

Received: 20.03.2021
Accepted: 17.06.2021
Published: 30.12.2021

Roczniki Administracji i Prawa
Annals of The Administration and Law
2021, XXI, z. specjalny: s. 247-263
ISSN: 1644-9126
DOI: 10.5604/01.3001.0015.6388
<https://rocznikiadministracjiiprawa.publisherspanel.com>

Helena Szewczyk*
Nr ORCID: 0000-0002-1425-981X

PRZYCZYNY (KRYTERIA) DYSKRYMINACJI W ŚWIECIE NOWELIZACJI KODEKSU PRACY Z DNIA 16 MAJA 2019 R. NA TLE PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO I UNIJNEGO

GROUND (S) (CRITERIA) OF DISCRIMINATION IN THE LIGHT OF THE AMENDMENT TO THE LABOUR CODE OF 16 MAY 2019 IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL AND EU LAW

Streszczenie: Z dniem 7 września 2019 r. weszła w życie kolejna nowelizacja przepisów kodeksu pracy, która wprowadziła m.in. otwarty katalog przyczyn (kryteriów) dyskryminacji. *De lege lata* wyliczenie przyczyn dyskryminacji w kodeksie pracy ma przykładowy charakter niezależnie od tego, czy kryteria te odnoszą się do cech osobowych pracownika lub jego wyborów życiowych niemających związku z wykonywaną pracą, czy też dotyczą wykonywanej przez niego pracy, statusu prawnego samego pracodawcy itd. Oznacza to, że każde nieuzasadnione obiektywnymi przyczynami nierówne traktowanie pracowników jest obecnie uznawane za dyskryminację w zatrudnieniu. Nowe przyczyny (kryteria) dyskryminacji powinny być jednak rzeczywiste i konkretne oraz istotne ze społecznego punktu widzenia. Roszczenia pracowników w tym zakresie powinny opierać się na uzasadnionej (wyważonej i obiektywnej) przyczynie i obiektywnie ją uprawdopodobniać. W konsekwencji pracownicy będą mogli żądać odszkodowania z art. 18^{3d} k.p. od pracodawcy z różnych przyczyn dyskryminacji, a nie tylko tych nazwanych, wskazanych w kodeksie pracy.

Słowa kluczowe: zatrudnienie, dyskryminacja, przyczyny dyskryminacji, ochrona pracowników, odpowiedzialność odszkodowawcza pracodawcy

* dr hab.; Uniwersytet Śląski w Katowicach, Wydział Prawa i Administracji, Instytut Nauk Prawnych.
Źródła finansowania publikacji: Wyższa Szkoła Humanitas; e-mail: hszewczyk@o2.pl

Summary: On 7 September 2019, another amendment to the Labour Code entered into force, which introduced, among other things, an open catalogue of the grounds (criteria) of discrimination. De lege lata enumeration of the grounds of discrimination in the Labour Code is illustrative regardless of whether such criteria pertain to personal characteristics of an employee, an employee's life choices unrelated to their job, job performed by an employee or a legal status of an employer, etc. It means that any unequal treatment of employees not justified by objective reasons is now regarded as discrimination in employment. However, the new grounds (criteria) of discrimination should be actual, specific and socially relevant. Employees' claims in this respect should be based on a legitimate (well-balanced and objective) reason and make it objectively plausible. As a consequence, employees will be able to claim compensation under Article 18^{3d} of the Labour Code from the employer on various grounds of discrimination, and not only those referred to and specified in the Labour Code.

Keywords: employment, discrimination, grounds of discrimination, protection of employees, employer's liability for damages

UWAGI WPROWADZAJĄCE

Z dniem 7 września 2019 r. weszła w życie kolejna nowelizacja przepisów kodeksu pracy. Zmiany wprowadzone zostały ustawą z 16 maja 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw¹. Przepisy dotyczące obowiązku niedyskryminowania pracowników przez pracodawcę zostały wprowadzone do kodeksu pracy w ramach implementacji do polskiego porządku prawnego dyrektyw unijnych. Obowiązująca od 7.09.2019 r. nowelizacja art. 11³ k.p. oraz art. 18^{3a} § 1 k.p. polega na usunięciu z ich treści zwrotu „a także bez względu na”. Obecnie „każde nieuzasadnione obiektywnymi przyczynami nierówne traktowanie pracowników będzie uznawane za dyskryminację”, co wiąże się z uprawnieniem do odszkodowania z art. 18^{3d} k.p. Wobec powyższego ustawodawca wprowadza otwarty katalog przyczyn (kryteriów) dyskryminacji niezależnie od ich rodzaju.

Rozróżnia się dyskryminację pracowników bezpośrednią i pośrednią. Dyskryminacja bezpośrednia występuje wtedy, gdy pracownik jest gorzej traktowany niż inny pracownik w porównywalnej sytuacji z powodu zajścia przyczyny dyskryminacji. Do dyskryminacji może dojść zarówno w związku z zaistnieniem sytuacji faktycznej, ale dyskryminacją jest również sytuacja hipotetyczna. Oznacza to, że wprowadzenie w zakładzie pracy przepisów wewnętrznych, np. regulaminu pracy, który potencjalnie może gorzej traktować niektórych pracowników, stanowi dyskryminację pośrednią. Najczęściej w praktyce do dyskryminacji dochodzi w sposób pośredni. Dzieje się tak, wtedy gdy z powodu pozornie obiektywnej przyczyny lub działania występują albo hipotetycznie mogłyby wystąpić niekorzystne dys-

¹ Dz.U. poz. 1043.

proporcje między sytuacją prawną pracowników. Prawdziwym powodem ich zaistnienia jest natomiast jedna z przyczyn dyskryminacji sprawiająca, że pracownik (grupa pracowników) się nią charakteryzujący, będzie gorzej traktowany. Przykładowo – dyskryminacją pośrednią ze względu na niepełnosprawność jest zawarcie umowy między pracodawcą a związkami zawodowymi, która wyklucza emerytów i rencistów z grupy osób, którym należy się nagroda jubileuszowa w razie utraty pracy w wyniku restrukturyzacji zakładu².

PRZYCZYNY DYSKRYMINACJI W AKTACH PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO, UNIJNEGO ORAZ W KONSTYTUCJI RP

Akty prawa międzynarodowego stanowią o zakazie jakiejkolwiek dyskryminacji, wymieniając przykładowo zabronione przyczyny (kryteria) różnicowania. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 19.12.1966 r.³ w art. 2 ust. 1 zastrzegł, że jego sygnatariusze zobowiązują się zapewnić wszystkim osobom, które znajdują się na ich terytorium, prawa uznane w tym Pakcie, bez względu na jakiejkolwiek różnice, takie jak: „rasa, kolor skóry, płeć, język, religia, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, sytuacja majątkowa, urodzenie lub jakiejkolwiek inne okoliczności”. Podobnie w świetle art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁴ korzystanie z praw i wolności powinno być zapewnione „bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów jak: płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie lub z jakiejkolwiek innej przyczyny”. Na gruncie tej konwencji dyskryminacją jest różnicowanie nieuzasadnione przyczynami obiektywnymi i racjonalnymi, niewspółmierne i niesłużące celom praworządnych⁵. Warto zauważyć, że Protokół dodatkowy nr 12 do E.K.P.C. z 4.11. 2000 r. dopuścił skargi na wszelką dyskryminację w zatrudnieniu do E.T.P.C., jednak Polska do chwili obecnej go nie ratyfikowała. Jedynie skrajne przypadki dyskryminacji, jeśli osiągną odpowiedni poziom dolegliwości i upokorzenia, mogą być oceniane przez pryzmat art. 3 E.K.P.C. (zakaz nieludzkiego lub poniżającego traktowania)⁶. Warto również przytoczyć art. 1 ust. 1 lit. a konwencji MOP nr 111 dotyczącej dyskryminacji w zakresie zatrudnienia

² Wyrok SN z 28 lutego 2019 r., sygn. akt I PK 50/18, OSNP 2019, nr 10, poz. 120, s. 56-63.

