

JOLANTA PACIAN
ANNA PACIAN
ANNA DANILUK-JARMONIUK

DYSKRYMINACJA BEZPOŚREDNIA I POŚREDNIA JAKO PROBLEM PRAWNY I SPOŁECZNY

Słowo „dyskryminacja” pochodzi z języka łacińskiego, w którym *discriminatio* oznacza, rozróżnienie, rozdzielenie. Według J. Tischnera¹ dyskryminację należy traktować jako zaburzenie „wertykalnej” relacji między pracownikiem a pracodawcą. Nie musi jednak chodzić o konkretnego pracodawcę, ale o cały kontekst regulujący stosunki pomiędzy tymi dwoma grupami, tj. indywidualne i zbiorowe umowy o pracę oraz normy prawne, które stanowią ich podstawy. Dyskryminacja może być również zaburzeniem obydwu relacji „horyzontalnych” w obszarze pracy, tj. współpracy i relacji z klientem czy konsumentem. Do form dyskryminacji w sferze zatrudnienia należą: po pierwsze – dyskryminacja zatrudnieniowa, która występuje wówczas, gdy wszystkie cechy kwalifikacyjno-zawodowe są porównywalne, a dyskryminowani mają nierówny udział w bezrobociu; po drugie – dyskryminacja kwalifikacyjna i zawodowa, która polega na istnieniu arbitralnego ograniczenia w dostępie do pewnych zawodów; po trzecie – dyskryminacja typu *human capital*, występująca wówczas, gdy pewni ludzie mają ograniczony dostęp do

Dr JOLANTA PACIAN – adiunkt Katedry Zdrowia Publicznego Uniwersytetu Medycznego w Lublinie; adres do korespondencji: ul. Chodźki 1, 20-093 Lublin; e-mail: apacian@gmail.com

Dr ANNA PACIAN – adiunkt Katedry Zdrowia Publicznego Uniwersytetu Medycznego w Lublinie; adres do korespondencji: ul. Chodźki 1, 20-093 Lublin.

Mgr ANNA DANILUK-JARMONIUK – Zakład Prawa Pracy UMCS, Plac Marii Curie-Skłodowskiej 5, 20-031 Lublin.

¹ Zob. *Etyka solidarności*, Kraków: Wyd. Znak 1981, s. 24-25.

czynników zwiększających wydajność pracy, takich jak nauka, szkolenia zawodowe czy praktyka zawodowa. Po czwarte – samodyskryminacja, która polega na tym, że kobiety, zamiast organizować się, wzajemnie popierać i pomagać sobie, zwalczają się i dyskryminują².

1. REGULACJE PRAWNE DOTYCZĄCE Dyskryminacji

Celem artykułu jest omówienie regulacji prawnych traktujących o dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej oraz przedstawienie dyskryminacji jako problemu społecznego.

Dyrektywa Rady Unii Europejskiej o równości zatrudnienia nr 2000/78/EC z 27.11.2000 r. w sprawie zatrudnienia i wykonywania zawodu zakazuje dyskryminacji. Również art. 13 Traktatu Amsterdamskiego oraz art. 22 Karty Praw Podstawowych Unii wprowadzają zakaz jakiegokolwiek dyskryminacji. Ponadto art. 32 Konstytucji³ stanowi, że „nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny”. Przepis ten stanowi gwarancję, że wszyscy powinni być traktowani w równy sposób. Nie jest to jednak prawo, ale zapewnienie, że żadna przyczyna nie może stanowić usprawiedliwionej podstawy dla dyskryminacji. Doprecyzowanie tej gwarancji⁴ stanowią przepisy Kodeksu pracy⁵, a zwłaszcza art. 11 [3] K.p., zgodnie z którym „jakakolwiek dyskryminacja w zatrudnieniu, bezpośrednia lub pośrednia, w szczególności ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub niepełnym wymiarze czasu pracy – jest niedopuszczalna”. Z dniem 1 stycznia 2011 r. weszła w życie również ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania⁶. Niestety w zakresie zatrudnienia i pracy ustawa równościowa podnosi

² Por. *Dyskusja – przebieg i podsumowanie*, opr. D. Drabińska, „Kobieta i Biznes” 1994, nr 2-3, s. 63-65.

