacza zatem akceptację różnego traktowania przez prawo różnych podmiotów, z tym jednak, że to różne traktowanie powinno być uzasadnione⁸⁸. W poszukiwaniu takiego uzasadnienia wskazywano kryteria racjonalności, proporcjonalności i sprawiedliwości dokonywania zróżnicowań. Innymi słowy, kryteria te muszą mieć po pierwsze charakter relewantny. Oznacza to pozostawanie w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma oraz służyć realizacji tego celu i treści. Jak wynika z rozważań, wprowadzane zróżnicowania muszą mieć charakter racjonalnie uzasadniony. Po drugie, kryteria te muszą mieć charakter proporcjonalny, a więc waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych. Po trzecie, kryteria te muszą pozostawiać w jakimś związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych⁸⁹. W orzecznictwie TK nie utożsamia się więc

⁸⁶ OTK w 1988 r., Warszawa 1989, s. 14; szerzej na temat głównych tendencji w orzecznictwie TK dotyczącym zasady równości w pierwszym okresie działalności TK zob. K. Działocha, „Równość wobec prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego w Polsce” [w:] L. Galicki, J. Trzciniński (red.), „Zasada równości w orzecznictwie Trybunałów Konstytucyjnych”, Wrocław 1990, s. 141 – 158 oraz J. Oniszczyk, „Zasada równouprawnienia kobiet w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego”, Warszawa 1993, s. 12 - 36

⁸⁷ L. Garlicki, „Zasada równości i zakaz dyskryminacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego” [w:] B. Oliwa Radzikowska (red.), „Obywatel – jego wolności i prawa”, Warszawa 1998, s. 79

⁸⁸ Sprawa K. 8/94 za: R. R. Małajny, „Reguła równości wobec prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego” [w:] L. Garlicki, A. Szmyt (red.), „Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje.”, Warszawa 2003, s.180

⁸⁹ OTK w roku 1997, Warszawa 1998, s. 553 – 554 za: B. Banaszak, „Zasada równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego” [w:] L. Garlicki, A. Szmyt (red.), „Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej...” op. cit., s. 25

zasady równości z zakazem różnicowania⁹⁰. Należy zaznaczyć, że przepisy Konstytucji dotyczące zasady równości mają podwójny charakter: są zarówno wytyczną dla ustawodawcy, w jaki sposób prawo powinno być kształtowane, jak i dla organów stosujących prawo co do zasad wykładni i stosowania prawa⁹¹. Jednakże, o ile nie budzi żadnych wątpliwości fakt, że art. 32 Konstytucji jest adresowany do organów władzy państwowej, o tyle zdaniem E. Zielińskiej, prawo konstytucyjne nie daje jednoznacznego wyjaśnienia mechanizmu „horyzontalnego” oddziaływania tych norm np. na stosunki pomiędzy pracodawcami i pracownikami⁹². Odmienny pogląd prezentuje B. Banaszak, wskazując, że Trybunał Konstytucyjny dotychczas nie rozciągnął obowiązku zasady równości na inne podmioty. Zauważa również, iż mimo tendencji występujących w orzecznictwie niektórych europejskich sądów konstytucyjnych polski TK nie uznał horyzontalnego oddziaływania tej zasady⁹³.

W kontekście zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu ze względu na niepełnosprawność należy podkreślić, iż nie jest postępowaniem dyskryminującym zachowanie pracodawcy, który wprowadzi racjonalne usprawnienia dla osób niepełnosprawnych i rozwiąże umowę o pracę z osobą niepełnosprawną z powodu braku kompetencji, zdolności, dyspozycyjności w zakresie wykonywania najważniejszych czynności na zajmowanym przez siebie stanowisku⁹⁴. Sytuacja pracownika niepełnosprawnego nie może być ukształtowana mniej korzystnie z uwagi na stan niepełnosprawności. Jednakże gdy pracodawca przystosuje miejsce pracy dla potrzeb niepełnosprawnego pracownika ma prawo od niego wymagać kompetencji i zaangażowania w pracę w takim stopniu jak od pozostałych pracowników.

Stanowisko to, zgodne jest z uregulowaniami kodeksowymi. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 11² k.p. zasada równości praw pracowników w stosunku pracy wchodzi w rachubę wtedy, gdy pracownicy „jednakowo” pełnią „takie same obowiązki”. Oznacza to, że przepis ten dopuszcza różnicowanie praw pracowników, którzy albo pełnią inne obowiązki, albo pełniąc takie same obowiązki – wypełniają je niejednakowo. W orzecznictwie SN przyjmuje się, że zasada równego traktowania pracowników nie wyklucza dyferencjacji praw i obowiązków pracowniczych. Artykuł 11² k.p. zakłada bowiem wprost różnicowanie sytuacji pracowników ze względu na odmienności wynikające z ich cech osobistych i różnic w wykonywaniu pracy⁹⁵.

Dyskryminujące różnicowanie pracowników ze względu na niepełnosprawność przejawia się często w dyskryminacyjnym wynagradzaniu. W odniesieniu do zakazu dyskryminacji w wynagradzaniu, należy pamiętać, że wynagrodzenie za pracę jest nie tylko świadczeniem

⁹⁰ *Ibidem*, s. 25

⁹¹ Wspólny program Network Women’s Program oraz Open Society Foundation Rumunia, „Program monitoringu akcesji do UE, równość szans kobiet i mężczyzn – doświadczenia krajów kandydujących i wyzwania związane z akcesją do Unii Europejskiej”, Warszawa 2002, s. 73

⁹² *Tamże*, s. 73

⁹³ B. Banaszak, „Zasada równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego” [w:] L. Garlicki, A. Szmyt (red.), „Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej...” *op. cit.*, s. 24; Szerzej na temat horyzontalnego obowiązku praw i wolności jednostki zob. B. Banaszak, „Prawo konstytucyjne”, Warszawa 2001, s. 450 - 452

⁹⁴ Teza II wyroku TSWE z 11.07.2006 r., w sprawie S. Chacin Navas v. Eurest Colectividades SA, C – 13/05

⁹⁵ A. Bydłoń, „Różnicowanie wynagrodzeń w oparciu o staż pracy a zasada równego traktowania pracowników”, PiZS 2006, nr 11, s. 38

odwzajemniającym pracę, ale także ekwiwalentem względem pracy⁹⁶. Przy czym, zdaniem B. Wagner, ekwiwalentność nie pozostaje w sprzeczności z niedyskryminacją. Raczej jej sprzyja. Nie wyklucza dyferencjacji płac. Przeciwnie, zróżnicowanie wynagrodzeń jest konsekwencją ekwiwalentności⁹⁷.

W polskich unormowaniach zasady równości płacowej brak jest odpowiedniej spójności terminologicznej pomiędzy regulacją konstytucyjną i kodeksową. Artykuł 33 Konstytucji ustanawia prawo do jednakowego wynagrodzenia za pracę jednakowej wartości. Przepis 18^{3c} § 1 k.p. statuuje natomiast prawo do jednakowego wynagrodzenia „za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości”. Jednakże koncepcja „jednakowej płacy za pracę jednakowej wartości” jest jedynie wyższą formą ewolucyjną reguły „jednakowej płacy za jednakową pracę”. Zdaniem M. Nowak⁹⁸ bardziej precyzyjne kodeksowe unormowanie nie zmienia w istotny sposób zakresu przedmiotowego i sensu normy zawartej w ustawie zasadniczej. Natomiast M. Matey – Tyrowicz wyraża obawy co do tego, iż konstytucyjna formuła w brzmieniu nieco odmiennym od wprowadzonej w Traktacie Amsterdamskim regulacji tej materii może zaważyć na ocenie zgodności polskiego prawa z normami Wspólnoty Europejskiej⁹⁹. T. Liszcz twierdzi, że polski ustawodawca powinien poprzestać na zasadzie „równa płaca za jednakową pracę”¹⁰⁰. Takiemu stanowisku oponuje M. Nowak, powołując się na fakt, że do przyjęcia szerszej formuły obliguje nas nie tylko ratyfikacja Konwencji nr 100 MOP, ale przede wszystkim potrzeba zharmonizowania polskiego prawa ze standardami europejskimi. Poza tym, M. Nowak zwraca uwagę na fakt, iż KNE RE wyraźnie wymaga, by zasada „jednakowego wynagrodzenia za pracę jednakowej wartości” bezpośrednio znalazła swój wyraz w przepisach prawa krajowego. Dodatkowo, doświadczenia krajów WE przekonują, iż mimo trudności, jakie powstają w procesie porównywania różnych prac, koncepcja ta sprawdza się dużo lepiej¹⁰¹.

Polski Kodeks pracy nie definiuje pojęcia „jednakowej pracy”. Należy ją rozumieć dosłownie jako pracę identyczną – taką samą. Pojęcia tego nie powinno się rozszerzać na pracę „o podobnym charakterze”¹⁰².

Natomiast artykuł 18^{3c} § 3 k.p. wskazuje kryteria stosowane dla określenia prac o jednakowej wartości. Zgodnie z tym przepisem pracami o jednakowej wartości są prace, których wykonywanie wymaga od pracowników porównywalnych kwalifikacji zawodowych, które powinny być potwierdzone odpowiednimi dokumentami przewidzianymi w odrębnych przepisach lub praktyką i doświadczeniem zawodowym. Wykonywanie prac zaliczonych do kategorii prac o jednakowej wartości powinno łączyć się z porównywalną odpowiedzialnością i wysiłkiem. Przez odpowiedzialność, w tym kontekście, należy rozumieć rodzaj i zakres negatywnych konsekwencji, które mogą spowodować niewłaściwe wykonywanie prac danego rodzaju (np. śmierć, rozstrój zdrowia, szkody materialne) i związane z tym sankcje (karne, dyscyplinarne, odszkodowawcze), które grożą pracownikowi za niedopełnienie swoich

⁹⁶ B. Wagner, „*Komentarz do kodeksu pracy*”, red. L. Florek, Dom Wydawniczy ABC 2005, s. 538

⁹⁷ B. Wagner, „*Ekwiwalentność wynagrodzenia i pracy*”, PiZS 1996, nr 6, s. 2 - 3

⁹⁸ M. Nowak, „*Prawo do godziwego...*” *op. cit.*, s. 238 - 239

⁹⁹ M. Matey – Tyrowicz, „*Zasada równości traktowania mężczyzn i kobiet w świetle Konstytucji RP i prawa europejskiego*” [w:] „*Równość kobiet i mężczyzn w europejskich systemach emerytalnych*”, Ośrodek Informacji Rady Europy. Centrum Europejskie UW, „Biuletyn”, 2000, nr 2, s. 95

¹⁰⁰ T. Liszcz, „*Równość kobiet i mężczyzn w znowelizowanym kodeksie pracy*”, PiZS 2002, z. 1, s. 4