³ Dz.U. z 1977 r. nr 38, poz. 167.

⁴ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4.11.1950 r., Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284; dalej jako: EKPC.

⁵ Zob. M. Matey-Tyrowicz, *Podstawowe prawa społeczne w dziedzinie pracy jako „mega-źródła” prawa pracy*, [w:] *Prawo pracy RP w obliczu przemian*, red. M. Matey-Tyrowicz, T. Zieliński, Warszawa 2006, s. 89; M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 1998, *passim*.

⁶ Por. B. Gronowska, *Europejska Konwencja Praw Człowieka a prawa drugiej generacji – kilka refleksji o zacieraniu granic*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, s. 7 i n.

i wykonywania zawodu⁷. Konwencja ta stanowi nie tylko o kryteriach dyskryminacji wyraźnie w niej wymienionych (art. 1 ust. 1 lit. a konwencji nr 111 MOP, ale również o innych kryteriach dodatkowo wprowadzonych przez państwa sygnatariuszy na podstawie art. 1 ust. 1 lit. b konwencji nr 111 MOP⁸.

Kryterium (przyczyna) dyskryminacji może być wskazane w przepisach prawa w sposób ogólny (globalny) bądź enumeratywny (zamknięty katalog niedozwolonych kryteriów dyskryminacji). W prawie UE kryteria różnicowania mogą być dozwolone i niedozwolone (przepis prawa zakazuje różnego traktowania ze względu na określone kryterium). Przepis art. 21 karty praw podstawowych UE⁹ stanowi o „wszelkiej dyskryminacji”, wskazując „w szczególności” na takie nienazwane w prawie UE dodatkowe kryteria dyskryminacji, jak: kolor skóry, pochodzenie społeczne, cechy genetyczne, język, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie itp.¹⁰ Nastąpiło zatem rozszerzenie przykładowego katalogu kryteriów dyskryminacyjnych (niedozwolonych kryteriów różnicowania) w jednym z ważniejszych dokumentów Unii. Możliwe i dopuszczalne jest więc konstruowanie w drodze prawodawczej i orzeczniczej niewymienionych dotychczas w przepisach prawnych UE niedozwolonych kryteriów. Zastosowanie niedozwolonego kryterium nie w każdym przypadku będzie jednak oznaczać naruszenie zakazu dyskryminacji, bowiem różne traktowanie osób ze względu na określone kryterium może być w danym przypadku usprawiedliwione ważnymi obiektywnymi powodami (przyczynami)¹¹.

Niedozwolone kryteria dyskryminacji są przykładowo wymienione w art. 11³ k.p. oraz art. 18^{3a} § 1 k. p. Niektóre jednak kryteria wskazane zostały w polskim kodeksie pracy w sposób zbyt wąski, np. kodeks wymienia „przekonania polityczne”, „przynależność związkową”, podczas gdy prawo Unii Europejskiej wymienia szersze kryterium – „przekonania”, co dotyczy wszelkich przekonań, nie tylko politycznych i związkowych¹².

Nierówne traktowanie ze względu na religię, wyznanie lub światopogląd dopuszczalne jest w sytuacjach określonych w art. 18^{3b} § 4 k.p. Przepis ten oparty jest na art. 4 ust. 2 dyrektywy 2000/78, który został wyjaśniony w wyroku z 11.09.2018 r.,

⁷ Dz.U. z 1961 r., nr 42, poz. 218.

⁸ Szerzej na ten temat: M. Wujczyk, [w:] *System prawa pracy*, tom IX: *Międzynarodowe publiczne prawo pracy. Standardy globalne*, red. K.W. Baran, Warszawa 2019, s. 407-413.

⁹ Karta praw podstawowych UE z 30.03.2010, Dz. Urz. UE C z 2010, nr 83, s. 389.

¹⁰ Por. A. Zawidzka-Łojek, *Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 47 i n.

¹¹ Zob. A. Wróbel, [w:] *Karta praw podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2013, Legalis.

¹² Por. H. Szewczyk, *Dyskryminacja w zatrudnieniu ze względu na przynależność związkową*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2013, nr 4, s.19-27; też: *Ochrona przed nierównym traktowaniem i dyskryminacją ze względu na religię oraz przekonania (światopogląd) w prawie wspólnotowym oraz w prawie polskim*, [w:] *Aktualne zagadnienia prawa pracy i polityki społecznej*, tom I, red. B.M. Cwiertniak, Sosnowiec 2012, s. 53-73.

C-68/17¹³. Do sytuacji nieobjętych szczególną regulacją zawartą w art. 18^{3b} § 4 TS UE odniósł się w dwóch wyrokach z 14.03.2017 r., wydanych w składzie Wielkiej Izby. W pierwszym wyroku¹⁴ rozważał znaczenie umieszczonego w regulaminie pracy przedsiębiorstwa sektora prywatnego całkowitego zakazu noszenia w miejscu pracy widocznych symboli politycznych, światopoglądowych lub religijnych. Trybunał Sprawiedliwości przyjął, że wynikający z tego faktu zakaz noszenia chusty islamskiej nie jest dyskryminacją bezpośrednią ze względu na religię lub przekonania w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. a dyrektywy 2000/78, ponieważ zakaz przewidziany w regulaminie pracy obejmuje wszelkie sposoby uzewnętrzniania wymienionych przekonań i jednakowo odnosi się do wszystkich pracowników. Trybunał Sprawiedliwości stwierdził ponadto, że postanowienie regulaminu pracy może stanowić przejaw dyskryminacji pośredniej w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. b tej dyrektywy, jeżeli ten pozornie neutralny zakaz w rzeczywistości stawia osoby wyznające określoną religię lub mające określone przekonania w niekorzystnej sytuacji. Nawet jednak i w tym przypadku nie zachodzi dyskryminacja pośrednia, gdy spełnione są łącznie dwa warunki: takie postanowienie jest obiektywnie uzasadnione realizowaniem przez pracodawcę polityki neutralności politycznej, światopoglądowej i religijnej w relacjach z klientami i po drugie – środki mające służyć realizacji tego celu są właściwe i konieczne. Omawiany zakaz jest konieczny dla realizacji celu pracodawcy, ponieważ ogranicza się do ścisłego minimum, czyli dotyczy tylko tych pracowników, którzy wchodzą w relacje z klientami.