³ Dz. U. z 1997, nr 78, poz. 483 z późn. zm.

⁴ J. K r ó l, *Nowelizacja Kodeksu pracy dotycząca równego traktowania w zatrudnieniu na tle regulacji wspólnotowych*, „Radca Prawny” 2004, nr 4, s. 94.

⁵ Dz. U. z 1974, nr 24, poz. 141 z późn. zm.

⁶ Dz. U. z 2010, nr 254, poz. 1700.

jedynie poziom ochrony pracowników do minimalnych standardów wyznaczonych przez legislację Unii Europejskiej.

2. DYSKRYMINACJA BEZPOŚREDNIA

O dyskryminacji bezpośredniej stanowi art. 18 [3a] § 3 Kodeksu pracy. Dyskryminowanie bezpośrednie ma miejsce wtedy, gdy pracownik z jednej lub z kilku przyczyn, takich jak m.in. wiek, płeć, niepełnosprawność, przekonania polityczne, był, jest lub mógłby być traktowany mniej korzystnie niż inni pracownicy. Chodzi o takie sytuacje, w których pracownik, ze względu na powyższe przesłanki, mógłby być poniżany, upokarzany lub nieakceptowany. Trudno zrozumieć sytuację, w której wiek czy niepełnosprawność mogą stanowić o dyskryminacji pracownika, ale niestety z przykrością trzeba stwierdzić, że zdarzają się one bardzo często. W deklaracjach międzynarodowych zapisano prawo człowieka do godnej pracy jako zasadę naturalną i zasadę moralną życia społecznego. A. Dylus⁷ podkreśla, że „godność człowieka jest fundamentem wartości europejskich. Godność ludzka jest nienaruszalna. Musi być szanowana i chroniona”. Jan Paweł II pisał, że „źródłem godności pracy ludzkiej należy szukać przede wszystkim w jej wymiarze podmiotowym. Znaczy to, że pierwszą podstawą wartości pracy jest sam człowiek – jej podmiot. Wiąże się z tym od razu bardzo ważny wniosek natury etycznej: o ile prawdą jest, że człowiek jest przeznaczony i powołany do pracy, to jednak nade wszystko «praca jest dla człowieka», a nie człowiek «dla pracy»”⁸. To z istoty samej godności człowieka powinny więc wynikać godne warunki pracy – jako standard postępowania każdego pracodawcy. W polskiej definicji przesłanki: naruszenia godności i „poniżenie lub upokorzenie pracownika” (zamiast unijnej „stworzenie zastraszającego, wrogiego, poniżającego, upokarzającego lub obraźliwego środowiska”) ujmuje się jako przesłanki alternatywne, a nie – tak jak to ma miejsce w definicji unijnej – jako pozostające w koniunkcji. Zatem z jednej strony trafne jest rozwiązanie przyjęte na gruncie obowiązujących regulacji prawnych, że wystarczy, aby wystąpiła jedna z tych przesłanek uzasadniających dyskryminację. Z drugiej jednak strony takie unormowanie może prowadzić do nad-

⁷ *Wspólnota wartości czy interesów? Aksjologiczne podziały integracji europejskiej*, Opole: Wydawnictwo Wydziału Teologicznego Uniwersytetu Opolskiego 2004, s. 23.

⁸ *Encyklika „Laborem exercens”*, 1981.

użyć i wykorzystywania sytuacji jako dyskryminujących. Zwłaszcza że nie jest jednak łatwo rozpoznać, czy warunki pracy indywidualnego człowieka lub grupy zawodowej są sprawiedliwe. W celu uznania ich za wyraz dyskryminacji trzeba je przeanalizować indywidualnie i ocenić. Dopiero dokonanie takiej oceny może umożliwić postawienie tezy, czy dane warunki pracy człowieka stanowią przykład dyskryminacji, czy też nie. Odniesienie warunków pracy do kryterium sprawiedliwości pozwoli na ich rzetelną ocenę oraz analizę pod kątem adekwatności do świadczonej pracy.

