



Patrycja Waćławska

Jak dobrać bezbłędnych pracowników

czyli minimalizowanie ryzyka osobowego
na etapie poprzedzającym nawiązanie
stosunku pracy



ABC

a Wolters Kluwer business

Patrycja Waćławska

Jak dobrać bezbłędnych pracowników

czyli minimalizowanie ryzyka osobowego
na etapie poprzedzającym nawiązanie
stosunku pracy



ABC

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2008

Stan prawny na 1 maja 2008 r.

Wydawca:
Magdalena Stojek-Siwińska

Korekta:
Monika Matczak

Redakcja:
JustLuk

Skład, łamanie:
JustLuk, Łukasz Drzewiecki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2008

ISBN: 978-83-7526-997-0

Wydane przez:
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. (022) 535 80 00
31-156 Kraków, ul. Zacisze 7
tel. (012) 630 46 00
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
Księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	7
Wstęp	13
Rozdział I	
Ryzyko osobowe – zagadnienia pojęciowe	19
1. Pojęcie ryzyka	19
2. Ryzyko na gruncie prawa pracy.....	23
2.1. „Nieosobowe” rodzaje ryzyka	29
2.2. Ryzyko osobowe	51
3. Istota minimalizowania ryzyka osobowego.....	61
Rozdział II	
Minimalizowanie ryzyka osobowego na etapie rekrutacji pracowników	67
1. Pojęcie rekrutacji.....	67
1.1. Rekrutacja wewnętrzna	70
1.2. Rekrutacja zewnętrzna	75
2. Rola pośrednictwa pracy i doradztwa personalnego w minimalizowaniu ryzyka osobowego.....	77
2.1. Rola publicznego pośrednictwa pracy w minimalizowaniu ryzyka osobowego.....	79
2.2. Rola agencji zatrudnienia w minimalizowaniu ryzyka osobowego	86
3. Rola bezpośrednich metod rekrutacji pracowników w minimalizowaniu ryzyka osobowego.....	120
3.1. Targi (gieldy) pracy i rekrutacja w szkołach wyższych oraz ich rola w minimalizowaniu ryzyka osobowego.....	121
3.2. Rekrutacja w drodze ogłoszeń i jej rola w minimalizowaniu ryzyka osobowego.....	126
3.3. Inne metody rekrutacji i ich rola w minimalizowaniu ryzyka osobowego.....	132

Rozdział III**Minimalizowanie ryzyka osobowego na etapie wstępnej**

selekcji pracowników	136
1. Pojęcie selekcji.....	136
2. Metody selekcji pracowników	138
2.1. Formuła konkursu	138
2.2. Informacje biograficzne (bio-dane).....	149
2.3. Referencje – geneza i stan obecny.....	153
2.4. Rozmowa kwalifikacyjna (wywiad).....	163
2.5. Testy.....	167
2.6. <i>Assessment Center</i> (Centrum Oceny).....	173
2.7. Inne metody selekcji	175
3. Analiza dokumentów ubiegającego się o zatrudnienie jako metoda kryptoselekcji	180
3.1. Podstawa prawna żądania stosownych dokumentów	181
3.2. Rodzaje niezbędnych dokumentów	187

Rozdział IV

Granice minimalizowania ryzyka osobowego.....	223
1. Zakres obowiązków wyznaczających granice	223
2. Ochrona danych osobowych kandydata na pracownika	231
2.1. Pojęcie danych osobowych	231
2.2. Ochrona danych osobowych kandydata na pracownika w prawie międzynarodowym i europejskim	236
2.3. Ochrona danych osobowych kandydata na pracownika w prawie polskim	241
3. Zakaz dyskryminacji w związku z nawiązaniem stosunku pracy	256
3.1. Niedyskryminacja w świetle kodeksu pracy	258
3.2. Potencjalne przyczyny dyskryminacji.....	266
Zakończenie	283
Bibliografia	289

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

- Konstytucja RP – ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
- k.c. – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
- k.p. – ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn. Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 z późn. zm.)
- k.p.a. – ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.)
- k.p.c. – ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.)
- k.p.k. – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.)
- r.b.p.o.l. – rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 30 maja 1996 r. w sprawie przeprowadzenia badań lekarskich pracowników, zakresu profilaktycznej opieki zdrowotnej nad pracownikami oraz orzeczeń lekarskich wydawanych do celów przewidzianych w Kodeksie pracy (Dz. U. Nr 69, poz. 332 z późn. zm.)
- r.d.p.a.p. – rozporządzenie MPiPS z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie prowadzenia przez pracodawców dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz sposobu prowadzenia akt osobowych pracownika (Dz. U. Nr 62, poz. 286 z późn. zm.)
- r.o.k.d.p. – rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 21 grudnia 1994 r. w sprawie organizacji i trybu przeprowadzania konkursu na stanowisko dyrektora przedsiębiorstwa państwowego (Dz. U. Nr 138, poz. 729)

- r.o.k.s.c. – rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 listopada 1999 r. w sprawie sposobu organizacji i szczegółowych zasad przeprowadzania konkursu na wyższe stanowiska w służbie cywilnej (Dz. U. Nr 91, poz. 1028 z późn. zm.)
- r.r.s.u.i. – rozporządzenie Ministrów Sprawiedliwości i Obrony Narodowej z dnia 30 sierpnia 1993 r. w sprawie prowadzenia rejestru osób prawomocnie skazanych, udzielania informacji z rejestru oraz trybu zbierania danych w postępowaniu karnym dotyczącym tych osób (Dz. U. Nr 82, poz. 388)
- r.ś.p.o. – rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 20 listopada 1974 r. w sprawie świadectw pracy i opinii (Dz. U. Nr 45, poz. 269 z późn. zm.)
- r.ś.p.t.w. – rozporządzenie MPiPS z dnia 15 maja 1996 r. w sprawie szczegółowej treści świadectwa pracy oraz sposobu i trybu jego wydawania i prostowania (Dz. U. Nr 60, poz. 282 z późn. zm.)
- r.u.i.r.k. – rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. Nr 198, poz. 1930 z późn. zm.)
- r.w.m.w. – rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 11 listopada 2007 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2008 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1209)
- r.w.p.u.k. – rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 września 1996 r. w sprawie wykazu prac szczególnie uciążliwych lub szkodliwych dla zdrowia kobiet (Dz. U. Nr 114, poz. 545 z późn. zm.)
- u.j.p. – ustawa z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (Dz. U. Nr 90, poz. 999 z późn. zm.)
- u.k.r.k. – ustawa z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. Nr 50, poz. 580 z późn. zm.)
- u.l.l.d. – ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 226, poz. 1943 z późn. zm.)
- u.m.w.p. – ustawa z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679 z późn. zm.)
- u.o.d.o. – ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.)
- u.p.d.o.f. – ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 14, poz. 176 z późn. zm.)