W drugim wyroku¹⁵ Trybunał stwierdził, że chęć uwzględnienia przez pracodawcę życzeń klienta, aby świadczone u niego usługi nie były wykonywane przez pracownicę noszącą chustę islamską, nie może być uznana za istotny i determinujący wymóg zawodowy w rozumieniu art. 4 ust. 1 dyrektywy 2000/78. Efektem nieuznania w tym wyroku opisanego zachowania pracodawcy za niebędące „istotnym i determinującym wymogiem zawodowym” jest przyjęcie, że jego żądanie zaprzestania noszenia chusty islamskiej w kontaktach z tym klientem może oznaczać dyskryminację bezpośrednią. Jednym z koniecznych warunków uwolnienia się pracodawcy od odpowiedzialności jest wykazanie, że stawiane pracownikowi wymagania są uzasadnione rodzajem działalności zawodowej lub warunkami jej wykonywania. Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że w tym przepisie chodzi o wymóg obiektywny, a nie o chęć uwzględnienia życzeń klientów.

¹³ Zob. wyrok TSUE z 11.09.2018 r., J.R. v. J. Q, sprawa nr C-68/17, Dz. Urz. C. 2018.408.13 z glosą M. Domańskiej, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 4, s. 32-38.

¹⁴ Zob. H. Szweczyk, *Dyskryminacja ze względu na przekonania religijne: glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 14.03.2017 r., C-157/15, Samira Achbita i Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding przeciwko G4S Secure Solutions NV*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 10, s. 42-49.

¹⁵ Zob. H. Szweczyk, *Przekonania religijne pracownika jako istotny i determinujący wymóg zawodowy: glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 14.03.2017 r., C-188/15, Asma Bougnaoui i Association de defense des droits de l'homme (ADDH) przeciwko Micropole SA*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2018, nr 1, s. 29-34.

Przepis art. 32 ust. 2 Konstytucji RP nie zawiera również zamkniętego katalogu kryteriów dyskryminacyjnych. Używając zwrotu „dyskryminowanie z jakiegokolwiek przyczyny”, polski ustawodawca uznał, że istnieje zakaz dyskryminacji z jakichkolwiek powodów, do których może należeć płeć, wiek, wykształcenie, wyznanie, zawód, rasa, kolor skóry, stan majątkowy, pochodzenie społeczne, narodowość, obywatelstwo, przekonania polityczne, stan zdrowia, stan rodzinny, orientacja seksualna itp. W świetle tego przepisu żadne kryterium nie może stanowić podstawy dla zachowań niesprawiedliwych, dyskryminujących określone podmioty. O dyskryminacji należy bowiem mówić w sytuacji, gdy wprowadzane zróżnicowanie ma charakter nieuzasadniony, arbitralny i nieproporcjonalny¹⁶. Zróżnicowanie ma charakter proporcjonalny, jeśli waga interesu, któremu ma służyć zróżnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych¹⁷. Warto zauważyć, że konstytucyjny zakaz dyskryminacji skierowany jest nie tylko do władzy publicznej, ale także do innych podmiotów, czyli do osób fizycznych, osób prawnych oraz jednostek nieposiadających osobowości prawnej funkcjonujących w obrocie prawnym¹⁸.

PRZYCZYNY DYSKRYMINACJI W PRAWIE KRAJOWYM W POPRZEDNIM STANIE PRAWNYM

Dotychczas w orzecznictwie Sądu Najwyższego uznawano, że przepisy kodeksu pracy odnoszące się do dyskryminacji nie mają zastosowania w przypadkach nierównego traktowania niespowodowanego przyczyną uznaną za podstawę dyskryminacji¹⁹. Z kolei w wyroku z 5 października 2007 r.²⁰ Sąd Najwyższy uznał, iż do naruszenia zasady równego traktowania pracowników (art. 11² k.p.) i zasady niedyskryminacji w zatrudnieniu (art. 11³ k.p.) może dojść wtedy, gdy różnicowanie sytuacji pracowników wynika z zastosowania przez pracodawcę niedozwolonego kryterium, a więc w szczególności, gdy dyferencjacja praw pracowniczych nie ma oparcia w odrębnościach związanych z ciężącymi obowiązkami, sposobem ich wypełnienia czy też kwalifikacjami. Dla przykładu – wyznaczenie pracownikowi przez pracodawcę (osobę, za którą pracodawca odpowiada) szczególnie uciążliwych obowiązków ze względu na przymioty osobiste, niezwiązane z wykonywaną pracą, jest naruszeniem zasady niedyskryminacji określonej w art. 18^{3a} § 2 k.p. Szykanowanie pracownika w postaci wyznaczania mu szczególnie uciążliwych obowiązków w za-

¹⁶ J. Oniszczyk, *Wolności i prawa socjalne oraz orzecznictwo konstytucyjne*, Warszawa 2005, s. 95.

¹⁷ Zob. wyrok TK z 29.6.2001 r., K 23/00, OTK nr 5/2001, poz. 124.

¹⁸ Por. H. Szewczyk, *Równość płci w zatrudnieniu*, Warszawa 2017, s. 178 i n.

¹⁹ Wyrok SN z 18 sierpnia 2009 r., sygn. akt I PK 28/09, LEX nr OSP 2104, nr 11, poz. 107 z głosem H. Szewczyk.

²⁰ Wyrok SN z 5 października 2007 r., sygn. akt II PK 14/07, LEX nr 528155.

kresie pracy ze względu na przynależności osobiste pracownika zostało przez Sąd potraktowane jako naruszenie zasady niedyskryminacji w rozumieniu art. 18^{3a} § 2 k.p.²¹

Na wstępie należy zauważyć, iż przed nowelizacją dominowały poglądy, w świetle których dyskryminacja jest kwalifikowaną postacią nierównego traktowania, z którą mamy do czynienia tylko wtedy, gdy nierówne traktowanie spowodowane jest naruszeniem przez pracodawcę co najmniej jednego z kryteriów określonych w art. 11³ i art. 18^{3a} § 1 k.p. Przepisy te przewidywały dwie kategorie kryteriów (przyczyn) dyskryminacji pracowników: kryteria dotyczące osoby pracownika oraz dwa kryteria dotyczące rodzaju stosunku pracy. Zwrot „w szczególności” odnosił się jedynie do kryteriów związanych z osobą pracownika, ponieważ kryteria rodzaju stosunku pracy były od nich oddzielone zwrotem „a także ze względu na”. W związku z tym różnicowanie statusu prawnego pracowników na podstawie innych społecznie nieakceptowanych kryteriów (przyczyn) niż wymienione w art. 11³ i art. 18^{3a} § 1 k.p. stanowiło dyskryminację tylko wtedy, gdy dotyczyły one cech (właściwości) osobistych (społecznych) pracownika (m.in. obywatelstwa, rodzicielstwa, światopoglądu itp.).