Dyskryminacja bezpośrednia dotyczy indywidualnej relacji między pracownikiem a pracodawcą lub między osobą zamierzającą nawiązać stosunek pracy a potencjalnym pracodawcą. Zachodzi ona wówczas, gdy pracodawca w sposób niekorzystny dla pracownika w porównaniu z innymi pracownikami różnicuje jego sytuację z przyczyny określonej w art. 18^{3a} § 1 k.p.⁹ Dyskryminacją jest różnicowanie sytuacji pracowników na podstawie niedozwolonego kryterium. Niedozwolone kryteria są przykładowo wymienione w art. 11³ oraz art. 18^{3a} § 1; należą do nich m.in. wiek, płeć czy niepełnosprawność. Użycie w tych dwóch przepisach zwrotu „w szczególności” znacznie rozszerzyło pojęcie dyskryminacji w prawie polskim w porównaniu z prawem unijnym, w którym wyliczenie niedozwolonych kryteriów ma charakter wyczerpujący. Do tych niedozwolonych kryteriów różnicowania sytuacji pracowników Sąd Najwyższy zalicza więc – 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 wykonywania czy też kwalifikacjami¹⁰, oraz przymioty osobiste pracownika, niezwiązane z wykonywaną pracą. Tak więc otwarty katalog przesłanek uzasadniających dyskryminację daje możliwość ich poszerzenia, co należy uznać za pozytywne rozwiązanie, z uwagi chociażby na fakt, iż dyskryminacja jest częstym zjawiskiem.

Aby ustalić, czy w danym przypadku mamy do czynienia z dyskryminacją bezpośrednią, należy stworzyć model porównawczy poprzez porównanie sytuacji osoby, która uważa się za dyskryminowaną, z innymi pracownikami, których sytuacja jest podobna. Dopiero takie porównanie pozwoli na wyciąg-

⁹ M. T o m a s z e w s k a, *Komentarz do Kodeksu pracy*, Warszawa: Wyd. Wolters Kluwer 2012, s. 40.

¹⁰ Por. wyrok SN z dnia 5 października 2007 r., II PK 14/07, OSNP 2008, nr 21-22, poz. 311; wyrok SN z dnia 4 października 2007 r., I PK 24/07, OSNP 2008, nr 23-24, poz. 347).

nięcie wniosków, czy w danym przypadku możemy mówić o dyskryminacji bezpośredniej. Poprzez odniesienie do innej grupy, można wyciągnąć wniosek, czy rzeczywiście sytuacja, w której się znajdujemy, może być kwalifikowana jako działanie dyskryminujące. Na zasadzie analogii łatwo zauważyć, czy osoby na identycznym stanowisku są traktowane w taki sam sposób jak my i czy ani nasz wiek, ani nasza niepełnosprawność nie są przesłanką uzasadniającą niższe wynagrodzenie. Zastrzeżenie budzi odniesienie zakresu przedmiotowego dyskryminacji jedynie do nierównego traktowania. Za dyskryminujące należałoby bowiem uznać również zachowania zastraszające czy upokarzające, a niekoniecznie tylko dotyczące innego niż obowiązujące traktowania. Co więcej, zabrakło odniesienia do określenia na przyszłość skutków zachowań dyskryminujących. Oznacza to, że nie każde nierówne traktowanie w chwili obecnej może skutkować uznaniem go za dyskryminację w przyszłości bądź może nie wywołać konsekwencji zachowań dyskryminujących. Wprawdzie polski ustawodawca wprowadził nowe pojęcie – „dyskryminacja bezpośrednia”, niemniej pominął ten człon unijnej definicji, z którego wynika, że dyskryminacja występuje w przypadku, gdy osobę traktuje się mniej przychylnie niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inną osobę w porównywalnej sytuacji z powodu płci, rasy itd.¹¹

