RÓŻNE OBLICZA DYSKRYMINACJI W ZATRUDNIENIU

redakcja naukowa
Joseph Roger Carby-Hall, Zbigniew Góral, Aneta Tyc

Katarzyna Bomba, Zbigniew Góral, Karolina Kędziora, Marcin Krajewski
Małgorzata Kurzynoga, Agata Ludera-Ruszel, Marcin A. Mielczarek
Irmina Miernicka, Leszek Mitrus, Stefan Płażek, Mikołaj Rylski
Monika Smusz-Kulesza, Marzena Szabłowska-Juckiewicz, Helena Szewczyk
Justyna Tlatlik, Aneta Tyc, Krzysztof Walczak, Tatiana Wrocławska

Wolters Kluwer

RÓŻNE OBLICZA DYSKRYMINACJI W ZATRUDNIENIU

redakcja naukowa
Joseph Roger Carby-Hall, Zbigniew Góral, Aneta Tyc

Katarzyna Bomba, Zbigniew Góral, Karolina Kędziora, Marcin Krajewski
Małgorzata Kurzynoga, Agata Ludera-Ruszel, Marcin A. Mielczarek
Irmina Miernicka, Leszek Mitrus, Stefan Płażek, Mikołaj Rylski
Monika Smusz-Kulesza, Marzena Szabłowska-Juckiewicz, Helena Szewczyk
Justyna Tlatlik, Aneta Tyc, Krzysztof Walczak, Tatiana Wrocławska

Wolters Kluwer

WARSZAWA 2021

Stan prawny na 1 lipca 2021 r.

Recenzent
Prof. dr hab. Grzegorz Goździewicz

Wydawca
Magdalena Stojek-Siwińska

Redaktor prowadzący
Adam Choiński

Opracowanie redakcyjne
Violet Design Wioletta Kowalska

Projekt okładek serii
Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski

prawolubni

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujmy prawo i własność
Więcej na www.legalnakultura.pl
Polska Izba Książki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2021

ISBN 978-83-8246-188-6 ISBN PDF-a: 978-83-8246-773-4

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.
Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 22 535 82 19
e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów 13

Wprowadzenie 17

CZĘŚĆ PIERWSZA
ZAGADNIENIA OGÓLNE

Rozdział 1
Różne oblicza dyskryminacji w zatrudnieniu – uwagi wstępne (*Zbigniew Góral*) 21
1.1. Pojęcie dyskryminacji w zatrudnieniu 21
1.2. Zabronione kryteria dyskryminacyjne 24
1.3. Otwarty czy zamknięty katalog kryteriów dyskryminacyjnych? 28
1.4. Relacja między zasadą równouprawnienia i zasadą niedyskryminacji 31
1.5. Zakres zastosowania zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu 35
1.6. Rodzaje i przejawy dyskryminacji w zatrudnieniu 40
1.7. Podsumowanie 44
Abstract 45
Literatura 46

Rozdział 2
Zasada niedyskryminacji w świetle prawa międzynarodowego (MOP)
(*Krzysztof Walczak*) 47
2.1. Wprowadzenie 47
2.2. Zakaz dyskryminacji w wynagrodzeniu w szczególności ze względu na płeć 49
2.3. Ogólny zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu 53
2.4. Równe traktowanie i zakaz dyskryminacji ze względu na płeć w ramach polityki zatrudnienia 56
2.5. Zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność związkową 57
2.6. Zakaz dyskryminacji pracowników migrujących 59
2.7. Równość szans pracowników mających obowiązki rodzinne 62
2.8. Równe traktowanie osób niepełnosprawnych 64
2.9. Zakaz dyskryminacji osób zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu 65
2.10. Podsumowanie 66
Abstract 67
Literatura 67

Rozdział 3
Ochrona przed dyskryminacją w zatrudnieniu w świetle regulacji prawnych Rady Europy (*Monika Smusz-Kulesza*) 69
3.1. Podstawy prawne 69
3.2. Ochrona przed dyskryminacją w zatrudnieniu w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Protokołu nr 12 71
3.3. Ochrona przed dyskryminacją w zatrudnieniu w świetle Europejskiej Karty Społecznej 79
3.4. Wnioski 88
Abstract 90
Literatura 90

Rozdział 4
Koncepcja zakazu dyskryminacji w prawie pracy Unii Europejskiej (*Leszek Mitrus*) 91
4.1. Uwagi wprowadzające 91
4.2. Podstawy prawne zakazu dyskryminacji 92
4.2.1. Prawo pierwotne 92
4.2.2. Prawo wtórne 95
4.2.3. Adresaci unijnego zakazu dyskryminacji 98
4.3. Równość traktowania, zakaz dyskryminacji oraz jej rodzaje 99
4.3.1. Równość traktowania a zakaz dyskryminacji 99
4.3.2. Dyskryminacja bezpośrednia 101
4.3.3. Dyskryminacja pośrednia 102
4.3.4. Molestowanie i molestowanie seksualne 103
4.3.5. Zachęcanie do dyskryminacji 104
4.3.6. Dyskryminacja wieloraka 105
4.3.7. Dyskryminacja ze względu na więź 105
4.4. Kryteria objęte zakazem dyskryminacji 106
4.4.1. Zakres regulacji 106
4.4.2. Płeć 107
4.4.3. Pochodzenie rasowe lub etniczne 110
4.4.4. Religia i przekonania 110
4.4.5. Niepełnosprawność 111
4.4.6. Wiek 113
4.4.7. Orientacja seksualna 114
4.5. Odstępstwa od zakazu dyskryminacji 114
4.5.1. Zakres regulacji 114
4.5.2. Dyskryminacja bezpośrednia 115
4.5.3. Dyskryminacja pośrednia 117
4.6. Mechanizmy ochrony przed dyskryminacją 119
4.6.1. Zakres regulacji 119
4.6.2. Programy wyrównywania szans 120
4.6.3. Ramy instytucjonalne zwalczania dyskryminacji 121
4.6.4. Dochodzenie roszczeń z tytułu naruszenia zakazu dyskryminacji 122
4.6.4.1. Dostęp do sądu 122

4.6.4.2. Rozkład ciężaru dowodu ... 123
4.6.4.3. Ochrona przed represjami ... 124
4.6.4.4. Sankcje za naruszenie zakazu dyskryminacji ... 124
4.7. Koncepcja zakazu dyskryminacji w prawie pracy Unii Europejskiej – próba syntezy ... 126
Abstract ... 130
Literatura ... 131

Rozdział 5
O ciężarze dowodu w sprawach z zakresu dyskryminacji w zatrudnieniu słów kilka (*Aneta Tyc*) ... 133
5.1. Wprowadzenie ... 133
5.2. Interpretacja art. 18^{3b} § 1 k.p. ... 135
5.3. Dyskryminacja pośrednia ... 139
5.4. Dowód kierowania się obiektywnymi powodami przy różnicowaniu pracowników ... 143
5.5. Podsumowanie ... 145
Abstract ... 147
Literatura ... 147

Rozdział 6
Odpowiedzialność odszkodowawcza za naruszenie zasady niedyskryminacji w zatrudnieniu (*Marzena Szabłowska-Juckiewicz*) ... 149
6.1. Uwagi wprowadzające ... 149
6.2. Odpowiedzialność odszkodowawcza na podstawie art. 18^{3d} k.p. ... 150
6.2.1. Podmiot odpowiedzialny oraz podmiot uprawniony do wystąpienia z roszczeniem ... 150
6.2.2. Reżim odpowiedzialności odszkodowawczej ... 153
6.2.3. Zasada oraz przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej ... 154
6.2.4. Zakres oraz charakter prawny odszkodowania ... 157
6.2.5. Ustalanie wysokości odszkodowania ... 159
6.3. Odpowiedzialność odszkodowawcza na podstawie art. 13 ustawy wdrożeniowej ... 160
6.3.1. Podmiot odpowiedzialny oraz podmiot uprawniony do wystąpienia z roszczeniem ... 160
6.3.2. Reżim odpowiedzialności odszkodowawczej ... 161
6.3.3. Zasada oraz przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej ... 162
6.3.4. Zakres oraz charakter prawny odszkodowania ... 163
6.3.5. Ustalanie wysokości odszkodowania ... 164
6.4. Konkluzje ... 165
Abstract ... 167
Literatura ... 167

Rozdział 7
Zasada równości a równe traktowanie ubezpieczonych – wybrane zagadnienia (*Marcin Krajewski*) ... 171
7.1. Wprowadzenie ... 171

7.2. Zasada równego traktowania w prawie międzynarodowym ... 172
7.3. Zasada równego traktowania w traktatach UE i na gruncie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego UE ... 178
7.4. Równe traktowanie osób objętych zabezpieczeniem społecznym w Konstytucji RP ... 181
7.5. Równe traktowanie w ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych ... 184
7.6. Zakończenie ... 187
Abstract ... 188
Literatura ... 188

CZĘŚĆ DRUGA
ZABRONIONE KRYTERIA DYSKRYMINACYJNE

KRYTERIA KODEKSOWE

Rozdział 8
Dyskryminacja ze względu na płeć w zatrudnieniu pracowniczym (*Helena Szewczyk*) ... 193
8.1. Płeć jako jedno z podstawowych kryteriów dyskryminacji w zatrudnieniu ... 193
8.2. Pojęcie płci w prawie polskim i unijnym ... 196
8.3. Zmiana płci w kontekście unijnych przepisów antydyskryminacyjnych ... 200
8.4. Równe szanse dla pracujących kobiet i mężczyzn ... 203
8.4.1. Polityka równych szans dla kobiet i mężczyzn ... 203
8.4.2. Dyskryminacja pozytywna na rzecz równych szans dla kobiet i mężczyzn ... 205
8.4.3. Środki godzenia pracy zawodowej z obowiązkami rodzinnymi jako działania na rzecz równych szans dla kobiet i mężczyzn ... 209
Abstract ... 211
Literatura ... 211

Rozdział 9
Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu ze względu na wiek (*Tatiana Wrocławska*) ... 215
9.1. Uwagi wstępne ... 215
9.2. Wiek jako kryterium dyskryminacyjne oraz kategoria pojęciowa ... 217
9.3. Dozwolona dyferencjacja (odmienne traktowanie) w zatrudnieniu ze względu na wiek ... 226
9.4. Ograniczenia dostępu do pracy ze względu na wiek a zakaz dyskryminacji ... 232
9.5. Wnioski końcowe ... 243
Abstract ... 246
Literatura ... 246

Rozdział 10
Dyskryminacja ze względu na niepełnosprawność w zakresie zatrudnienia (*Agata Ludera-Ruszel*) ... 249
10.1. Uwagi wstępne ... 249
10.2. Dyskryminacja w dostępie do zatrudnienia ... 251
10.2.1. Dostęp do usług i instrumentów rynku pracy ... 251

10.2.2. Proces rekrutacji ... 253
10.2.3. Odmowa zatrudnienia jako przejaw dyskryminacji ... 255
10.2.4. Dostęp do szkolenia podnoszącego kwalifikacje zawodowe ... 257
10.3. Dyskryminacja w zakresie warunków zatrudnienia ... 259
10.4. Dyskryminacja w związku z ustaniem zatrudnienia ... 261
10.5. Podsumowanie ... 263
Abstract ... 263
Literatura ... 264

Rozdział 11
Dyskryminacja w zatrudnieniu ze względu na rasę, narodowość i pochodzenie etniczne (*Mikołaj Rylski*) ... 265
11.1. Kilka słów o filozoficznym podłożu sporów o równość i niedyskryminację – zamiast wstępu ... 265
11.2. Próby uzasadnienia zakazu dyskryminacji rasowej, etnicznej i narodowościowej w naukach prawnych i związane z nimi koncepcje równości ... 267
11.3. Pojęcie rasy, narodowości i etniczności ... 270
11.4. Prawna ochrona przed dyskryminacją rasową, narodowościową i etniczną w zatrudnieniu ... 274
11.4.1. Kontekst historyczny i prawnomiędzynarodowy ... 274
11.4.2. Prawo UE i *actio popularis* ... 275
11.4.3. Polskie prawo pracy ... 279
11.5. Zjawisko dyskryminacji rasowej, narodowościowej i etnicznej na polskim rynku pracy ... 282
11.6. Podsumowanie ... 285
Abstract ... 285
Literatura ... 285

Rozdział 12
Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu ze względu na religię i wyznanie (*Marcin A. Mielczarek*) ... 289
12.1. Uwarunkowania ustrojowe zakazu dyskryminacji ze względu na religię ... 289
12.2. Ewolucja zakazu dyskryminacji ze względu na religię w Kodeksie pracy ... 297
12.3. Zakres zjawiska dyskryminacji w zatrudnieniu ze względu na religię w Polsce ... 300
12.4. Kontratyp od zasady równego traktowania w zatrudnieniu ze względu na religię, wyznanie i światopogląd ... 304
Abstract ... 307
Literatura ... 308

Rozdział 13
Zakaz dyskryminacji ze względu na przekonania polityczne (*Zbigniew Góral*) ... 311
13.1. Uwagi wprowadzające ... 311
13.2. Pojęcie przekonań politycznych i ich miejsce w katalogu zabronionych kryteriów różnicowania ... 313
13.3. Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu ze względu na przekonania polityczne w świetle orzecznictwa sądowego ... 318

13.3.1. Ciężar dowodu ... 318
13.3.2. Utrata zaufania i brak rękojmi należytego wykonywania obowiązków a dyskryminacja w zatrudnieniu ze względu na przekonania polityczne ... 320
13.3.3. Zakres podmiotowy dyskryminacji w zatrudnieniu ze względu na przekonania polityczne ... 322
13.4. Podsumowanie ... 323
Abstract ... 324
Literatura ... 324

Rozdział 14
Dyskryminacja w zatrudnieniu z powodu przynależności związkowej (*Małgorzata Kurzynoga*) ... 325
14.1. Ponadnarodowe źródła zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność związkową ... 325
14.2. Dwutorowość ochrony prawnej w prawie polskim ... 328
14.3. Zakres i skutki odesłania w ustawie o związkach zawodowych do Kodeksu pracy ... 330
14.4. Kryteria dyskryminacyjne ... 333
14.5. Zakres podmiotowy i przedmiotowy ochrony przed dyskryminacją ... 335
14.6. Sankcje z tytułu dyskryminacji na tle przynależności związkowej ... 337
14.7. Ciężar dowodu i problem komparatora ... 340
14.8. Wnioski ... 342
Abstract ... 343
Literatura ... 344