Przyczyna, która decyduje o tym, czy dochodzi do dyskryminacji, to kryterium dyskryminacyjne²². Do niedozwolonych kryteriów dyskryminacji Sąd Najwyższy zalicza również – poza kryteriami wprost wymienionymi w art. 11³ oraz art. 18^{3a} § 1 – okoliczności, które w szczególności nie mają oparcia w odrębnościach związanych z obowiązkami pracownika, sposobem ich wykonania czy też kwalifikacjami²³ oraz przynależności osobiste pracownika, niezwiązane z wykonywaną pracą²⁴. W poprzednim stanie prawnym Sąd Najwyższy określił w sposób pozytywny kryteria (przyczyny) dyskryminacji inne niż wymienione w art. 18^{3a} § 1 k.p.²⁵ Stwierdził on, że dyskryminacją jest nieusprawiedliwione obiektywnymi powodami gorsze traktowanie pracownika ze względu na niezwiązane z wykonywaną pracą cechy lub właściwości dotyczące go osobiście i istotne ze społecznego punktu widzenia, przykładowo wymienione w art. 18^{3a} § 1 k.p., bądź ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub niepełnym wymiarze czasu pracy.

Za istnieniem zamkniętego katalogu kryteriów dyskryminacji dotyczących cech lub właściwości pracownika zawartym w kodeksie pracy w poprzednio obowiązującym stanie prawnym przemawiało kilkakrotne używanie w rozdziale II a kodeksu pracy zwrotów typu „z przyczyn określonych w art. 18^{3a} k.p.” oraz fakt, że wówczas prawo Unii Europejskiej odnoszące się do tego zagadnienia na ogół posługiwało

²¹ Wyrok SN z 4 października 2007 r., sygn. akt I PK 24/07, OCNP 2008, nr 23-24, poz. 347.

²² Szerzej na ten temat: H. Szewczyk, *Płeć jako jedno z kryteriów dyskryminacyjnych w zatrudnieniu wyznaczających zakres podmiotowy dyskryminacji*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2014, nr 10, s. 23 i n.

²³ Por. wyrok SN z 5.10.2007 r., II PK 14/07, OSNP 2008/21–22, poz. 311.

²⁴ Wyrok SN z 4.10.2007 r., I PK 24/07, OSNP 2008/23–24, poz. 347.

²⁵ Wyrok SN z 2.10.2012 r., II PK 82/12, OSNP 2013/17–18, poz. 202.

się zamkniętym katalogiem przyczyn dyskryminacji²⁶. Ostatecznie doktryna i judykatura przedstawiła szczegółowo swoje racje za przyjęciem katalogu otwartego przyczyn (kryteriów) dyskryminacji w kodeksie pracy dotyczących jednakże tylko cech lub właściwości pracownika²⁷. W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy wyraził również pogląd, w świetle którego otwarty charakter ma katalog jedynie tych kryteriów dyskryminacji, które odwołują się do właściwości (cech) osobowych (społecznych) pracownika²⁸. W ocenie Sądu Najwyższego przykładowe wyliczenie przyczyn dyskryminacji odnosi się tylko do tej kategorii kryteriów dyskryminacji. Natomiast wyliczenie pozostałych kryteriów dyskryminacji nieodnoszących się do osoby pracownika oraz jego przymiotów, a w szczególności związanych z wykonywaną pracą (dotyczących na przykład charakteru zatrudnienia jego okresu, wymiaru czasu pracy itp.) – ma zdaniem Sądu Najwyższego – charakter zamknięty.

W świetle kodeksu pracy istnieje więc możliwość zarzucenia pracodawcy zachowania dyskryminacyjnego ze względu na dwie kategorie. Pierwsza związana jest z cechami lub właściwościami osobistymi lub społecznymi pracownika, gdzie do dyskryminacji może dojść ze względu m.in. na: płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną itp. Druga ma ścisły związek z zatrudnieniem pracownika, tj. m.in. z zatrudnieniem na czas określony lub nieokreślony oraz zatrudnieniem w pełnym lub niepełnym wymiarze czasu pracy. Dotychczas przyjmowano, iż konstrukcja przepisu pozwalała na rozszerzanie pierwszej kategorii przyczyn. Oznacza to, że pracownicy mogli zarzucać pracodawcy dyskryminację również ze względu na inne właściwości osobiste lub społeczne niewystępujące w kodeksie pracy, jeśli z ich powodu traktowani byli gorzej niż pozostali pracownicy. W konsekwencji w orzecznictwie SN uznawano nowe przyczyny, z powodu których pracownik mógł być dyskryminowany przez pracodawcę. Należą do nich m.in.: obywatelstwo, światopogląd, nosicielstwo wirusa HIV, rodzicielstwo, karalność oraz wygląd (m.in. otyłość jako kryterium dyskryminacji)²⁹. Według Sądu Najwyższego³⁰ niedozwolonym kryterium różnicowania pracowników jest m.in. obywatelstwo. W innym wyroku³¹ Sąd Najwyższy uznał w szczególności za niedozwolone kryterium rodzicielstwo. Sąd Najwyższy twier-

²⁶ Zob. Z. Górą, [w:] *Zarys systemu prawa pracy*, tom I: *Część ogólna prawa pracy*, red. K.W. Baran, Warszawa 2010, s. 625.

²⁷ Zob. M.J. Zieliński, *Zasada równego traktowania a zakaz dyskryminacji w prawie pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2013, nr 8, s. 27-29.

²⁸ Zob. wyrok SN z 2 października 2012 r., II PK 82/12, LEX nr 1243029; wyrok SN z 23 stycznia 2002 r., I PKN 816/00, OSNP 2004, nr 2, poz. 32.

²⁹ Zob. wyrok TSUE z 18.12.2014 r., sprawa nr C-354/13, *Karsten Kaltof v Billund Komune*, Dz. Urz. UE C. 2015.65.7/1 z głosem J. Maliszewskiej-Nienartowicz, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015, nr 11, s. 44-50.

³⁰ Zob. wyrok SN z 7.11.2016 r., III PK 11/16, OSNP 2018, nr 2, poz. 12.

³¹ Zob. wyrok SN z 25.02.2016 r., II PK 357/14, OSNP 2017, nr 10, poz. 122.

dzi też, że różnicowanie pracowników w zakresie wyznaczania im obowiązków z powodu ich wyglądu jest sprzeczne z zasadą równego traktowania w zatrudnieniu, chociaż żaden akt prawny nie wymienia wyglądu jako kryterium (przyczyny) dyskryminacji³² lub też – zdaniem Sądu Najwyższego – odbywanie aplikacji radcowskiej może być uznane za przyczynę dyskryminacji, gdy jest ono związane z osobą pracownika, a nie z jego pracą³³. Tego rodzaju orzeczeń jest więcej³⁴.

Kategoria przyczyn dyskryminacji wskazana w kodeksie pracy dotycząca warunków zatrudnienia pracownika w związku z poprzedzeniem go słowami „a także bez względu na”, na ogół była uznawana w doktrynie, a następnie także w orzecznictwie sądowym, za katalog zamknięty. Efektem tego była niemożność ustanawiania innych przyczyn dyskryminacji związanych z zatrudnieniem i jego warunkami poza dyskryminacją ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony oraz zatrudnienie w pełnym lub niepełnym wymiarze czasu pracy.