-
- | | | |
|-------------|---|--|
| u.p.l. | – | ustawa z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (tekst jedn. Dz. U. z 2006 r. Nr 100, poz. 696 z późn. zm.) |
| u.p.o.o. | – | ustawa z dnia 21 listopada 1967 r. – o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz. U. z 2004 r. Nr 241, poz. 2416 z późn. zm.) |
| u.p.s. | – | ustawa z dnia 22 marca 1990 r. o pracownikach samorządowych (tekst jedn. Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1593 z późn. zm.) |
| u.p.s.w. | – | ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz. U. Nr 164, poz. 1365 z późn. zm.) |
| u.p.u.p. | – | ustawa z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych (tekst jedn. Dz. U. z 2001 r. Nr 86, poz. 953 z późn. zm.) |
| u.p.z.r.p. | – | ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. Nr 99, poz. 1001 z późn. zm.) |
| u.r.s.p. | – | ustawa z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników (Dz. U. Nr 90, poz. 844 z późn. zm.) |
| u.r.z.o.n. | – | ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2008 r. Nr 14, poz. 92) |
| u.s.c. | – | ustawa z dnia 24 sierpnia 2006 r. o służbie cywilnej (Dz. U. Nr 170, poz. 1218 z późn. zm.) |
| u.s.o. | – | ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (tekst jedn. Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572 z późn. zm.) |
| u.u.s.w.ch. | – | ustawa z dnia 30 października 2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych (Dz. U. Nr 199, poz. 1673 z późn. zm.) |
| u.z. | – | ustawa z dnia 29 grudnia 1989 r. o zatrudnieniu (Dz. U. Nr 75, poz. 446 z późn. zm.) |
| u.z.b. | – | ustawa z dnia 16 października 1991 r. o zatrudnieniu i bezrobociu (Dz. U. Nr 106, poz. 457 z późn. zm.) |
| u.z.p.b. | – | ustawa z dnia 14 grudnia 1994 r. o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 58, poz. 514 z późn. zm.) |
| u.z.p.t. | – | ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (Dz. U. Nr 166, poz. 1608 z późn. zm.) |

- u.z.z. – ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych (tekst jedn. Dz. U. z 2001 r. Nr 79, poz. 854 z późn. zm.)

Publikatory i czasopisma

- Dz. U. – Dziennik Ustaw
M.P. – Monitor Polski
MPPiUS – Monitor Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
NP – Nowe Prawo
OSN – Orzecznictwo Sądu Najwyższego (wybór z lat międzywojennych)
OSNAPiUS – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izby Administracyjnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
OSNC – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izby Cywilnej
OSNCP – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izby Cywilnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
OSNPG – Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Wydawnictwo Prokuratury Generalnej
OSPika – Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
PiP – Państwo i Prawo
PiZS – Praca i Zabezpieczenie Społeczne
Pol. Społ. – Polityka Społeczna
PPH – Przegląd Prawa Handlowego
Pr. Pracy – Prawo Pracy
Prok. i Pr. – Prokuratura i Prawo
Prz. Org. – Przegląd Organizacji
PS – Przegląd Sądowy
PUG – Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
PUSiZ – Przegląd Ubezpieczeń Społecznych i Zdrowotnych
RPEiS – Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
Rzeczposp. – Rzeczpospolita
SiM – Studia i Materiały
Sł. Prac. – Służba Pracownicza
St. Pr.-Ek. – Studia Prawno-Ekonomiczne
St. Praw. – Studia Prawnicze
UiPP – Ubezpieczenia i Prawo Pracy

Inne

AC	– <i>Assessment Center</i>
DKK	– Doskonalenie Kadr Kierowniczych
IP	– Inspektor Pracy
KUP	– Krajowy Urząd Pracy
MOP	– Międzynarodowa Organizacja Pracy
MPiPS	– Minister Pracy i Polityki Socjalnej (Społecznej)
MPiSS	– Ministerstwo Pracy i Spraw Socjalnych
OECD	– Europejska Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju
OHP	– Ochotnicze Hufce Pracy
ONZ	– Organizacja Narodów Zjednoczonych
Ryn. Prac.	– Rynek Pracy
RPO	– Rzecznik Praw Obywatelskich
UE	– Unia Europejska
v.	– versus (przeciwko)

WPROWADZENIE

*Nie należy lekceważyć drobnostek,
bo od drobnostek zależy ideał, a ideał nie jest drobnostką*
Michelangelo Buonarroti

Tematem książki jest dobór bezbłędnych pracowników, a więc – sięgając do języka prawniczego – minimalizowanie ryzyka osobowego na etapie poprzedzającym nawiązanie stosunku pracy. Stwarzając pole do dalszych rozważań, chciałabym wyjaśnić dwie kwestie: dlaczego właśnie takie zagadnienie stało się przedmiotem mojego zainteresowania i dlaczego zdecydowałam się na omówienie go w ujęciu wskazanym w tytule.

Pierwszą przesłanką do zajęcia się zagadnieniem minimalizowania ryzyka osobowego są względy obiektywne, mierzone doniosłością tego zagadnienia dla stosunku pracy. Konstrukcję ryzyka osobowego, w tym w szczególności skutki płynące z jego zrealizowania, należałoby bowiem zaliczyć do najważniejszych przymiotów stosunku pracy, ale i wyznaczników funkcjonowania przedsiębiorstwa prowadzonego przez pracodawcę. W skrajnych przypadkach obciążenie pracodawcy skutkami zrealizowania się ryzyka może doprowadzić do sytuacji, gdy konieczne będzie zakończenie działalności przez pracodawcę. Nie dziwi więc, że szereg działań podejmowanych przez pracodawcę zarówno przed nawiązaniem stosunku pracy, jak i w jego trakcie, będzie zmierzało do ograniczenia ryzyka osobowego. Wiele z tych działań pracodawca podejmuje w sposób nieuświadomiony, rzekłabym „instynktowny”. Choćby bowiem nie potrafił zdefiniować ryzyka osobowego i nie był w stanie precyzyjnie wskazać, jakie skutki przyjdzie mu ponieść, gdy zrealizuje się ryzyko, kieruje nim potrzeba ostrzeżenia się przed tym ryzykiem, ale i przed pozostałymi rodzajami ryzyka pracodawcy. Realizacja ich wszystkich może bowiem równie dotkliwie obciążać pracodawcę. Skoro tak, dlaczego przedmiotem mojej uwagi stało się właśnie ryzyko osobowe? Żeby odpowiedzieć na to pytanie, muszę odwołać się do drugiej przesłanki, dla której podjęłam się napisania książki na przywołany powyżej temat. Jest nią zainteresowanie tym, co tkwi na styku prawa pracy i ludzkiej natury. Pra-

ca nie istniałaby bez człowieka, podobnie jak człowiek nie istniałby bez pracy. Płaszczyzny te przenikają się, jednak na ich styku często dochodzi do konfliktów. Zgłębiając problem minimalizowania ryzyka osobowego, można dostrzec to szczególnie wyraziście. Nie można wszak odmówić pracodawcy uzasadnionego prawa do ograniczania ryzyka osobowego. Zdawałoby się, iż godząc się na powszechnie obowiązującą konstrukcję tego ryzyka, należałoby popierać wszelkie wysiłki, które będą do tego ograniczania zmierzały. Na przeciwnym biegunie jawi się nam jednak człowiek – pracownik lub kandydat na pracownika – ze swoją godnością i prywatnością, których naruszenia nie mogą usprawiedliwiać nawet słuszne interesy pracodawcy. Nie tylko jednak potrzeba poszanowania godności i prywatności jest zaporą w ograniczeniu ryzyka osobowego w stopniu pożądanym przez pracodawcę. Uniemożliwiają to także niedefiniowalne cechy natury ludzkiej. W mojej opinii nie sposób, omawiając tak zakreślony temat, pomieścić swe rozważania jedynie w kwestiach prawnych. Podejmując próbę rzetelnego i pełnego omówienia, sięgnęłam więc zarówno do nauki zarządzania zasobami ludzkimi, socjologii, ekonomii, jak i psychologii. Prawo bowiem – co tu szczególnie widoczne – nie jest bytem funkcjonującym w próżni. Rozwija się dzięki innym naukom, rozwojowi innych nauk służy, z innymi naukami koegzystuje. Dlatego niniejsza książka, choć osadzona w kwestiach prawnych i do nich się odwołująca, ma charakter interdyscyplinarny. Stanowi więc interesującą lekturę nie tylko dla teoretyków i praktyków prawa, ale także zarządzania zasobami ludzkimi i innych, wskazanych powyżej dziedzin nauki.