Rozdział 15
Dyskryminacja ze względu na orientację seksualną (*Karolina Kędziora*) ... 345
15.1. Uwagi wprowadzające ... 345
15.2. Realizacja równościowych standardów unijnych w ramach ustawodawstwa krajowego ... 346
15.3. Ochrona przed dyskryminacją w ramach zatrudnienia pracowniczego ... 347
15.4. Ochrona przed dyskryminacją w ramach zatrudnienia pozapracowniczego ... 349
15.5. Żądanie dowodu na okoliczność orientacji seksualnej strony powodowej sprzeczne z prawem do poszanowania życia prywatnego ... 357
15.6. Podsumowanie ... 358
Abstract ... 360
Literatura ... 360

Rozdział 16
Zakaz dyskryminacji ze względu na zatrudnienie na czas określony lub w niepełnym wymiarze czasu pracy (*Katarzyna Bomba*) ... 361
16.1. Godność człowieka jako źródło zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu ... 361
16.2. Zakaz dyskryminacji ze względu na zatrudnienie w niepełnym wymiarze czasu pracy w prawie międzynarodowym i unijnym ... 367
16.3. Zakaz dyskryminacji ze względu na zatrudnienie na czas określony w prawie unijnym ... 373

16.4. Zakaz dyskryminacji ze względu na zatrudnienie na czas określony lub w niepełnym wymiarze czasu pracy w świetle polskiego prawa pracy 378
16.5. Podsumowanie 383
Abstract 384
Literatura 384

KRYTERIA NIESKODYFIKOWANE

Rozdział 17
Dyskryminacja w zatrudnieniu ze względu na wygląd (*Irmina Miernicka*) 389
17.1. Pojęcie wyglądu i *dress code'u* w odniesieniu do sfery zatrudnienia 389
17.2. Znaczenie wyglądu w sferze zatrudnienia 391
17.3. Uzasadnienie prawne dla możliwości ingerowania w wygląd osób zatrudnionych 394
17.4. Wygląd jako kryterium dyskryminacyjne w sferze zatrudnienia; dyskryminacja ze względu na wygląd 396
17.5. Wygląd pracownika a dyskryminacja pośrednia ze względu na inną cechę chronioną 401
17.6. Wygląd pracownika jako przyczyna bezpośredniej dyskryminacji ze względu na inną chronioną cechę 403
17.7. Wygląd pracownika a molestowanie i molestowanie seksualne 404
17.8. Wygląd a dyskryminacja na etapie rekrutacji pracowników 406
17.9. Wygląd pracownika a zakaz dyskryminacji w wybranych państwach 408
17.9.1. Wygląd pracownika a zakaz dyskryminacji w Stanach Zjednoczonych 408
17.9.2. Wygląd pracownika a zakaz dyskryminacji w państwach europejskich 409
Abstract 412
Literatura 412

Rozdział 18
Karalność pracownika a dyskryminacja w zatrudnieniu (*Stefan Płażek*) 415
18.1. Wprowadzenie 415
18.2. Rozumienie karalności 416
18.3. Kwestia dyskryminacji w przypadkach istnienia wymogów niekaralności 420
18.4. Kwestia dyskryminacji z uwagi na karalność w sytuacji braku ustawowych wymogów niekaralności 423
18.4.1. Pozyskiwanie danych na temat karalności 423
18.4.2. Miarodajność faktu karalności pracownika dla jego sytuacji prawnej 427
18.4.3. Karalność a wymóg szczególnych kwalifikacji etycznych 429
18.5. Podsumowanie 430
Abstract 431
Literatura 431

Rozdział 19
Inne nienazwane kryteria dyskryminacji w zatrudnieniu (*Justyna Tlatlik*) 433
19.1. Uwagi wstępne 433
19.2. Przesłanki wyodrębniania nienazwanych kryteriów dyskryminacji 436
19.3. Stan zdrowia 439

19.4. Obywatelstwo i język 442
19.5. Rodzicielstwo i sytuacja rodzinna 444
19.6. Podsumowanie 445
Abstract 445
Literatura 445

Biogramy 449

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

dyrektywa 97/81/WE – dyrektywa Rady 97/81/WE z 15.12.1997 r. dotycząca Porozumienia ramowego dotyczącego pracy w niepełnym wymiarze godzin zawartego przez Europejską Unię Konfederacji Przemysłowych i Pracodawców (UNICE), Europejskie Centrum Przedsiębiorstw Publicznych (CEEP) oraz Europejską Konfederację Związków Zawodowych (ETUC) (Dz.Urz. WE L 14 z 1998 r., s. 9, ze zm.)

dyrektywa 99/70/WE – dyrektywa Rady 99/70/WE z 28.06.1998 r. dotycząca Porozumienia ramowego w sprawie pracy na czas określony, zawartego przez Europejską Unię Konfederacji Przemysłowych i Pracodawców (UNICE), Europejskie Centrum Przedsiębiorstw Publicznych (CEEP) oraz Europejską Konfederację Związków Zawodowych (ETUC) (Dz.Urz. WE L 175, s. 43)

dyrektywa 2000/43/WE – dyrektywa Rady 2000/43/WE z 29.06.2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz.Urz. WE L 180, s. 22)

dyrektywa 2000/78/WE / dyrektywa ramowa – dyrektywa Rady 2000/78/WE z 27.11.2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz.Urz. WE L 303, s. 16)

dyrektywa 2006/54/WE – dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5.07.2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja przeredagowana) (Dz.Urz. UE L 204, s. 23)

EKPC – Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.)

EKS – Europejska Karta Społeczna sporządzona w Turynie 18.10.1961 r. (Dz.U. z 1999 r. Nr 8, poz. 67 ze zm.)

k.c. – ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.)

k.k. – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444 ze zm.)

KN – ustawa z 26.01.1982 r. – Karta Nauczyciela (Dz.U. z 2019 r. poz. 2215 ze zm.)

Konstytucja RP	– Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
konwencja MOP nr 100	– Konwencja Międzynarodowej Organizacji Pracy nr 100 dotycząca jednakowego wynagrodzenia dla pracujących mężczyzn i kobiet za pracę jednakowej wartości, przyjęta w Genewie 29.06.1951 r. (Dz.U. z 1955 r. Nr 38, poz. 238)
konwencja MOP nr 111	– Konwencja Międzynarodowej Organizacji Pracy nr 111 dotycząca dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu przyjęta w Genewie 25.06.1958 r. (Dz.U. z 1961 r. Nr 42, poz. 218)
k.p.	– ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1320 ze zm.)
k.p.c.	– ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 1575 ze zm.)
k.p.k.	– ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 534 ze zm.)
KPP	– Karta praw podstawowych Unii Europejskiej z 7.12.2000 r. (Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 389)
TEWG	– Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą podpisany w Rzymie 25.03.1957 r., https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=EN (dostęp: 26.07.2021 r.)
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47)
TUE	– Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 13)
TWE	– Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz.Urz. UE C 321E z 2006 r., s. 37)
u.m.n.e.	– ustawa z 6.01.2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz.U. z 2017 r. poz. 823)
u.p.s.	– ustawa z 21.11.2008 r. o pracownikach samorządowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1282)
u.p.u.p.	– ustawa z 16.09.1982 r. o pracownikach urzędów państwowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 537)
u.p.z. / ustawa o promocji zatrudnienia	– ustawa z 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. z 2021 r. poz. 1100 ze zm.)
u.r.z.s.	– ustawa z 27.08.1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 573)
u.s.c.	– ustawa z 21.11.2008 r. o służbie cywilnej (Dz.U. z 2021 r. poz. 1233)
ustawa o KRK	– ustawa z 24.05.2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz.U. z 2019 r. poz. 1158 ze zm.)
u.s.u.s.	– ustawa z 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 423 ze zm.)
u.w.p.r.t. / ustawa wdrożeniowa	– ustawa z 3.12.2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2156)
u.z.z.	– ustawa z 23.05.1991 r. o związkach zawodowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 263)
ZEKS	– Zrewidowana Europejska Karta Społeczna z 3.05.1996 r., https://rm.coe.int/168047e175 (dostęp: 25.07.2021 r.)

Inne

EKPS	– Europejski Komitet Praw Społecznych
ETPC	– Europejski Trybunał Praw Człowieka
GSP-Prz. Orz.	– Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa
KNE	– Komisja Niezależnych Ekspertów ds. Stosowania Konwencji i Zaleceń
KRK	– Krajowy Rejestr Karny
MOP	– Międzynarodowa Organizacja Pracy
MPK	– Międzynarodowa Konferencja Pracy
NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
ONSA	– Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego
OSNCP	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Cywilnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
OSNP	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Pracy
OSP	– Orzecznictwo Sądów Polskich
OTK-A	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – Seria A
SA	– sąd apelacyjny
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– sąd okręgowy
SR	– sąd rejonowy
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TS	– Trybunał Sprawiedliwości
WSA	– wojewódzki sąd administracyjny

WPROWADZENIE

Zasadniczą przyczyną dyskryminacji, w tym również dyskryminacji w zatrudnieniu, są utrwalone w społeczeństwie negatywne stereotypy postrzegania określonych kategorii ludzi. Ze względu na przypisywane im cechy dochodzi często do ich gorszego traktowania, a nawet do pozbawienia niektórych uprawnień. Nie ulega wątpliwości, że zjawisko dyskryminacji ma wielowymiarowy charakter, a jego przejawy są różnorodne. Można obecnie mówić o pewnym powszechnie aprobowanym standardzie regulacji antydyskryminacyjnych.

Zamierzeniem autorów niniejszej książki jest ukazanie dyskryminacji w zatrudnieniu z perspektywy jej różnorodności, co tłumaczy tytuł. O ile zasada równouprawnienia (zasada równości) jest pojęciem pozbawionym takich czy innych modalności, o tyle dyskryminacja ma wiele różnych oblicz w zależności od sposobu przejawiania się, zróżnicowania pracowników nią dotkniętych, form i rodzajów dyskryminacji, ale nade wszystko od zakazanych kryteriów dyskryminacyjnych.

Publikacja składa się z dwóch części. W pierwszej z nich zaprezentowano zagadnienia ogólnej natury. Przede wszystkim zwrócono uwagę na międzynarodowe i europejskie standardy prawa antydyskryminacyjnego, one bowiem są punktem odniesienia dla prawa krajowego, a w tym przypadku prawa polskiego. W dalszej kolejności zaprezentowano tak złożone pod względem jurydycznym i istotne dla zakazu dyskryminacji kwestie, jak skutki jego naruszenia oraz specyficznie ukształtowany ciężar dowodu. Choć głównym przedmiotem zainteresowania są problemy dyskryminacji na gruncie prawa pracy, to jednak zwrócono również uwagę na dyskryminację w ubezpieczeniach społecznych, które wszak są ściśle powiązane z prawem pracy.

Druga część została poświęcona omówieniu zabronionych kryteriów różnicowania pracowników. Mając na uwadze dominujące w polskiej literaturze przedmiotu zapatrywanie, zgodnie z którym kodeksowy katalog tych kryteriów ma charakter otwarty, w pierwszej kolejności poddano analizie kryteria skodyfikowane (nazwane), a następnie scharakteryzowano kryteria, które nie zostały wprost wymienione w Kodeksie pracy.

Opracowanie ma charakter kompleksowej prezentacji tytułowego zagadnienia przez wielu autorów. Choć celem zespołu redakcyjnego było nadanie rozważaniom przejrzystej konstrukcji i zwartości merytorycznej, to jednak nie chodziło o to, by wyeliminować wszelkie różnice zapatrywań. W rezultacie autorzy w jak największym stopniu samodzielnie nadawali kształt przygotowanym przez siebie rozdziałom, odpowiadając za zamieszczone w nich treści.

Trzeba podkreślić, że w prezentowanej książce uwaga autorów jest skoncentrowana głównie na ukazaniu różnorodności przejawiania się dyskryminacji z perspektywy polskiej, z uwzględnieniem tła międzynarodowego i europejskiego. Czytelnikom zainteresowanym badaniami porównawczymi dodatkowo polecamy lekturę przygotowywanego, pod tą samą redakcją, opracowania: *Diverse Facets of Discrimination in Employment: Comparative Legal Perspectives*.

prof. Joseph Roger Carby-Hall (Uniwersytet w Hull)
prof. Zbigniew Góral (emerytowany pracownik Uniwersytetu Łódzkiego)
dr Aneta Tyc (Uniwersytet Łódzki)

Część pierwsza

ZAGADNIENIA OGÓLNE

Zbigniew Góral

Rozdział 1

RÓŻNE OBLICZA DYSKRYMINACJI W ZATRUDNIENIU – UWAGI WSTĘPNE

1.1. Pojęcie dyskryminacji w zatrudnieniu

Biorąc pod uwagę etymologię słowa, dyskryminacja to – w najprostszym ujęciu – niesłuszne (nieusprawiedliwione) rozróżnienie[1]. Odnosi się to oczywiście również do dyskryminacji w zatrudnieniu. Rozróżnienie to może przybierać rozmaitą postać. Najczęściej będzie polegać na gorszym ukształtowaniu sytuacji pracownika w porównaniu do położenia, w jakim znajdują się inni pracownicy, w szczególności dotyczy to gorszego ukształtowania warunków zatrudnienia. Może również polegać na pozbawieniu pracownika dostępu do pewnych korzyści, które są udziałem innych osób. W tym sensie pracownik doznaje wykluczenia z grona beneficjentów określonych rozwiązań prawnych. Wreszcie dyskryminacją jest również nieuzasadnione uprzywilejowanie pracownika, co skutkuje tym, że stawia się inne osoby w gorszej pozycji od pozycji zajmowanej przez uprzywilejowanego.

Takie pojmowanie dyskryminacji znajduje swoje potwierdzenie w przepisach prawnych, a także w orzecznictwie sądowym. Przykładowo w Konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy (MOP) nr 111 z 25.06.1958 r. dotyczącej dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu[2] w art. 1 w definicji dyskryminacji przyjmuje się, że oznacza ona wszelkie rozróżnienie, wyłączenie lub uprzywilejowanie oparte na wymienionych tam kryteriach, które powoduje zniweczenie albo naruszenie równości szans lub traktowania w zakresie zatrudnienia lub wykonywania zawodu. Z kolei w Międzynarodowej konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 7.03.1966 r.[3] dyskryminację rasową definiuje się jako „wszelkie zróżnicowanie, wykluczenie, ograniczenie lub uprzywilejowanie". Zgodnie z Konwencją w sprawie

[1] Por. szerokie rozważania na ten temat W. Burak, W. Klaus, *Definiowanie dyskryminacji w prawie polskim w świetle prawa Unii Europejskiej oraz prawa międzynarodowego*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego" 2013/11, s. 75 i n.