Prawo państw członkowskich, które gorzej traktuje pracowników zatrudnionych na czas określony w niepełnym wymiarze czasu pracy, jest sprzeczne z prawem unijnym. W świetle orzecznictwa TSUE tacy pracownicy mogą być traktowani odmiennie wyłącznie wówczas, jeżeli jest to uzasadnione obiektywnymi względami, co powinno być ustalone przez sądy krajowe³⁵. Rozwiązanie takie jest korzystne dla pracowników jako zawierające wyższe standardy niż w prawie Unii Europejskiej³⁶. *De lege lata* nie można również w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE twierdzić, że egzemplifikacja kryteriów niezwiązanych z cechami osobowymi pracownika (jego przymiotami) nie ma uzasadnienia w prawie Unii Europejskiej³⁷. Pracodawca nierzadko, stosując dyskryminację, osiąga bowiem efekt dyskryminacyjny poprzez zastosowanie kryterium pozornie neutralnego, niebędącego formalnie zakazanym prawem UE kryterium dyskryminacyjnym³⁸. W związku z powyższym całkowicie uprawniony jest wniosek, w świetle którego w prawie unijnym zakazane jest również dyskryminowanie osób zatrudnionych (w tym pracowników) w różnych obszarach stosunków zatrudnienia na podstawie innych kryteriów niezakazanych wprost prawem UE, o ile prowadziłyby to do analogicznych skutków jak zastosowanie kryteriów dyskryminacji wyraźnie zakazanych prawem UE³⁹. W świetle orzecznictwa TS

³² Zob. wyrok SN z 4 października 2007 r., I PK 24/07, OSNP 2008, nr 23, poz. 347.

³³ Zob. wyrok SN z 14 stycznia 2013 r., I PK 164/12, „Gazeta Prawna” z 10 września 2013 r.

³⁴ Zob. m.in. wyrok SN z 23.05.2012 r., I PK 206/11, LEX nr 1219495; wyrok SN z 22 lutego 2007 r., I PK 242/06, OSNP 2008, nr 7-8, poz. 98.

³⁵ Wyrok TSUE 3.10.2019 r., Minoos Schuch-Ghannadan przeciwko Medizinische Universität Wien, sprawa C-274/18, ECLI:EU:C:2019:828, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-274/18&language=PL>.

³⁶ Por. H. Szewczyk, *Ochrona przed nierównym traktowaniem i dyskryminacją ze względu na pracownicze zatrudnienie w pełnym lub niepełnym wymiarze czasu pracy*, „Studia z Prawa Pracy i Polityki Społecznej” 2009, s. 503.

³⁷ Tak: I. Boruta, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowa regulacja prawna*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2004, nr 2, s. 4.

³⁸ Zob. A. Lankamer, P. Potocka-Szmoń, *Dyskryminacja w miejscu pracy*, Gdańsk 2006, s. 14.

³⁹ Zob. A. Zalański, *Zakaz dyskryminacji w sferze podatków bezpośrednich w prawie podatkowym*

UE pracodawcy w praktyce dużo częściej niż do kryteriów nazwanych odnoszą się do innych, niewymienionych enumeratywnie w prawie UE kryteriów, takich jak np. zatrudnienie w niepełnym wymiarze czasu pracy, co na ogół i tak prowadzi do dyskryminacji pośredniej. W tego typu sprawach nader często wypowiadał się TS UE, określając istotne elementy dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć⁴⁰. Przykładowo – za dyskryminację uważa się większy udział kobiet wśród osób pracujących na niepełny etat, chociaż niekiedy zatrudnienie w takim wymiarze może być preferowane przez niektóre pracownice i nie będzie stanowić dyskryminacji⁴¹.

Judykatura dostrzegała również inne przyczyny (kryteria) dyskryminacji, mające oparcie w odrębnościach związanych z obowiązkami pracownika, sposobem ich wykonywania oraz z kwalifikacjami (związane z wykonywaniem pracy) obok tych powszechnie znanych, mających oparcie w cechach (właściwościach, przymiotach) osobowych pracownika niezwiązanych z wykonywaną pracą⁴². Takie stanowisko było jednak w judykaturze odosobnione. Dla przykładu można w tym miejscu wskazać wypłacanie pracownikom przejętym w trybie art. 23¹ k.p. (w ramach przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę) niższego wynagrodzenia aniżeli „starym” pracownikom spółki wykonującym te same obowiązki. W dotychczasowym stanie prawnym sądy powszechne, a także Sąd Najwyższy, uznawały, że nie ma możliwości dyskryminowania pracowników z tej *stricto* przyczyny. Zdaniem Sądu Najwyższego takie zróżnicowanie może zaistnieć po przejściu zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę, co wcale nie uzasadnia tezy, że regulacja dotycząca zmiany pracodawcy w trybie art. 23¹ k.p. stanowi kryterium dyskryminacji z art. 11³ k.p. lub art. 18^{3a} § 1 k.p. Sąd Najwyższy wskazał, że w aspekcie roszczenia odwołującego się do dyskryminacji żądania wyrównania wynagrodzenia do średniego wynagrodzenia w grupie zawodowej nie można zasadnie łączyć tylko z samą zmianą pracodawcy w trybie art. 23¹ k.p. Jego zdaniem dyskryminacja to nierówność ze względu na szczególną (kwalifikowaną) przyczynę, co wcale nie oznacza, że nierówne traktowanie zawsze spowodowane jest dyskryminacją⁴³.

To samo dotyczy daty nawiązania stosunku pracy jako kryterium dyskryminacyjnego związanego z zatrudnieniem pracownika. W dotychczasowym stanie prawnym Sąd Najwyższy uznawał, że nawiązanie umowy o pracę w dacie, w której nie obowiązywał już układ zbiorowy pracy, przewidujący otrzymywanie przez pracowników dodatkowych świadczeń, nie będzie stanowić kryterium dyskryminacyjnego, ponieważ jest to kryterium, które nie zostało wskazane w przepisie,

Wspólnoty Europejskiej, Warszawa 2006, s.23 i n. oraz 319-320; H. Szewczyk, *Dyrektywa nr 97/81/WE dotycząca Porozumienia ramowego w sprawie pracy w niepełnym wymiarze godzin w świetle prawa wspólnotowego i polskiego*, „Studia Europejskie” 2009, nr 3, s. 107 i n.

⁴⁰ Zob. orzecznictwo TSUE przywołane w pracy: J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2012, s. 157 i n.

⁴¹ Zob. Z. Czajka, *Dyskryminacja kobiet w pracy zawodowej czy wpływ obiektywnych czynników*, „Polityka Społeczna” 2013, nr 8, s. 17.

⁴² Zob. wyrok SN z 5 października 2007 r., II PK 14/07, OSNP 2008, nr 21-22, poz. 311.

⁴³ Wyrok SN z 4 listopada 2015 r., sygn. akt II PK 36/15, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 2, s. 90.

a jest związane z zatrudnieniem⁴⁴. A zatem ci pracownicy, którzy w odróżnieniu od innych pracowników (zatrudnionych w czasie obowiązywania układu zbiorowego pracy), zostali pozbawieni m.in. wyższej odprawy emerytalnej oraz nagrody jubileuszowej, nie mogli złożyć skutecznego pozwu przeciwko pracodawcy.