Wobec powyższego, winna jestem wyjaśnienie przyjętego przeze mnie ujęcia tematu. Nie uchodzi mojej uwadze, że po narzędzia służące doborowi najlepszych pracowników, pracodawca sięga nie tylko w trakcie pozyskiwania kadr. Dbą o to także na kolejnych etapach relacji z pracownikami. W ostateczności decydując się na rozwiązanie stosunku pracy z tymi spośród nich, którzy mają największą skłonność do popełniania błędów. Minimalizowanie ryzyka osobowego trwa dłużej niż sam stosunek pracy. O ile bowiem wizja zrealizowania się ryzyka osobowego trwa od dnia nawiązania stosunku pracy aż do dnia jego zakończenia, o tyle minimalizowanie ryzyka rozpoczyna się wraz z powzięciem przez pracodawcę (przyszłego pracodawcę) myśli o nawiązaniu stosunku pracy. Swoje dalsze rozważania ograniczę właśnie do tego okresu – do działań zmierzających ku ograniczeniu ryzyka przy pomocy prawnych i pozaprawnych narzędzi, którymi dysponuje pracodawca w czasie poprzedzającym nawiązanie stosunku pracy. Jest to bowiem etap kluczowy. Jedyne etapy relacji strony pracowniczej i pracodawczej, w trakcie którego można czynić kroki w celu zminimalizowania ryzyka

osobowego, które jest ryzykiem przyszłym. O ile bowiem ryzyko – o czym szerzej w dalszej części – jest aktualnym prawdopodobieństwem zaistnienia zdarzenia przyszłego, o tyle przed nawiązaniem stosunku pracy możemy mówić jedynie o przyszłym prawdopodobieństwie ryzyka. Zaktualizuje się ono wraz z zawarciem umowy o pracę. Wszystkie działania zmierzające do ograniczenia ryzyka po jego aktualizacji będą już działaniami *in vivo* – na „żywym organizmie”, czyli na już aktualnym, choć być może niezrealizowanym ryzyku osobowym. Ograniczanie ryzyka osobowego przed nawiązaniem stosunku pracy jest – w mojej opinii – godne szczególnej uwagi także dlatego, że etap ten jest niezwykle podatny na nieprawidłowości. Zarówno kandydat na pracownika, jak i pracodawca są narażeni na naruszenie swych praw i słuszných interesów. Podmioty te nie są jeszcze związane tą szczególną więzią, jaką jest stosunek pracy (wraz z całym, właściwym jej systemem środków ochrony prawnej), a już nawiązują relacje, konfrontują interesy, dokonują wymiany informacji na swój temat.

Tytuł, jak i poczynione dotychczas uwagi, wskazują, że przedmiotem mojego zainteresowania będzie dążenie do doboru najlepszych pracowników – minimalizowanie ryzyka osobowego. Minimalizowanie, nie zaś eliminowanie. Tezę niniejszego opracowania, którą postaram się udowodnić, jest bowiem stwierdzenie, iż ryzyka osobowego – podobnie zresztą jak pozostałych rodzajów ryzyka pracodawcy – wyeliminować się nie da. Jednocześnie jednak pracodawca stosuje wszelkie dostępne mu środki, aby ograniczyć to ryzyko. W przypadku ryzyka osobowego, brak możliwości wyeliminowania tkwi we wspomnianej już naturze ludzkiej. Po pierwsze, ani prawo, ani żadna inna dziedzina nauki nie wyposaża pracodawcy w narzędzia, które pozwoliłyby w pełni zbadać tę naturę. Po drugie, nawet przy hipotetycznym założeniu pełnej eksploracji natury ludzkiej, pracodawca nie byłby w stanie zastosować metod dających gwarancję wyeliminowania ryzyka osobowego. Przyszłe zachowania człowieka są bowiem nieodgadnione i mogą być odwrotnością przeszłych (hipotetycznie w pełni odkrytych) zachowań. Po trzecie wreszcie, hipotetyczne pełne zbadanie natury człowieka (pracownika, kandydata), dawałoby jedynie jej ogłód w czystej postaci. Tymczasem pracownik, którego działanie lub zaniechanie może prowadzić do zrealizowania się ryzyka osobowego, bezustannie jest poddawany wpływom współpracowników, kontrahentów, przedsiębiorstwa prowadzonego przez pracodawcę, warunków panujących w przedsiębiorstwie, a także rzeczywistości gospodarczej, w której przedsiębiorstwo funkcjonuje. Podlega wreszcie wpływom samego pracodawcy. Jeśli zważymy na to, że zmiany zachodzą i w naturze danego pracownika i w każdym z wymienionych źródeł wpływu na niego, jasne sta-

nie się, że wyeliminowanie ryzyka osobowego nie jest możliwe. Wszelkie, nawet najdoskonalsze, najbardziej czasochłonne i kosztowne metody minimalizowania ryzyka są zawodne. Wartość każdej z nich można mierzyć jedynie poprzez skuteczność w zbliżaniu do ideału, nie zaś osiągnięciu go. Warto przy tym pamiętać, że metody, które na podstawie zdroworozsądkowego postrzegania oraz praktyki innych pracodawców można by uznać za najbardziej wartościowe, mogą okazać się bardziej zawodne niż te pozornie niewartościowe. Wykorzystując do rekrutacji pracowników sztab fachowców specjalizujących się w pozyskiwaniu kadr i poddając kandydatów skomplikowanym, opracowanym z najwyższą starannością metodom selekcji, można bowiem nawiązać stosunek pracy z osobą, której zatrudnienie okaże się obciążone dużym ryzykiem osobowym. Jednocześnie, dopuszczając do pracy bez szczególnego przygotowania osobę, która trafiła do firmy na podstawie przypadkowego zgłoszenia, można pozyskać efektywnego i bezbłędnego pracownika. Oczywiście może być także odwrotnie. I właśnie w tej nieprzewidywalności tkwi istota tematu tego opracowania.

Prowadząc badania, w których rezultacie powstała książka, uciekałam się przede wszystkim do analizy obowiązujących obecnie na gruncie prawa polskiego przepisów, które regulują wprost metody służące ograniczaniu ryzyka osobowego na etapie rekrutacji i wstępnej selekcji pracowników, bądź też odnoszą się do tego pośrednio. Oczywiście, podobnych rozważań nie można czynić w oderwaniu od historycznych już przepisów prawa, obowiązujących dawniej na ziemiach polskich, przepisów obowiązujących w Unii Europejskiej oraz norm prawa międzynarodowego. Nie można też unikać odwołań do prawodawstwa i praktyki innych krajów. Tak też starałam się czynić. Wspomniałam już o wielopłaszczyznowości poruszanego tu zagadnienia. Uznałam, że konieczne dla narysowania jego pełnego obrazu, są nawiązania do pozaprawnych dziedzin nauki. Nadto jednak uważam, że wyjątkowe miejsce należy tu przypisać nawiązaniom do praktyki. Nie może umknąć uwadze, że prawo w ogóle pełni rolę służebną wobec życia i praktyki. Rola prawa pracy jest w tym aspekcie szczególna. Wzajemne przenikanie prawa i praktyki należy oceniać z dwóch punktów widzenia. Z jednej strony mamy do czynienia z uczestnikami rynku pracy, którzy słusznie są objęci ochroną prawa, z drugiej z ustawodawcą, który słusznie dąży do wyznaczenia niezbędnych reguł. Uczestnicy rynku pracy – bądź to przez swą niewiedzę, bądź pod wpływem przymusowych sytuacji – często ignorują prawo. Ustawodawca zaś – bądź to przez niekompetencję, bądź przez chęć wymuszania pewnych zachowań na uczestnikach rynku pracy – często ignoruje praktykę. Dokonując analizy minimalizowania ryzyka osobowego na etapie poprzedzającym

nawiązanie stosunku pracy, miałam na względzie to, by ujawniać dysonanse pomiędzy prawem regulującym te kwestie a praktyką. Uznałam przy tym za pożądane wysuwanie pod adresem prawodawcy postulatów *de lege ferenda*.