Z uwagi na bardzo wąski zakres definicji dyskryminacji należy stwierdzić, że inne zachowania dyskryminujące, ale nie mające bezpośredniego związku z nierównym traktowaniem, nie będą pod nią podlegały. Takie rozwiązanie może skutkować respektowaniem rażących działań albo zaniechań ze strony pracodawcy, mających na celu faworyzowanie tylko niektórych pracowników. Zatem wszyscy pracownicy, pomimo że będą traktowani pozornie w jednaki sposób, to jednak pracodawca będzie mógł swobodnie według własnego uznania doceniać przychylnie tylko niektórych. To może prowadzić do zwiększenia swobodnej oceny pracodawcy chociażby w odniesieniu do premiowania czy nagradzania w inny sposób pracowników.

Jednak w naszym ustawodawstwie zakaz dyskryminacji nie dotyczy traktowania mniej przychylnie, niż się traktuje, traktowano lub traktowałoby inną osobę w porównywalnej sytuacji¹². Na gruncie obowiązujących regulacji prawnych ustawodawca pominął więc aspekt odniesienia zachowania dyskry-

¹¹ I. B o r u t a, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowa regulacja prawna*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2004, nr 2, s. 2.

¹² I. K o t o w s k a, M. P o d o g r o d z k a, *Dyskryminacja kobiet na rynku pracy*, „Kobieta i Biznes” 1994, nr 2-3, s. 12.

minującego do innego pracownika w porównywalnej sytuacji. Dokonując oceny dyskryminacji, błędnie nie bierze się pod uwagę sytuacji porównywalnej innego pracownika. Ocena natomiast jest przeprowadzana jedynie w odniesieniu do konkretnego pracownika, w stosunku do którego istnieje podejrzenie, że był dyskryminowany. Brakuje odwołania do przepisów wspólnotowych, których implementacja do prawa krajowego jest wadliwa. To w praktyce może prowadzić do powstawania wielu niedorzeczności i nadużyć, bowiem już pracownik, który w wyniku dyskryminacji nie został zwolniony z pracy, a był dyskryminowany przez pracodawcę, na gruncie obowiązujących regulacji prawnych może dochodzić swoich roszczeń. Ponieważ nie należy czynić odniesienia do porównania przypadku takiej osoby z sytuacją podobną, czyli takiego pracownika, który również z tych samych przyczyn był dyskryminowany przez swojego pracodawcę, któremu następnie udowodniono dyskryminację. Dzięki takiemu porównaniu można by dopiero stwierdzić, czy rzeczywiście doszło do dyskryminacji, a osoba dyskryminowana dopiero wówczas mogłaby dochodzić swoich praw. Zatem na gruncie obowiązujących regulacji prawnych nie jest istotne, czy działania dyskryminujące faktycznie wystąpiły, bowiem wystarczy już samo uprawdopodobnienie ich wystąpienia. Nie jest więc istotne czy okolicznością udowodnioną jest to, że pracownik był dyskryminowany, ale czy wystąpiło podejrzenie jego dyskryminacji. Natomiast na podstawie prawa wspólnotowego z takim roszczeniem może wystąpić pracownik dyskryminowany, zwolniony z pracy¹³.

Ponadto w definicji dyskryminacji bezpośredniej wskazane jest, że różne podstawy dyskryminacji mogą wystąpić równocześnie. Zatem nie można mnożyć roszczeń w procesie o dyskryminację. Takie rozwiązanie może spowodować, że mniej zasadna podstawa dochodzenia dyskryminacji będzie mieć pierwszeństwo przed bardziej zasadną. Czyli w praktyce poszkodowany pracownik będzie mógł otrzymać zadośćuczynienie za mniejszą krzywdę, niż faktycznie mu została wyrządzona w wyniku dyskryminacji, jeżeli sąd uzna za wiarygodną przesłankę mniej zasadną. Co więcej, taki pracownik może otrzymać również mniejszą kwotę wypłaconą tytułem zadośćuczynienia, bowiem sąd może dać wiarę faktom, że pracownik ów doznał mniejszego uszczerbku. To z kolei może skutkować niemożliwością dochodzenia roszczeń ze wszystkich podstaw łącznie. Zatem pracownik, który był dyskryminowany ze względu na niepełnosprawność i płeć, może dochodzić swoich roszczeń