PRZYCZYNY DYSKRYMINACJI W PRAWIE KRAJOWYM W AKTUALNYM STANIE PRAWNYM

Pominięcie w nowym brzmieniu art. 11³ i 18^{3a} § 1 k.p. zwrotu „a także bez względu na” oznacza, że wszystkie wymienione w tych przepisach kryteria zakazanej dyskryminacji mają jedynie przykładowy charakter. W nowym stanie prawnym traci więc aktualność orzecznictwo SN przyjmujące, że charakter przykładowy mają jedynie te kryteria, które dotyczą osoby pracownika, natomiast wyliczenie pozostałych dwóch kryteriów dotyczących rodzaju stosunku pracy jest wyczerpujące. W związku z powyższym w nowym stanie prawnym obowiązującym od 7.09.2019 r. niedozwolonymi kryteriami (przyczynami) dyskryminacji są kryteria wymienione w art. 11³, 18^{3a} § 1 k.p., w przepisach szczególnych oraz inne kryteria, które są społecznie nieakceptowane. *De lege lata* lista niedozwolonych kryteriów dyskryminacji jest otwarta. Ich stosowanie oznacza dyskryminację pracownika, chyba że pracodawca udowodni, że kierował się obiektywnymi powodami. Zróżnicowanie statusu prawnego pracowników uzasadnione obiektywnymi powodami nie jest dyskryminacją⁴⁵.

W poprzednim stanie prawnym przyczyny pozostające ściśle związane z wykonywaną pracą, poza dwiema wymienionymi w kodeksie pracy – nie stanowiły w świetle judykatury i doktryny przyczyn dyskryminacji⁴⁶. W wyniku nowelizacji kodeksu pracy z 16.05.2019 r. z art. 11³ oraz art. 18^{3a} § 1 k.p. usunięto sformułowanie „a także bez względu na”, co spowodowało, że również katalog dotyczący przyczyn dyskryminacji, której podstawą będą kwestie pracownicze związane z wykonywaną pracą, został otwarty. Natomiast użycie w art. 11³ oraz art. 18^{3a} § 1 k.p. zwrotu „w szczególności” istotnie rozszerzyło zakres pojęcia „dyskryminacji” w prawie polskim w porównaniu z prawem unijnym. W konsekwencji pracownicy będą mogli żądać odszkodowania z art. 18^{3d} k.p. z różnych przyczyn dyskryminacji, a nie tylko tych nazwanych, wskazanych w kodeksie pracy⁴⁷. Wszystkie przyczyny określone w tym przepisie będą miały *pro futuro* charakter wyłącznie przykładowy. W praktyce będzie

⁴⁴ Zob. wyrok SN z 8 marca 2016 r., sygn. akt II PK 16/15, LEX nr 2288926.

⁴⁵ Zob. wyrok SN z 28. maja 2008 r., I PK 259/07, OSNP 2009/19–20, poz. 256; wyrok SN z 3. grudnia 2009 r., II PK 148/09, LEX nr 1108511.

⁴⁶ Wyrok SN z 6 kwietnia 2017 r., sygn. akt III PK 100/16, LEX nr 2331696.

⁴⁷ Por. M. Kuba, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu pracowniczym*, Warszawa 2017, s. 203–212; M. Szablowska-Juckiewicz, *Odpowiedzialność odszkodowawcza podmiotu zatrudniającego za naruszenie zasady równego traktowania*, Warszawa 2019, s. 131 i n.; G. Jędrejek, *Dochodzenie roszczeń związanych z mobbingiem, dyskryminacją i molestowaniem*, Warszawa 2017, s. 129 i n.

to oznaczało, że wiele niewymienionych w kodeksie pracy kryteriów dyskryminacji, na podstawie których dotychczas pracownicy bezskutecznie wnosili roszczenia do sądów pracy, teraz może zostać uznanych za przyczyny dyskryminacji w rozumieniu art. 18^{3a} § 1 k.p. Warto zatem zauważyć, że wśród kryteriów (przyczyn) dyskryminacji wymienionych w kodeksie pracy (w innych aktach prawnych) występują oprócz kryteriów dotyczących cech (właściwości, przymiotów) osobowych pracownika oraz jego osobistych wyborów, również inne kryteria związane z różnicami w wykonywaniu pracy, takie jak: zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy. Te ostatnie mogą być również przyczyną dyskryminacji (choć na ogół rzadziej niż te pierwsze) i w związku z tym również stanowią w praktyce kryteria dyskryminacji. Dwa ostatnie kryteria zostały przykładowo wyliczone w polskim kodeksie. Wśród przyczyn dyskryminacji, które mogą zostać podniesione przez pracowników po wejściu w życie nowelizacji z dnia 16.05.2019 r., są m.in. dyskryminacja ze względu na zajmowane stanowisko pracy, dyskryminacja z uwagi na zbyt wysokie kwalifikacje zawodowe czy dyskryminacja ze względu na pozostawanie w okresie wypowiedzenia⁴⁸.

De lege lata mogą one stanowić kryteria dyskryminacji nieakceptowane społecznie. Otwarty katalog przyczyn dyskryminacji pozwala więc na jego uzupełnienie. W szczególności nierówne traktowanie pracownika z powodu skorzystania przez niego z urlopu wychowawczego, polegające na nieuzasadnionym ustaleniu po powrocie z tego urlopu niższego wynagrodzenia zasadniczego w porównaniu do pracowników zatrudnionych na takich samych stanowiskach, może stanowić dyskryminację. Zgodnie z treścią art. 186⁴ k.p. pracownikowi po powrocie z urlopu wychowawczego przysługuje wynagrodzenie nie niższe od wynagrodzenia przysługującego mu w dniu podjęcia pracy na stanowisku zajmowanym przed urlopem. Jeżeli w trakcie korzystania przez pracownika z urlopu doszło do zmian warunków pracy i płacy dotyczących jego stanowiska, to zmiany te obejmują także jego wynagrodzenie, ponieważ podstawą określenia wysokości wynagrodzenia nie jest wynagrodzenie pobierane przez pracownika przed urlopami związanymi z macierzyństwem lub rodzicielstwem, lecz wynagrodzenie przysługujące aktualnie na stanowisku, z którego pracownik odszedł na urlop. W przeciwnym razie dochodzi do nierównego traktowania w zatrudnieniu w związku z korzystaniem z urlopów macierzyńskich lub wychowawczych wskutek niezgodnego z prawem ustalenia po powrocie do pracy niższego wynagrodzenia zasadniczego w porównaniu do pracowników zatrudnionych na takich samych stanowiskach, co stanowi też m.in. dyskryminację ze względu na rodzicielstwo⁴⁹ (art. 18^{3a} § 1 w zw. z art. 18^{3b} § 1 pkt 2 k.p.). Dlatego wszelkie regulacje płacowe, które dopuszczają możliwość

⁴⁸ Zob. H. Szewczyk, *Obowiązek równego traktowania i niedyskryminacji pracowników*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 11, s. 487 i n.

⁴⁹ Wyrok SN z 25 lutego 2016 r., sygn. akt II PK 357/14, OSNP 2017, nr 10, poz. 122.

różnicowania wynagrodzeń pracowników zatrudnionych na takim samym stanowisku i z takim samym zakresem obowiązków, po powrocie do pracy po okresie macierzyństwa nie zasługują na ochronę.