[2] Dz.U. z 1961 r. Nr 42, poz. 218.

[3] Dz.U. z 1969 r. Nr 25, poz. 187.

likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 18.12.1979 r.[4] dyskryminacją jest „wszelkie zróżnicowanie, wyłączenie lub ograniczenie ze względu na płeć". Nieco inaczej, w sposób bardziej ogólny, istotę dyskryminacji ukazuje się w prawie Unii Europejskiej (szerzej w rozdziale czwartym). Podkreśla się zatem, że dyskryminacją jest traktowanie określonej osoby „mniej przychylnie" (dyrektywa 2000/78/WE[5], dyrektywa 2000/43/WE[6]) bądź „mniej korzystnie" (dyrektywa 2006/54/WE[7]) niż innej osoby znajdującej się w pewnym układzie odniesienia. W przepisach polskiego prawa pracy pojęcie dyskryminacji występuje w podobnych kontekstach, jak to ma miejsce w prawie UE.

Dla sposobu rozumienia pojęcia dyskryminacji duże znaczenie ma również orzecznictwo sądowe. Najbardziej znane jest stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wyrażone w orzeczeniu z 9.03.1988 r., U 7/87[8]. Wydane ono zostało co prawda pod rządem poprzedniej ustawy zasadniczej (z 1952 r.), nie traci jednak na aktualności także w dyskusjach toczących się obecnie. Teza wyroku wprost odnosi się do interpretacji zasady równości wobec prawa, nie jest jednak obojętna dla zakazu różnicowania sytuacji prawnej obywateli, a więc, innymi słowy, dla zasady niedyskryminacji. Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że wszystkie podmioty prawa, które charakteryzują się daną cechą relewantną, w równym stopniu mają być traktowane według jednakowej miary, „bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących". Zwraca uwagę, że Trybunał czyni tu dystynkcję między zróżnicowaniami dyskryminującymi i faworyzującymi, co odbiega od niektórych, przywołanych wyżej unormowań międzynarodowych, według których uprzywilejowanie (faworyzowanie) jest jedną z odmian dyskryminacji[9]. Nieco inny pogląd wyraził Trybunał w wyroku z 5.07.2011 r., P 14/10, stwierdzając, że naruszenie zakazu dyskryminacji „przejawia się zarówno przez pogorszenie sytuacji prawnej określonej grupy podmiotów (dyskryminacja *sensu stricto*), jak również polepszenie sytuacji danej klasy podmiotów, czyli uprzywilejowanie ich w stosunku do podmiotów podobnych"[10]. W swoim bogatym orzecznictwie również SN wypowiadał się wielokrotnie o istocie dyskryminacji. Przykładowo zgodnie z wyrokiem z 2.10.2012 r., II PK 82/12, dyskryminacją jest nieusprawiedliwione obiektywnymi powodami „gorsze traktowanie" pracownika[11]. Warto zauważyć, że w innych orzeczeniach pojęcie dyskryminacji nie jest redukowane tylko do gorszego traktowania.

[4] Dz.U. z 1982 r. Nr 10, poz. 71.

[5] Dyrektywa Rady 2000/78/WE z 27.11.2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i płacy (Dz.Urz. WE L 303, s. 16).

[6] Dyrektywa Rady 2000/43/WE z 29.06.2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz.Urz. WE L 180, s. 22).

[7] Dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5.07.2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (Dz.Urz. UE L 204, s. 23).

[8] OTK 1988/1, poz. 1.

[9] Podobnie orzeczenie TK z 6.05.1998 r., K 37/97, OTK 1998/3, poz. 33.

[10] OTK-A 2011/6, poz. 49.

[11] LEX nr 1365774; podobnie w wyroku z 13.02.2018 r., II PK 345/16, LEX nr 2488644.

Obejmuje się nim również „bezprawne pozbawienie lub ograniczenie praw wynikających ze stosunku pracy" (wyrok SN z 10.09.1997 r., I PKN 246/97[12]) bądź też przyznanie niektórym pracownikom „mniejszych praw niż te, z których korzystają inni pracownicy, znajdujący się w tej samej sytuacji faktycznej i prawnej"[13].

Zaprezentowany wyżej przegląd unormowań prawnych i wypowiedzi judykatury pozwala na zaprezentowanie wniosku, że istotą dyskryminacji jest odmienne ukształtowanie sytuacji prawnej lub faktycznej jednych podmiotów w stosunku do drugich. Odmienność prowadzi przy tym do pogorszenia tej sytuacji, ma dla nich zatem negatywne konotacje[14]. Nie zmienia tego konstatacja, że dyskryminacją może być także uprzywilejowanie podmiotu. Przede wszystkim trzeba podkreślić, że owo uprzywilejowanie nie tylko nie znajduje społecznego uzasadnienia, inaczej mówiąc – jest niesprawiedliwe, ale jest równoznaczne z defaworyzowaniem innych. Dyskryminacja ma zatem zawsze dla kogoś wydźwięk negatywny. W tym świetle zdecydowanie mało przekonujące jest posługiwanie się pojęciem dyskryminacji pozytywnej. W sytuacjach, które są zwykle utożsamiane z taką dyskryminacją, nie mamy do czynienia z „uprzywilejowaniem" dyskryminacyjnym, lecz z „uprzywilejowaniem" wyrównawczym. Wprowadzane zróżnicowanie jest zatem raczej kontratypem dyskryminacji, a nie dyskryminacją.

Warto zwrócić uwagę, że już na poziomie wyjaśniania istoty dyskryminacji widać, że może mieć ona, odwołując się do tytułu niniejszej książki, różne oblicza (pogorszenie, obniżenie, ograniczenie, wykluczenie, uprzywilejowanie). Inaczej rzecz się ma w odniesieniu do równości. Równość jest albo jej nie ma, trudno mówić o rodzajach równości[15], chyba że odnosimy to do różnych jej miar (kryteriów) powiązanych z taką czy inną koncepcją sprawiedliwości[16]. Na różnorodność dyskryminacji wskazują też często występujące w normach prawnych takie zwroty, jak: dyskryminacją jest „wszelkie" rozróżnienie, wyłączenie lub uprzywilejowanie (konwencja MOP nr 111); niedopuszczalna jest „jakakolwiek" dyskryminacja (art. 11^3 ustawy z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy[17]); zakazana jest „wszelka" dyskryminacja (Karta praw podstawowych Unii Europejskiej z 30.03.2010 r.[18]). Wynika z nich, że dyskryminacja może przejawiać się w różnych postaciach (szerzej na ten temat dalej).

[12] LEX nr 32795.

[13] Wyrok SA we Wrocławiu z 10.05.2018 r., III APa 8/18, LEX nr 2940121.

[14] Por. wyrok TK z 15.07.2010 r., K 63/07, OTK-A 2010/6, poz. 60.

[15] A. Sobczyk, *Państwo zakładów pracy*, Warszawa 2017, s. 334.

[16] Por. szeroko na ten temat T. Liszcz, *Aksjologiczne podstawy prawa pracy. Zarys problematyki*, Lublin 2018, s. 76 i n.

[17] Dz.U. z 2020 r. poz. 1320 ze zm.

[18] Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 389.

1.2. Zabronione kryteria dyskryminacyjne

Niezależnie jednak od form (przejawów) dyskryminacji nieodzownym warunkiem jej występowania jest oparcie różnicowania określonych podmiotów na zabronionym motywie czy inaczej chronionej cesze (tzw. kryterium dyskryminacyjnym). Wykazy takich kryteriów zawierają w zasadzie wszystkie akty prawne ustanawiające zakaz dyskryminacji. Tylko niektóre z nich poprzestają na formule: „jakakolwiek dyskryminacja jest zakazana". Tak jest w przypadku Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r.[19] (art. 32 ust. 2), w której stanowi się, że „nikt nie może być dyskryminowany (…) z jakiejkolwiek przyczyny". Pomimo takiego sformułowania trudno byłoby uznać, że każde różnicowanie sytuacji prawnej lub faktycznej jednostki może spotkać się z zarzutem dyskryminacji[20]. Nie mogą to być przyczyny o niewielkiej istotności społecznej (choć takie zastrzeżenie *expressis verbis* się nie pojawia), nieodwołujące się do relewantności cech, na podstawie których dokonuje się zróżnicowania. Jak się słusznie zauważa, formuła konstytucyjna oznacza odrzucenie koncepcji enumeracji[21]. Z drugiej jednak strony pewien zespół powodów dyskryminacyjnych może być zbudowany w odwołaniu się do wykładni historycznej (Konstytucja z 1952 r. zawierała takie kryteria zabronione)[22], a przede wszystkim na podstawie regulacji prawa międzynarodowego, którym znane są ich katalogi. Niezależnie od tego w samej Konstytucji RP z 1997 r. można odszukać przepisy powołujące się na cechy, na podstawie których dokonywane zróżnicowanie podmiotów z pewnością ma charakter dyskryminujący.

O wiele częściej prawodawcy decydują się na formułowanie takiego czy innego katalogu kryteriów dyskryminacyjnych. Jego zawartość jest względnie zróżnicowana, choć można mówić o grupie kryteriów, które stanowią pewien standard. Punktem odniesienia są normy międzynarodowe (szerzej w rozdziale drugim). Bez wątpienia na kształt katalogów zabronionych kryteriów dyskryminacyjnych, jakie można w nich odnaleźć, ma wpływ data uchwalenia tych norm. Odwzorowują one zagrożenia charakterystyczne dla ówczesnych stosunków społecznych. Również kolejność wymienianych w tych katalogach kryteriów trudno uznać za przypadkową.

Stosując chronologiczny klucz, trzeba zacząć od przywołania najwcześniejszych aktów prawnych ustanawiających zakaz dyskryminacji. Jako jedna z pierwszych stanowiła o tym Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4.11.1950 r.[23]

---

[19] Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

[20] Jak to podkreślił TK, „zakaz dyskryminacji wynikający z art. 32 ust. 2 Konstytucji nie jest tożsamy z zakazem różnicowania sytuacji podmiotów prawa. Jest to natomiast zakaz nieuzasadnionego, różnego kształtowania sytuacji podobnych podmiotów prawa, w procesie stanowienia i stosowania prawa" – wyrok z 19.12.2017 r., SK 10/16, OTK-A 2018/1.

[21] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, art. 32 Konstytucji RP, nt 30.

[22] T. Liszcz, *Aksjologiczne podstawy*…, s. 71.

[23] Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

(szerzej w rozdziale trzecim). Zakaz dyskryminacji łączony jest w niej z takimi powodami różnicowania, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek i urodzenie. W późniejszej o kilka lat konwencji MOP nr 111 (z 1958 r.), która odnosi się już tylko do dyskryminacji w zatrudnieniu, zestaw zabronionych kryteriów dyskryminacyjnych jest mniej rozbudowany, powiela jednak te kryteria, które w przywołanym wyżej akcie Rady Europy zostały wymienione w pierwszej kolejności, co może świadczyć o nadawanej im randze. W art. 1 konwencji MOP nr 111 wskazano zatem rasę, kolor skóry, płeć, religię, poglądy polityczne oraz pochodzenie narodowe lub społeczne. Katalog zabronionych powodów różnicowania, który znalazł się w Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 19.12.1966 r.[24], jest prawie identyczny w porównaniu do tego, który został ustalony w Konwencji Rady Europy. Warto jednak podkreślić, że przyjęty tu standard ochronny był w późniejszym czasie poszerzany. Zwraca uwagę, że w Pakcie (podobnie jak w EKPC) wśród kryteriów dyskryminacyjnych nie znalazła się niepełnosprawność. Potrzebie jej uwzględnienia dano wyraz w Konwencji MOP z 13.12.2006 r. o prawach osób niepełnosprawnych[25]. W innych aktach prawnych wyeksponowano z kolei znaczenie pewnych kryteriów, które w pierwotnym katalogu się znalazły (por. np. Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 1979 r.). Podobnie w dokumentach MOP niektórym skatalogowanym powodom różnicowania poświęcono odrębne instrumenty prawne (por. m.in. Konwencja MOP nr 156 dotycząca równości szans i traktowania pracowników obu płci: pracowników mających obowiązki rodzinne z 1981 r.[26]). W innych aktach prawnych katalog kryteriów ustalony w konwencji MOP nr 111 był wzbogacany. W odniesieniu do niepełnosprawności uczyniono to w Konwencji MOP nr 159 z 20.06.1983 r. dotyczącej rehabilitacji zawodowej i zatrudnienia osób niepełnosprawnych[27]. Inne kryteria zostały uwzględnione w niektórych zaleceniach (np. w Zaleceniu MOP nr 162 dotyczącym pracowników w starszym wieku z 1980 r.[28] czy w Zaleceniu nr 200 dotyczącym HIV i AIDS w środowisku pracy[29]).

Zmianom w stosunkach społecznych oraz wzrostowi świadomości coraz to nowych zagrożeń dla zasady równości towarzyszyły reformy prawa antydyskryminacyjnego, także w zakresie zabronionych kryteriów różnicowania we Wspólnotach Europejskich, a następnie w Unii Europejskiej. U progu integracji europejskiej przedmiotem zainteresowania (zarówno w prawie traktatowym, jak i wtórnym) była jedynie dyskryminacja ze względu na płeć. Z czasem zaczęto dostrzegać potrzebę zwrócenia uwagi także na inne kryteria. Zwiastunem była Wspólnotowa Karta Socjalnych Praw Podstawowych

[24] Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169.
[25] Dz.U. z 2012 r. poz. 1169 ze sprost.
[26] http://www.mop.pl/doc/html/konwencje/k156.html (dostęp: 24.05.2021 r.).
[27] Dz.U. z 2005 r. Nr 43, poz. 412.
[28] http://www.mop.pl/doc/html/zalecenia/z162.html (dostęp: 24.07.2021 r.).
[29] http://www.mop.pl/doc/html/zalecenia/z200.html (dostęp: 24.07.2021 r.).