¹⁰¹ M. Nowak, „*Prawo do godziwego...*” *op. cit.*, s. 241

¹⁰² M. Gersdorf, K. Rączka, J. Skoczyński, „*Komentarz...*”, *op. cit.*, s. 72, A. M. Świątkowski, „*Europejskie...*” *op. cit.*, t II, s. 194

obowiązków. Istotne jest również to, czy pracownik odpowiada tylko za własne działania bądź zaniechania, czy też z tytułu nadzoru nad podwładnymi, co zwiększa zakres jego odpowiedzialności. Jeśli chodzi o wysiłek konieczny do wykonywania porównywalnych prac, jest to zarówno wysiłek fizyczny, jak i psychiczny. Chodzi przy tym o obiektywnie mierzony wysiłek, a nie o subiektywną ciężkość pracy, której odczucie zależy od siły fizycznej lub psychicznej pracownika¹⁰³. Takie samo stanowisko prezentuje ETS, który w sprawie Rummler¹⁰⁴, orzekł, że przy ocenie charakteru wykonywanej pracy powinny być stosowane obiektywne mierniki. Mimo, iż zastosowanie przez pracodawcę jako miernika wartości wykonywanej pracy ilości siły fizycznej wkładanej w jej wykonywanie generalnie preferuje mężczyzn, Trybunał Wspólnot stwierdził, że zastosowanie takiego miernika nie jest równoznaczne z dyskryminacją kobiet, jeżeli charakter wykonywanej pracy usprawiedliwia stosowanie jako miernika siły fizycznej niezbędnej do wykonywania pracy określonego rodzaju¹⁰⁵. Trybunał argumentował, że system klasyfikacji zawodów uwzględnia także inne kryteria według, których kobiety wykazują się szczególnymi zdolnościami i umiejętnościami, a taka regulacja nie pozwala na traktowanie pracy, która wymaga takich właśnie zdolności, jako pracy równej wartości¹⁰⁶. Takie stanowisko Trybunału jest jednak krytykowane. Opiera się na nieprawdziwym założeniu, iż można obiektywnie, wspólnie dla obu płci, zmierzyć wysiłek fizyczny¹⁰⁷. Podnoszono, że Trybunał posłużył się typowo „męskim” wzorcem, do którego przyrównany został wysiłek kobiety, co tak naprawdę prowadzi do dyskryminacji kobiet mimo istnienia formalnej (symetrycznej) równości¹⁰⁸.

Analizując art. 18^{3c} § 3 k. p., warto zwrócić uwagę na szczupłość katalogu elementów, które ustawodawca nakazuje uwzględniać przy weryfikowaniu prac pod kątem ich jednakowej wartości. Jak się można domyślać, służyć to miało uproszczeniu procesu porównawczego. M. Nowak zwraca uwagę, że w katalogu tym zabrakło kryterium w postaci warunków wykonywania danej pracy. Nie wydaje się bowiem, by można je było pośrednio wyprowadzić z któregośkolwiek z wymienionych wyżej kryteriów¹⁰⁹.

Zdaniem K. Walczaka¹¹⁰ w obowiązującym stanie prawnym, pracodawca aby wykazać, że nie stosuje dyskryminacji powinien przeprowadzić proces wartościowania stanowisk pracy, który stanowiłby podstawę do wydania taryfikatora. Stanowisko przeciwne, zgodnie z którym w odróżnieniu od systemu wartościowania stanowisk pracy w Polsce obowiązuje nieanalityczny system klasyfikacji pracy prezentuje M. Wandzel¹¹¹. Według tego autora z art. 18^{3c} § 3 k.p. wynika, że polski system porównuje ze sobą niektóre elementy wpływające na wartość pracy i pozwala na przyjęcie jednakowej wartości tylko wtedy, gdy elementy te są identyczne lub w znacznym stopniu podobne. Dlatego też *a contrario* jeżeli porównane prace cechuje wymóg posiadania porównywalnych kwalifikacji zawodowych, a ich wykonaniu towarzyszy porównywalna odpowiedzialność lecz np. różny wysiłek, wtedy prace te, nie mogą być

¹⁰³ T. Liszcz, „Równość kobiet i mężczyzn w znowelizowanym kodeksie pracy”, PiZS 2002, z. 1, s.

¹⁰⁴ Sprawa 237/85

¹⁰⁵ A. M. Świątkowski, „Europejskie...” *op. cit.*, t II, s. 195

¹⁰⁶ M. Wandzel, „Równe traktowanie...” *op. cit.*, s. 79

¹⁰⁷ Za: I. Boruta, „Równość kobiet i mężczyzn...” *op. cit.*, s. 81

¹⁰⁸ M. Wandzel, „Równe traktowanie...” *op. cit.*, s. 79 - 80

¹⁰⁹ Warunki pracy są tradycyjnie wymienianą przesłanką dyferencjacji statusu pracowniczego: M. Nowak, „Prawo do godziwego...” *op. cit.*, s. 243, B. Wagner, „Zasada równego traktowania...” *op. cit.*, s. 9; J. Wrątny, „Wybrane problemy współczesnego prawa pracy w Polsce” [w:] *Studia i materiały IPiSS*, z. 15, Warszawa 1989, s. 39; A. Melich, „Sprawiedliwość a gospodarowanie w zakładzie pracy”, Warszawa 1985, s. 92

¹¹⁰ K. Walczak, „Zakaz dyskryminacji...” *op. cit.*, s. 78

¹¹¹ M. Wandzel, „Komentarz do kodeksu pracy”, red. B. Wagner, ODDK, Gdańsk 2004, s. 91 i n.

zakwalifikowane jako prace o jednakowej wartości. Taka zawężająca interpretacja zdaniem K. Walczaka¹¹² jest nieuzasadniona, gdyż w praktyce prowadziłaby do sytuacji, że przepis ten stałby się niemal zupełnie martwy. Dlatego też, nawet zdając sobie sprawę z „ułomności” zapisów art. 18^{3c} § 3 k.p. należy go interpretować zgodnie z regułami europejskimi, uznającymi szerokie pojęcie pracy o jednakowej wartości, uzależnione od różnorodnych czynników. Potwierdza to orzeczenie ETS w sprawie Royal Copenhagen¹¹³, zgodnie, z którym przy ocenie jednakowej pracy bądź pracy o takiej samej wartości Trybunał analizuje przede wszystkim charakter pracy, szkolenia, warunki zatrudnienia oraz ustala czy pracownicy znajdują się w porównywalnej sytuacji¹¹⁴.

Ponad to, art. 78 k.p. zakłada różnicowanie wynagrodzenia, ponieważ wprowadza kryteria jego ustalenia takie jak rodzaj pracy, kwalifikacje wymagane przy jej wykonywaniu, ilość pracy i jej jakość. Nie są to jednak kryteria podane w sposób wyczerpujący, o czym świadczy użyte w przepisie wyrażenie „w szczególności”¹¹⁵. Natomiast pracodawca jest obowiązany różnicować wysokość wynagrodzenia pracowników według kryteriów wymienionych w art. 78 § 1 k.p.¹¹⁶. Potwierdza to orzeczenie SN¹¹⁷, eksponujące, iż nie może być mowy o dyskryminacji w ustalaniu wynagrodzenia w sytuacji, gdy kryteria różnicowania wynagrodzenia pracownika w stosunku do pozostałych pracowników, wskazane w przepisach płacowych pracodawcy, są ściśle związane z pracą, w szczególności z jej rodzajem, jakością, stosunkiem pracownika do obowiązków, kwalifikacjami i doświadczeniem zawodowym, czyli z podstawowymi kryteriami ustalania wynagrodzenia wskazanymi w art. 78 k.p. Tym samym SN wskazał, że kryteria te pozostają w zgodzie z zasadą równego traktowania pracowników z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków (art. 11² k.p.)¹¹⁸.

W świetle poprzedniego brzmienia art. 78 k.p. (dawny art. 13 k.p.), rodzaj, ilość oraz jakość pracy były miernikami równorzędnymi¹¹⁹. Aktualnie zdaniem m. in. B. Wagner, W. Cajsela waga poszczególnych mierników pracy nie jest jednakowa. B. Wagner wskazuje, że pierwszeństwo w wycenie pracy mają jej rodzaj i kwalifikacje pracownika. Natomiast ważnymi, aczkolwiek drugorzędnymi kryteriami są ilość pracy i jej jakość. Swój pogląd B. Wagner argumentuje powołując się na wykładnię językową przepisu. Według zastosowanej wykładni przy ustalaniu wynagrodzenia za pracę uwzględniane są wprawdzie rodzaj pracy i kwalifikacje wymagane do jej wykonywania oraz ilość i jakość świadczonej pracy, ale „w szczególności” tylko te pierwsze, drugie zaś „także”. Poza tym za hierarchizacją kryteriów wyceny pracy przemawiają racje funkcjonalne i aksjologiczne. Rodzaj pracy i kwalifikacje wymagane do jej wykonywania są miernikami wynagrodzenia abstrakcyjnego (uprawnienia płacowego). Ilość i jakość to raczej kryteria obliczania zarobku¹²⁰. Według W. Cajsela wynagrodzenie powinno być tak ustalone, aby odpowiadało co najmniej rodzajowi

¹¹² K. Walczak, „Zakaz dyskryminacji...” *op. cit.*, s. 79

¹¹³ Sprawa 400/93

¹¹⁴ L. Mitrus, „Rozwój prawa wspólnotowego w dziedzinie równego traktowania kobiet i mężczyzn w zatrudnieniu”, *PiZS* 2007, nr 1, s. 4

¹¹⁵ Wyrok SN z 24.01.2002 r., I PKN 16/01, OSNP 2004, nr 3, poz. 44

¹¹⁶ A. M. Świątkowski, „Komentarz...” *op. cit.*, s. 353

¹¹⁷ Wyrok SN z 12.08.2004 r., III PK 40/04, dotychczas niepublikowany

¹¹⁸ E. Maniewska, „Z orzecznictwa Sądu Najwyższego. Dyskryminacja i równość w ustalaniu wynagrodzenia”, *PiZS* 2005, nr 1, s. 37 - 38

¹¹⁹ Według dawnego art. 13 k.p. pracownikowi przysługiwało wynagrodzenie za pracę „odpowiednie do jej rodzaju, ilości i jakości” za: B. Wagner, „Ekwiwalentność wynagrodzenia...” *op. cit.*, s. 2 - 3

¹²⁰ B. Wagner, „Komentarz do kodeksu pracy”, red. L. Florek, Dom Wydawniczy ABC 2005, s. 538

wykonywanej pracy i kwalifikacjom wymaganych od pracownika do jej wykonywania¹²¹. Z kolei różnicy w porównaniu z poprzednią regulacją nie dostrzegają W. Sanetra¹²², W. Gujski¹²³.