Wiek i staż pracy nie są tożsamymi (jednakimi) pojęciami i dlatego nie powinny być ujmowane jako synonimy. Należy rozróżnić pojęcie „wieku” od pojęcia „stażu pracy”. Z reguły staż pracy jest zależny od wieku. Jednak, o ile ustawa wprost wskazuje na wiek jako przyczynę dyskryminacji (art. 18^{3a} § 1 k.p.), to jednocześnie stanowi, że kryterium stażu pracy może być stosowane przy ustalaniu warunków zatrudnienia oraz zasad wynagradzania i awansowania, czyli staż pracy uznaje za kryterium uzasadniające odmienne traktowanie pracowników nawet w różnym wieku (art. 18^{3b} § 2 pkt 4 k.p.). Stosowanie przez pracodawcę obiektywnego kryterium różnicowania w postaci stażu pracy nie może być uznane za przejaw dyskryminacji. Dotyczy to nie tylko ogólnego stażu pracy, ale i zakładowego stażu pracy.

W świetle judykatury staż pracy może stanowić usprawiedliwioną przyczynę różnicowania stawek wynagrodzenia zasadniczego pracowników zatrudnionych na takich samych stanowiskach, gdy pracodawca nie przewiduje dodatku stażowego, a doświadczenie zawodowe przekłada się na jakość świadczonej przez pracownika pracy (art. 78 § 1 w związku z art. 112 k.p.)⁵⁰. Sąd Najwyższy wykluczył więc z przyczyn dyskryminacyjnych staż pracy i uznał, że jest to przyczyna, dla której wynagrodzenia pracowników – również inne warunki ich pracy – mogą być odmiennie uregulowane. Zdaniem tego Sądu doświadczenie zawodowe, które najczęściej łączy się ze stażem pracy, także jest podstawą do różnicowania wysokości wynagrodzenia, albowiem może wpływać na jakość i ilość wykonywanej pracy. Jednak kryterium doświadczenia zawodowego jako podstawa dla różnego traktowania pracowników może być uzasadnione tylko w konkretnych okolicznościach⁵¹. Są bowiem prace, przy których długość doświadczenia zawodowego pozostaje bez wpływu na efektywność pracy. Jednak przy pracach wymagających specjalnej wiedzy lub szczególnych umiejętności doświadczenie zawodowe i staż pracy będą miały duże znaczenie dla wydajności pracownika i jakości jego pracy. Jednakże zakres różnicowania wynagrodzeń pracowników ze względu na staż pracy nie może być dowolny. W sytuacji, w której pracownik otrzymuje oprócz wynagrodzenia zasadniczego dodatek stażowy, pracodawca nie powinien różnicować jego wynagrodzenia zasadniczego ze względu na staż pracy. Intencją wprowadzenia dodatków za staż pracy jest bowiem docenienie pracowników, którzy pracują u danego pracodawcy (czy w danej branży) dłużej, tym samym otrzymują oni wyższe wynagrodzenie niż osoby, które mają krótszy staż pracy.

De lege lata wymienione w kodeksie pracy przyczyny dyskryminacji mają zatem charakter przykładowy niezależnie od tego, jakiego są rodzaju, biorąc pod

⁵⁰ Wyrok SN z 7 lutego 2018 r., sygn. akt II PK 22/17, OSNP 2019, nr 1, poz. 1.

⁵¹ Por. P. Walorska, *Staż pracy*, Warszawa 2014, s. 214 i n.

uwagę zwrot „w szczególności” wymieniony zarówno w art. 11³ k.p., jak i w art. 18^{3a} k.p. oraz usunięcie z treści m.in. art. 18^{3a} k.p. zwrotu: „a także bez względu na”. Przepis art. 11³ k.p. zawierający podstawową zasadę prawa pracy wyraźnie stanowi o „jakiegokolwiek dyskryminacji w zatrudnieniu”, wymieniając następnie przykładowe kryteria dyskryminacji⁵². Przemawia za tym użycie zwrotu „a więc zakazana jest wszelka dyskryminacja”, czyli również nieuzasadnione różnicowanie z innych przyczyn (powodów) niż wymienione *expressis verbis* w kodeksie pracy⁵³.

Warto zauważyć, że w postępowaniach sądowych, których przedmiotem jest ustalenie, czy doszło do dyskryminacji pracownika, mamy do czynienia z zasadą odwróconego ciężaru dowodu. Oznacza to, że na pracowniku jako powodzie nie ciąży obowiązek udowodnienia swojego roszczenia, jak ma to miejsce w przypadku innych postępowań uregulowanych w kodeksie postępowania cywilnego. Przepis art. 18^{3b} § 1 k. p. odmiennie reguluje rozkład ciężaru dowodu przewidziany w art. 6 k.c. w zw. z art. 300 k.p., zwalniając pracownika z konieczności udowodnienia, że jest dyskryminowany. Ciężar dowodu określony w tym przepisie polega na obowiązku przedstawienia przez pracownika faktów, z których można domniemywać istnienie dyskryminacji, z kolei dla uwolnienia się od odpowiedzialności pracodawca musi udowodnić, że nie dyskryminował pracownika. Wystarczy więc, że pracownik jedynie uprawdopodobni zajście dyskryminacji. W świetle judykatury⁵⁴ pracownik dochodzący odszkodowania z tytułu naruszenia zasady równego traktowania musi najpierw wykazać, że był w zatrudnieniu dyskryminowany, a dopiero następnie pracodawcę obciąża przeprowadzenie dowodu potwierdzającego, że przy różnicowaniu pracowników kierował się obiektywnymi powodami. Pracownik powinien wskazać fakty uprawdopodobniające zarzut nierównego traktowania w zatrudnieniu, a wówczas na pracodawcę przechodzi ciężar dowodu, że kierował się obiektywnymi powodami. Roszczenia pracowników w tym zakresie powinny opierać się na uzasadnionej (wyważonej i obiektywnej) przyczynie i obiektywnie ją uprawdopodobniać.

Tymczasem wejście w życie nowych przepisów wprowadziło kolejne utrudnienie dla pracodawców, jakim będzie ustalenie, czy w danych okolicznościach dochodzi do dyskryminacji. Ze względu na nieograniczony charakter przyczyn dyskryminacji, wprowadzony dzięki nowelizacji kodeksu pracy, pojawia się bowiem nowe przyczyny. Każdorazowo – pod kątem tego, czy stanowią one faktycznie niedozwolone kryterium dyskryminacji – będzie musiał je zbadać sąd pracy. Sąd Najwyższy, analizując niewskazane w kodeksie pracy przyczyny dyskryminacji dotyczące nie tylko cech i właściwości pracownika, ale i dotyczące wykonywanej pracy, powinien również jednak ustalić, czy są one nieakceptowane społeczne.

⁵² Zob. W. Sanetra, [w:] J. Iwulski, W. Sanetra, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 106 i n.

⁵³ Zob. K. Walczak, [w:] *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. K.W. Baran, Warszawa 2013, s. 73.

⁵⁴ Zob. postanowienie z 24.05.2005 r., II PK 33/05, LEX nr 184961; wyrok SN z 9.06.2006 r., III PK 30/06, OSNP 2007/11–12, poz. 160.