Książka składa się z czterech rozdziałów. W pierwszym z nich dokonałam wywodu pozwalającego umiejscowić pojęcie ryzyka osobowego na tle pojęcia ryzyka pracodawcy i ryzyka w ogóle. Drugą część poświęciłam analizie metod minimalizowania ryzyka osobowego, które dostępne są pracodawcy podczas rekrutacji pracowników. Część ta traktuje zarówno o metodach ściśle uregulowanych prawem, jak i wypracowanych przez praktykę a prawem niezabronionych. Podobna zresztą jest konstrukcja części trzeciej. Ta z kolei ma przybliżyć metody wstępnej selekcji pracowników – metody wprost umocowane w przepisach prawa lub też z nim niesprzeczne. Szczególne miejsce w tej części poświęciłam analizie dokumentów zawierających informacje o kandydacie na pracownika. Trafiają one do pracodawcy przed nawiązaniem stosunku pracy, dzięki czemu w praktyce stanowią narzędzie selekcji (kryptoselekcji). Rozdział czwarty pozwala dookreślić granice, których nie może przekroczyć pracodawca w swych dążeniach do minimalizowania ryzyka osobowego. Wskazówki te pozwolą pracodawcy przeprowadzić proces pozyskiwania najlepszych pracowników, bez narażania się na zarzut łamania prawa. Jak już wspomniałam, jakkolwiek uzasadnione są kroki prowadzące do konfrontacji cech kandydata do pracy z oczekiwaniami pracodawcy, nie można ich czynić bez poszanowania godności i prywatności tego pierwszego. Skonkretyzowaniem dbałości o godność i prywatność są przepisy chroniące dobra osobiste i zapewniające niedyskryminację kandydata.

Wszystkie rozdziały książki należy odczytywać, mając na względzie, iż brakuje w nich wskazania remedium, które pozwoliłoby znieść dokuczliwą wizję zrealizowania ryzyka osobowego. Brak w nich gotowej recepty, która gwarantowałaby, że pracodawca zatrudni osoby, które nie będą popełniały jakichkolwiek błędów przy wykonywaniu obowiązków pracowniczych. Z założenia wszelkie rozważania mają wskazać drogę dążenia do zniesienia ryzyka osobowego, nie kusząc się jednak o gwarantowanie, że pożądany cel zostanie osiągnięty. Przypomnę, iż zgodnie z tezą książki, ryzyka osobowego nie da się wyeliminować.

Autorka
Maj 2008 r.

RYZIKO OSOBOWE – ZAGADNIENIA POJĘCIOWE

1. Pojęcie ryzyka

Rozważania dotyczące doboru bezbłędnych¹ pracowników, a więc minimalizowania (ograniczania) ryzyka osobowego, należy zacząć od wyjaśnienia, czym jest ryzyko w ogóle i dlaczego książka ta dotyczy jedynie jego minimalizowania, nie dopuszczając tezy o możliwości wyeliminowania tego ryzyka. Banalne może wydać się stwierdzenie, że ryzyko wiąże się ze wszystkimi czynnościami i zaniechaniami, jakie podejmujemy w życiu². Jeśli jednak zważymy, że z konsekwencjami tych działań i zaniechań – na niwie ekonomicznej, społecznej³, zdrowotnej, interpersonalnej, a wreszcie i prawnej – mamy do czynienia każdego dnia, a niemalą część naszego życia poświęcamy wysiłkom, by ograniczyć potencjalne prawdopodobieństwo zaistnienia konsekwencji negatywnych, łatwiej będzie nam pojąć determinację pracodawcy do ograniczania potencjalnego prawdopodobieństwa zaistnienia negatywnych konsekwencji prowadzenia przedsiębiorstwa zatrudniającego pracowników.

Pojęcie „ryzyko” doczekało się dziesiątek definicji⁴. Ich mnogość jest wynikiem nie tylko wielości autorów, którzy podjęli się definiowania. Wynika ona także z faktu, że „ryzyko” jest definiowane niejako na użytek różnych dziedzin życia. Wszak ryzyko w potocznym znaczeniu będzie wymagało innego zdefiniowania niż ryzyko w ekonomii czy prawie. Na gruncie samych nauk prawnych ryzyko także definiowane jest wielorako, w zależności od

¹ Należy pamiętać, że pojęcie „bezbłędności”, którym posługuję się w niniejszym opracowaniu, nie może być rozumiane w sposób absolutny, a jedynie jako brak skłonności do popełniania błędów (o czym szeroko w dalszych rozważaniach).

² P.L. Bernstein, *Against the gods: the remarkable story of risk*, New York 1996, s. 8–20; Praca zbiorowa, *Risk*, Cambridge 1990, s. 140–162.

³ N. Luhmann, *Risk: a sociological theory*, Berlin–New York 1993, s. 3–7.

⁴ Por. W. Sanetra, *Dopuszczalne ryzyko a prawo pracy*, PiP 1969, z. 7, s. 75.

tę, z którą gałęzią prawa ma korespondować. Obok interesującego nas prawa pracy, pojęcie ryzyka najbardziej żywotną rolę odgrywa na gruncie prawa karnego, cywilnego i ubezpieczeń społecznych.

W potocznym znaczeniu ryzyko definiowane jest jako „możliwość, prawdopodobieństwo, że coś się nie uda; przedsięwzięcie, którego wynik jest nieznan, niepewny, problematyczny (...)”⁵, „prawdopodobieństwo powstania szkody obciążające osobę poszkodowaną niezależnie od jej winy, jeśli umowa lub przepis prawny nie zobowiązały innej osoby do wyrównania szkody”⁶, a także jako „możliwość powstania szkody na skutek zdarzeń losowych (takich zdarzeń, które nie wiadomo, czy i kiedy nastąpią)”, zaś ponosić ryzyko bądź brać na siebie ryzyko znaczy tyle, co „ponosić odpowiedzialność za szkody i straty wynikłe z wypadków losowych, brać na siebie odpowiedzialność za szkody i straty”⁷. Spośród licznych definicji ryzyka pojawiających się w literaturze prawniczej, chciałabym przytoczyć te najbardziej wyraziste w swej wymowie. I tak, ryzyko definiowane jest jako:

- 1) „niepewność w działaniu możliwa do przewidzenia za pomocą rachunku prawdopodobieństwa (metodą matematyczną) lub prawdopodobieństwo zdarzeń określonych szacunkowo na podstawie posiadanych informacji, aktualnego stanu wiedzy, doświadczenia i intuicji”⁸ (definicja ta wyrosła na gruncie prawa karnego);
- 2) „wyliczona lub oszacowana ewentualność nieosiągnięcia założonych wyników, grożących podejmującemu decyzję wskutek spełnienia się przewidywanych niebezpieczeństw należących do istoty przedsięwzięcia lub związanych z nimi, gdy podejmujący nie ma pewności, że one nastąpią i spowodują szkody, lecz jest przekonany, że mimo ich urzeczywistnienia się podjęta decyzja jest decyzją optymalną”⁹ (ta definicja także odnosi się do prawa karnego);
- 3) „możliwość powstania szkód w majątku osób – ryzyko faktyczne lub możliwość powstania powinności w formie obowiązku odszkodowawczego z tym zastrzeżeniem, że obowiązek ten wynika z normy nie wiążącej go z winą lub brakiem winy, krótko, że jest on niezależny od zawinienia po

⁵ *Słownik języka polskiego*, red. M. Szymczak, t. III, Warszawa 1981, s. 155.