Inną niż równorzędność poszczególnych kryteriów wynagradzania jest kwestia ich samodzielności. Zagadnienie to dotyczy głównie kwalifikacji zawodowych, które jak podkreśla B. Wagner, nie stanowią samodzielnego kryterium dyferencjacji płac. Wpływają (powinny lub mogą wpływać) na ustalenie wynagrodzenia tylko poprzez ich powiązanie z możliwością wykonywania pracy danego rodzaju. Kwalifikacje pracownika mają więc dla wyceny jego pracy znaczenie pośrednie – poprzez jej rodzaj. Nie można jednak wykluczyć odmiennego uregulowania tej kwestii w układach zbiorowych pracy, regulaminach wynagradzania lub innych aktach płacowych. Istnieją pracodawcy dodatkowo wynagradzający wyższe kwalifikacje pracownika, stwarzając możliwość ich wykorzystania do wykonywania szerszego zakresu prac. Jest to dla pracodawcy użyteczne ze względów organizacyjnych. Opłaca się więc dodatkowo potencjalną niejako ich przydatność¹²⁴. Przy czym, zgodnie z wyrokiem SN¹²⁵, jeżeli nowo zatrudnieni pracownicy nie mają wyższych kwalifikacji lub doświadczenia na danym stanowisku, nie mogą zarabiać więcej od dotychczas zatrudnionych. Inaczej pracodawca naraża się na wypłatę wyrównania zaniżonej pensji. W takiej sytuacji dodatkowe kursy i szkolenia nowego pracownika, które nie mają związku z wykonywanym przez niego aktualnie zawodem, nie mają znaczenia¹²⁶.

Na uwagę zasługuje fakt, że według współczesnych ekonomistów bardzo ważnym czynnikiem różnicowania płac są kwalifikacje. Problem ten rozpatrują w kontekście teorii kapitału ludzkiego. Przy ocenie kosztów inwestycji w człowieka, a konkretnie w jego wykształcenie, trzeba brać wartość utraconych zarobków, z czego wynika, że koszt ten powinien się zwrócić po zdobyciu wykształcenia i podjęciu pracy zgodnej z tymi kwalifikacjami. Różnica w zarobkach traktowana jest jako zysk z podjęcia wysiłku wykształcenia. Brak zależności między kwalifikacjami, a zwłaszcza między wykształceniem a płacami, powoduje bardzo poważne konsekwencje społeczne w postaci marnotrawstwa nakładów na kształcenie¹²⁷. Przy czym należy zauważyć, że kodeks pracy nie definiuje kwalifikacji wymaganych do wykonywania pracy określonego rodzaju. Decyzję o tym, czy pracownik posiada niezbędne kwalifikacje pozostawia zainteresowanemu pracodawcy. W przypadku większości zawodów i specjalności kwalifikacje niezbędne do wykonywania pracy określonego rodzaju określa państwo¹²⁸.

¹²¹ W. Cajselski, „Komentarz do kodeksu pracy”, C. H. Beck, Warszawa 2007, s. 213

¹²² J. Iwulski, W. Sanetra, „Komentarz do kodeksu pracy”, Warszawa 2009, s. 539

¹²³ M. T. Romer (red.), W. Gujski, Z. Szczuka, „Komentarz do kodeksu pracy”, Warszawa 2006, s. 275

¹²⁴ B. Wagner, „Ekwiwalentność wynagrodzenia...” *op. cit.*, s. 3 – 4; B. Wagner rozstrzyga wątpliwość, czy przy ustalaniu wynagrodzenia należy uwzględniać rzeczywiste (formalne lub faktyczne) kwalifikacje pracownika, niezależnie od wymaganych do wykonywania pracy określonego rodzaju, czy też tylko te konieczne do zatrudnienia na danym stanowisku. Jeżeli w wymogach kwalifikacyjnych określono jedynie typ wykształcenia, poziom wykształcenia powinien być uwzględniony przy wycenie pracy. Natomiast w przypadku, gdy w wymogach kwalifikacyjnych określono tylko poziom wykształcenia rzeczywiste kwalifikacje pracownika nie powinny mieć znaczenia dla ustalenia wartości jego pracy.

¹²⁵ Wyrok SN z 22.02.2007 r., I PK 242/06

¹²⁶ Kędziora, K. Śmiszek, *op. cit.*, s. 81

¹²⁷ E. F. Denison obliczył nawet, że 2/5 zróżnicowania płac jest wynikiem różnic w poziomie wykształcenia, za: Z. Czajka, „Kształtowanie płac w sferze budżetowej w Polsce”, Warszawa 2002, s. 36

¹²⁸ A. M. Świątkowski, „Komentarz...” *op. cit.*, s. 354

Natomiast rodzaj pracy, jako podstawowe kryterium różnicowania wynagrodzeń pracowników, uwzględnia znaczenie wykonywanych czynności, stopień zużycia organizmu pracownika podczas wykonywania tych czynności oraz odpowiedzialność, jaką pracownik może ponosić w razie niewykonania zleconych czynności¹²⁹.

Najczęściej występującymi w praktyce miernikami ilości pracy są czas pracy, zadania dzienne, tygodniowe lub miesięczne, norma i normatyw.

Mierniki jakości pracy są zróżnicowane w zależności od jej rodzaju. Wzorcem jakości w każdym stosunku pracy jest jej wykonywanie zgodnie z treścią zobowiązania i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno – gospodarczemu oraz ustalonym zwyczajom (art. 354 k.c. w zw. z art. 300 k.p.), z dołożeniem przez pracownika należytej staranności, staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 k.c. w zw. z art. 300 k.p.)¹³⁰.

W orzeczeniu wydanym w sprawie Danfoss ETS stwierdził, że jakość pracy jest bez wątpienia neutralnym kryterium różnicowania pracowników. Jedynie w razie stwierdzenia, że konsekwentne stosowanie tego kryterium powoduje zmniejszenie zarobków kobiet, można zastanowić się, czy pracodawca nie popełnia błędu w wyborze kryterium różnicowania zarobków pracowników. W takim wypadku pracodawca jest zobowiązany do zweryfikowania kryterium stosowanego przy różnicowaniu wynagrodzeń pracowników¹³¹. Zgodnie z wyrokiem SN określenie wynagrodzenia w sposób zryczałtowany, a więc bez ustalenia ilościowych i jakościowych wskaźników pracy, nie powoduje nieważności umowy o pracę, ale nie wyłącza możliwości żądania korekty wynagrodzenia rażąco nieadekwatnego do wykonanej pracy¹³². Pracodawca ma również możliwość wprowadzenia wynikowej metody wynagradzania, uzależniającej wysokość wynagrodzenia od uzyskanych przez pracownika rezultatów. Metodę tę stosuje się w akordowych, prowizyjnych i premiowych systemach wynagradzania pracowników. W akordowym systemie wynagrodzenie pracownika jest uzależnione od ilości wykonanych produktów w jednostce rozliczeniowej przyjętej przez pracodawcę (godzina, dniówka robocza). Prowizyjna metoda wynagradzania określa wysokość zarobków z efektami działalności całego zakładu lub jego wybranej jednostki organizacyjnej. System oparty na premiowaniu osiągnięć reguluje wypłacanie premii pracownikom po przekroczeniu określonego progu wydajności. Za pomocą premii nagradzana jest również jakość wykonanej pracy oraz oszczędność materiałów używanych do produkcji¹³³.

Przy prezentowaniu dopuszczalnych kryteriów różnicowania wynagrodzeń nasuwa się pytanie o relacje w jakich art. 78 k.p. pozostaje § 3 art. 18^{3c} k.p. Wydaje się że można uznać, iż art. 78 k.p. uzupełnia omówioną wcześniej regulację w takim sensie, iż najpierw ocenić trzeba, przy zastosowaniu wymienionych w art. 18^{3c} § 3 k.p. parametrów, jakie prace są pracami „jednakowej wartości”, zatem ich wynagradzanie powinno być ustalone w zbliżonej wysokości, a następnie dopiero powinien znaleźć zastosowanie art. 78 k.p., pozwalający zmodyfikować uzgodnioną w opisany sposób wyjściową kwotę dodatkowo ze względu na ilość i jakość wykonanej pracy¹³⁴.

¹²⁹ *Ibidem*, s. 354

¹³⁰ B. Wagner, „Komentarz do kodeksu pracy”, red. L. Florek, Dom Wydawniczy ABC 2005, s. 539

¹³¹ A. M. Świątkowski, „Europejskie...” *op. cit.*, t II, s. 200

¹³² Wyrok SN z 22.11.2001 r., I PKN 690/00, OSNP 2003, nr 20, poz. 489

¹³³ A. M. Świątkowski, „Komentarz...” *op. cit.*, s. 355

¹³⁴ M. Nowak, „Prawo do godziwego...” *op. cit.*, s. 244

W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wypracowano dotychczas szereg kryteriów uzasadnionego różnicowania wynagrodzeń, do których zaliczono nie tylko jakość i ilość świadczonej pracy, ale m. in. również mające obiektywny charakter uzasadnione potrzeby pracodawcy takie jak: podwyższona dyspozycyjność, mobilność, zdolność przystosowania się do wymagań dotyczących świadczenia pracy w różnych miejscach i nienormowanym czasie pracy, udział w szkoleniach zawodowych, niektóre czynniki rynkowe np. sytuacja na rynku pracy wymagająca wyższego opłacania pracowników świadczących pracę, na którą jest popyt oraz warunki ekonomiczne zakładu pracy i względy rynkowe. Jak widać, ETS również nie traktuje równego traktowania w sferze wynagrodzeń jako zasady absolutnej. Próbuje ją harmonizować m. in. z niektórymi ważnymi i obiektywnymi czynnikami rynkowymi. Z podobnym podejściem do tego problemu spotykamy się w orzeczeniach Sądu Najwyższego. Przykładem może być wyrok¹³⁵, w którym podkreślono, iż kryteriami różnicowania wynagrodzeń radców prawnych mogą być nie tylko okoliczności związane z jakością i ilością świadczonej pracy, ale również czynniki rynkowe, takie jak „podaż usług prawniczych na lokalnym rynku pracy”¹³⁶.

7. Ochrona osób niepełnosprawnych w zakresie dyskryminacji w zatrudnieniu

7.1 Środki indywidualnej ochrony przed dyskryminacją

7.1.1. Naruszenie zakazu dyskryminacji postanowieniami przepisów prawa

W celu prawidłowego stosowania międzynarodowych i europejskich regulacji antydyskryminacyjnych, nie wystarczyło skonkretyzować polskich przepisów, ale trzeba było również wprowadzić odpowiednie sankcje za ich naruszenie oraz wyeliminować przepisy pozostające z nimi w sprzeczności¹³⁷. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że generalnie w polskim systemie prawnym brak jest przepisów, które byłyby niezgodne z antydyskryminacyjnymi zasadami¹³⁸. Niemniej, w razie stwierdzenia niezgodności przepisów prawnych ze wskazanymi zasadami przewidziane są w krajowym ustawodawstwie odpowiednie procedury eliminowania takich postanowień z obowiązującego porządku prawnego. W tym zakresie należy wskazać na uprawnienia Trybunału Konstytucyjnego, sądu powołanego do kontroli zgodności aktów prawnych niższej rangi z aktami usytuowanymi wyżej w hierarchii źródeł prawa¹³⁹. W oparciu o art. 188 Konstytucji RP należy przyjąć, iż w sytuacji, gdy w przepisach zawarte zostanie postanowienie naruszające zasadę równości w zatrudnieniu, Trybunał Konstytucyjny może, w zależności od rangi aktu je zawierającego, orzec o niezgodności normy wykonawczej z ustawą (m. in. art. 18^{3c} k.p.) lub o niezgodności regulacji ustawowej z art. 33 ust. 2 Konstytucji albo z ratyfikowaną umową międzynarodową¹⁴⁰.