Pracowników z 1989 r.[30], w preambule której (pkt 8) znalazł się niezbyt jeszcze rozbudowany zestaw kryteriów dyskryminacyjnych obejmujący płeć, kolor skóry, rasę, poglądy i wyznanie. W późniejszym o dekadę traktacie amsterdamskim katalog ów jest już obszerniejszy. Pojawiają się w nim, poza kryteriami wymienianymi we wcześniejszych aktach prawa międzynarodowego, także zupełnie nowe. Wskazuje się tu zatem na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek oraz orientację seksualną. Obecne standardy prawa pierwotnego UE w tym zakresie zostały ustanowione w Karcie Praw Podstawowych. Jej art. 21 zawiera jeszcze bardziej rozbudowany i częściowo zmieniony pod względem redakcyjnym zestaw zabronionych kryteriów różnicowania podmiotów, w skład którego wchodzi płeć, rasa, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, język, religia lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientacja seksualna, a także zupełne *novum*, czyli cechy genetyczne. Z punktu widzenia członków UE ważny jest dodatkowy zakaz wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. W prawie wtórnym UE, poza dyrektywami dotyczącymi zakazu dyskryminacji ze względu na poszczególne kryteria (płeć, pochodzenie rasowe lub etniczne), z punktu widzenia prowadzonych w tym miejscu rozważań szczególne znaczenie ma dyrektywa 2000/78/WE. Katalog zabronionych kryteriów dyskryminacyjnych jest tu szeroki, choć nie tak bardzo jak w Karcie Praw Podstawowych. Obejmuje kryteria najczęściej występujące w innych tego typu katalogach, a mianowicie: religię lub przekonania (bez bliższego jednak sprecyzowania, o jakie przekonania chodzi), niepełnosprawność, wiek i orientację seksualną, która począwszy od traktatu amsterdamskiego, wchodzi już do kanonu zabronionych powodów różnicowania pracowników.

Spoglądając na katalog (katalogi) zakazanych kryteriów dyskryminacyjnych występujący w przepisach polskiego prawa pracy, należy stwierdzić, że nie odbiega on w sposób zasadniczy od tego, co jest spotykane w prawie międzynarodowym i europejskim, choć wykazuje również pewne swoistości. Warto zwrócić uwagę, że cechuje go także pewna dynamika, o czym świadczy przede wszystkim porównanie pierwszego kodeksowego katalogu z 1996 r. z katalogiem obecnym. W wersji „przedakcesyjnej" treść art. 11^3 k.p. nawiązywała przede wszystkim do standardów międzynarodowych. Ustawodawca przewidywał zatem, że niedopuszczalna jest jakakolwiek dyskryminacja ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, narodowość, przekonania, zwłaszcza polityczne lub religijne oraz przynależność związkową. Zwraca uwagę połączenie w ramach jednego kryterium wszelkich przekonań, ze szczególnym uwzględnieniem politycznych lub religijnych. Dezawuowało to, jak się wydaje, wyznawaną religię, która zwykle traktowana jest jako odrębne kryterium. Nie wydaje się bowiem, aby można było stawiać znak równości między religią i przekonaniami religijnymi. Symptomatyczne było również pominięcie pewnych powodów różnicowania, które stanowią swego rodzaju standard

[30] A.M. Świątkowski, *Europejskie prawo socjalne*, t. 1, *Specyfika stanowienia i stosowania europejskiego prawa socjalnego*, Warszawa 1998, s. 131.

w regulacjach międzynarodowych. Chodzi o kolor skóry oraz pochodzenie narodowe tudzież przynależność do mniejszości narodowych. Pewne wątpliwości może budzić to, czy kryterium narodowości wymienione pierwotnie w Kodeksie pracy może być traktowane jako w pełni ekwiwalentne do tych ostatnich. Katalog zabronionych kryteriów różnicowania pracowników zamieszczony w obowiązującej regulacji kodeksowej z pewnością nawiązuje już do standardów unijnych. Jest on wyraźnie wzbogacony i zmodyfikowany w stosunku do poprzedniego unormowania. W części stanowi jego kontynuację (płeć, wiek, niepełnosprawność, narodowość, przynależność związkowa). Istotną różnicą jest wyodrębnienie religii i umieszczenie w katalogu, niezależnie od niej, wyznania. Samodzielne kryterium stanowią przekonania polityczne. Poza narodowością wskazuje się obecnie również na pochodzenie etniczne. Tak jak w ostatnich unormowaniach UE, do zabronionych powodów różnicowania pracowników zaliczono orientację seksualną.

Zupełnie inaczej w porównaniu do standardów unijnych zostało potraktowane zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony oraz w pełnym i niepełnym wymiarze czasu pracy. W żadnym z omówionych wyżej katalogów zabronionych kryteriów dyskryminacyjnych w prawie UE (podobnie zresztą jak w prawie międzynarodowym) forma i rozmiar zatrudnienia nie zostały uwzględnione. Katalogi te dotyczą bowiem konsekwentnie osoby pracownika, jego cech i właściwości, ze względu na które odróżnia się od innych osób. Niekiedy są to cechy przyrodzone (np. płeć czy rasa), niekiedy zależne od dokonywanych wyborów życiowych (np. przekonania polityczne czy przynależność związkowa), zawsze jednak charakteryzują one osobę, a nie sytuację, w jakiej może się ona znaleźć na skutek ustaleń czynionych wspólnie przez pracodawcę i pracownika. Z pewnością ze względu na rodzaj i rozmiar zatrudnienia również nie jest dopuszczalna dyskryminacja. W regulacjach unijnych zostało to jednak przewidziane w sposób nieprzekreślający zasadniczych przesłanek zakazu dyskryminacji, które wpisują się w potrzebę ochrony pracownika jako osoby o określonych właściwościach. Potwierdzeniem tego są odrębne dyrektywy o umowie o pracę na czas określony (dyrektywa 99/70/WE[31]) oraz dyrektywy o zatrudnieniu w niepełnym wymiarze czasu pracy (dyrektywa 97/81/WE[32]). Obydwie te dyrektywy przewidują również zakaz dyskryminacji, ale ze względu na cechy zatrudnienia, a nie właściwości osobiste pracownika. Biorąc to pod uwagę, krytycznie należy ocenić polskie unormowanie kodeksowe, które nie czyni należytej dystynkcji między rodzajami zakazanych kryteriów dyskryminacyjnych, co jest źródłem pewnych trudności interpretacyjnych (zwłaszcza w odniesieniu do rozróżnienia między zasadą niedyskryminacji i zasadą równości z art. 11^2 k.p.).

[31] Dyrektywa Rady 99/70/WE z 28.06.1999 r. dotycząca Porozumienia ramowego w sprawie pracy na czas określony, zawartego przez Europejską Unię Konfederacji Przemysłowych i Pracodawców (UNICE), Europejskie Centrum Przedsiębiorstw Publicznych (CEEP) oraz Europejską Konfederację Związków Zawodowych (ETUC) (Dz.Urz. WE L 175, s. 43).

[32] Dyrektywa Rady 97/81/WE z 15.12.1997 r. dotycząca Porozumienia ramowego dotyczącego pracy w niepełnym wymiarze godzin zawartego przez Europejską Unię Konfederacji Przemysłowych i Pracodawców /UNICE/, Europejskie Centrum Przedsiębiorstw Publicznych /CEEP/ oraz Europejską Konfederację Związków Zawodowych /ETUC/ (Dz.Urz. WE L 14 z 1998 r., s. 9).

1.3. Otwarty czy zamknięty katalog kryteriów dyskryminacyjnych?

Dla prawnej charakterystyki zamieszczanych w przepisach prawnych katalogów zabronionych powodów różnicowania pracowników niezwykle istotna jest ocena tego, czy mają one charakter otwarty, czy też raczej są zamknięte. Ma to znaczenie zwłaszcza z punktu widzenia odpowiedzialności ponoszonej z tytułu naruszenia zakazu dyskryminacji. Otwarte katalogi wiążą się z obniżeniem poczucia pewności prawnej tych, którzy do takiej odpowiedzialności są pociągani[33]. Odwrotna sytuacja ma miejsce w przypadku katalogów zamkniętych. Przegląd rozwiązań prawnych stosowanych w tym zakresie wskazuje, że nie mamy tu do czynienia z jednakowym stanowiskiem prawodawców. Dotyczy to zarówno prawa polskiego, jak i unormowań międzynarodowych i europejskich. W aktach prawa międzynarodowego sposób ukształtowania tych katalogów wskazuje raczej na ich otwarty charakter. Przykładem jest Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. W jego art. 2 poza wskazaniem konkretnych kryteriów znajdujemy sformułowanie, zgodnie z którym nie można dyskryminować również bez względu „na jakiekolwiek inne okoliczności", a w art. 14 EKPC stanowi się o „jakichkolwiek innych przyczynach". W Europejskiej Karcie Społecznej z 18.10.1961 r.[34] czytamy o „jakimkolwiek innym czynniku". Z kolei w Karcie Praw Podstawowych wyliczone w niej zabronione kryteria dyskryminacyjne poprzedzone są zwrotem „w szczególności". Są też jednak spotykane przykłady świadczące raczej o zamkniętym charakterze katalogu. Tak można wnosić ze sposobu wyliczenia zabronionych powodów różnicowania pracowników w konwencji MOP nr 111. Wydaje się, że zamknięty charakter ma także katalog zamieszczony w art. 1 dyrektywy 2000/78/WE. Podobne zróżnicowanie występuje na gruncie polskiego porządku prawnego. W poszczególnych unormowaniach przeważa jednak raczej stylistyka świadcząca o otwartości katalogu przyczyn dyskryminacyjnych. W Konstytucji RP wręcz poprzestaje się na sformułowaniu, zgodnie z którym nikt nie może być dyskryminowany z jakiejkolwiek przyczyny, bez podejmowania próby skatalogowania tych przyczyn (art. 32 ust. 2). W kodeksowych regulacjach dotyczących dyskryminacji w zatrudnieniu o otwartości katalogu zabronionych motywów różnicowania pracowników świadczy zwrot „w szczególności ze względu na (…)" (art. 11^3) lub „w szczególności bez względu na (…)" (art. 18^{3a}). Jest też przykład rozwiązania, które zdaje się opierać na odmiennym założeniu. Chodzi o ustawę z 3.12.2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania[35]. Znajdujemy w niej wykaz konkretnych kryteriów, według których zakazane jest dokonywanie rozróżnień, z pominięciem zwrotów wskazujących zwykle na otwartość katalogu.

[33] A. Sobczyk, *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP*, t. 2, *Wybrane problemy i instytucje prawa pracy a konstytucyjne prawa i wolności człowieka*, Warszawa 2013, s. 120–121.

[34] Dz.U. z 1999 r. Nr 8, poz. 67 ze zm.

[35] Dz.U. z 2020 r. poz. 2156.

Podzielenie zapatrywania, zgodnie z którym katalog zabronionych kryteriów dyskryminacyjnych, przynajmniej ten kodeksowy, ma charakter otwarty, prowadzi do wniosku, że owe kryteria nie stanowią jednorodnej kategorii. Można wśród nich wyróżnić te, które są nazwane („skodyfikowane"), oraz te nienazwane („nieskodyfikowane"). W przypadku kryteriów nazwanych, a więc takich, które są wymienione przez ustawodawcę w Kodeksie *expressis verbis*, znajdujemy przede wszystkim takie zabronione powody różnicowania pracowników, które odwzorowują standardy międzynarodowo-prawne. Nie ulega wątpliwości, że w realiach polskich mają one zróżnicowane znaczenie, zwłaszcza z punktu widzenia zagrożeń dla wyróżnionych przez ustawodawcę kategorii osób. Nie jest dziełem przypadku, że na pierwszym miejscu w katalogu kodeksowym umieszczono płeć, wiek i niepełnosprawność. Waga innych kryteriów jest mniejsza, choć można zauważyć, że skala rzeczywistych lub potencjalnych zagrożeń z nimi związanych wykazuje tendencję rosnącą. Dzieje się tak na skutek różnych czynników. Jednym z nich są procesy globalizacyjne i nasilenie się ruchów migracyjnych. W rezultacie zmienia się obraz polskiego społeczeństwa pod względem jego struktury rasowej czy też religijnej. Coraz częstsze są zatem przypadki dyskryminacji ze względu na rasę. Rosnącym problemem jest również dyskryminowanie mniejszości religijnych. Innym przykładem dynamicznego charakteru wyróżnionego przez ustawodawcę kryterium jest kwestia przynależności związkowej. O ile dyskryminacja z tego powodu nie miała istotnego znaczenia w okresie monizmu związkowego i powszechności należenia do związków zawodowych, o tyle daleko idące przeobrażenia w tym zakresie są następstwem zasady pluralizmu związkowego i wolności związkowej. Podobnie należy spojrzeć na coraz mocniej artykułowane w społeczeństwie poczucie przynależności etnicznej. Rodzi to stereotypy krzywdzącego postrzegania poszczególnych grup etnicznych, które mogą prowadzić do aktów dyskryminacji. Osobną uwagę należy poświęcić orientacji seksualnej. Mniejszość nieheteroseksualna istniała w Polsce od zawsze, choć osoby te musiały ukrywać swoją tożsamość. Stopniowe przezwyciężanie tradycyjnej postawy ukrywania swojej tożsamości płciowej i aktywizacja środowisk LGBT sprawiły jednak, że coraz częstsze są przykłady coming outów. Tym samym rośnie zagrożenie naruszania zakazu dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej.

Konkludując, u podstaw dyskryminacji z pewnością leżą pewne negatywne stereotypy w ocenie i traktowaniu określonych grup społecznych. Zwykle grupy te mają charakter grup mniejszościowych. Nie jest to jednak reguła bezwzględna, czego ilustracją jest choćby dyskryminacja ze względu na płeć. Mając to na względzie, należałoby stwierdzić, że dla kształtu katalogu zabronionych kryteriów dyskryminacyjnych istotniejszy niż liczebność określonej grupy społecznej (relacja: większość – mniejszość) jest stopień zagrożenia gorszym traktowaniem w zatrudnieniu (trudniejsza sytuacja na rynku pracy).