¹³ A. L a n k a m e r, P. P o t o c k a - S z m o Ń, *Dyskryminacja w miejscu pracy*, Gdańsk: Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr Sp. z o.o. 2006, s. 45.

tylko z jednej podstawy. Takie rozwiązanie jest więc szczególnie krzywdzące dla osoby dyskryminowanej.

3. DYSKRYMINACJA POŚREDNIA

Zgodnie z art. 18 [3a] § 4 Kodeksu pracy, dyskryminacja pośrednia występuje wówczas, gdy na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogły wystąpić niekorzystne dysproporcje albo szczególnie niekorzystna sytuacja w zakresie nawiązania lub rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych wobec wszystkich lub znacznej liczby pracowników należących do grupy wyróżnionej, ze względu na jedną lub kilka przyczyn, określonych w § 1, chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne. Dyskryminacja pośrednia ma charakter pośredni¹⁴, dlatego że nie jest skutkiem zachowania pracodawcy w odniesieniu do indywidualnego pracownika, ale wobec całej grupy pracowników, wyodrębnionej za pomocą niedozwolonej przyczyny określonej w art. 18^{3a} § 1. Przy czym to wyodrębnienie jest skutkiem pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania, a skutkiem, który wystąpił lub może wystąpić, są niekorzystne dysproporcje albo szczególnie niekorzystna sytuacja w zakresie wymienionym w omawianym paragrafie; chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące do jego osiągnięcia są właściwe i konieczne.

W przypadku ustalenia, czy wystąpiła dyskryminacja pośrednia, zawsze bierze się więc pod uwagę innych pracowników, tak aby ustalić, czy działanie albo zaniechanie pracodawcy nosiło znamiona dyskryminującego. Dopiero poprzez pryzmat porównania z sytuacjami innych pracowników można ocenić zachowanie pracodawcy czy to w aspekcie awansowania, czy nawiązania bądź rozwiązania stosunku pracy. O ile dyskryminacja bezpośrednia polega na stosowaniu różnych zasad do porównywalnych sytuacji, to dyskryminacja po-

¹⁴ T o m a s z e w s k a, *Komentarz do Kodeksu pracy*, s. 45.

średnia wynika z zastosowania tej samej zasady do różnych sytuacji. Dlatego dla ustalenia istnienia dyskryminacji pośredniej stosowane są dwa kryteria: kryterium zbiorowości oraz kryterium skutku regulacji. To pierwsze rozstrzyga, jakiej grupy wyróżnionej z uwagi na zakazane kryterium dotyczy regulacja mogąca być uznana za dyskryminującą, drugie natomiast pozwala na określenie, jaki wpływ wywiera dany przepis na tę grupę¹⁵. Dopiero poprzez zastosowanie tych kryteriów można rozważyć dyskryminację pośrednią. Zawsze istotne jest, aby wziąć pod uwagę zarówno naruszony przepis prawny, jak i grupę, w której doszło do jego naruszenia. Poprzez porównanie należy ocenić, czy faktycznie wystąpiły niekorzystne dysproporcje w położeniu pracownika.

Wszelkie nierówności w traktowaniu pracowników mogą stanowić przejaw dyskryminacji pośredniej. Może być to nierówność zarówno w dostępie do szkoleń, kursów czy kształcenia w zakresie podnoszenia kwalifikacji, jak i nierówność w zakresie nawiązania czy rozwiązania stosunku pracy. Wszystkich pracowników powinny obowiązywać jednakowe zasady. Nikt nie powinien być lepiej traktowany ze względu na wykształcenie czy dłuższy staż pracy. Te przesłanki mogą jedynie uzasadniać wypłatę wyższego wynagrodzenia, ale nie mogą stanowić ograniczeń, w stosunku do innych pracowników, w dostępie chociażby do podnoszenia kwalifikacji. Ponadto nie mogą różnicować pracowników w zakresie warunków pracy. Każdy pracownik – niezależnie od posiadanej wiedzy czy umiejętności – powinien być traktowany w jednakowy sposób. Wszyscy pracownicy powinni być zatrudniani, awansowani i wynagradzani na jednakowych zasadach, bez względu na indywidualne preferencje pracodawcy.