Skutki prawne naruszenia nakazu równego traktowania w zatrudnieniu określają też art. 9 § 4 i art. 18 § 3 k.p.¹⁴¹. Zgodnie z art. 9 § 4 k.p. postanowienia układów zbiorowych pracy i

¹³⁵ Wyrok SN z 6.03.2003 r., I PK 171/02, OSNP nr 15/2004, poz.258

¹³⁶ G. Orłowski, „Równość absolutna czy regionalna?”, Monitor Prawa Pracy 2005, nr 12, s. 320; A. M. Świątkowski, „Europejskie...” *op. cit.*, t II, s. 199 - 202

¹³⁷ M. Nowak, „Prawo do godziwego...” *op. cit.*, s. 246

¹³⁸ Por. raport E. Zielińskiej, „Polska: Równość szans kobiet i mężczyzn w zatrudnieniu i ubezpieczeniach społecznych” [w:] „Program monitoringu akcesji do UE...” *op. cit.*, s. 84

¹³⁹ M. Nowak, „Prawo do godziwego...” *op. cit.*, s. 246 - 247

¹⁴⁰ Tamże, s. 247, oraz J. Skoczyński, „Zasada równego traktowania...” *op. cit.*, s. 4

¹⁴¹ Przed nowelizacją z 2003 r., analizowane artykuły dotyczyły zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet w zatrudnieniu. Rozszerzenie regulacji na zasadę równego traktowania w zatrudnieniu stanowiło następstwo

innych opartych na ustawie porozumień zbiorowych, regulaminów oraz statutów określających prawa i obowiązki stron stosunku pracy naruszające zasadę równego traktowania w zatrudnieniu nie obowiązują. Omawiany § 4 art. 9 k.p. mówi tylko o źródłach swoistych dla prawa pracy. Nie wymienia natomiast ustaw i wydawanych na ich podstawie aktów wykonawczych. Można domniemywać założenie ustawodawcy, że w aktach pochodzących od państwa nie powinna wystąpić taka sprzeczność¹⁴². Utrata mocy obowiązującej dotyczy tylko tych postanowień aktów prawa autonomicznego, które kolidują z zasadą równouprawnienia w zatrudnieniu. Sankcja ta oparta jest na zasadzie automatyzmu skutku tzn. dyskryminujące postanowienia autonomicznych źródeł prawa pracy nie mogą być uznane za źródło praw i obowiązków, postanowienia takie dotknięte są nieważnością bezwzględna. Powstaje pytanie jakie normy prawa pracy powinny być stosowane w miejsce przepisów uznanych za nieobowiązujące¹⁴³. Zarówno z orzecznictwa TK¹⁴⁴ jak i SN wynika, że stosowanie zasady równego traktowania w zatrudnieniu powinno polegać na podwyższeniu świadczeń należnych pracownikom traktowanym gorzej, a nie pozbawianiu świadczeń pracowników, którzy byli traktowani lepiej¹⁴⁵. Do uznania za nieobowiązujące postanowień aktów autonomicznego prawa pracy z uwagi na niezgodność z zasadą równouprawnienia w zatrudnieniu uprawniony jest najpierw pracodawca, następnie sąd pracy. Ustawodawca nie posłużył się w komentowanym przepisie konstrukcją prawną stwierdzenia nieważności. Z tego względu, a także z powodu niemożności stosowania w zbiorowych stosunkach pracy art. 300 k.p., nie jest dopuszczalna droga sądowa o ustalenie nieważności układu zbiorowego pracy¹⁴⁶. Interesujące stanowisko dotyczące art. 9 § 4 k.p. prezentuje K. Rączka, zdaniem, którego przepis ten jest zbędny, gdyż nie zawiera żadnej nowej jakości normatywnej. Gdyby ustawodawca nie wprowadził tego unormowania, to i tak postanowienia sprzeczne z zasadą równego traktowania w zatrudnieniu, jako sprzeczne z przepisami Kodeksu pracy, nie obowiązywałyby na mocy art. 9 § 2 i 3 k.p.¹⁴⁷.

Według art. 18 § 3 k.p. postanowienia umów o pracę i innych aktów, na podstawie których powstaje stosunek pracy, naruszające zasadę równego traktowania w zatrudnieniu są nieważne. W przedstawionym unormowaniu ustawodawca wyraźnie zróznicował co do skutków prawnych sytuacje, gdy dany element statusu pracowniczego normują przepisy prawa pracy oraz gdy dyskryminujące ukształtowanie praw i obowiązków pracowników nastąpiło w zakresie spraw pozostających poza ich regulacją. Wyróżnienie tych dwóch przypadków stanowi podstawę wyodrębnienia w powołanym przepisie odpowiednio dwóch

konieczności dostosowania polskiego prawa pracy do wszystkich dyrektyw wspólnotowych regulujących problem równego traktowania w zatrudnieniu z uwzględnieniem wszystkich wymienionych w nich kryteriów, a nie tylko kryterium płci za: W. Santera, „*Komentarz do kodeksu pracy*”, red. J. Iwuski, W. Santera, Warszawa 2009, s. 132

¹⁴² E. Chmielek – Łubińska w: „*Komentarz do kodeksu pracy*”, red. B. Wagner, Gdańsk 2009, s. 37

¹⁴³ A. M. Świątkowski, „*Komentarz...*”, *op. cit.*, s. 26; R. Babińska, „*Środki indywidualnej ochrony prawnej przed dyskryminacją w zatrudnieniu*”, *PiZS* 2005, nr 3, s. 28

¹⁴⁴ W. Santera w: „*Komentarz do kodeksu pracy*”, red. J. Iwuski, W. Santera, Warszawa 2009, s. 79

¹⁴⁵ Wyrok SN z 12.09.2006 r., I PK 89/06, OSNP 2006, nr 19 – 20, poz. 296 za: W. Santera, „*Wykładnia przepisów układu zbiorowego pracy – problem ciągle aktualny*”, *PiZS* 2007, nr 9, s. 8; Interesująca jest wykładnia literalna art. 9 § 4 k.p., której dokonuje W. Santera w „*Komentarz do...*”, *op. cit.*, s. 79. W konsekwencji tej wykładni W. Santera dochodzi do wniosku, że mimo, iż akt autonomicznego prawa pracy przyznaje pracownikom dodatkowe korzyści (ogranicza ich obowiązki lub odpowiedzialność), to jednak nie obowiązuje. Zdaniem W. Santery wykładnia ta budzi zastrzeżenia.

¹⁴⁶ Uchwała SN(7) z 23.03.2001 r., III ZP 17/00, OSNAPIUS 2001, nr 23, poz. 1066 za: A. M. Świątkowski, „*Komentarz...*”, *op. cit.*, s. 27

¹⁴⁷ K. Rączka w: „*Komentarz...*”, *op. cit.*, s. 36

postaci zasady zastępowalności. Zgodnie z pierwszą regułą zastępowalności, w miejsce nieważnych postanowień „stosuje się odpowiednie przepisy prawa pracy”. W sytuacji braku tych przepisów druga reguła zastępowalności przewiduje, iż postanowienia dyskryminujące należy zastąpić odpowiednimi wolnymi od dyskryminacji¹⁴⁸.

Nawiązując do pierwszej z wymienionych reguł, należy zauważyć związek występujący pomiędzy § 2 i § 3 art. 18 k.p. Dla określenia relacji oraz uniknięcia kolizji między tymi przepisami decydujące znaczenie ma ustalenie mocy wiążącej normy prawnej, w obrębie, której nastąpiło omawiane tu naruszenie oraz kierunku dokonanych w stosunku do niej zmian¹⁴⁹. Na podstawie art. 18 § 2 k.p. postanowienia umów o pracę mniej korzystne dla pracownika niż przepisy prawa pracy są nieważne, niezależnie od tego czy równocześnie stanowią naruszenie zasady równego traktowania. Natomiast § 3 art. 18 dotyczy wyłącznie dyskryminacyjnych postanowień.

Kontrowersyjnym zagadnieniem jest sytuacja gdy dyskryminacja polega na zachwianiu równości w zakresie dopuszczalności stosowania przez pracodawcę zasady uprzywilejowania¹⁵⁰. Zastosowanie reguły zastępowalności spowodowałoby, iż uprzywilejowany pracownik utraciłby posiadaną dotychczas korzyść. W związku z tym powstaje pytanie, dlaczego z powodu naruszenia nakazu niedyskryminacji przez pracodawcę, negatywne skutki ma ponosić pracownik, któremu odmawia się świadczeń ustalonych w umowie, bo określone jej postanowienia należy uznać za nieważne. Aby praktyka dyskryminacyjna obciążała tylko pracodawcę W. Sanetra proponuje w taki sposób zmienić literalne brzmienie analizowanego przepisu, by umowę uprzywilejowującą konkretnego pracownika uznać za ważną i jednocześnie do umów pozostałych pracowników wprowadzić odpowiednie postanowienia eliminujące dyskryminację¹⁵¹. B. Wagner zauważa, że celem unormowania zawartego w art. 18 § 3 k.p. nie jest wyeliminowanie zasady uprzywilejowania, lecz usprawiedliwienie jej stosowanie. Dlatego nie zawsze postanowieniem niedyskryminującym będzie odpowiednie korzystniejsze postanowienie zawarte w umowie o pracę innego pracownika¹⁵².

Druga zasada zastępowalności polega na zastąpieniu odpowiednich postanowień umowy postanowieniami nie mającymi charakteru dyskryminacyjnego. Przy czym nie wiadomo jak i na podstawie jakich przesłanek konstruować postanowienia „nie mające charakteru dyskryminacyjnego”. Stwarza to możliwość takiej interpretacji tego przepisu, w której uzna się, że „odpowiednie postanowienie niedyskryminujące” to takie, które polega na zmianie treści umów innych osób niż pracownik bezpodstawnie uprzywilejowany (np. przez wprowadzenie do treści klauzuli przewidującej takie samo świadczenie jak, to, które uznane zostało za kolidujące z zasadą równego traktowania i sprowadza się do przyznania dodatkowego świadczenia poza kręgiem świadczeń przewidzianych w przepisach prawa pracy)¹⁵³. Ponad to, zastosowanie drugiej reguły zastępowalności, jak zauważa K. Rączka, może okazać się niewykonalne. Wynika to z faktu, iż nowe niedyskryminacyjne postanowienia aktu kreującego stosunek pracy mogą być wprowadzone tylko na podstawie zgodnego oświadczenia woli pracodawcy i pracownika. Kodeks pracy nie reguluje sytuacji, w

¹⁴⁸ R. Babińska, „Środki indywidualnej ochrony...”, *op. cit.*, s. 26

¹⁴⁹ B. Wagner, „Zasada równego traktowania...”, *op. cit.*, s. 10

¹⁵⁰ R. Babińska, „Środki indywidualnej ochrony...”, *op. cit.*, s. 27

¹⁵¹ W. Sanetra w: „Komentarz do...”, *op. cit.*, s. 131

¹⁵² B. Wagner, „Komentarz do kodeksu pracy”, red. B. Wagner, *op. cit.*, s. 78

¹⁵³ *Tamże*, s. 132

której strony stosunku pracy nie dojdą do porozumienia¹⁵⁴.