⁶ *Słownik języka polskiego*, dostępny na stronie internetowej: <http://sjp.pwn.pl>.

⁷ *Słownik języka...*, red. M. Szymczak, s. 155; *Słownik języka polskiego*, red. W. Doroszewski, Warszawa 1965, s. 1451.

⁸ B. Nietyksza, *Eksperyment – ryzyko – odpowiedzialność karna*, Warszawa 1967, s. 205–206.

⁹ F. Orłowicz, *Ryzyko gospodarcze a prawo karne*, NP 1968, nr 3, s. 358.

stronie podmiotu odpowiedzialności – ryzyko wyznaczone przez przepisy prawne”¹⁰ (definicja ta wiąże się z prawem cywilnym);

- 4) „życie ze świadomością, że przyszłe wydarzenia mogą spowodować szkodę”¹¹ (takiego zdefiniowania „zarządzania ryzykiem” dokonano na potrzeby prawa gospodarczego, nawiązując przy tym także do prawa ubezpieczeń społecznych).

Studiując powyższe definicje, należy dojść do wniosku, iż – choć zróżnicowane – budują pojęcie ryzyka na kilku powtarzających się przymiotach pewnego zdarzenia. Perspektywa owego zdarzenia determinuje zrealizowanie się ryzyka. Przymioty zdarzenia, o którym tu mowa, to:

1. Niepewność¹².

Ponoszący ryzyko (a na ogół także inne osoby zaangażowane w fakt zaistnienia ryzyka, w tym w szczególności wszystkie osoby przyczyniające się do realizacji ryzyka) nie mają pewności, czy i kiedy ryzyko zostanie zrealizowane.

Możliwe jest, iż ryzyko przez cały czas swego „trwania” pozostanie jedynie w kategorii prawdopodobieństwa. Niemożliwa do wyobrażenia jest natomiast sytuacja, by ponoszący ryzyko – będąc w pełni władz umysłowych – przyjmował jako pewnik, że nie ma prawdopodobieństwa zrealizowania ryzyka.

2. Aleatoryjność (losowość).

Jeśli dojdzie do tego zdarzenia, stanie się to bez woli bądź bez bezpośredniego wpływu osoby ponoszącej ryzyko.

Zdarzenie to może być wynikiem działania lub zaniechania ludzkiego (przy czym, w istocie, nawet brak woli osoby ponoszącej ryzyko nie wyklucza tego, że ona sama dopuści się działań lub zaniechań wywołujących owo zdarzenie). Może jednak do tego zdarzenia dojść także bez udziału człowieka, np. w wyniku działania sił przyrody lub swistego „zaniechania” sił przyrody. Za przykład niech służy to, że ryzyko wystąpienia suszy zrealizuje się w wyniku zaistnienia zdarzenia w postaci braku opadów.

¹⁰ W. Sanetra, *Ryzyko osobowe zakładu pracy*, Warszawa 1971, s. 41.

¹¹ M. Masny, *Zarządzanie ryzykiem jako wymóg corporate governance*, PPH 2002, nr 9, s. 2.

¹² Por. art. 89 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

3. Futuryzm¹³.

Zdarzenie to może zaistnieć jedynie w przyszłości. Nie można mówić o ryzyku zaistnienia zdarzenia przeszłego lub teraźniejszego.

Odrębną i niezwykle istotną z punktu widzenia przedmiotu tej książki kwestią jest to, że przyszłe zdarzenie determinujące zrealizowanie się ryzyka może być skutkiem (następstwem) zdarzenia, które miało miejsce w przeszłości, lub które rozgrywa się obecnie, albo też stanu, który miał miejsce w przeszłości lub trwa obecnie. Przy czym mogą być to – i zazwyczaj są – zdarzenia lub stany, do których ponoszący ryzyko doprowadził dobrowolnie i świadomie. Na przykład: ryzyko zaistnienia szkody, która jest podstawą do wypłaty odszkodowania z ubezpieczenia casco, jest następstwem nabycia samochodu przez osobę ponoszącą ryzyko¹⁴, zaś ryzyko osobowe – które nas interesuje – jest następstwem zatrudnienia danego pracownika przez pracodawcę ponoszącą szkodę. Jednakże o ile do wypadku i błędu pracownika, determinujących zrealizowanie się ryzyka, doszło bez woli ponoszących ryzyko, o tyle do nabycia samochodu i zatrudnienia danego pracownika osoby te (nabywca samochodu i pracodawca) doprowadziły dobrowolnie i świadomie.

4. Ujemne skutki.

Jeśli dojdzie do opisywanego tu zdarzenia, dla ponoszącego ryzyko (a często także dla innych podmiotów) będą się z tym wiązały ujemne skutki.

Stwierdzenie: „ponosić ryzyko, to znaczy ponosić negatywne skutki zdarzeń” należy wręcz uznać za tautologię. Za wewnętrznie sprzeczne uznalibyśmy wszak zdanie „ryzykuję, że wygram na loterii”.

Innym zagadnieniem jest to, że ujemne skutki powstające po zrealizowaniu się ryzyka nie zawsze przesądzają o tym, iż zdarzenie, które zdecydowało o zrealizowaniu się ryzyka, było zdarzeniem negatywnym. Za przykład niech służy to, że ryzyko ubezpieczeniowe związane z tak zwanym ubezpieczeniem na „dożycie” realizuje się wówczas, gdy ubezpieczony osiągnie określony umową, zazwyczaj sędziwy wiek. Sam fakt dożycia do tego wieku jest pozytywny, jednak wiąże się z nim ujemne skutki – choćby zwiększone potrzeby finansowe spowodowane koniecznością wzmoczonego dbania o zdrowie.

Chcąc ująć powyższe rozważania w ryzyko związanej definicji, stwierdziłabym, iż ryzyko jest prawdopodobieństwem zaistnienia w przyszłości negatywnego w skutkach zdarzenia, do którego dojdzie bez woli bądź bez bez-

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Por. dział II, pkt 3, ppkt 1 załącznika do ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. Nr 124, poz. 1151 z późn. zm.).

pośredniego wpływu osoby ponoszącej ryzyko. Ponoszenie ryzyka byłoby wobec tego koniecznością liczenia się z realizacją takiego właśnie prawdopodobieństwa. Co warto zauważyć, takie definicje pozostają aktualne nie tylko na gruncie rozważań prawnych, ale też wszędzie tam, gdzie możemy mówić o działaniach ryzykownych, czyli – jak już wspomniałam we wcześniejszych rozważaniach – we wszystkich aspektach ludzkiej działalności.