Dla stwierdzenia dyskryminacji pośredniej istotne jest ustalenie, czy przyczyna rozróżnienia, ale inna niż płeć czy niepełnosprawność, jest pozorna czy prawdziwa. Prawdziwa jest wówczas, gdy jest obiektywna i prawnie uzasadniona. Aby ustalić przesłankę prawdziwości, jak słusznie twierdzą K. Kędziora, K. Śmieszek¹⁶, należy zbadać trzy kryteria. Po pierwsze – czy dany przepis prawny jest zgodny z prawem, po drugie – czy środki służące osiągnięciu celu są odpowiednie oraz konieczne, po trzecie – czy została zachowana zasada proporcjonalności między ciężarem dyskryminacji a interesem dyskryminującego. Dopiero jeżeli te trzy kryteria zostaną spełnione, można

¹⁵ Wyrok SN 12 maja 2011, II PK 276/10, LEX nr 949027.

¹⁶ *Dyskryminacja i mobbing w zatrudnieniu*, Warszawa: Wyd. C. H. Beck 2010, s. 37.

mówić o dyskryminacji pośredniej. Dyskryminację pośrednią jest niezwykle trudno uprawdopodobnić czy udowodnić. Wynika to po części z bardzo małej wiedzy dyskryminującego na temat dyskryminacji w ogóle, a po części z tego, że pracodawcy nie są wrażliwi na potrzeby swoich pracowników. Dlatego też bardzo często nie zwracają uwagi na ograniczenia wynikające z niepełnosprawności czy wieku. Co więcej, bywa i tak, że pracodawcy wykorzystują te ograniczenia w celu osiągnięcia jak największych korzyści kosztem pracowników. Innym przykładem dyskryminacji pośredniej jest ustalenie stawki wynagrodzenia osób zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu pracy na niższym poziomie niż pracowników pełnoetatowych, przy czym okazuje się, że pracownikami zatrudnionymi w niepełnym wymiarze czasu pracy są przede wszystkim kobiety. Zatem dochodzi tutaj jeszcze jeden z czynników dyskryminacji, czyli płeć. Źródłem dyskryminacji pośredniej są także zachowania oparte na stereotypach odnoszących się do rasy, narodowości oraz innych chronionych prawem cech.

4. UPRAWDOPODOBNIE DYSKRYMINACJI

Aby poszkodowany pracownik w wyniku dyskryminacji mógł dochodzić swoich praw przeciwko pracodawcy, wystarczy, by uprawdopodobnił dyskryminację, nie musi jej udowodnić. Zgodnie z art. 18 [3b] §1 k.p. oraz art. 10 Dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r., ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy¹⁷, pracownik powinien jedynie wskazać fakty uprawdopodobniające zarzut nierównego traktowania w zatrudnieniu, a wówczas na pracodawcę przechodzi ciężar dowodu, że kierował się obiektywnymi powodami.

Wykazanie prawdopodobieństwa może nastąpić przez właściwe wnioskowanie. Koncepcja ciężaru dowodu dotyczy możliwości uznania przez sąd jedynie tych faktów, które zostały dowiedzione. Zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. Każda ze stron ma więc obowiązek dowiedzenia przytaczanych faktów, z których wywodzi dla siebie korzystne skutki prawne. Regulacja zawarta w art. 18 [3b] § 1 k.p. stanowi odstępstwo od tej zasady i w sporze

¹⁷ Dz. U. UE L 303 z 2 grudnia 2000 r., s. 16-22, polskie wyd. specjalne rozdz. 5, t. 4, s. 79.