Rozwiązaniem tego dylematu wydaje się powództwo pracownika lub pracodawcy o ustalenie istnienia stosunku pracy o określonej treści (art. 189 k.p.c.). Wprawdzie samo orzeczenie sądu nie jest oświadczeniem woli danego podmiotu, to jednak na podstawie art. 64 k.c. i art. 1047 k.p.c. na mocy fikcji prawnej powstaje skutek prawny złożenia przez ten podmiot określonego oświadczenia woli z chwilą uprawomocnienia się wyroku lub nadania mu klauzuli wykonalności¹⁵⁵. Należy zaznaczyć, że pomimo konieczności odwołania się w pewnych sytuacjach do przepisów Kodeksu cywilnego oraz Kodeksu postępowania cywilnego, zdaniem K. Rączki druga zasada zastępowalności stanowi jedyny element art. 18 § 3 k.p., który posiada wartość poznawczą. Zdaniem tego Autora w pozostałej części analizowany przepis jest zbędny. K. Rączka twierdzi, że postanowienia aktów, na podstawie których powstaje stosunek pracy, naruszające zasadę równego traktowania w zatrudnieniu jako sprzeczne z odpowiednimi przepisami Kodeksu pracy są niedopuszczalne i nieważne już na mocy art. 18 § 1 oraz 2 k.p. Nie stanowi też nowej jakości przewidziana w analizowanym przepisie reguła zastępowalności postanowień umowy o pracę, spółdzielczej umowy o pracę, mianowania, powołania albo aktu wyboru sprzecznych z zasadą równego traktowania w zatrudnieniu, niedyskryminacyjnymi postanowieniami lub postanowieniami prawa pracy, gdyż ona już wynika z art. 9 § 2 k.p.¹⁵⁶.

7.2. Roszczenie o odszkodowanie. Zagadnienie stosowania cywilnoprawnych środków ochrony przed dyskryminacją w zatrudnieniu.

Przed wszystkim należy zauważyć, że nowelizując Kodeks pracy, ustawodawca pomimo wskazówek przedstawicieli doktryny¹⁵⁷, nie wprowadził normy jednoznacznie określającej jaki charakter mają spory dotyczące dyskryminacji oraz nie określił bezpośrednio trybu dochodzenia równego traktowania¹⁵⁸. Obecnie nie ma wątpliwości, że ma tu zastosowanie art. 242 k.p., zgodnie z którym pracownik może dochodzić swoich roszczeń ze stosunku pracy na drodze sądowej. W poprzednim stanie prawnym również wywodzono z obowiązujących przepisów, że sprawy o dyskryminację podlegają kognicji sądów pracy, jednak zakres stosowania wskazanej wyżej normy nie był do końca jasny¹⁵⁹. Wątpliwości te w początkowym okresie wzmagano dodatkowo orzecznictwo SN¹⁶⁰. Aktualnie zgodnie z art. 18^{3d} k.p. sankcją za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu jest odszkodowanie. Według A. M. Świątkowskiego odszkodowanie stanowi jedyną sankcję jaka

¹⁵⁴ K. Rączka w: „Komentarz...”, *op. cit.*, s. 61

¹⁵⁵ Tamże, s. 61, R. Babińska, „Środki indywidualnej ochrony...”, *op. cit.*, s. 26 - 27

¹⁵⁶ K. Rączka w: „Komentarz...”, *op. cit.*, s. 61

¹⁵⁷ Por. I. Boruta, „Równość kobiet i mężczyzn...”, *op. cit.*, s. 169

¹⁵⁸ B. Wagner, „Zasada równego traktowania i...”, *op. cit.*, s. 10

¹⁵⁹ Problem dotyczył w szczególności kwestii ewentualnych roszczeń, o jakich mowa w art. 242 k.p. W szczególności zastanawiano się, czy możliwość sądowego dochodzenia roszczeń istnieje również wówczas, gdy pracodawca nie naruszył obowiązujących przepisów płacowych, a jedynie mniej korzystnie ukształtował wynagrodzenia pracownicy wykonującej tę samą pracę co zatrudnieni mężczyźni, za: M. Nowak, „Prawo do godziwego...” *op. cit.*, s. 250

¹⁶⁰ Np. orzeczenie SN z 23.04.1975 r., I PZ 11/75, PiZS 1976, nr 4, s. 65, wyrok SN z 15.10.1975 r., I PR 109/75, OSNCP 1976, nr 6, poz. 145 oraz uchwała SN z 7.11.1977 r., I PZP 44/77, PiZS 1979, nr 10, s. 81, za: M. Nowak, „Prawo do godziwego...” *op. cit.*, s. 251; Na stopniową zmianę stanowiska sądowego w przedmiocie zasady równego traktowania wskazuje J. Skoczyński, „Zasada równego traktowania...” *op. cit.*, s.

może być zastosowana wobec pracodawcy dyskryminującego pracowników¹⁶¹. Odmienne stanowisko prezentuje K. Rączka, zdaniem którego odszkodowanie to nie jest jedynym środkiem ochrony prawnej¹⁶². W komentowanym przepisie nie uregulowano przesłanek, jakimi powinien kierować się sąd pracy orzekający o wysokości należnego odszkodowania¹⁶³. W doktrynie nie ma jednolitego poglądu w kwestii czy powstanie szkody jest przesłanką powstania prawa do tego odszkodowania. W. Cajselski uznając konieczność wystąpienia szkody wskazuje, że po nowelizacji, omawiane odszkodowanie utraciło charakterystyczny dla odszkodowań pracowniczych ryczałtowy charakter. Przed nowelizacją było niezależne od wysokości poniesionej przez pracownika szkody i od samego faktu jej wystąpienia. Obecnie zostało ukształtowane w sposób zbliżony do „zwykłych” odszkodowań cywilnoprawnych¹⁶⁴. Podobne stanowisko prezentuje W. Muszalski, który wskazuje, że wobec zastosowania określenia „odszkodowanie” należy rozumieć, iż dowód powstania szkody i jej wysokości należy do wnioskodawcy¹⁶⁵. Odmienny pogląd przedstawia R. Babińska¹⁶⁶, twierdząc, że powstanie szkody nie stanowi przesłanki nabycia prawa do tego odszkodowania. Swoje stanowisko uzasadnia literalnym brzmieniem art. 18^{3d} k.p., a także pozostałych unormowań rozdziału IIa kodeksu pracy. Wprawdzie wynikiem zjawiska dyskryminacji w zatrudnieniu często jest powstanie szkody zarówno majątkowej jak i niemajątkowej, to możliwa jest również, sytuacja, w której pracownik ulegając dyskryminacji nie poniósł żadnej szkody. Na przykład okoliczność pominięcia przy typowaniu do udziału w szkoleniach wiąże się z utratą ewentualnych korzyści w postaci m. in. szansy na wyższe wynagrodzenie. Nie stanowi to jednak szkody w znaczeniu *lucrum cessans* (hipotetycznej). Z kolei szkoda ewentualna w prawie polskim nie podlega naprawieniu¹⁶⁷. Nie zmienia to jednak faktu, iż jest to działanie naruszające nakaz równego traktowania w zatrudnieniu i powinien tu znaleźć zastosowanie art. 18^{3d} k.p.¹⁶⁸. Taki sam pogląd prezentuje T. Liszcz, argumentując brak konieczności wystąpienia szkody szczególnym charakterem omawianego odszkodowania, które łączy w sobie element rekompensaty, zadośćuczynienia, ale i kary dla naruszającego zakaz dyskryminacji pracodawcy¹⁶⁹. R. Babińska przyjmuje, iż analizowane odszkodowanie może stanowić formę naprawienia szkody poniesionej przez pracownika na skutek dyskryminującej decyzji pracodawcy i wówczas dla określenia jego wysokości należy wykazać rozmiary poniesionej rzeczywistej szkody. Niezależnie od jej rozmiarów, sąd może wziąć pod uwagę poniesione przez pracownika straty moralne¹⁷⁰. Odmienne uważa W. Cajselski, który w konsekwencji swojego poglądu dotyczącego konieczności wystąpienia szkody twierdzi, że odszkodowanie musi być adekwatne do poniesionej szkody¹⁷¹. A. M. Świątkowski zauważa, że o wysokości odszkodowania powinien decydować rodzaj chronionego dobra, naruszonego przez pracodawcę ze względu na prawnie zabronione kryteria¹⁷². K. Rączka postuluje, by uwzględniać rodzaj i intensywność działania

¹⁶¹ A. M. Świątkowski, „Komentarz...”, *op. cit.*, s. 86

¹⁶² K. Rączka w: „Komentarz...”, *op. cit.*, s. 72

¹⁶³ A. M. Świątkowski, „Komentarz...”, *op. cit.*, s. 86

¹⁶⁴ W. Cajselski, „Komentarz...”, *op. cit.*, s. 54

¹⁶⁵ W. Muszalski (red.), „Komentarz do kodeksu pracy”, C. H. Beck, Warszawa 2007, s. 53

¹⁶⁶ R. Babińska, „Środki indywidualnej ochrony...”, *op. cit.*, s. 25

¹⁶⁷ Zob. W. Czachórski (red.), „Zobowiązania. Zarys wykładu”, Warszawa 1994 r., s. 101, za: R. Babińska, „Środki indywidualnej ochrony...”, *op. cit.*, s. 29

¹⁶⁸ R. Babińska, „Środki indywidualnej ochrony...”, *op. cit.*, s. 25

¹⁶⁹ T. Liszcz, „Równość kobiet i mężczyzn...”, *op. cit.*, s. 6

¹⁷⁰ R. Babińska, „Środki indywidualnej ochrony...”, *op. cit.*, s. 25

¹⁷¹ W. Cajselski, „Komentarz...”, *op. cit.*, s. 54

¹⁷² A. M. Świątkowski, „Komentarz...”, *op. cit.*, s. 86

dyskryminacyjnego pracodawcy oraz jego skutki¹⁷³. Na podstawie obowiązującej obecnie regulacji (art. 18^{3d} k.p.) ustanowiono minimalną granicę wysokości odszkodowania w postaci minimalnego wynagrodzenia za pracę, natomiast brak jest ustawowego określenia górnej granicy tego odszkodowania. Ukształtowanie w kodeksie pracy roszczenia odszkodowawczego w taki sposób, by mogło ono pełnić funkcję kompensacyjną¹⁷⁴ sprawia, iż odszkodowanie to może stanowić ekwiwalent korzyści wynikających z nawiązania stosunku pracy, awansu i innych świadczeń związanych z pracą¹⁷⁵. Rozwiązanie to bliskie jest zarówno prawu europejskiemu jak i międzynarodowemu¹⁷⁶. Jednak jak zauważa K. Świdorska, nieuzasadnione wydaje się oczekiwanie, iż zasądzone kwoty będą miały zupełnie dowolny charakter. Zwraca uwagę, że kodeks pracy wielokrotnie wskazuje górne granice odszkodowań za dalej idące w skutkach działania pracodawcy niż dyskryminacja w zatrudnieniu np. w sytuacji niezgodnego z prawem rozwiązania przez pracodawcę umowy o pracę bez wypowiedzenia¹⁷⁷, co uzasadnia limitowanie odszkodowań za dyskryminacyjne traktowanie pracowników¹⁷⁸. W tym kontekście należy przywołać wyrok TK¹⁷⁹, w którym Trybunał orzekł o niekonstytucyjności art. 58 k.p. rozumianego w ten sposób, że wyłącza dochodzenie innych niż w nim określone roszczeń odszkodowawczych¹⁸⁰. J. Skoczyński uznaje stosowanie cywilnoprawnych środków ochrony przed dyskryminacją w