Istotą ponoszenia ryzyka jest nie tylko swoiste przyzwoleństwo na obarczenie się ryzykiem, wzięcie na siebie ryzyka, podjęcie decyzji o wejściu w sytuację, która będzie wymagała od nas poniesienia tegoż ryzyka. Skoro bowiem – jak nadmieniałam – ryzyko wiąże się ze wszystkimi czynnościami i zaniechaniami, jakie podejmujemy w życiu, statystycznie w większości przypadków ponoszenie ryzyka nie będzie zależało od tego, czy dobrowolnie się na to zdecydujemy. Akty, które wiążą się ze świadomym wzięciem na siebie ryzyka, zazwyczaj będą miały miejsce w sytuacji, gdy w zamian za niedogodność prawdopodobieństwa zrealizowania się ryzyka, spodziewamy się korzyści. Korzyści te – co jest związane z przedmiotem tej publikacji – mogą stanowić chociażby spodziewane zyski z funkcjonowania przedsiębiorstwa zatrudniającego pracowników. Kiedy indziej korzyściami tymi będą np. spodziewane odkrycia pionierskich metod leczenia, co będzie przeciwwagą dla ryzyka nowatorstwa¹⁵. Oczywiście, im mniejsze – choćby w naszej subiektywnej ocenie – prawdopodobieństwo zrealizowania się ryzyka, a większa szansa na osiągnięcie korzyści, tym chętniej zdecydujemy się ponieść ryzyko.

Przedmiotem mojej dalszej uwagi będzie usytuowanie pojęcia „ryzyko” w realiach prawa pracy, a następnie próba wskazania metod jego minimalizowania.

2. Ryzyko na gruncie prawa pracy

Ryzyko pracodawcy uważane jest za jedną z zasad prawa pracy, która swą genezę wywodzi z końca XIX wieku, czyli lat rozkwitu wielkich zakładów przemysłowych¹⁶. Dotychczas jednak zasada ta nie doczekała się legalnej definicji. Normy, która by jej dotyczyła, nie znajdziemy w rozdziale II działu

¹⁵ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1998, s. 128; A. Bryłka, *Zagadnienie ryzyka w działalności pracownika i ryzyka zakładu pracy*, PUG 1978, nr 7, s. 218; J. Radzicki, *Ryzyko zabiegów lekarskich w prawie karnym*, Warszawa 1967, s. 220–235.

¹⁶ Ł. Pisarczyk, *Konstrukcja i zakres ryzyka pracodawcy*, PiZS 2003, nr 12, s. 2.

I kodeksu pracy¹⁷, stanowiącym katalog podstawowych zasad prawa pracy. Próżno też szukać klarownego sprecyzowania zasady ryzyka pracodawcy w innych przepisach prawa pracy. Normy, z których wywodzi się ryzyko, są rozsiane po licznych przepisach prawa pracy. Dopełnienie treści tej zasady stanowią niemające wprost umocowania prawnego faktyczne skutki, które ponosi pracodawca w związku z przypisaniem mu ryzyka. Wszystko to rzutuje na fakt, że pojęcie „ryzyko pracodawcy” trzeba traktować jako pochodzące z języka prawniczego, nie zaś prawnego. Ponoszenie ryzyka jest następstwem faktu, że to pracodawca organizuje pracę i zawłaszcza jej wynik¹⁸.

Odnosząc wskazaną przeze mnie uprzednio definicję do ryzyka pracodawcy, należałoby wskazać, że ryzykiem pracodawcy jest prawdopodobieństwo zaistnienia w przyszłości negatywnego w skutkach zdarzenia¹⁹ związanego z prowadzeniem przedsiębiorstwa zatrudniającego pracowników, do którego dojdzie bez woli (w tym wypadku alternatywne użycie określenia „bez bezpośredniego wpływu” zdaje się zbędne) pracodawcy.

W literaturze przedmiotu ryzyko pracodawcy było też definiowane jako czynnik niepewności towarzyszący działalności każdego pracodawcy oraz jako niebezpieczeństwo wystąpienia negatywnych skutków związanych m.in. z samym pracownikiem (jego nieudolnością, chorobą, koniecznością wychowywania dzieci lub opieki nad innymi członkami rodziny itp.) oraz z nieosiągnięciem przez pracodawcę zamierzonych efektów działalności²⁰.

Niezależnie od definicji należy podkreślić, że ryzyko to jest immanentną częścią posiadania statusu pracodawcy. To on – co do zasady – ponosi pełnię ryzyka. Oznacza to dla niego obowiązek świadczenia na rzecz pracownika (o ile ten wywiązał się z nałożonych na niego obowiązków), a częstokroć także innych podmiotów (klientów, kontrahentów), bez względu na wynik procesu pracy. Obowiązek ten istnieje także wówczas, gdy proces pracy przynosi faktycznie ujemny bilans. Dla faktu powstania ryzyka związanego z zatrudnieniem pracowników nie ma znaczenia, czy pracodawca jest jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną, jednostką teżę osobowości nieposiadającą, czy też osobą fizyczną. Bez znaczenia są także inne przymioty pracodawcy, takie jak: liczba zatrudnianych pracowników, rodzaj działalności, wielkość obrotów itd. Czynniki te w pewnych okolicznościach mogą

¹⁷ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn. Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 z późn. zm.).

¹⁸ A. Bryłka, *Zagadnienie ryzyka w działalności pracownika i ryzyka zakładu pracy*, PUG 1978, nr 7, s. 218.

¹⁹ Por. A.M. Świątkowski, *Indywidualne prawo pracy*, Gdańsk–Kraków 2001, s. 21.

²⁰ J. Piątkowski, *Wprowadzenie do prawa stosunku pracy*, Toruń 1994, s. 22–23.

jednak wpływać na obiektywnie mierzony rozmiar ryzyka. Subiektywna jego miara może być jednak znacznie trudniejsza, bowiem to, co dla „dużego” pracodawcy będzie w razie zrealizowania się ryzyka nieznaczną dolegliwością, w przypadku „małego” w skrajnych sytuacjach może stać się dolegliwością uniemożliwiającą dalszą działalność. Dana osoba lub jednostka organizacyjna, decydując się na zatrudnienie choćby jednego pracownika, przyjmuje na siebie ryzyko. Przy czym zdaje się, że owo zatrudnienie nie zawsze jest warunkiem *sine qua non* powstania ryzyka. Można bowiem rozważać powstanie ryzyka mimo niezatrudnienia żadnego pracownika, o czym dalej. Pracodawca nie może się wyzbyc ryzyka. Może jedynie dążyć do jego ograniczenia, o czym – w odniesieniu do jednego z rodzajów ryzyka – traktuje niniejsza publikacja. Oczywiście stając się pracodawcą i przyjmując ryzyko, osoba fizyczna lub jednostka organizacyjna liczy na to, że ryzyko się nie zrealizuje lub jego realizacja nie będzie nadto obciążająca. Liczy też na korzyści płynące z faktu nabycia statusu pracodawcy. Będą to korzyści majątkowe (gdy przedsiębiorstwo prowadzone przez pracodawcę będzie nastawione na osiąganie zysku), ogólnospołeczne (gdy będzie to instytucja społecznie użyteczna lub charytatywna) lub osobiste (gdy pracownik ma służyć zaspokajaniu osobistych potrzeb pracodawcy, np. wykonywać pracę pomocy domowej).

Ryzyko na gruncie prawa pracy (ryzyko pracodawcy) tradycyjnie jest dzielone na cztery rodzaje:

- 1) ryzyko socjalne,
- 2) ryzyko gospodarcze,
- 3) ryzyko techniczne,
- 4) ryzyko osobowe.