z powództwa pracownika ciężar dowodu przenosi na pracodawcę¹⁸. To pracodawca musi udowodnić, że do dyskryminacji nie doszło¹⁹. Pracodawca musi dowieść, że nie miało miejsca różnicowanie przez niego sytuacji pracownika z jednej lub kilku przyczyn, określonych w art. 18 [3a] § 1 k.p. Ponadto pracodawca musi wykazać, że pracownik nie był gorzej traktowany niż pozostali pracownicy zatrudnieni w zakładzie pracy. W szczególności musi udowodnić, że nie doszło do odmowy nawiązania ani rozwiązania stosunku pracy. Musi dowieść, że nie miało miejsce niekorzystne ukształtowanie wynagrodzenia za pracę lub innych warunków zatrudnienia albo pominięcie przy awansowaniu lub przyznawaniu innych świadczeń związanych z pracą oraz pominięcie przy typowaniu do udziału w szkoleniach podnoszących kwalifikacje zawodowe. Te wszystkie twierdzenia pracodawca musi poprzeć dowodami, tak aby wykluczyć dyskryminację. Dopiero przeprowadzenie dowodów na każdą okoliczność może świadczyć o braku dyskryminacji.

Analizując kwestię dyskryminacji należy zauważyć, że ustawodawca – zgodnie z art. 94 § 2 k.p. – nałożył na pracodawcę obowiązek przeciwdziałania dyskryminacji w zatrudnieniu ze względu na płeć, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub niepełnym wymiarze czasu pracy. Ponadto pracodawca ma obowiązek udostępniania pracownikom tekstu przepisów dotyczących równego traktowania w zatrudnieniu w formie pisemnej informacji rozpowszechnionej na terenie zakładu pracy lub zapewnienia im dostępu do tych przepisów w sposób przyjęty w kierowanym przez niego zakładzie pracy²⁰. Jednym z podstawowych obowiązków pracodawcy jest również wpływanie na kształtowanie w zakładzie pracy zasad współżycia społecznego, co oznacza, że pracodawca powinien dołożyć wszelkich starań, aby w kierowanym przez niego zakładzie pracy przestrzegane były wymogi zakazujące dyskryminacji.

Pracodawca nie tylko jest zobowiązany do powstrzymania się od podejmowania jakichkolwiek działań cechujących się naruszeniem zasady równego

¹⁸ P. C z a r n e c k i, *Rozkład ciężaru dowodu w sprawach na tle dyskryminacji*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2006, nr 3, s. 23.

¹⁹ M. R o t k i e w i c z, *Dyskryminacja i mobbing w miejscu pracy*, Warszawa 2006, s. 32.

²⁰ J. B o r u t a, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowe pojęcia*, „Monitor Prawa Pracy” 2004, nr 2, s. 12.

traktowania w sferze zatrudnienia, ale – co więcej – zobowiązany jest do wykazywania aktywnej postawy w zakresie diagnozowania stanów, które mogą skutkować naruszeniem tej zasady w stosunku do jego pracowników. Ponadto zobowiązany jest do podejmowania czynności naprawczych w sytuacji wystąpienia zdarzeń skutkujących naruszeniem zasady równego traktowania.

Najprostsza forma przeciwdziałania dyskryminacji jest upowszechnianie wiedzy na temat istniejących przepisów prawnych wśród pracowników oraz dostarczanie wszelkich niezbędnych materiałów informacyjnych osobom zainteresowanym. W kształtowaniu polityki antydyskryminacyjnej przez pracodawcę w konkretnym miejscu pracy konieczne jest napiętnowanie każdego zaistniałego aktu dyskryminacji²¹. Negowanie takich zachowań może zmniejszyć prawdopodobieństwo wystąpienia ich w przyszłości. Co więcej, negatywny stosunek pracodawcy do zachowań dyskryminujących może zapobiegać ich powstawaniu. Pracodawca powinien zapewnić także pracownikom skuteczne procedury domagania się przestrzegania ich praw, wprowadzając między innymi wewnątrzzakładowy regulamin antydyskryminacyjny. Realizacja powyższych obowiązków pracodawcy w zakresie zasady równego traktowania ma duże znaczenie dla ustalenia w postępowaniu sądowym jego odpowiedzialności za dyskryminację.