Przechodząc do nienazwanych kryteriów dyskryminacyjnych, przede wszystkim trzeba zaznaczyć, że dyskryminacją nie jest gorsze traktowanie z jakiegokolwiek powodu. Co zatem decyduje, że nieskodyfikowana przyczyna różnicowania pozwala na

sformułowanie zarzutu dyskryminacji? Wypada się zgodzić, że chodzi tu o powody o istotnej doniosłości społecznej. Innymi słowy, nie każda odrębność charakteryzująca osobę pracownika, która prowadzi do innego (gorszego) jego potraktowania, może być rozpatrywana jako zabronione kryterium dyskryminacyjne. Decydujące znaczenie ma jej relewantność mierzona społeczną oceną stopnia naganności dokonanego różnicowania. Pewną obiektywizacją tej oceny jest skonfrontowanie kodeksowego katalogu zabronionych kryteriów z podobnymi katalogami zamieszczonymi w aktach prawa międzynarodowego i europejskiego, zwłaszcza ratyfikowanymi przez Polskę. Jeśli zatem w katalogu kodeksowym określony powód nie został wyraźnie uwzględniony, a występuje w regulacjach ponadkrajowych, bez większego ryzyka można twierdzić, że ma on charakter – z punktu widzenia Kodeksu pracy – kryterium nienazwanego. Tak jest choćby w przypadku pochodzenia społecznego (urodzenia), majątku czy też języka, stanu zdrowia bądź też cech genetycznych. Doniosłość innych kryteriów musi być oceniana według innej miary – ugruntowanego w społeczeństwie i potwierdzonego w orzecznictwie sądowym przeświadczenia, że przynależność do grupy pracowniczej ze względu na wyróżnioną cechę stawia w sferze zatrudnienia zasadniczo w gorszej pozycji w porównaniu do pracowników nieposiadających takiej cechy. W tym ujęciu nienazwanym kryterium dyskryminacyjnym jest z pewnością wygląd pracownika, zarówno związany z jego właściwościami fizycznymi, jak i ze sposobem kreowania swojego wizerunku. Prezentując to zapatrywanie, trudno byłoby nie dostrzec pewnej analogii do przepisów ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny[36] o dobrach osobistych. Wyliczając te dobra, ustawodawca także posłużył się sformułowaniem „w szczególności". Powszechnie uznaje się w związku z tym, że kodeksowy katalog tych dóbr nie ma charakteru wyczerpującego i niezmiennego w czasie. Jak się zauważa, „poszczególne dobra osobiste pojawiają się i znikają w miarę przemian w sferze pojęć danego społeczeństwa"[37]. *Mutatis mutandis* można to, jak się wydaje, odnieść do dynamicznego charakteru katalogu zabronionych kryteriów dyskryminacyjnych.

Na tle polskiej regulacji prawnej specyficznym problemem jest ustalenie zasady, według której wyodrębnia się zabronione powody różnicowania pracowników. Jak to wyżej zostało już zauważone, o ile w prawie międzynarodowym i europejskim decydujące znaczenie mają właściwości osobiste tych ostatnich, o tyle w regulacji kodeksowej pewną rolę przyznaje się także odmienności form zatrudnienia. Rodzi to pytanie o to, czy nienazwane kryteria dyskryminacyjne mogą mieć tylko charakter podmiotowy (odnosić się do osoby pracownika), czy również przedmiotowy (odnosić się też do cech zatrudnienia, w jakim pracownik pozostaje). Dotychczasowe zapatrywania na ten temat bazowały na wcześniej obowiązującej wersji art. 11^3 i 18^{3a} k.p. Na ich gruncie były wyrażane poglądy zarówno o tym, że kodeksowy katalog ma otwarty charakter (bez różnicowania rodzajów kryteriów dyskryminujących), jak i o tym, że jest on zamknięty. Zwracano jednak także uwagę na specyficzną redakcję tych przepisów. Zdawała się

[36] Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.

[37] A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 182.

ona odnosić zwrot „w szczególności" tylko do tych zabronionych kryteriów dyskryminacji, które były związane z właściwościami osobistymi pracowników[38]. Z kolei ustawodawca, posługując się sformułowaniem „a także bez względu na", wymieniał dwa zabronione powody różnicowania dotyczące formy zatrudnienia, co należało uznać za ich, ale tylko ich, wyczerpujące potraktowanie. Dokonana 7.09.2019 r.[39] nowelizacja wyżej wymienionych przepisów zdaje się jednak podważać trafność takiej wykładni. Obecnie ustawodawca nie różnicuje bowiem kryteriów dyskryminacyjnych, odnosząc zwrot „w szczególności" do całej ich listy. Konsekwentnie należałoby w efekcie przyjąć, że może być ona poszerzana o jakiekolwiek zabronione powody różnicowania, zarówno te związane z osobą pracownika, jak i warunkami zatrudnienia. Trudno nie uznać, że takie odczytanie intencji ustawodawcy wyraźnie kolidowałoby ze sposobem ujmowania kryteriów dyskryminacyjnych w przeważającej liczbie aktów prawa międzynarodowego i europejskiego, a także zamazywałoby różnicę między zasadą niedyskryminacji i zasadą równości.

1.4. Relacja między zasadą równouprawnienia i zasadą niedyskryminacji

Kwestia wzajemnego stosunku tych dwóch zasad jest przedmiotem sporów doktrynalnych, które znajdują swoje wyraźne odbicie również w orzecznictwie sądowym. Dyskusja, jaka toczy się na ten temat na gruncie polskiego prawa pracy, pozostaje też w ścisłym związku z unormowaniami konstytucyjnymi. Trudno zaprzeczyć, że obydwie te zasady pozostają ze sobą w związku, występuje między nimi wyraźne *iunctim*. Nie wydaje się zatem właściwe prowadzenie rozważań o dyskryminacji bez odniesienia ich do zasady równości (i odwrotnie). Potwierdzeniem tego jest regulacja konstytucyjna, która w jednym przepisie (art. 32) stanowi o tym, że wszyscy są wobec prawa równi (ust. 1), a ponadto, że nikt nie może być dyskryminowany z jakiejkolwiek przyczyny. Prowadząc rozważania na poziomie konstytucyjnym, zadaje się pytanie, czy wynikające z tego najważniejszego aktu prawnego omawiane w tym miejscu zasady nakładają jedynie pewne obowiązki na władze publiczne, innymi słowy – czy przepisy je ustanawiające stosowane są wertykalnie, czy może również horyzontalnie. Jednoznaczne w tym względzie jest brzmienie art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. Z tego przepisu wynika jego wyłącznie wertykalne stosowanie, skoro „wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne". Mniej oczywisty jest charakter unormowania zamieszczonego w ust. 2 dotyczącego dyskryminacji. Wobec braku odesłania do władz publicznych, a jednocześnie wskazania, że zakazana jest dyskryminacja z jakiejkolwiek przyczyny w życiu politycznym, społecznym i gospodarczym, wydaje się być uzasadniona teza o również horyzontalnym stosowaniu tego przepisu. Dyskryminacja

[38] Por. m.in. wyrok SN z 6.04.2017 r., III PK 100/16, LEX nr 2331696.

[39] Ustawa z 16.05.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1043).

nie jest zatem możliwa także między wszelkimi podmiotami występującymi w obrocie prawnym, w tym także tymi, które swoją aktywność przejawiają w sferze zatrudnienia (co zyskuje dodatkowy argument w brzmieniu przepisu art. 33 Konstytucji RP). W ten oto sposób zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu uzyskuje swoją podstawę w Konstytucji RP, która w tym zakresie jest stosowana bezpośrednio[40]. Regulacja kodeksowa tego zakazu może być w efekcie uznana za zbędną, chyba że uznamy, że doprecyzowuje ona jedynie normę konstytucyjną (choćby poprzez wskazanie zakazanych kryteriów dyskryminacyjnych, co jednak traci na znaczeniu, jeśli uwzględni się, że lista tych kryteriów nie jest wyczerpująca). Nie zmienia to jednak publicznoprawnego charakteru kodeksowego zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu. Biorąc z kolei pod uwagę, że jedynym adresatem konstytucyjnej zasady równouprawnienia są władze publiczne, inaczej przedstawia się respektowanie tej zasady także na gruncie stosunków pracy. Musi ona uzyskać swoją podstawę w przepisach prawa pracy. Jest nią przepis art. 11^2 k.p. stanowiący, że pracownicy mają równe prawa z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków. Obowiązuje on tylko między stronami stosunku pracy, nie może zatem budzić wątpliwości jego prywatnoprawna natura.

Przechodząc do relacji między zasadą równouprawnienia i niedyskryminacji wyłącznie na poziomie kodeksowym, za nieuzasadnione należy uznać zapatrywanie, zgodnie z którym możliwe jest utożsamianie zasady niedyskryminacji z zasadą równości, z tym zastrzeżeniem, że wyrażają one w sposób negatywny bądź pozytywny tę samą treść (zakaz dyskryminacji/ różnicowania – nakaz równych praw)[41]. Bez wątpienia nie można abstrahować od tego, że w Kodeksie pracy obydwie zasady zostały ustanowione w dwóch różnych przepisach. Przy założeniu racjonalnego ustawodawcy może oznaczać to tylko i aż tyle, że mają one różną treść. Błędne jest przyjęcie, że kodeksowa zasada równości jest adresowana do prawodawcy i wyczerpuje się w nakazie stanowienia prawa równego dla wszystkich, a adresatem zakazu dyskryminacji są podmioty stosujące prawo, co oznaczałoby zakaz różnicowania przez te podmioty sytuacji prawnej pracowników ukształtowanej przez prawodawcę. Należałoby raczej dojść do wniosku, że z dyskryminacją mamy do czynienia nie tylko w przypadku nieprzestrzegania ustanowionych w przepisach standardów równościowych, ale również wtedy, gdy różnicuje się pracowników, w sposób nieuzasadniony, na poziomie stanowienia prawa. To ostatnie stwierdzenie jest ważne dla uczynienia dystynkcji między dyskryminacją i dyferencjacją, a więc jedną z właściwości prawa pracy. Różnicowanie sytuacji prawnej pracowników ze względu na merytoryczne i obiektywne powody jest ze wszech miar potrzebne i w końcowym rozrachunku świadczy o respektowaniu miary sprawiedliwości. W przypadku dyskryminacji chodzi o dokonywanie arbitralnych rozróżnień, które nie są związane z istnieniem ich merytorycznego uzasadnienia. Są one zatem równoznaczne z pewną patologią, której trzeba zapobiegać. Mając powyższe na uwadze, nie

[40] Por. przekonujące wywody na ten temat A. Sobczyka, *Prawo pracy…*, t. 2, s. 101–103.

[41] Por. I. Boruta, *Zakaz dyskryminacji w stosunkach pracy* [w:] *Polskie prawo pracy w okresie transformacji w oświetleniu prawa wspólnotowego*, red. H. Lewandowski, Warszawa 1997, s. 204.

można redukować pojęcia dyskryminacji tylko do sfery stosowania prawa. Dał temu wyraz Trybunał Konstytucyjny w kilku swoich rozstrzygnięciach wydanych na gruncie art. 32 Konstytucji RP. Uznał w nich, że zakaz dyskryminacji to zakaz nieuzasadnionego, różnego kształtowania sytuacji podobnych podmiotów prawa w procesie stanowienia i stosowania prawa[42]. Inaczej mówiąc, „dyskryminacja oznacza zatem nienadające się do zaakceptowania tworzenie różnych norm prawnych dla podmiotów prawa, które powinny być zaliczone do tej samej klasy (kategorii), albo nierówne traktowanie podobnych podmiotów prawa w indywidualnych przypadkach, gdy zróżnicowanie nie znajduje podstaw w normach prawnych"[43]. Z pewnością tak też powinna być interpretowana dyskryminacja w zatrudnieniu, o której stanowi się w art. 11^3 k.p. Naruszeniem zakazu dyskryminacji będzie zatem nieuzasadnione różnicowanie uprawnień grup pracowników w stanowionych przepisach prawnych (takiej dyskryminacji dopuszcza się prawodawca – zarówno na poziomie ustawowym, jak i w układach zbiorowych pracy i regulaminach), jak również nierówne w stosunku do nich stosowanie prawa, inaczej – nierówne traktowanie przez pracodawcę pracowników (np. w zakresie dostępu do szkoleń, niekorzystnego ukształtowania wynagrodzenia za pracę)[44]. Ilustruje to wyrok SN z 10.09.1997 r., I PKN 246/97[45], zgodnie z którym dyskryminacją w rozumieniu art. 11^3 k.p. jest „bezprawne" pozbawienie lub ograniczenie praw wynikających ze stosunku pracy albo nierównomierne traktowanie pracowników ze względu na zabronione kryteria różnicowania, a także przyznanie ze względu na te kryteria niektórym pracownikom mniejszych praw niż te, z których korzystają inni pracownicy, znajdujący się w tej samej sytuacji faktycznej i prawnej.

Z powyższych wywodów wynika, że o relacji między zasadą równości z art. 11^2 k.p. i zasadą niedyskryminacji z art. 11^3 k.p. nie decyduje ani rodzaj adresata zamieszczonego w tych przepisach nakazu/zakazu, ani też sfera, w jakiej ów nakaz/zakaz się przejawia (stanowienie prawa lub stosowanie prawa), choć nieco to się komplikuje na skutek pewnej niekonsekwencji ustawodawcy. Widać ją zwłaszcza, jeśli zwróci się uwagę na dość nonszalanckie operowanie pojęciem „równe traktowanie w zatrudnieniu", które może wskazywać na jego nieodróżnianie od pojęcia równouprawnienia (zwłaszcza w rozdziale IIa działu pierwszego k.p.). Porównanie treści wskazanych wyżej przepisów wskazuje, że mamy w nich do czynienia z odmiennymi punktami odniesienia. W przypadku równouprawnienia punktem odniesienia jest jednakowe wypełnianie przez pracowników takich samych obowiązków. Jeśli przesłanka ta jest spełniona, pracownicy mają równe prawa niezależnie od tego, jakie są ich właściwości (cechy) osobiste, chyba że konkretny przepis zezwala na ustalenie różnych praw. Przykładem regulacji, która na takie zróżnicowanie pozwala, jest art. 18^{3b} § 2 k.p. Trudno nie rozważać art. 11^2 k.p. w kontekście jego prywatnoprawnej natury. W przepisie tym ustawodawca odwołuje się do jednakowego

[42] Wyrok TK z 15.07.2010 r., K 63/07; por. też wyrok TK z 19.12.2017 r., SK 10/16.
[43] Wyrok TK z 15.07.2010 r., K 63/07.
[44] Por. T. Liszcz, *Aksjologiczne podstawy*…, s. 70.
[45] Por. też wyrok SA we Wrocławiu z 10.05.2018 r., III APa 8/18.

wypełniania takich samych obowiązków, a więc do świadczenia pracownika jako strony stosunku pracy. Uzgodnienia, jakie czyni on w tym zakresie z pracodawcą, nie mogą być dowolne. Jeśli prowadzą do naruszenia zasady równouprawnienia (a więc ustalenia gorszych praw niż prawa przysługujące innym pracownikom jednakowo wypełniającym takie same obowiązki), znajdzie zastosowanie sankcja z art. 18 § 3 k.p., czyli nieważność dotkniętego taką wadą postanowienia umowy czy innego aktu kreującego stosunek pracy, a ponadto sankcje przewidziane na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania przez pracodawcę (art. 471 k.c. w zw. z art. 300 k.p.)[46]. Zasada z art. 11^2 k.p. eliminuje w ten sposób – jak to trafnie zauważa A. Sobczyk – wykorzystywanie negocjacyjnej przewagi pracodawcy nad pracownikiem[47]. Inaczej jest w przypadku naruszenia publicznoprawnej zasady niedyskryminacji. W dokonywanym wówczas rozróżnieniu punktem odniesienia są właściwości osobiste pracowników (zgodnie z wolą polskiego ustawodawcy również forma ich zatrudnienia). Dla tego rodzaju deliktu przewiduje się sankcję odszkodowawczą (art. 18^{3d} k.p.).