¹⁷³ K. Rączka w: „*Komentarz...*”, *op. cit.*, s. 72

¹⁷⁴ Przesłanką roszczenia odszkodowawczego jest jedynie bezprawność działania polegająca na naruszeniu zakazu dyskryminacji, bez względu na to, czy pracownik poniósł jakąkolwiek szkodę. Przesłanki tego odszkodowania nie stanowi też wina, gdyż mamy tu do czynienia z obiektywizacją działania pracodawcy i niemożnością ekskulacji za: K. W. Baran, E. Chmielek – Lubińska, L. Mitrus, T. Nycz, A. Sobczyk, B. Wagner, M. Wandzel, „*Kodeks pracy. Komentarz*”, red. B. Wagner, Gdańsk 2004, s. 93 – 94; K. Jaśkowski, E. Maniewska, „*Komentarz do kodeksu pracy*”, Warszawa 2002, s. 82

¹⁷⁵ R. Babińska, „*Środki indywidualnej ochrony...*”, *op. cit.*, s. 25

¹⁷⁶ ETS w wyroku w sprawie Marshall (C – 152/84) stwierdził, że nie może stanowić prawidłowej implementacji dyrektywy 1976/207 wprowadzenie górnej granicy wysokości odszkodowania za naruszenie zakazu dyskryminacji ze względu na płeć, za: R. Babińska, „*Środki indywidualnej ochrony...*”, *op. cit.*, s. 29

Natomiast Komitet Niezależnych Ekspertów negatywnie ocenił duńskie rozwiązania na podstawie, których zezwalano na zwolnienie pracownika występującego z roszczeniami z tytułu dyskryminacji, jednocześnie zobowiązując pracodawcę do finansowej rekompensaty, której górna wysokość została ustawowo ograniczona. Zdaniem KNE owa finansowa rekompensata nie powinna być limitowana musi bowiem pokrywać pełną poniesioną przez pracownika szkodę (tak materialną jak i na osobie) za: M. Nowak, „*Prawo do godziwego...*”, *op. cit.*, s. 220 - 221

¹⁷⁷ Art. 58 k.p. stanowi, że analizowane odszkodowanie przysługuje w wysokości wynagrodzenia za okres wypowiedzenia. W przypadku rozwiązania umowy o pracę zawartej na czas określony albo na czas wykonania określonej pracy, odszkodowanie przysługuje w wysokości wynagrodzenia za czas, do którego umowa miała trwać, nie więcej jednak niż za 3 miesiące.

¹⁷⁸ K. Świdorska, „*Zakaz dyskryminacji w wynagradzaniu...*”, *op. cit.*, s. 139

¹⁷⁹ Wyrok TK z 27.11.2007 r., SK 18/05

¹⁸⁰ Zdaniem TK „odszkodowanie”, o którym mowa w art. 58 k.p. nie jest odszkodowaniem sensu stricto, mającym na celu wyrównanie szkody wyrządzonej pracownikowi przez bezprawne rozwiązanie z nim umowy o pracę bez wypowiedzenia. Jest ono sui generis świadczeniem majątkowym, pełniącym funkcję sankcji wobec pracodawcy za bezprawne działanie, a w pewnych tylko sytuacjach de facto także funkcję odszkodowania lub zadośćuczynienia. W rezultacie obowiązywania systemu „wyłączonego odszkodowania ustawowego”, to pracodawca ma możliwość skalkulowania konsekwencji ekonomicznych związanych ze zwolnieniem pracownika z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa. Pracownik jako słabsza strona stosunku pracy, zasługuje na mocniejszą ochronę. Należy więc stwierdzić, że sprawa naprawienia szkody wyrządzonej pracownikowi nie została w przepisach prawa pracy wyczerpująco uregulowana. W związku z tym, na podstawie art. 300 k.p., należy w tym zakresie stosować odpowiednio przepisy k.c., w szczególności art. 415 k.c. lub art. 471 k.c.

zatrudnieniu¹⁸¹. Jednak w odniesieniu do nielimitowania wysokości odszkodowania oraz w nawiązaniu do analizowanego orzeczenia TK pogląd ten jest nieuzasadniony. W omawianej sytuacji na mocy art. 18^{3d} k.p. w związku z art. 18^{3a} § 2 i art. 18^{3a} § 5 k.p. sankcją za dyskryminujące i naruszające godność zachowanie jest odszkodowanie, wykazujące wówczas cechy zadośćuczynienia¹⁸².

7.3. Roszczenie o przyznanie lub wyrównanie świadczeń związanych z pracą.

Materialno - prawnych podstaw dodatkowych roszczeń poszukuje się w sformułowaniu przepisów ustanawiających nakaz równego traktowania w zatrudnieniu¹⁸³. W dawnym stanie prawnym, w literaturze przedmiotu niemal powszechnie przyjmowano, iż art. 11² k.p. i 11³ k.p. nie mogą stanowić samodzielnej podstawy roszczeń pracownika w sytuacji braku stosownych przepisów szczegółowych, będących wyraźnym oparciem dla takiego roszczenia¹⁸⁴. Stanowisko to znalazło odzwierciedlenie w orzecznictwie SN, który potwierdzając słuszność zarzutów dyskryminacji postawionych pracodawcom, stwierdził, iż nie istnieje możliwość zgłaszania przez dyskryminowanych pracowników roszczeń o bezprawne nieprzyznanie świadczenia lub o odszkodowanie bezpośrednio na podstawie art. 11² k.p. i 11³ k.p.¹⁸⁵. W przypadku gdy powoływano w wyrokach SN wspomniane przepisy to jedynie posiłkowo, a więc obok innej, bardziej konkretnej podstawy prawnej¹⁸⁶. Zgodnie wskazywano, że nie może być uznany za taką podstawę art. 94 pkt. 9 k.p., który choć zobowiązuje pracodawcę do stosowania „obiektywnych i sprawiedliwych kryteriów oceny pracowników oraz wyników ich pracy”, to należy do kategorii obowiązków „względem załogi, w związku z czym nie stanowi podstawy dla roszczeń indywidualnego pracownika”¹⁸⁷. Odmienne stanowisko w tej kwestii prezentował J. Skoczyński, zdaniem którego zasada równości stanowiła obowiązujące normy prawne wiążące pracodawcę w stosunku do pracownika. Według Autora zasada równości mogła stanowić samoistną podstawę roszczeń pracowniczych, jeżeli pracodawca naruszył ją przy korzystaniu ze swobody kształtowania uprawnień pracowniczych (swobody umów)¹⁸⁸. Po nowelizacji kodeksu pracy z 2001 r. B. Wagner wyraziła pogląd, iż w przypadku naruszenia przez pracodawcę zakazu dyskryminacji poza roszczeniem o odszkodowanie pracownik może dodatkowo dochodzić bezpośrednio świadczenia, którego został pozbawiony¹⁸⁹.

W oparciu o obecnie obowiązujące regulacje M. Nowak wnioskuje, że występującym w art.

¹⁸¹ J. Skoczyński, „Zasada równego traktowania...”, *op. cit.*, s. 5; tak też K. Rączka w: „Kodeks pracy...”, *op. cit.*, s. 37

¹⁸² R. Babińska, „Środki indywidualnej ochrony...”, *op. cit.*, s. 26

¹⁸³ *Tamże*, s. 24

¹⁸⁴ J. Wrątny, D. Kotowska, J. Szczot, „Nowy kodeks pracy”, Warszawa 1996, s. 19

¹⁸⁵ Wyroki SN z: 13.02.1997 r., I PKN 5/97 OSNAPiUS 1997, nr 20, poz. 398 oraz z 24.03.2000 r., I PKN 314/99, OSNAP 2001, nr 15, poz. 480

¹⁸⁶ Np. w wyroku z 23.10.1996 r., I PRN 94/96, OSNAP 1997, nr 8, poz. 131, SN przyjął, że pominięcie byłego pracownika przy przyznawaniu świadczenia, będącego składnikiem wynagrodzenia za pracę w okresie, w którym był on zatrudniony, narusza zasady wynagrodzenia za pracę wykonaną (art. 80 k.p.), wynagrodzenia wg ilości i jakości pracy (art. 78 k.p.) i równego traktowania pracowników (art. 11² k.p.) za: M. Nowak, „Prawo do godziwego...”, *op. cit.*, s. 236

¹⁸⁷ Tak m. in. W. Szubert, J. Wrątny – por. J. Wrątny, „Wybrane problemy współczesnego prawa pracy w Polsce” [w:] *Studia i Materiały IPISS*, z. 15, Warszawa 1989, s. 44 i n. oraz cytowana tam literatura za: M. Nowak, „Prawo do godziwego...”, *op. cit.*, s. 236

¹⁸⁸ J. Skoczyński, „Zasada równego traktowania...”, *op. cit.*, s. 5

¹⁸⁹ B. Wagner, „Zasada równego traktowania i...”, *op. cit.*, s. 10

18^{3d} k.p. pojęciem odszkodowania należy objąć również całość lub też część świadczenia, którego pracownik na skutek nieuzasadnionego, nierównego traktowania został pozbawiony. Swoje stanowisko uzasadnia rezygnacją z pierwotnie wprowadzonego górnego limitu tego odszkodowania¹⁹⁰. Ponadto to zarówno na gruncie polskiego jak i europejskiego prawa pracy nadal aktualny jest pogląd uzasadniający powstanie roszczenia po stronie pracownika w sytuacji ustanowienia sankcji i żądań pracowniczych wyraźnie w przepisach prawa krajowego¹⁹¹. Regułą w takich sytuacjach jest pośredni sposób dochodzenia przez pracowników praw naruszonych na skutek niewykonania przez pracodawcę nałożonych na niego obowiązków. Podstawę prawną roszczeń pracowniczych stanowią wówczas odpowiednie przepisy kodeksu pracy¹⁹². Jak wskazuje K. Rączka skorzystanie przez pracownika z roszczenia o odszkodowanie, o którym mowa w art. 18^{3d} k.p., nie wyklucza prawa do rozwiązania przez pracownika umowy o pracę z powodu ciężkiego naruszenia przez pracodawcę jego podstawowych obowiązków wobec pracownika (por. art. 55 § 1¹ k.p.)¹⁹³. Możliwość ta jest niekwestionowana, gdyż katalog podstawowych obowiązków pracodawców został poszerzony o powinność przeciwdziałania dyskryminacji w zatrudnieniu (art. 94 pkt. 2b)¹⁹⁴.