Zdaje się, iż podział ten zaproponowany przez Macieja Święcickiego²¹ przed półwieczem, mimo modyfikacji, którym poddawała go literatura przedmiotu, pozostaje w pełni aktualny. Aktualny, nie oznacza niezmienny. Treść wypełniająca poszczególne rodzaje ryzyka ewoluowała wraz z ewolucją sytuacji na rynku pracy i w gospodarce w ogóle, dostępnych technologii, metod oceny i ograniczania poszczególnych rodzajów ryzyka. Swoje dalsze rozważania będę opierała na tym właśnie podziale, uznając go nie tylko za aktualny, ale i najbardziej klarowny. Zanim jednak to uczynię, chciałabym zasygnalizować przykłady jego modyfikacji, pojawiające się w literaturze przedmiotu. Już Maciej Święcicki obok wymienionych rodzajów ryzyka

²¹ M. Święcicki, *Charakterystyka prawna stosunku pracy*, PiP 1957, z. 9, s. 354–355.

wprowadza dodatkowe, piąte pojęcie „ryzyka produkcyjnego”. Stwierdza, że ryzyko produkcyjne, występując równolegle do ryzyka socjalnego, jest kategorią obejmującą ryzyko gospodarcze, techniczne i osobowe. Przy czym autor nie definiuje ryzyka produkcyjnego, skupiając się jedynie na odrębnej analizie poszczególnych rodzajów ryzyka wchodzących w skład ryzyka produkcyjnego, zgodnie z narzuconą przez niego nomenklaturą. Podobny podział był powielany przez innych autorów²², choć nie brakło też głosów, by uzupełnić podział o dodatkową kategorię – ryzyka organizacyjnego²³. Już wkrótce wprowadzenie rozumianego jak wyżej pojęcia „ryzyka produkcyjnego” doczekało się otwartej krytyki. Walerian Sanetra²⁴ wykazał wewnętrzną sprzeczność ryzyka produkcyjnego, skoro miałoby ono pomieścić zarówno ryzyko techniczne, jak i osobowe. Krytykę tę z różnych przyczyn niektórzy autorzy kontynuują²⁵. Zachwianie spójności podziału ryzyka wynika jednak nie tylko z owej krytyki. Dla przykładu Andrzej Marian Świątkowski²⁶, nie odnosząc się krytycznie do opisanego wyżej podziału, zdaje się sugerować odrębny, posługujący się pojęciem ryzyka produkcyjnego *sensu stricto*. Cechy, które w tradycyjnym podziale są przypisywane ryzyku technicznemu, autor nazywa właśnie ryzykiem produkcyjnym, nie próbując pomieścić w nim ani ryzyka gospodarczego, ani osobowego. Innym przykładem na zachwianie tradycyjnej klasyfikacji rodzajów ryzyka jest wprowadzenie kategorii ryzyka kompensacji szkód, jakie może ponieść pracownik w związku z procesem pracy²⁷. Ryzyko to miałoby obejmować odpowiedzialność pracodawcy za utratę lub uszkodzenie, w związku z wypadkiem przy pracy, należących do pracownika przedmiotów osobistego użytku oraz przedmiotów niezbędnych do wykonywania pracy (z wyjątkiem pojazdów samochodowych oraz wartości pieniężnych) – art. 237¹ § 2 k.p.; obowiązek przeniesienia do innej pracy pracownika, który wskutek choroby zawodowej lub wypadku przy pracy stał się niezdolny do wykonywania dotychczasowej pracy wraz z obowiązkiem wypłaty takiemu pracownikowi dodatku wyrównawczego – art. 230 i 231 k.p.; ewentualny obowiązek wypłaty dodatkowego odszkodowania orzecz-

²² Por. S. Garlicki, M. Piekarski, A. Stelmachowski, *Odpowiedzialność cywilna za niedobory (manka)*, Warszawa 1962, s. 14.

²³ M. Rafacz-Krzyżanowska, *Przekształcenie się odpowiedzialności majątkowej pracownika pod wpływem orzecznictwa Sądu Najwyższego*, SiM 1965, nr 4, s. 31.

²⁴ W. Sanetra, *Ryzyko osobowe...*, s. 70–72.

²⁵ Ł. Pisarczyk, *Konstrukcja i zakres ryzyka...*, s. 2.

²⁶ A.M. Świątkowski, *Indywidualne prawo...*, s. 27–30.

²⁷ W. Sanetra, *Ryzyko osobowe...*, s. 63–64; Ł. Pisarczyk, *Konstrukcja i zakres ryzyka...*, s. 7.

nego na podstawie przepisów kodeksu cywilnego pracownikowi, który uległ wypadkowi przy pracy lub cierpi z powodu choroby zawodowej²⁸.

Zanim przejdę do omawiania poszczególnych rodzajów ryzyka, pragnę dowiedzieć, że ryzyko pracodawcy jest jednym z najistotniejszych elementów pozwalających stwierdzić istnienie stosunku pracy. Stanowi ono ważki, komplementarny względem cech wskazanych w art. 22 § 1 k.p., element konstrukcyjny stosunku pracy. Jest to niezwykle istotne w obliczu wciąż nieślabnącego zjawiska bezprawnego zastępowania umów o pracę umowami cywilnoprawnymi i źle pojętym samozatrudnieniem. O tym, jak ważna jest konstrukcja ryzyka pracodawcy dla walki z patologicznym samozatrudnieniem, przekonuje niedawna nowelizacja ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych z dnia 26 lipca 1991 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 14, poz. 176 z późn. zm.). Od dnia 1 stycznia 2007 r. obowiązuje art. 5b ust. 1 tejże ustawy, dodany przez art. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 217, poz. 1588). Przepis ten stanowi, że „za pozarolniczą działalność gospodarczą nie uznaje się czynności, jeśli łącznie spełnione są następujące warunki:

- 1) odpowiedzialność wobec osób trzecich za rezultat tych czynności oraz ich wykonywanie, z wyłączeniem odpowiedzialności za popełnienie czynów niedozwolonych, ponosi zlecający wykonanie tych czynności;
- 2) są one wykonywane pod kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonych przez zlecającego te czynności;
- 3) wykonujący te czynności nie ponosi ryzyka gospodarczego związanego z prowadzoną działalnością”.

Ten negatywny katalog cech pozwalających na doprecyzowanie definicji pozarolniczej działalności gospodarczej powoduje, że osoba faktycznie pozostająca w stosunku pracy, która – najczęściej w porozumieniu z byłym (faktycznie obecnym) pracodawcą – prowadzi źle pojętą firmę samozatrudniającą, traci status osoby prowadzącej pozarolniczą działalność gospodarczą. Co za tym idzie, traci przywileje podatkowe, a w konsekwencji także preferencje związane z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne. Zwróćmy uwagę, że katalog ten – obok cech stosunku pracy wymienionych

²⁸ Por. ustawa z dnia 30 października 2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych (Dz. U. Nr 199, poz. 1673 z późn. zm.) oraz art. 237¹ § 1 k.p.

w art. 22 § 1 k.p. (art. 5b ust. 1 pkt 2 u.p.d.o.f.) – jako cechy pozwalające na ustalenie istnienia stosunku pracy wymienia te, które charakteryzują istotny wycinek ryzyka pracodawcy (art. 5b ust. 1 pkt 1 – ryzyko osobowe, art. 5b ust. 1 pkt 3 – ryzyko gospodarcze).