Mogłoby się wydawać, że zarysowana wyżej różnica między zasadą równych praw i zasadą niedyskryminacji traci na znaczeniu wtedy, gdy pracownicy nie mają równych praw pomimo wypełniania tych samych obowiązków, ale jednocześnie różnią się pod względem swoich właściwości osobistych. Tak będzie się działo przykładowo wówczas, gdy z tytułu wykonywania takiej samej pracy przez mężczyznę i kobietę niższe wynagrodzenie jest przyznawane kobiecie. W literaturze przedmiotu, a zwłaszcza w orzecznictwie sądowym zrodziło to zapatrywanie, że w gruncie rzeczy naruszenie zakazu dyskryminacji jest jedynie kwalifikowaną postacią naruszenia zasady równości. Ilustracją tego jest teza wyroku Sądu Najwyższego z 13.02.2018 r., II PK 345/16, zgodnie z którą dyskryminacja w odróżnieniu od „zwykłego" nierównego traktowania oznacza gorsze traktowanie pracownika ze względu na jego cechę lub właściwość, określoną w Kodeksie pracy jako przyczyna dyskryminacji. Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 13.09.2018 r., II PK 135/17, stwierdzając: „czym innym jest dyskryminacja (nierówne traktowanie ze względu na kwalifikowaną przyczynę) i czym innym jest zwykłe nierówne traktowanie w zatrudnieniu z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków"[48]. Rozróżnienie między „zwykłym" naruszeniem zasady równości i kwalifikowanym naruszeniem (dyskryminującym) tej zasady prowadzi do niezbyt jednak przekonującego wniosku, że między zasadą równych praw z art. 11^2 k.p. i zasadą niedyskryminacji z art. 11^3 k.p. nie ma różnicy kategorialnej, można tylko mówić o różnicy w sposobie przejawiania się bezprawnego zachowania się pracodawcy. Dość wyraźnie ujął to Sąd Najwyższy w wyroku z 3.12.2009 r., II PK 148/09, stwierdzając, że zasada niedyskryminacji jest kwalifikowaną postacią nierównego traktowania

[46] Wyrok SN z 13.09.2018 r., II PK 135/17, LEX nr 2558680; por. też interesujący pod tym względem powołany wyżej wyrok SA we Wrocławiu z 10.05.2018 r., III APa 8/18.

[47] A. Sobczyk proponuje w związku z tym nazwać zasadę z art. 11^2 k.p. mianem „zasady najwyższego uprzywilejowania", mając na względzie, że mamy tu do czynienia z „klasycznym przepisem wyrównującym szansę nierównych stron w kontraktowaniu" – A. Sobczyk, *Prawo pracy*…, t. 2, s. 110–111.

[48] Por. też wyrok SN z 3.12.2009 r., II PK 148/09, LEX nr 1108511.

pracowników", co można uznać za równoznaczne z tym, że nie mamy do czynienia z dwoma pojęciami o różnej treści i charakterze prawnym, lecz z jednym tylko pojęciem występującym w dwóch postaciach – „zwykłej" i „kwalifikowanej"[49]. Błąd takiego postawienia sprawy polega na tym, że nie znajduje ono podstaw w przepisach prawnych. Jak to wyżej podkreślono, zgodnie z regulacją kodeksową wyrażone w art. 11^2 i 11^3 k.p. zasady mają inną treść, różną naturę prawną, a ich naruszenie pociąga za sobą odmienne konsekwencje prawne[50]. Pogwałcenie zasady równości niekiedy tylko oznacza również naruszenie zakazu dyskryminacji. Między tymi naruszeniami zachodzi zatem relacja krzyżowania się. W dalszym ciągu jednak są to dwie różne kategorie prawne. Źródłem nieporozumień jest zapewne sformułowanie, jakie znalazło się w art. 11^2 k.p., w którym to przepisie, po proklamowaniu przez ustawodawcę równych praw pracowników z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków, zamieszczono też sformułowanie, że „dotyczy to w szczególności równego traktowania mężczyzn i kobiet w zatrudnieniu". Interpretacji tego sformułowania nie można odrywać od pierwszej części przepisu. Oznacza to, że odwołanie się w nim do równego traktowania mężczyzn i kobiet w zatrudnieniu jest jedynie egzemplifikacją ogólnej zasady, zgodnie z którą pracownicy (wszyscy, a więc również mężczyźni i kobiety) mają równe prawa z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków[51]. Odmienna wykładnia w sposób bezpodstawny sprowadzałaby zasadę równych praw do zakazu dyskryminacji ze względu na płeć.

1.5. Zakres zastosowania zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu

Sprawa zakresu podmiotowego zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu na gruncie Kodeksu pracy nie przedstawia się jednoznacznie. Dzieje się tak ze względu na kilka okoliczności. Po pierwsze, regulacja kodeksowa nie jest w pełni zharmonizowana z unormowaniami prawa międzynarodowego, a zwłaszcza prawa Unii Europejskiej. Po drugie, niezbyt klarowna jest też jej relacja do wprowadzających zakaz dyskryminacji przepisów konstytucyjnych. Po trzecie wreszcie, dalekie od wzorców poprawności legislacyjnej są regulacje zamieszczone w samym Kodeksie pracy.

Punktem wyjścia powinien być przepis art. 1 k.p., zgodnie z którym Kodeks określa prawa i obowiązki pracowników i pracodawców będących stronami zdefiniowanego w art. 22 k.p. stosunku pracy. Wydaje się, że powinno to również przesądzać o zakresie podmiotowym zakazu dyskryminacji, który w Kodeksie został ustanowiony. Jeśli zgodzić się z tym stwierdzeniem, należałoby dojść do wniosku, że pod względem podmiotowym różni się od tego standard antydyskryminacyjny, z jakim mamy do czynienia

[49] Wyrok SN z 3.12.2009 r., II PK 148/09.
[50] Por. powołany wyżej wyrok SN z 10.05.2018 r., III APa 8/18.
[51] A. Sobczyk, *Prawo pracy…*, t. 2, s. 107.

w prawie międzynarodowym. Przykładowo w konwencji MOP nr 111 nie ogranicza się zakazu dyskryminacji tylko do osób mających status pracownika pojmowanego jako strona stosunku pracy. Już z samego tytułu konwencji wynika, że zakres podmiotowy tego zakazu jest szerszy, skoro dotyczy ona dyskryminacji „w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu", bez wskazania na rodzaj relacji prawnych, w ramach których realizowane jest owo zatrudnienie bądź też wykonywany jest zawód. Z kolei w przepisach antydyskryminacyjnych Unii Europejskiej, ustalając zakres zakazu dyskryminacji, wskazuje się na obszar określony mianem „zatrudnienia i pracy", przy czym jeśli nawet w stanowionych przepisach występuje słowo „pracownik", to znaczenie tego słowa odbiega od jego pojmowania na gruncie polskiego Kodeksu pracy. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości dość konsekwentnie przyjmuje się, że pojęcie pracownika w kontekście unijnych przepisów antydyskryminacyjnych jest szerokie i wykracza nawet poza zakres prawa pracy, obejmując osoby wykonujące pracę także w formach niepracowniczych, w tym również osoby wykonujące wolne zawody[52].

Przechodząc do regulacji konstytucyjnej, warto zacząć od konstatacji, że stanowi się w niej o zakazie dyskryminacji z bardzo ogólnym tylko wskazaniem obszaru obowiązywania tego zakazu. Zgodnie zatem z art. 32 ust. 2 Konstytucji RP nikt nie może być dyskryminowany „w życiu politycznym, społecznym i gospodarczym". Taka formuła oznacza, że nie mogą być dyskryminowane także osoby zatrudnione, i to bez względu na podstawę wykonywania pracy. Nie przesądza to zatem w jakikolwiek sposób o zakresie podmiotowym zakazu dyskryminacji, a w szczególności o tym, czy obejmuje on wyłącznie pracowników jako strony stosunku pracy. Warto zresztą zauważyć, że na gruncie konstytucyjnym pojęcie pracownika pojawia się niezmiernie rzadko, a w ujęciu podmiotowym zaledwie w jednym tylko przepisie (art. 66 ust. 2 Konstytucji RP), przy czym przyjmuje się, że różni się ono od pojęcia pracownika występującego w Kodeksie pracy. Oznacza bowiem każdą osobę wykonującą pracę w celach zarobkowych[53]. Niczego w tym miejscu nie zmienia posłużenie się przez ustrojodawcę określeniem „zatrudnienie" w przepisie art. 33 ust. 2 Konstytucji RP. Stanowi się w nim, nie w odniesieniu do zakazu dyskryminacji, lecz w odniesieniu do zasady równości kobiet i mężczyzn, że kobieta i mężczyzna mają równe prawo m.in. do zatrudnienia. Pojęcie zatrudnienia występujące w Konstytucji RP jest jednak również traktowane szeroko, szerzej z pewnością niż na gruncie kodeksowym[54].

Choć zatem punktem odniesienia dla zakazu dyskryminacji ustanowionego w Kodeksie pracy jest także „zatrudnienie", to jednak musi ten termin być interpretowany w kontekście innych regulacji kodeksowych, które nie pozostawiają raczej wątpliwości,

[52] Pogłębione w tym zakresie rozważania przedstawiła M. Tomaszewska, *Prawo integracji stosunku pracy. Między jednością a różnorodnością*, Gdańsk 2011, s. 285 i n.; por. też L. Florek, *Europejskie prawo pracy*, Warszawa 2010, s. 87.

[53] A. Sobczyk, *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP*, t. 1, *Teoria publicznego i prywatnego indywidualnego prawa pracy*, Warszawa 2013, s. 68.

[54] A. Sobczyk, *Prawo pracy…*, t. 1, s. 67.

że chodzi tu o zatrudnienie pracownicze, a nie o jakiekolwiek inne[55]. Świadczą o tym zwłaszcza przepisy rozdziału IIa działu pierwszego k.p., w których stanowi się wyraźnie o dyskryminacji pracowników, a więc osób zatrudnianych na podstawie stosunku pracy. Uwzględnienie szerszych podmiotowo formuł dyskryminacyjnych przyjmowanych w prawie międzynarodowym i europejskim oraz w Konstytucji RP na poziomie ustawodawstwa zwykłego wymagałoby zmiany zakresu podmiotowego Kodeksu pracy, czego jak dotąd nie uczyniono, albo też ustanowienia zakazu dyskryminacji obejmującego osoby wykonujące pracę na innej podstawie w odrębnych aktach prawnych. Tę właśnie drogę wybrał polski ustawodawca, uchwalając ustawę wdrożeniową, która w odniesieniu do pracowników dopełnia regulację kodeksową, a z drugiej strony implementuje dyrektywy „równościowe" w tych sferach zatrudnienia, które nie są przedmiotem regulacji Kodeksu pracy, a w szczególności, które odnoszą się do pracy wykonywanej w ramach umów cywilnoprawnych[56].

Stwierdzenie, że kodeksowy zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu ma na celu ochronę pracowników, wymaga pewnego doprecyzowania. Oczywiste jest, że chodzi tu przede wszystkim o osoby pozostające w stosunku pracy niezależnie od podstawy zatrudnienia: umowy o pracę, mianowania, powołania, wyboru czy spółdzielczej umowy o pracę. Potencjalnymi podmiotami dopuszczającymi się aktu dyskryminacji są w tym przypadku pracodawca jako kontrahent pracownika oraz osoby go reprezentujące. Poprzestanie na tym wniosku jest jednak niewystarczające w odniesieniu do zatrudnienia tymczasowego. Zagrożeniem dla pracowników tymczasowych pod tym względem jest bowiem nie tylko (nie przede wszystkim nawet) zachowanie pracodawcy, jakim jest agencja pracy tymczasowej. W trakcie trwania stosunku pracy szczególnie realne jest naruszenie zasady niedyskryminacji przez pracodawcę użytkownika. Może on przy tym gorzej traktować świadczących u niego pracę pracowników tymczasowych w porównaniu do innych pracowników mających ten status, ale także w porównaniu do „własnych" pracowników. Dla ochrony przed taką dyskryminacją nie jest wystarczający przepis kodeksowy. W rezultacie w ustawie o zatrudnianiu pracowników tymczasowych z 9.07.2003 r.[57] przewiduje się w art. 15, że „Pracownik tymczasowy w okresie wykonywania pracy na rzecz pracodawcy użytkownika nie może być traktowany mniej korzystnie w zakresie warunków pracy i innych warunków zatrudnienia niż pracownicy zatrudnieni przez tego pracodawcę użytkownika na takim samym lub podobnym stanowisku pracy".

Zaprezentowane wyżej zapatrywanie, zgodnie z którym zakres podmiotowy zakazu dyskryminacji ustanowiony w Kodeksie pracy obejmuje pracowników jako potencjalne

[55] T. Kuczyński, *Zasada równego traktowania w zatrudnieniu niepracowniczym. Księga Jubileuszowa Profesora Grzegorza Goździewicza. Tendencje rozwojowe indywidualnego i zbiorowego prawa pracy*, Toruń 2017, s. 91–92.

[56] Była to reakcja na zarzuty Komisji Europejskiej co do ograniczenia przez polskiego ustawodawcę implementacji tych dyrektyw w Kodeksie pracy tylko do zatrudnienia pracowniczego: por. M. Tomaszewska [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, t. 1, red. K.W. Baran, Warszawa 2020, art. 18^{3a} k.p., s. 162.