UWAGI KOŃCOWE

Obecnie wyliczenie kryteriów niedopuszczalnej dyskryminacji w polskim kodeksie pracy ma charakter przykładowy, a nie enumeratywny⁵⁵, co istotnie poszerza ochronę osób zatrudnionych przed dyskryminacją. Polski ustawodawca przyjął *de lege lata* wyższe standardy ochrony od wytyczonych w prawie Unii Europejskiej, wprowadzając tzw. „otwarty katalog” kryteriów dyskryminacyjnych w kodeksie pracy. Za tezę tą przemawia fakt, że dodatkowe, istotne kryteria dyskryminacji, niewymienione w kodeksie pracy, wynikają z innych aktów normatywnych wysokich rangą, powszechnie obowiązujących w Polsce, m.in. z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 roku, czy też z Konstytucji RP.

De lege lata wyliczenie przyczyn dyskryminacji w kodeksie pracy ma przykładowy charakter niezależnie od tego, czy kryteria te odnoszą się do cech osobowych i społecznych pracownika lub jego wyborów życiowych niemających związku z wykonywaną pracą, czy też dotyczą one wykonywanej przez niego pracy, statusu prawnego samego pracodawcy itd. Oczywiście najczęściej dyskryminacja bezpośrednia będzie zachodzić ze względu na przyczyny dotyczące cech i właściwości samej osoby pracownika czy też jego wyborów życiowych niemających związku z wykonywaną pracą. Do tego rodzaju kryteriów pozakodeksowych (nienazwanych), mających znaczenie w praktyce, można zaliczyć m.in.: obywatelstwo, stan cywilny, niekaralność, wyrok skazujący za przestępstwo, miejsce urodzenia, stan rodzinny, rodzicielstwo, stan majątkowy lub finansowy, cechy genetyczne, stan zdrowia, stan zdrowia psychicznego, związek pracownika z inną osobą zatrudnioną u tego samego pracodawcy, wygląd (na przykład typ urody, wzrost, kolor włosów, otyłość), pochodzenie społeczne, działalność społeczną itp.

Kryteriami (przyczynami) dyskryminacji mogą być także inne nienazwane kryteria rozróżnienia (dyferencjacji) statusu prawnego pracowników, jeśli zostały one zastosowane w sposób niedozwolony (nieuprawniony), a zwłaszcza związane z wykonywaną pracą oraz ze statusem zakładu pracy, takie jak: rodzaj pracy (zajmowane stanowisko pracy), kwalifikacje zawodowe (zbyt wysokie kwalifikacje zawodowe), ilość i jakość świadczonej pracy, nakład pracy, warunki wykonywania pracy, pozostawanie w okresie wypowiedzenia itp. Jednakże nowe przyczyny (kryteria) dyskryminacji należy wyróżniać szczególnie ostrożnie, ponieważ konieczne jest, aby były one rzeczywiste i konkretne oraz istotne ze społecznego punktu widzenia. Dlatego niezmiernie ważne jest szczególnie staranne i rzeczowe uzasadnienie ich wyodrębnienia przez doktrynę i judykaturę.

⁵⁵ Zob. B. Murak, *Problem dyskryminacji płacowej przy pracach interwencyjnych i robotach publicznych*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2011, nr 3, s. 30; E. Maniewska, [w:] E. Maniewska, K. Jaśkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, tom I, red. K. Jaśkowski, Warszawa 2012, s.100.

Bibliografia

- Boruta I., *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowa regulacja prawna*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2004, nr 2.
- Czajka Z., *Dyskryminacja kobiet w pracy zawodowej czy wpływ obiektywnych czynników*, „Polityka Społeczna” 2013, nr 8.
- Góral Z., [w:] *Zarys systemu prawa pracy*, tom I: *Część ogólna prawa pracy*, red. K.W. Baran, Warszawa 2010.
- Gronowska B., *Europejska Konwencja Praw Człowieka a prawa drugiej generacji – kilka refleksji o zacieraniu granic*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013.
- Jędrejek G., *Dochodzenie roszczeń związanych z mobbingiem, dyskryminacją i molestowaniem*, Warszawa 2017.
- Kuba M., *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu pracowniczym*, Warszawa 2017.
- Lankamer A., Potocka-Szmon P., *Dyskryminacja w miejscu pracy*, Gdańsk 2006.
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2012.
- Maniewska E., [w:] E. Maniewska, K. Jaśkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, tom I, red. K. Jaśkowski, Warszawa 2012.
- Matey-Tyrowicz M., *Podstawowe prawa społeczne w dziedzinie pracy jako „mega-źródła” prawa pracy*, [w:] *Prawo pracy RP w obliczu przemian*, red. M. Matey-Tyrowicz, T. Zieliński, Warszawa 2006.
- Murak B., *Problem dyskryminacji płacowej przy pracach interwencyjnych i robotach publicznych*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2011, nr 3.
- Nowicki M.A., *Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 1998.
- Oniszczyk J., *Wolności i prawa socjalne oraz orzecznictwo konstytucyjne*, Warszawa 2005.
- Szabłowska-Juckiewicz M., *Odpowiedzialność odszkodowawcza podmiotu zatrudniającego za naruszenie zasady równego traktowania*, Warszawa 2019.
- Sanetra W., [w:] J. Iwulski, W. Sanetra, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Szewczyk H., *Dyrektywa nr 97/81/WE dotycząca Porozumienia ramowego w sprawie pracy w niepełnym wymiarze godzin w świetle prawa wspólnotowego i polskiego*, „Studia Europejskie” 2009, nr 3.
- Szewczyk H., *Dyskryminacja w zatrudnieniu ze względu na przynależność związkową*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2013, nr 4.
- Szewczyk H., *Obowiązek równego traktowania i niedyskryminacji pracowników*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 11.
- Szewczyk H., *Ochrona przed nierównym traktowaniem i dyskryminacją ze względu na pracownicze zatrudnienie w pełnym lub niepełnym wymiarze czasu pracy*, „Studia z Prawa Pracy i Polityki Społecznej” 2009.

Szewczyk H., *Ochrona przed nierównym traktowaniem i dyskryminacją ze względu na religię oraz przekonania (światopogląd) w prawie wspólnotowym oraz w prawie polskim*, [w:] *Aktualne zagadnienia prawa pracy i polityki społecznej*, tom I, red. B.M. Ćwiertniak, Sosnowiec 2012.

Szewczyk H., *Płeć jako jedno z kryteriów dyskryminacyjnych w zatrudnieniu wyznaczających zakres podmiotowy dyskryminacji*, PiZS 2014, nr 10.

Szewczyk H., *Równość płci w zatrudnieniu*, Warszawa 2017.

Walczak K., [w:] *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. K.W. Baran, Warszawa 2013.

Walorska P., *Staż pracy*, Warszawa 2014.

Wróbel A., [w:] *Karta praw podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2013.

Wujczyk M., [w:] *System Prawa Pracy*, tom IX: *Międzynarodowe publiczne prawo pracy. Standardy globalne*, red. K.W. Baran, Warszawa 2019.

Zalasieński A., *Zakaz dyskryminacji w sferze podatków bezpośrednich w prawie podatkowym Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2006.

Zawidzka-Łojek A., *Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2013.

Zieliński M.J., *Zasada równego traktowania a zakaz dyskryminacji w prawie pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2013, nr 8.