Podsumowując, należy stwierdzić, że nakaz równego traktowania w zatrudnieniu ustanowiony w przepisach kodeksu pracy nie może być bezpośrednią i wystarczającą podstawą prawną roszczeń dyskryminowanych pracowników¹⁹⁵. Roszczenia o przyznanie lub wyrównanie świadczeń związanych z pracą wydają się być nieuzasadnione w kontekście nie limitowania górnej granicy odszkodowania.

7.4. Powództwo o ustalenie (art. 189 k.p.c.).

Analizując środki ochrony prawnej przed dyskryminacją w zatrudnieniu, należy także rozważyć kwestię dopuszczalności wytoczenia przez dyskryminowanych pracowników powództwa o ustalenie (art. 189 k.p.c.), że pracodawca naruszył nakaz równego traktowania w zatrudnieniu¹⁹⁶. K. Rączka dopuszcza wytoczenie przez pracownika takiego powództwa, w szczególności o ustalenie właściwego wynagrodzenia, jeżeli zostało ono dyskryminująco zaniżone¹⁹⁷. B. Wagner zauważa, że dopuszczalność powództwa o samo tylko ustalenie, że pracodawca naruszył nakaz równego traktowania wydaje się dyskusyjna. Wątpliwy bowiem byłby interes prawny powoda w ustaleniu w istocie faktu prawotwórczego¹⁹⁸. Okoliczność, iż

¹⁹⁰ W swej pierwotnej wersji powołany przepis stanowił o odszkodowaniu w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie i nie wyższej niż sześciokrotność tego wynagrodzenia za: M. Nowak, „*Prawo do godziwego...*”, *op. cit.*, s. 251

¹⁹¹ R. Babińska, „*Środki indywidualnej ochrony...*”, *op. cit.*, s. 24 – 25 i podana tam literatura

¹⁹² R. Babińska, „*Środki indywidualnej ochrony...*”, *op. cit.*, s. 24

¹⁹³ K. Rączka w: „*Komentarz...*”, *op. cit.*, s. 72 - 73

¹⁹⁴ M. Nowak, „*Prawo do godziwego...*”, *op. cit.*, s. 252

¹⁹⁵ R. Babińska, „*Środki indywidualnej ochrony...*”, *op. cit.*, s. 25

¹⁹⁶ *Tamże*, s. 25

¹⁹⁷ K. Rączka w: „*Komentarz...*”, *op. cit.*, s. 73

¹⁹⁸ B. Wagner, „*Zasada równego traktowania i...*”, *op. cit.*, s. 10; W doktrynie i orzecznictwie ustalenie faktów prawotwórczych w drodze powództwa ustalającego uznaje się za dopuszczalne. Z reguły akceptuje się też zasadę, zgodnie z którą zachodzi brak materialno – prawnej przesłanki powództwa o ustalenie jaką jest interes prawny powoda, jeżeli w konkretnej sytuacji występuje jednocześnie możliwość wytoczenia powództwa o świadczenie. Od tej zasady dopuszcza się jednak wyjątek, polegający na przyznaniu stronie powództwa o ustalenie w razie powstania przekonania, że żądanie zasądzenia świadczenia nie wyczerpuje interesu prawnego w ustaleniu za: R. Babińska, „*Środki indywidualnej ochrony...*”, *op. cit.*, s. 25 i podana tam literatura

ustalenie dyskryminacyjnego charakteru decyzji pracodawcy dotyczącej statusu danego pracownika może być środkiem ochrony jego interesów majątkowych, nie stanowi jeszcze uzasadnienia dla istnienia interesu prawnego w rozumieniu art. 189 k.p.c. Z tytułu naruszenia nakazu równego traktowania pracownik przysuguje powództwo o odszkodowanie. Dyskryminujący charakter decyzji pracodawcy podlega zatem ustaleniu, jako fakt istotny, już w procesie o przyznanie odszkodowania¹⁹⁹.

Podsumowując, słusznym wydaje się być twierdzenie, że wobec przysługiwania roszczenia odszkodowawczego, dyskryminowany pracownik nie ma interesu prawnego w wytoczeniu powództwa o ustalenie.

7.5. Prawo wystąpienia do Rzecznika Praw Obywatelskich.

Na podstawie art. 80 Konstytucji RP każdemu przysuguje prawo wystąpienia do Rzecznika Praw Obywatelskich z wnioskiem o pomoc w ochronie naruszonych przez organ władzy publicznej jego praw i wolności²⁰⁰. Z uwagi jednak na to, że prawo wystąpienia do Rzecznika dotyczy sytuacji naruszenia praw lub wolności przez organy władzy publicznej, należy uznać, iż w zakresie równego wynagradzania ewentualna ingerencja RPO będzie możliwa przede wszystkim w odniesieniu do pracowników administracji publicznej, których warunki wynagradzania są szczegółowo regulowane przepisami pragmatyk urzędniczych²⁰¹.

1. Rozkład ciężaru dowodu w sprawach na tle dyskryminacji.

Wysoki standard ochrony przed dyskryminacją w zatrudnieniu przejawia się m. in. w szczególnym uregulowaniu rozkładu ciężaru dowodu²⁰². Regulacja wspólnotowa²⁰³ wyraźnie ustanawia zwykłe przerzucenie ciężaru dowodu. Według ETS interpretacji prawa wspólnotowego należy dokonać w ten sposób, iż na stronie pozwanej ciąży obowiązek dowiedzenia, że naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu nie miało miejsca²⁰⁴. Podobnie wypowiedział się SN stwierdzając, że pracownik dochodzący odszkodowania z tytułu naruszenia zasady równego traktowania musi najpierw wskazać, że był w zatrudnieniu dyskryminowany w bezpośredni lub pośredni sposób, a dopiero następnie pracodawcę obciąża dowód, że przy różnicowaniu pracowników kierował się obiektywnymi powodami²⁰⁵.

Jednak pomimo jednoznacznego stanowiska SN, na gruncie prawa polskiego nie ma pewności czy art. 18^{3b} § 1 k.p. regulujący kwestię rozkładu ciężaru dowodu w sprawach na tle dyskryminacji ustanawia domniemanie prawne, czy też mamy w nim do czynienia ze zwykłym przerzuceniem ciężaru dowodu. Wątpliwości interpretacyjne pojawiają się w związku z kończącym omawiany przepis sformułowaniem „chyba, że pracodawca udowodni, że kierował się obiektywnymi powodami”. Artykuł 18^{3b} § 1 k.p. zawiera *expresis verbis*

¹⁹⁹ R. Babińska, „Środki indywidualnej ochrony...”, *op. cit.*, s. 26

²⁰⁰ Kompetencje Rzecznika Praw Obywatelskich i środki ich realizacji określa ustawa z 15.07.1987 r., o Rzeczniku Praw Obywatelskich, jednolity tekst: Dz. U. z 2001 r., nr 14, poz. 147

²⁰¹ M. Nowak, „Prawo do godziwego...”, *op. cit.*, s. 254; W tym kontekście interesująca jest utworzona na Litwie instytucja Rzecznika Równości Szans. Rzecznik ten działa zarówno w sektorze publicznym jak i prywatnym i ma szerokie uprawnienia m. in. w sprawach równości wynagrodzeń za: „Program Monitoringu Akcesji...”, *op. cit.*, s. 29

²⁰² P. Czarnecki, „Rozkład ciężaru dowodu w sprawach na tle dyskryminacji”, *PiZS* 2006, nr 3, s. 11

²⁰³ Dyrektywy Rady: 2000/78, 2000/43 oraz 97/80

²⁰⁴ Wyrok ETS w sprawie Vasiliki Nikolouki z 10.03.2005 r., C – 196/02

²⁰⁵ Niepublikowane postanowienie SN z 24.05.2005 r., II PK 33/05 za: L. Mitrus, „Glosa do wyroku SN z 9.06.2006 r., III PK 30/06, OSNAP 2007”, nr 11 – 12, poz. 160

jedynie dwie przesłanki dyskryminacji tj. zróżnicowanie sytuacji pracownika oraz przyczynę należącą do katalogu podstaw dyskryminacyjnych wymienionych w art. 18^{3a} § 1 k.p. Do znamion dyskryminacji należy także niekorzystność odmiennego traktowania, co wynika z art. 18^{3a} § 3 i 4 k.p. W zależności od tego jak zinterpretuje się omawiany przepis, pracownik będzie zobowiązany udowodnić niekorzystność zróżnicowania jego sytuacji bądź będzie od tego zwolniony.

W przypadku przyjęcia, iż w analizowanym przepisie występuje jedynie rozkład ciężaru dowodu w sensie materialnym, należy przyjąć, iż pracownik powinien udowodnić, wskazane trzy przesłanki dyskryminacji, pracodawca natomiast, by uwolnić się od zarzutów powinien wykazać, że kierował się obiektywnymi powodami²⁰⁶. Przyjęcie tej koncepcji wymaga więc udowodnienia przez pracownika przesłanki niekorzystnego zróżnicowania jego sytuacji. Powyższa wykładnia budzi wątpliwości, gdyż przepisy prawa pracy powinny być interpretowane na korzyść pracownika, a konieczność udowodnienia przez pracownika niekorzystności zróżnicowania, bez wątpienia stanowi trudność dowodową²⁰⁷.

Do odmiennych wniosków należy dojść, przyjmując, że w omawianym przepisie występuje domniemanie prawne. Domniemanie służy jako instrument skracający wnioskowanie. Wystarczy więc, iż pracownik udowodni, że jego sytuacja została zróżnicowana w stosunku do pozostałych pracowników. Pozwoli to na przyjęcie domniemania, że doszło do naruszenia zasady równego traktowania. Regule domniemania towarzyszy zawsze reguła przeciwdowodu. W analizowanej sytuacji przeciwdowód przeprowadza pracodawca, wykazując, że sytuacja pracownika została zróżnicowana w sposób korzystny lub neutralny, w stosunku do innych osób, bądź też, że owo niekorzystne zróżnicowanie było wywołane obiektywnymi powodami, bądź zachodzi jedna z sytuacji z art. 18^{3b} § 2 – 4 k.p. Przyjęcie istnienia domniemania lepiej odpowiada wykładni formalno – logicznej. Przemawia za nim także podstawowa funkcja prawa pracy, jaką jest ochrona praw pracownika²⁰⁸.