[57] Dz.U. z 2019 r. poz. 1563.

podmioty dyskryminowane, nie budzi wątpliwości. Nie przesądza jednak o tym, czy kodeksowy zakaz dotyczy także osób, które nie pozostają jeszcze bądź już w stosunku pracy, czyli kandydatów na pracowników i byłych pracowników. Trzeba przyznać, że pierwotne brzmienie przepisu kodeksowego mogło dostarczać pewnych argumentów przeciwko takiemu stanowisku. Przyjmowano w nim bowiem, że niedopuszczalna jest jakakolwiek dyskryminacja „w stosunkach pracy". Wąskie ujęcie tej formuły oznaczałoby, że zakaz dyskryminacji nie wykracza poza ramy czasowe trwania stosunku pracy. Nawet jednak na gruncie tej regulacji interpretacja ta nie spotykała się z aprobatą[58]. Zdecydowanie bardziej nie przekonuje, biorąc pod uwagę obowiązujące brzmienie art. 11^3 k.p., zgodnie z którym niedopuszczalna jest jakakolwiek dyskryminacja „w zatrudnieniu". To unormowanie jest w dużej mierze zbieżne z językowymi formułami występującymi w prawie antydyskryminacyjnym międzynarodowym i unijnym, co pozwala na dokonywanie interpretacji polskich przepisów z uwzględnieniem tam przyjętych standardów. Jedyną różnicą jest to – na co wyżej zwrócono już uwagę – że polski ustawodawca zawęża w Kodeksie pracy pojęcie zatrudnienia do zatrudnienia na podstawie stosunku pracy. Trudno byłoby jednak znaleźć argumenty, które przemawiałyby za ujęciem statycznym, sprowadzającym się do ścisłego wyznaczenia granic czasowych zakazu dyskryminacji. Zatrudnienie nie może być identyfikowane tylko z okresem pozostawania w stosunku pracy. Chodzi tu również o fazę poprzedzającą jego nawiązanie, innymi słowy – o wieloetapowy proces zatrudniania, który może, choć nie musi doprowadzić do uzyskania statusu pracownika. Do dyskryminacji może zatem dojść już w związku z ujawnieniem zamiaru zatrudnienia osób spełniających określone oczekiwania pracodawcy, a zwłaszcza sformułowania ogłoszenia o poszukiwanych kandydatach do zatrudnienia, w fazie rekrutacji i selekcji kandydatów, formułowania zindywidualizowanej oferty zatrudnienia bądź w czasie trwania negocjacji dotyczących przyszłych warunków zatrudnienia. Warto zauważyć, że do dyskryminacji może dojść w odniesieniu do konkretnego kandydata na pracownika, ale również wtedy, gdy nie doszło do jego ujawnienia się w związku ze wskazaniem w publicznym oświadczeniu pracodawcy dyskryminacyjnego zamiaru nieuwzględniania kandydatur niespełniających określonych warunków (a więc w sytuacji braku możliwości zidentyfikowania pokrzywdzonego)[59].

Na objęcie zakazem dyskryminacji fazy poprzedzającej zatrudnienie wskazują bardzo wyraźnie przywoływane wyżej akty prawa międzynarodowego. Przykładem jest art. 1 konwencji MOP nr 111, w myśl którego użyte w tym akcie wyrazy „zatrudnienie" i „zawód" obejmują m.in. dostęp do zatrudnienia i poszczególnych zawodów. Z kolei w dyrektywie 2000/78/WE stanowi się, że znajduje ona zastosowanie „w odniesieniu do warunków dostępu do zatrudnienia", w tym również „kryteriów selekcji i warunków rekrutacji". Taki sam wniosek wynika ze sposobu regulacji obszarów zakazu dyskryminacji w polskim Kodeksie pracy. Zgodnie zatem z art. 18^{3a} k.p. pracownicy powinni

[58] Por. uwagi na ten temat I. Boruty, *Zakaz dyskryminacji…*, s. 222–224.

[59] Wyrok TS z 10.07.2008 r., C-54/07, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding przeciwko Feryn NV, LEX nr 420955.

być traktowani w zakresie „nawiązania i rozwiązania stosunku pracy", a naruszeniem zasady niedyskryminacji jest m.in. „odmowa nawiązania lub rozwiązanie stosunku pracy" (art. 18^{3b}). W przepisach tych pojawia się co prawda określenie „pracownik" jako podmiot mający prawo do traktowania niedyskryminacyjnego, jednak jest oczywiste, że chodzi tu również o osobę ubiegającą się o zatrudnienie[60]. Znajduje to swój wyraz zwłaszcza w przepisie art. 18^{3d} przyznającym prawo do odszkodowania nie „pracownikowi", lecz „osobie", wobec której pracodawca naruszył zasadę równego traktowania w zatrudnieniu. Z pewnością jedynie o kandydacie na pracownika można mówić w przypadku, gdy ustawodawca posługuje się *expressis verbis* zwrotem „dostęp do zatrudnienia", tak jak to jest w przepisie ustanawiającym kontratyp dyskryminacji ze względu na religię lub wyznanie (art. 18^{3b} § 4).

Warto dodać, że odrębna regulacja dotycząca zakazu dyskryminacji w fazie poprzedzającej nawiązanie stosunku pracy znalazła się w ustawie z 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy[61]. Jej zakres podmiotowy jest jednak inny niż zakres kodeksowego zakazu co najmniej z dwóch powodów. Przede wszystkim obszar ochrony przed dyskryminacją obejmuje dostęp i korzystanie z usług rynku pracy oraz instrumentów rynku pracy. Ich głównym celem jest co prawda promowanie zatrudnienia, ale pojmowanego znacznie szerzej niż w przepisach kodeksowych, nieograniczającego się bowiem do wykonywania pracy na podstawie stosunku pracy (art. 2a w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 43 u.p.z.). Ponadto regulacja kodeksowa chroni przed naruszeniem zasady niedyskryminacji przez pracodawcę, tymczasem ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy obejmuje zakaz dyskryminacji w zakresie działalności głównie agencji zatrudnienia (art. 19c).

Poza kandydatami na pracowników kodeksowy zakaz dyskryminacji obejmuje również osoby, które przestały być już pracownikami, o ile o ich obecnym statusie prawnym decydują okoliczności związane ze stosunkiem pracy. Potwierdzeniem tego są niektóre wyroki Sądu Najwyższego. Przykładowo, zgodnie z wyrokiem SN z 23.10.1996 r., I PRN 94/96[62], pominięcie byłego pracownika przy przyznawaniu świadczenia, będącego składnikiem wynagrodzenia za pracę w okresie, w którym był on zatrudniony, narusza zasadę równego traktowania. Warto zauważyć, że ocena respektowania zakazu dyskryminacji w fazie rozwiązywania stosunku pracy czy szerzej – zakończenia stosunku pracy, jest dokonywana w odniesieniu do byłego już pracownika. Za szczególnie interesujące z tej perspektywy należy uznać pytanie, czy przesłanką roszczenia o odszkodowanie

[60] Na ciekawy argument przemawiający za tym, że kodeksowa regulacja antydyskryminacyjna obejmuje także relacje poprzedzające nawiązanie stosunku pracy, wskazuje I. Boruta *(Zakaz dyskryminacji…*, s. 222). Autorka twierdzi, że można do tego dojść również na podstawie unormowania zawartego w art. 300 k.p., z którego wynika, że w sprawach nieunormowanych przepisami Kodeksu pracy stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu cywilnego. „Ten zaś reguluje także sprawy związane z powstaniem stosunku prawnego", co oznacza, że jeśli mowa o stosunkach pracy, należy mieć również na uwadze fazę ich nawiązywania.

[61] Dz.U. z 2021 r. poz. 1100 ze zm.

[62] LEX nr 28549.

z art. 18^{3d} k.p. jest wcześniejsze wystąpienie z roszczeniem z tytułu naruszenia przepisów o wypowiadaniu umów (art. 45 § 1 k.p.). Wydawałoby się, że utrwalona linia orzecznicza w tej sprawie, potwierdzająca istnienia takiej przesłanki, została zmieniona uchwałą Sądu Najwyższego (7) z 28.09.2016 r., III PZP 3/16[63]. Przyjęto w niej, że nie jest to jednak warunkiem zasądzenia na rzecz pracownika (dokładnie – byłego pracownika) odszkodowania z art. 18^{3d} k.p. z tytułu dyskryminującej przyczyny wypowiedzenia lub dyskryminującej przyczyny wyboru pracownika do zwolnienia.

1.6. Rodzaje i przejawy dyskryminacji w zatrudnieniu

Jeśli chodzi o różne oblicza dyskryminacji w zatrudnieniu, głównym przedmiotem zainteresowania są – jak to zostało podkreślone wcześniej – zróżnicowane przesłanki dyskryminacyjne. Wiodące znaczenie ma w tym przypadku kwestia negatywnych stereotypów, gorszego postrzegania określonych kategorii społecznych ze względu na ich właściwości osobiste. Znajduje to swoje odzwierciedlenie w takich pojęciach jak seksizm, prowadzący do dyskryminacji ze względu na płeć, ageizm – czyli dyskryminacja ze względu na wiek, ableizm – czyli dyskryminacja ze względu na niepełnosprawność, rasizm będący źródłem dyskryminacji rasowej itp. Heterogeniczność zjawiska dyskryminacji to jednak również wielość rodzajów i form, w jakich się ona przejawia. Na niektóre z nich wskazują prawodawcy, inne zaś to dorobek judykatury i doktryny.

Formy przejawiania się dyskryminacji znane polskiemu ustawodawcy, które zresztą znajdują swoje odzwierciedlenie także w normach prawa międzynarodowego i europejskiego, bazują przede wszystkim na rozróżnieniu skutków oraz celu niepożądanych zachowań. Najczęściej – dyskryminacja *sensu stricto* – polega na zróżnicowaniu przez pracodawcę sytuacji pracownika ze względu na jedno lub kilka zabronionych kryteriów. Przejawem dyskryminacji może być również działanie polegające na zachęcaniu innej osoby do naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu lub nakazaniu jej naruszenia tej zasady (art. 18^{3a} § 5 pkt 1 k.p.). W tym przypadku podmiotem dyskryminującym może być zarówno osoba działająca w imieniu pracodawcy, jak też inny podmiot. Rola pracodawcy sprowadza się zatem do zachęcania lub też nakazywania niepożądanego z punktu widzenia zakazu dyskryminacji zachowania. Jako przykład powołuje się zachęcanie przez agencję pracy tymczasowej pracodawcy użytkownika do dyskryminowania pracownika tymczasowego. Innymi przejawami dyskryminacji w zatrudnieniu są molestowanie i molestowanie seksualne. Trzeba podkreślić, że skoro i w tych przypadkach mamy do czynienia z dyskryminacją (jej szczególnym przejawem), to u podstaw niepożądanego zachowania musi leżeć jedna (kilka) z zabronionych przyczyn związanych z właściwościami osobistymi pracownika[64]. Wyraźnie o tym stanowi się w odniesieniu do molestowania seksualnego. Jest to zatem dyskryminacja ze względu na płeć, która dodatkowo

[63] LEX nr 2113359.
[64] M. Kuba, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu pracowniczym*, Warszawa 2017, s. 177.

odpowiada dokonanej przez ustawodawcę charakterystyce molestowania seksualnego (art. 18^{3a} § 6 k.p.). Brak jest podobnego odesłania w unormowaniu dotyczącym molestowania „zwykłego" (art. 18^{3a} § 5 pkt 2 k.p.). Trudno byłoby jednak uznać, że nie musi mieć ono podłoża związanego z różnicowaniem ze względu na zabronione kryterium dyskryminacyjne[65]. Choć celem lub skutkiem niepożądanego zachowania jest w tym przypadku naruszenie godności pracownika i stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery, to jego podłożem jest jedna z cech określonej osoby, ze względu na którą niedopuszczalna jest dyskryminacja (wyraźnie wskazuje się na to w art. 2 ust. 3 dyrektywy 2000/78/WE), wyłączając jedynie płeć stanowiącą punkt odniesienia dla odrębnego pojęciowo molestowania (seksualnego)[66]. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na niedostateczną precyzję ustawodawcy polskiego, który definiując molestowanie seksualne jako przejaw dyskryminacji w zatrudnieniu, nie poprzestaje na odwołaniu się do zachowań niepożądanych o charakterze seksualnym (tak jak to zostało przyjęte w art. 2 ust. 1 lit. d dyrektywy 2006/54/WE), ale alternatywnie wskazuje także na tego rodzaju zachowania odnoszące się ogólnie do płci pracownika[67]. Różnicowanie pracowników tylko ze względu na płeć i abstrahowanie od ich orientacji seksualnej powinno tymczasem być rozpatrywane po prostu jako zabroniona dyskryminacja płciowa, do której dochodzi nawet wtedy, gdy celem zachowania dyskryminacyjnego nie jest naruszenie godności pracownika, a jeśli jest – jako „zwykłe" molestowanie (tak jak to jest traktowane w art. 2 ust. 1 lit. c powyższej dyrektywy).

Gdy chodzi o rodzaje dyskryminacji w zatrudnieniu, to można je klasyfikować w odwołaniu się do różnych kryteriów. Bez wątpienia najważniejszym jest podział na dyskryminację bezpośrednią i dyskryminację pośrednią. Podział ten jest uwzględniony w przepisach prawa Unii Europejskiej oraz w polskich unormowaniach prawnych dotyczących tej materii. Przede wszystkim bazuje on na różnym sposobie powoływania się na zabronione kryteria dyskryminacyjne. W przypadku dyskryminacji bezpośredniej niepożądane różnicowanie dokonywane jest wprost na podstawie określonej cechy charakteryzującej pracownika, ze względu na którą dyskryminacja jest niedopuszczalna. Zwykle ofiarą tego rodzaju różnicowania jest konkretny pracownik przynależący do grupy wyróżnionej na podstawie tej samej cechy chronionej przed dyskryminacją, ale również może to być cała ta grupa. Tak jest chociażby w przypadku ogłoszenia o zatrudnieniu wykluczającym kandydatów jednej płci czy też odmiennej rasy. Ważne z punktu widzenia ustalenia tego, że miała miejsce dyskryminacja bezpośrednia jest to, że dokonane rozróżnienie jest efektem zastosowania zabronionego kryterium, a nie to, jak wielu pracowników ono dotyczy. Indywidualny jego wymiar polega jedynie na tym, że sytuacja każdej osoby stawiającej zarzut dyskryminacji jest konfrontowana z porównywalną sytuacją, w jakiej znajdują się inne osoby.

---

[65] Por. A. Sobczyk, *Wolność pracy i władza*, Warszawa 2015, s. 157–158.

[66] Por. I. Boruta, *Ochrona przed nękaniem i molestowaniem seksualnym w zatrudnieniu*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2003/8, s. 2–3.