Powyżej wskazałam, iż momentem wzięcia na siebie ryzyka jest dla jednostki organizacyjnej lub osoby fizycznej moment powzięcia decyzji o ubieganiu się o status pracodawcy. Mówiąc wprost – decyzji o nawiązaniu stosunku pracy z dowolną liczbą pracowników. W nawiązaniu do rozważań o samozatrudnieniu, nasuwa się jednak inna refleksja. Moim zdaniem niezwykle interesująca, choć szersze rozważania na jej temat wykraczają poza ramy niniejszego opracowania. Należałoby bowiem zważyć, iż osoba prowadząca jednoosobową firmę (samozatrudniona we właściwym rozumieniu tego słowa) ponosi w pewnym sensie i zakresie wymienione wcześniej rodzaje ryzyka w związku z „zatrudnieniem samej siebie”. Świadczy o tym *a contrario* przytoczony wyżej katalog cech wykluczających uznanie danych czynności za pozarolniczą działalność gospodarczą. W swoiście twierdzący sposób odpowiada on na pytanie, czy samozatrudniony ponosi ryzyko osobowe i gospodarcze związane z „zatrudnieniem samego siebie”. Pozostaje pytanie, czy ponosi on także ryzyko techniczne (najprościej: związane z zakłóceniami w działalności urządzeń zakładu pracy, przestojami) oraz ryzyko socjalne (najprościej: związane z usprawiedliwioną absencją w pracy). W pewnym sensie i zakresie – tak. Dla określenia owego sensu i zakresu, należy się odwołać do rozważań na temat trójpodziału zagadnienia ryzyka²⁹. Otóż wynika z niego, że ryzyko dzielimy na:

- 1) faktyczne – rozumiane jako możliwość powstania szkody (zdarzeń ocenianych negatywnie³⁰);
- 2) prawne – rozumiane jako możliwość powstania obowiązku odszkodowawczego niezależnie od winy sprawcy szkody (możliwość powstania określonej powinności lub utraty uprawnienia³¹);
- 3) normatywne – rozumiane jako obowiązek odszkodowawczy za szkody niezawinione (obowiązek powstający – zgodnie z treścią normy prawnej – niezależnie od zachowania się i woli podmiotu obciążonego tym obowiązkiem³²).

²⁹ W. Sanetra, *Ryzyko osobowe...*, s. 45.

³⁰ W. Szubert, *Recenzje*, PiP 1973, z. 5, s. 118; W. Sanetra, *Ryzyko osobowe...*, s. 203.

³¹ *Ibidem*, s. 118.

³² *Ibidem*.

Dla konstrukcji ryzyka ponoszonego przez pracodawcę, rozumianego zgodnie z definicją legalną wprowadzoną przez art. 3 k.p. (a więc zatrudniającego pracowników), istotne znaczenie ma ryzyko normatywne. To ono jest główną podstawą odpowiedzialności wobec podwładnych. Podejmując interesujący problem ryzyka osoby samozatrudnionej, należałoby zauważyć, że ryzyko normatywne odgrywałoby marginalną rolę, ustępując miejsca ryzyku faktycznemu i prawnemu.

Kończąc tę część rozważań, chciałabym nadmienić, że u podstawy konstrukcji ryzyka pracodawcy, które często – choć nie wyłącznie – sprowadza się do zachowania praw pracowniczych, mimo niewywiązania się z obowiązków pracowniczych, leży ukonstytuowanie stosunku pracy, jako umowy starannego działania. Pracownik jest zobowiązany do należytego wykonywania pracy. Ma on obowiązek staranności działania, nie zaś osiągnięcia z góry określonych, pozytywnych efektów (choć jest to oczywiście ze wszech miar pożądane, a dążenie do tego przejawia się choćby w stosowaniu rozlicznych metod służących minimalizowaniu ryzyka pracodawcy)³³.

2.1. „Nieosobowe” rodzaje ryzyka

Istotą tego opracowania są zagadnienia związane z tą kategorią ryzyka pracodawcy, którą określa się jako „ryzyko osobowe”. Nim jednak przejdę do szerszego omówienia tej właśnie kategorii, podejmę próbę przybliżenia pozostałych, „nieosobowych” kategorii ryzyka pracodawcy. Określenie to należy jednak odczytywać tylko jako kontrast, przeciwieństwo ryzyka osobowego. Nie jest bowiem tak, że pozostałe rodzaje ryzyka nie są związane z osobą pracownika. O tym, iż związki te zachodzą, ale i o tym, jak są doniosłe, winny przekonać dalsze rozważania.

2.1.1. Ryzyko socjalne

Najprostszym sposobem na zdefiniowanie ryzyka socjalnego byłoby wskazanie, iż jest to powinność pracodawcy dotrzymania zobowiązań wypływających ze stosunku pracy³⁴, mimo niewywiązania się pracownika z ciążącego na nim obowiązku świadczenia pracy. Oczywiście chodzi tu o sytuację, gdy przepis prawa usprawiedliwia fakt owego niewywiązania się z podsta-

³³ Por. J. Piątkowski, *Wprowadzenie do prawa...*, s. 49–51.

³⁴ Por. Ł. Pisarczyk, *Konstrukcja i zakres ryzyka...*, s. 7.

wowego obowiązku pracowniczego (a w związku z tym absencję pracownika). Okolicznościami usprawiedliwiającymi są tu przede wszystkim choroba i obowiązki rodzinne wobec dzieci lub innych członków rodziny. W razie nieusprawiedliwionego (zawinionego) niewywiązania się z obowiązku świadczenia pracy, nie tylko nie dojdzie do realizacji ryzyka socjalnego pracodawcy, ale wręcz pracodawca zyska podstawę do rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika, na podstawie art. 52 § 1 pkt 1 k.p.

Definicje ryzyka socjalnego przywoływane w literaturze przedmiotu zasadniczo nie odbiegają od przytoczonej powyżej. Wskazuje się, iż polega ono na tym, że w przypadku, gdy „osoba zatrudniona (...) znajdzie się w szczególnej sytuacji osobistej, wywołanej takimi okolicznościami, jak: choroba, kończenie studiów, aresztowanie, itp., podmiot zatrudniający bywa zobowiązany do świadczeń wykraczających poza dosłowne zastosowanie zasady: płać według płacy (...), świadczeń zastępczych”³⁵. Ten rodzaj ryzyka bywa też definiowany jako „grupa obowiązków, które ciążyą na podmiocie zatrudniającym, z tym jednak, że świadczenia, jakie musi on wykonać w myśl tych obowiązków, w przeciwieństwie do innych świadczeń zakładu pracy na rzecz pracownika, mogą nie wystąpić wcale, a w konsekwencji rozmiar ich bywa różny. Obowiązki te powstają wtedy, gdy pracownik znajdzie się w szczególnej sytuacji osobistej wywołanej np. taką okolicznością, jak choroba”³⁶.

„Szczególna sytuacja osobista” jest więc wskazywana jako warunek, od którego zależy zrealizowanie się ryzyka socjalnego. Warunek ten wpisuje się w zasadę wzajemnej „troskliwości” pracodawcy i pracownika³⁷. Zasada ta – choć postrzegana przez pryzmat stosunków panujących na polskim rynku pracy przed 1989 rokiem, zdawać się może nieco archaiczna – znajduje wyraz w wielu obecnie obowiązujących przepisach polskiego prawa pracy. Obowiązek „troskliwości” pracownika o firmę, w której jest zatrudniony, znajduje wyraz już w katalogu podstawowych obowiązków pracowniczych. W art. 100 § 2 pkt 4 k.p. ustawodawca postanowił wszak, że pracownik jest obowiązany dbać o dobro zakładu pracy. Ukonkretnieniem tego obowiązku jest np. art. 42 § 4 k.p., pozwalający na powierzenie pracownikowi innej pracy niż określona w umowie o pracę, na okres do 3 miesięcy, bez konieczności wypowiedzenia dotychczasowych warunków pracy i płacy, jeśli jest to uzasadnione potrzebami pracodawcy. Odwołanie do „troskliwości” o zakład

³⁵ M. Świąciecki, *Charakterystyka prawna...*, s. 354.

³⁶ W. Sanetra, *Ryzyko osobowe...*, s. 47.

³⁷ Por. M. Świąciecki, *Charakterystyka prawna...*, s. 354.