Należy zauważyć, że poza T. Liszcz²⁰⁹ oraz P. Czarneckim²¹⁰, którzy wyraźnie opowiadają się za tym, że art. 18^{3b} § 1 k.p. zawiera domniemanie prawne, doktryna nie analizuje omawianego problemu. Pogląd reprezentowany przez wymienionych Autorów wydaje się być słuszny. Przyjęcie wskazanej koncepcji skutkuje tym, że sytuacja pracownika na gruncie prawa polskiego jest korzystniejsza od minimalnych standardów ochronnych zawartych w dyrektywach. Na gruncie prawa polskiego można mówić o całkowitym przerzuceniu ciężaru dowodu na pracodawcę. W przypadku regulacji unijnej mamy raczej do czynienia z obdzieleniem nim obu stron²¹¹. Jak zauważa L. Florek nie ma przeszkód przed przyjęciem przez państwa członkowskie korzystniejszych uregulowań. Należy jednak pamiętać, że analizowana reguła rozkładu ciężaru dowodu nie ma zastosowania do postępowań karnych²¹².

²⁰⁶ P. Czarnecki, „Rozkład ciężaru dowodu...”, *op. cit.*, s. 11 - 12

²⁰⁷ Pomimo tego, że art. 18^{3b} § 1 zawiera przesłankę „zróżnicowania sytuacji pracownika”, to przykłady naruszenia zasady równego traktowania wymienione w drugiej części art. 18^{3b} § 1 k.p. wskazują na to, iż ustawodawca miał na myśli „niekorzystne zróżnicowanie” i pracownik jest zobowiązany udowodnić nie tylko samo zróżnicowanie sytuacji, ale także jego niekorzystny charakter, za: M. Gerdorf, K. Rączka, J. Skoczyński, „Komentarz...”, *op. cit.*, s. 70

²⁰⁸ P. Czarnecki, „Rozkład ciężaru dowodu...”, *op. cit.*, s. 13

²⁰⁹ T. Liszcz, „Równość kobiet i mężczyzn w znowelizowanym kodeksie pracy”, *PiZS* 2002, nr 2, s. 6, a także „Prawo pracy”, Warszawa 2004, s. 70

²¹⁰ P. Czarnecki, „Rozkład ciężaru dowodu...”, *op. cit.*, s. 13

²¹¹ *Tamże*, s. 14, Por. też regulację angielską w: H. Collins, „*Employment Law*”, Oxford University Press 2003, s. 56 - 62

²¹² L. Florek, „Równe traktowanie pracowników w prawie europejskim”, *PiZS* 2002, nr 5, s. 5

Za wadę polskiej regulacji może być uważane natomiast ograniczenie swobodnej oceny sądu przez ustanowienie domniemania prawnego²¹³.

8. Uwagi podsumowujące

Współcześnie zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu uznawany jest za podstawową zasadę w porządkach prawnych. Stanowi jeden z przejawów realizacji niekwestionowanej obecnie ogólnej wartości, a zarazem kategorii prawnej, jaką jest godność człowieka, a w szczególności pracownika²¹⁴. Jego przestrzeganie gwarantują liczne akty międzynarodowe, europejskie oraz ustawodawstwa krajowe. Przeprowadzając rozważania nad regulacjami antydyskryminacyjnymi należy ocenić je, co do zasady, pozytywnie. Fakt, iż odnoszą się do wszystkich sfer życia, mają powszechny charakter, zawierają otwarte katalogi podstaw dyskryminacji stanowi, że wypełniają rolę gwarancyjną i ochronną. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na toczącą się w Europie dyskusję o efektywności modelu socjalnego. Jednym z postulowanych kierunków rozwoju europejskiego modelu socjalnego może okazać się nie tyle wprowadzenie nowych norm ochronnych, co inwestowanie na szeroką skalę w edukację oraz kapitał ludzki. Pożądane wydaje się zatem odejście od funkcji ochronnej prawa pracy na rzecz funkcji proaktywnej²¹⁵, również w sferze regulacji antydyskryminacyjnych.

Unormowania równościowe obowiązujące współcześnie w Polsce powstały na skutek implementacji prawa wspólnotowego. Analiza procesu dostosowawczego prowadzi do wniosku, że dyrektywy wspólnotowe wdrażane były przede wszystkim poprzez kolejne nowelizacje Kodeksu pracy. Jednocześnie zachowano układ wskazanego aktu prawnego, co spowodowało konieczność wielopiętrowej numeracji (np. art. 18^{3a} – 18^{3e} k.p. dotyczące równego traktowania w zatrudnieniu). Z pewnością tendencja taka utrwała niepożądany efekt, że najważniejsza ustawa polskiego prawa pracy staje się coraz bardziej skomplikowana i nieczytelna²¹⁶.

Kolejną wyraźną cechą antydyskryminacyjnego prawa pracy stanowi rosnąca szczegółowość norm, co związane jest z nadmiernym rozbudowaniem dyrektyw. W literaturze zwrócono w tym kontekście uwagę, że sformułowania ustaw mają na ogół charakter syntetyczny, podczas gdy regulacje unijne często są kazuistyczne²¹⁷. Z pewnością utrudnia to prawidłową implementację rozwiązań wspólnotowych. Wady implementacji²¹⁸, choć szybko zauważane przez doktrynę, eliminowane są powoli z obowiązujących przepisów.

Należy zauważyć, że problemem odpowiednio jasnych i precyzyjnych warunków regulacji dotyczących zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu jest problemem większości państw europejskich. W zagwarantowaniu prawa do niedyskryminacyjnego traktowania w zatrudnieniu dużą rolę odgrywa orzecznictwo oraz stanowiska europejskich i międzynarodowych instytucji.

²¹³ P. Czarnecki, „Rozkład ciężaru dowodu...”, *op. cit.*, s. 14

²¹⁴ Warunki godnej pracy, a w tym również odpowiedniego wynagrodzenia, stanowią w ostatnich latach szczególnie przedmiot zainteresowania Międzynarodowej Organizacji Pracy, por. M. Nowak, „*Prawo do godziwego...*”, *op. cit.*, s. 329

²¹⁵ A. Patulski, G. Orłowski, „*Ewolucja europejskiego prawa pracy a model polski*”, *Monitor Prawa Pracy* 2004, nr 1, s. 9

²¹⁶ L. Mitrus, „*Wpływ regulacji wspólnotowych...*”, *op. cit.*, s. 395

²¹⁷ W. Muszalski, „*Jawne wady ustawodawstwa pracy*”, *PiZS* 2005, nr 2, s. 9

²¹⁸ Omówione szczegółowo w rozdziale II

Na uwagę zasługuje próba harmonizacji zasady równości z niektórymi ważnymi i obiektywnymi czynnikami rynkowymi. Na ocenę ostatecznego kształtu takiego rozwiązania w Polsce, znaczący wpływ będzie miało orzecznictwo, które ciągle jeszcze nie jest bogate.

Zauważalne są również postulaty dotyczące uelastycznienia prawa pracy w Polsce. Pomimo tego, że polski ustrój pracy nie został oparty na którymś z głównych modeli elastyczności zatrudnienia, a niektóre przepisy ze względu na dostosowanie do obecnych potrzeb gospodarczych wymagają zmian, dostrzeganie w Polsce nowych trendów rozwoju prawa pracy należy ocenić pozytywnie. W tym kontekście na uwagę zasługują kodeksy dobrych praktyk handlowych²¹⁹. Powstawanie tego rodzaju kodeksów jest przejawem dążenia do uzyskania większej autonomii tworzących je podmiotów, ale jednocześnie chęci uczestnictwa w sferze społecznej odpowiedzialności biznesu. Jednakże wydaje się, że analizowane kodeksy nie mogą stanowić wystarczającej alternatywy dla tradycyjnych mechanizmów regulacji państwowych lub dla rokowań zbiorowych prowadzonych przez związki zawodowe. Choć w praktyce kodeksy mogą być przydatne, w dużej mierze są elementem działań o charakterze *public relations*²²⁰.

Unijne dyrektywy²²¹ wymagają, by sankcje stanowione przez państwa członkowskie były skuteczne, proporcjonalne i dolegliwe. Mogą one przybrać postać odszkodowania i/lub zadośćuczynienia. Można przyjąć, że co do zasady wymaganiom tym odpowiada nowa polska regulacja²²². Wadą omawianego unormowania jest brak przesłanek dotyczących wysokości odszkodowania, w szczególności wyjaśnienia wymaga fakt, czy wystąpienie szkody stanowi konieczny element powstania prawa do tego odszkodowania. W kontekście nielimitowania wysokości analizowanego odszkodowania słusznym wydaje się pogląd, iż odszkodowanie to stanowi jedyną sankcję (w odniesieniu do środków cywilnoprawnych oraz roszczenia o przyznanie lub wyrównanie świadczeń związanych z pracą), jaka może być zastosowana wobec pracodawcy dyskryminującego pracowników, gdyż łączy w sobie zarówno element rekompensaty, kary i zadośćuczynienia. Doprecyzowania wymagają też tzw. reguły zastępowalności zawarte w art. 9 § 4 i 18 § 3 k.p.

W odniesieniu do rozkładu ciężaru dowodu w sprawach na tle dyskryminacji słusznym wydaje się stanowisko, iż w Polsce mamy do czynienia z domniemaniem prawnym. Z jednej strony takie ujęcie stwarza wyższe standardy ochrony niż wymagają tego unijne dyrektywy. Skutkuje jednak ograniczeniem swobodnej oceny sądu.

Negatywnie należy ocenić ograniczenie w czasie realizacji zasady równości w zatrudnieniu z ekonomicznych powodów. Takie same, czyli ekonomiczne względy, były przecież powodem wprowadzenie tej zasady²²³. Natomiast możliwość stosowania przepisów antydyskrymina-

²¹⁹ Z badań M. Urminskiego wynika, że zakaz dyskryminacji zapisano w 70% kodeksów. Odniesienie do konwencji nr 111 MOP dotyczącej zakazu dyskryminacji zawiera 17% kodeksów. Natomiast nawiązanie do kwestii płacowych znajduje się w 51% kodeksów. Zazwyczaj pojawia się stwierdzenie, że wynagrodzenia powinny być uczciwe. Często też kodeksy określają normy nakazujące wypłatę wynagrodzeń w całości i w uzgodnionym terminie za: Badanie prowadzone w ramach MOP przez M. Urminskiego, „Self – regulation in the workplace: codes of conduct, social labeling and socially responsible investment”, MCC Working Paper, ILO, Genewa, 2000

²²⁰ Szczegółowa ocena kodeksów dobrych praktyk handlowych w: B. Surdykowska, „Kodeksy dobrych praktyk handlowych”, Kontrola Państwowa 2008, nr 4

²²¹ Dyrektywy 2000/43, 2000/78, 2002/73

²²² I. Boruta, „Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowa regulacja prawna”, *op. cit.*, s. 7

²²³ Por. M. Wandzel, „Wybrane zagadnienia jednakowego wynagrodzenia kobiet i mężczyzn w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu” [w:] *Studia z zakresu prawa pracy 1997/1998*, s. 114

cyjnych z mocą wsteczną, przy spełnieniu określonych warunków, właściwe uwzględnia społeczny charakter analizowanej zasady.