[67] I. Boruta, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowa regulacja prawna*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2004/2, s. 5.

Inny jest przypadek dyskryminacji pośredniej. Ujawnionym powodem różnicowania nie jest tu wprost zabronione kryterium dyskryminacyjne. Motyw, ze względu na który bezpośrednio różnicuje się pracowników, jest neutralny. Skutkiem odwołania się do niego jest jednak pojawienie się niekorzystnych dysproporcji albo szczególnie niekorzystnej sytuacji, której ofiarą są pracownicy należący do grupy wyodrębnionej ze względu na zabronione kryterium dyskryminacyjne. Dyskryminacja pośrednia ma zatem niejako z natury swej charakter dyskryminacji grupowej. Jej ofiarą nie może być indywidualny pracownik. Mamy tu do czynienia z inaczej ujętym niż w przypadku dyskryminacji bezpośredniej komparatorem. Obiektem porównawczym nie jest osoba, która znajduje się w sytuacji porównywalnej do sytuacji pracownika objętego ochroną przed dyskryminacją ze względu na posiadaną cechę, lecz osoby, które z powodu przynależności do grupy wyróżnionej ze względu na określone kryterium dyskryminacyjne byłyby proporcjonalnie gorzej potraktowane pomimo zastosowania neutralnego (z pozoru) kryterium różnicowania. W konstrukcji dyskryminacji pośredniej urasta do dużego znaczenia powód sięgnięcia do neutralnego motywu różnicowania. Nie można zatem mówić o dyskryminacji, gdy motyw ten jest obiektywnie uzasadniony, a cel, ze względu na który został zastosowany, jest zgodny z prawem, przy czym środki służące jego osiągnięciu są „właściwe i konieczne" (art. 18^{3a} § 4 *in fine* k.p.). Warto zwrócić uwagę na to, że pojęcie dyskryminacji pośredniej na gruncie prawa Unii Europejskiej wykształciło się w związku z potrzebą przeciwdziałania gorszemu traktowaniu osób zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu pracy, którymi zwykle okazywały się kobiety[68]. Odwoływanie się do rozmiarów zatrudnienia jako z pozoru neutralnego kryterium różnicowania pracowników uderzało zatem, jeśli chodzi o swoje skutki, w tę właśnie grupę pracowniczą. Na gruncie obowiązujących w Polsce przepisów antydyskryminacyjnych powoływanie się na ograniczone rozmiary zatrudnienia trudno jednak byłoby postrzegać w kategoriach dyskryminacji pośredniej, skoro zatrudnienie w niepełnym wymiarze czasu pracy przestało być kryterium neutralnym, stając się jednym z wymienionych *expressis verbis* zabronionych kryteriów dyskryminacyjnych. Inna refleksja, jaka się nasuwa, dotyczy konstatacji, że dyskryminacja pośrednia nie musi się odnosić do całej grupy pracowników wyróżnionych ze względu na określoną cechę będącą przedmiotem ochrony przed dyskryminacją. W grę wchodzi również znaczna liczba pracowników należących do tej grupy, na co wprost wskazuje się w art. 18^{3a} § 4 k.p. W orzecznictwie sądowym wyrażono w związku z tym zapatrywanie, że skoro niedopuszczalna jest jakakolwiek dyskryminacja, oznacza to, że zwrot ten odnosi się nie tylko do podziału na dyskryminację bezpośrednią i pośrednią, ale również „częściową", to jest taką, która polega na utrzymywaniu oddziaływania zabronionego kryterium, choćby nie dotyczyło ono wszystkich zatrudnionych[69]. W rozpatrywanym przypadku potraktowano jako pozornie neutralne kryterium datę zatrudnienia powodującą niekorzystne dysproporcje w zakresie wysokości wynagrodzenia dla osób posiadających określone obywatelstwo zatrudnionych przed tą datą.

[68] Wyrok TS z 31.03.1981 r., C-96/80, J.P. Jenkins przeciwko Kinsgate Ltd, EU:C:1981:80; wyrok TS z 13.05.1986 r., C-170/84, Bilka – Kaufhaus GmbH przeciwko Karin Weber von Hartz, EU:C:1986:204.

[69] Wyrok SN z 7.05.2019 r., II PK 31/18, LEX nr 2654306.

Innym rodzajem dyskryminacji w zatrudnieniu, do którego nawiązuje regulacja kodeksowa, jest dyskryminacja wieloraka, zwana też inaczej wielokrotną. Zgodnie zatem z art. 18^{3a} § 3 k.p. z dyskryminacją bezpośrednią mamy do czynienia, gdy pracownik był, jest lub mógłby być traktowany w porównywalnej sytuacji mniej korzystnie niż inni pracownicy nie tylko z jednego zabronionego powodu, ale również „z kilku przyczyn"[70]. Pod względem konsekwencji prawnych (np. w zakresie dowodzenia) taka dyskryminacja nie różni się – zarówno na gruncie prawa Unii Europejskiej, jak i polskich przepisów antydyskryminacyjnych – od tej, która wynika z jednej przyczyny. Dostrzegana jest jednak coraz bardziej potrzeba potraktowania dyskryminacji wielokrotnej jako odrębnej jakościowo konstrukcji prawnej, opierającej się na założeniu, że występowanie dwu lub więcej powodów zabronionego różnicowania potęguje stopień zagrożenia dla dyskryminowanego[71]. Dotyczy to zwłaszcza tzw. dyskryminacji wiązanej (sumowanej) oraz dyskryminacji krzyżowej (intersekcjonalnej)[72].

Prawu polskiemu nie jest – jak dotychczas – znane pojęcie dyskryminacji przez asocjację. Nie zostało ono też wyraźnie zdefiniowane w prawie Unii Europejskiej. Dyskryminacja przez asocjację została jednak dostrzeżona w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Szczególnie ważny z tego punktu widzenia jest wyrok z 17.07.2008 r., C-303/06, S. Coleman przeciwko Attridge Law i Steve Law[73]. Zwrócono w nim uwagę na to, że zakaz bezpośredniej dyskryminacji przewidziany w dyrektywie 2000/78/WE nie ogranicza się tylko do osób, które same są niepełnosprawne. Sprzeczność z tym zakazem ma bowiem miejsce również wtedy, gdy pracodawca traktuje pracownika, który sam nie jest niepełnosprawny, mniej przychylnie niż traktuje, traktował lub traktowałby innego pracownika w sytuacji porównywalnej, o ile wykazano, że mniej korzystne traktowanie jest związane z niepełnosprawnością jego dziecka, któremu zapewnia on zasadniczą opiekę stosowną do potrzeb. Można to oczywiście odnieść do innych zabronionych kryteriów dyskryminacyjnych, co oznacza, że osobą dyskryminowaną może być także osoba, która choć sama nie jest nosicielem cechy objętej prawną ochroną, to jednak pozostaje w więzi z osobą, która taką cechą się charakteryzuje. Jak słusznie zauważono, taka koncepcja dyskryminacji może być również stosowana przez sądy polskie, albowiem regulacja kodeksowa stanowi o zakazie dyskryminacji ze względu

[70] Szeroko na ten temat pisze M. Domańska, *Zakaz dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium*, Warszawa 2019 oraz J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zwalczanie dyskryminacji wielokrotnej (na przykładzie działań Unii Europejskiej)*, „Państwo i Prawo" 2012/2, s. 40 i n.

[71] J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zwalczanie*…, s. 34 i n.; por. też H. Szewczyk, *Równość płci w zatrudnieniu*, Warszawa 2017, s. 71. Próbę wprowadzenia odpowiedniej w tej materii regulacji podjęto w Wielkiej Brytanii, por. M. Wujczyk, *Zakaz dyskryminacji w prawie pracy. Rozważania porównawcze de lege lata i de lege ferenda na gruncie polskich i brytyjskich przepisów antydyskryminacyjnych*, Warszawa 2016, s. 50.

[72] A. Tymińska, *Dyskryminacja intersekcjonalna w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Kilka uwag wokół wyroku w sprawie Parris (C-443/15)*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego" 2019/1, s. 101 i n.

[73] EU:C:2008:415.

na określone przyczyny, a nie ze względu na przyczyny charakteryzujące bezpośrednio pracownika[74]. Powinno to być jednak bardziej jednoznacznie unormowane.

Wiele kontrowersji wiąże się z postulowaną niekiedy potrzebą wyodrębnienia jeszcze jednego rodzaju dyskryminacji, a mianowicie dyskryminacji przez asumpcję, zwaną też dyskryminacją percepcyjną. Jej istotą jest niekorzystne potraktowanie pracownika, któremu bezpodstawnie przypisuje się objętą ochroną przed dyskryminacją cechę. Najczęściej dotyczy to orientacji seksualnej. Ilustruje to przypadek osoby uczestniczącej w imprezie dla homoseksualistów, jednak niebędącej homoseksualistą. Należy mieć na uwadze, że mniej korzystne potraktowanie pracownika ze względu na błędną ocenę jego orientacji seksualnej wiąże się często z ekspresją płciową (wygląd, sposób zachowania), która może manifestować jego tożsamość płciową, ale nie musi tak być. Oczywiście z dyskryminacją przez asumpcję można mieć do czynienia także na tle innych cech prawnie chronionych (np. religii, rasy czy narodowości). Warto podkreślić, że w 2012 r. została podjęta nieudana próba wprowadzenia m.in. definicji dyskryminacji przez asumpcję do ustawy wdrożeniowej. W dalszym jednak ciągu aktualne jest pytanie o celowość uwzględnienia tego pojęcia w kodeksowych przepisach antydyskryminacyjnych[75].

1.7. Podsumowanie

Zasada równych praw, jakie przysługują pracownikom z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków (zasada równouprawnienia), jest pojęciem o jednoznacznej treści, trudno różnicować jego znaczenie, doszukiwać się w nim zróżnicowanych form przejawiania. Zupełnie inaczej jest w przypadku zasady niedyskryminacji (zakazu dyskryminacji). W tym przypadku mamy do czynienia z pojęciem wysoce różnorodnym. Sprawia to, że zasadne jest posługiwanie się zwrotem „różne oblicza dyskryminacji" (w tym także „dyskryminacji w zatrudnieniu"). Już z samej istoty dyskryminacji, jaką jest rozróżnienie czy różnicowanie, wynika pytanie, w jaki sposób ono następuje. Odpowiadając na nie, trudno ograniczyć się do stwierdzenia, że chodzi tu o gorsze, mniej przychylne potraktowanie kogoś w porównaniu z kimś innym. Jak się bowiem okazuje, może ono polegać na wyłączeniu określonej korzyści, na ograniczeniu określonego prawa, jego pozbawieniu, utrudnieniu w jego nabyciu, utracie, nieuzasadnionym uprzywilejowaniu itp. „Polimorficzny" charakter dyskryminacji w zatrudnieniu manifestuje się w jeszcze większym stopniu, jeśli uwzględni się wielość zabronionych kryteriów różnicowania pracowników. Dyskryminacja może mieć miejsce tylko w razie wystąpienia jednego lub kilku z nich. Bez spełnienia tego warunku nie mamy zatem z nią do czynienia pomimo nieuzasadnionego, mniej korzystnego potraktowania pracownika. Na tym tle wyrażane jest zapatrywanie, że dyskryminacja jest kwalifikowaną postacią nierównego traktowania. Budzi to wątpliwości,

[74] M. Wujczyk, *Zakaz dyskryminacji*…, s. 48.
[75] H. Szewczyk, *Równość płci*…, s. 71.

choćby ze względu na różne konsekwencje prawne naruszenia zasady niedyskryminacji i tzw. zwykłej zasady równości. Sporny jest także charakter konstruowanych przez prawodawcę katalogów kryteriów dyskryminacyjnych. Obok katalogów zamkniętych można znaleźć przykłady takich unormowań, które wskazują na ich otwarty charakter. Tak jest zwykle oceniana lista zabronionych powodów różnicowania pracowników zamieszczona w Kodeksie pracy, choć trudno mówić o powszechnej akceptacji takiego zapatrywania. Uznanie, że kodeksowy katalog kryteriów dyskryminacyjnych jest otwarty sprawia, że do naruszenia zasady dyskryminacji może dojść także z innych „nieskodyfikowanych" powodów. Z pewnością ich wyodrębnienie nie może być dowolne. Konieczne jest poszukiwanie w miarę zobiektywizowanych mierników świadczących o zasadności powoływania się na tego rodzaju kryteria, takich chociażby jak utrwalone społecznie przekonanie o ich istotności. Podmiotowy zakres zastosowania zakazu dyskryminacji uregulowanego w Kodeksie pracy nie może wyczerpywać się w stwierdzeniu, że odnosi się on do zatrudnienia pracowniczego, a więc obejmuje okres od nawiązania do ustania stosunku pracy. Należy przyjąć, że chodzi tu o szerzej rozumiany status pracowniczy. Oznacza to, że dyskryminacja może być wymierzona także w kandydatów na pracowników oraz w byłych pracowników. Mówiąc o różnych obliczach dyskryminacji w zatrudnieniu, trzeba wreszcie mieć na uwadze wielość form, w jakich się ona przejawia, oraz różne jej rodzaje. Większość z nich, choć nie zawsze w sposób dostatecznie precyzyjny, znajduje swoje odzwierciedlenie w Kodeksie pracy. Coraz częściej podkreśla się jednak, że wyeksponowanie całej różnorodności zjawiska dyskryminacji wymaga dopełnienia obowiązującej regulacji o nowe definicje (np. dyskryminacji krzyżowej, przez asocjację czy przez asumpcję).

Zbigniew Góral – profesor doktor habilitowany nauk prawnych; emerytowany pracownik Uniwersytetu Łódzkiego; ORCID 0000-0002-2225-8921.

Abstract

Discrimination in employment is a multi-faced concept. The author presents various ways of defining this concept by treating the provisions of international law, European Union law and Polish labour law. He pays particular attention to prohibited discriminatory criteria, stressing that we are dealing with discrimination only when differentiation of employees is based on one or more of such criteria. This allows to make a distinction between discrimination and unequal treatment. Bearing in mind that the catalogue of such criteria included in the Labour Code is, according to most views, open, it is permissible to distinguish also non-codified reasons for differentiating employees. Establishing the scope of application of the prohibition of discrimination in employment, the author states that the prohibition covers not only the period from the commencement to the termination of employment, but also the phase preceding employment and employment-related rights of former employees. The author also discusses the forms of discrimination known to the Polish legislator (in particular harassment and sexual