Pracownik może dochodzić swoich roszczeń ze stosunku pracy na drodze sądowej. Może jednak żądać wszczęcia postępowania pojednawczego przed komisją pojednawczą. Takie postępowanie jest bardziej korzystne dla pracownika z uwagi na to, że jest szybsze, charakteryzuje się mniejszym rygoryzmem, a przede wszystkim daje szansę na dalszą współpracę pracodawcy i pracownika. Postępowanie przed sądem natomiast jeszcze bardziej pogłębia wrogie relacje pomiędzy pracodawcą oskarżonym o dyskryminację a dochodzącym swoich praw pracownikiem. Poszkodowany pracownik może w procesie sądowym korzystać z pomocy radcy prawnego, adwokata, ale też osoby pozostającej z nim w stałym stosunku zlecenia. Jego pełnomocnikiem może być również współuczestnik sporu, rodzice, małżonek, rodzeństwo lub zstępni strony oraz osoby pozostające ze stroną w stosunku przysposobienia. Dużym ułatwieniem jest to, że – zgodnie z przepisami Kodeksu postępowania cywilnego²² – pełnomocnikiem pracownika może być przedstawiciel zwią-

²¹ E. Zielińska, *Polityka równego traktowania kobiet i mężczyzn – podstawy prawne. Przewodnik dobrych praktyk. Firma równych szans*, Warszawa 2007, s. 10.

²² Dz. U. z 1964, nr 43, poz. 296 z późn. zm.

ków zawodowych lub inspektor pracy albo pracownik zakładu pracy, w którym jest lub był on zatrudniony.

Z przykrością należy stwierdzić, że w polskim procesie pracownik jest i tak traktowany jako strona słabsza. Według T. Liszcz²³ w sprawach z zakresu prawa pracy mamy do czynienia z „instytucjonalną nierównością stron”. Zawsze pozycja pracownika, jako poszkodowanego także wskutek dyskryminacji, jest znacznie trudniejsza. Pracodawca jest tą stroną silniejszą. Pomimo iż to on musi udowodnić, że w kierowanym przez niego zakładzie pracy nie wystąpiła dyskryminacja, to jednak łatwiej jest mu przeprowadzić dowody, chociażby z przesłuchań pozostałych pracowników, którzy tylko w wyjątkowych sytuacjach będą zeznawać na korzyść dyskryminowanego. Będą tak postępować w obawie o swoje miejsca pracy w przyszłości, a przede wszystkim w trosce o warunki pracy. Nie wystarczy im ochrona przewidziana przez Kodeks pracy przed wszelkimi zwolnieniami lub nieprzychylnym traktowaniem przez pracodawcę, będącymi reakcją na skargę złożoną w przedsiębiorstwie lub na uruchomienie procedury sądowej, mającej na celu doprowadzenie do przestrzegania zasady równego traktowania. Pracodawca jest tą stroną, której racje jest zawsze łatwiej udowodnić. Ponieważ ma pozycję dominującą w zakładzie pracy, wszyscy pracownicy są podporządkowani jego decyzjom. Dlatego tak trudno jest, ze względu na ewentualne konsekwencje, bronić przez współpracowników dyskryminowanego, pomimo że – zgodnie z art. 18 [3e] § 1 i 2 k.p. – istnieje zakaz działań odwetowych ze strony pracodawcy, gdy zarówno sam pracownik dochodzi swoich praw z tytułu naruszenia zasady równego traktowania, jak i inny pracownik, który udzielił wsparcia pracownikowi korzystającemu z tych uprawnień.

5. ZAKOŃCZENIE – KONSEKWENCJE Dyskryminacji

Dyskryminacja – jako zjawisko nie tylko prawne, społeczne, lecz także zdrowotne – nie znajduje odpowiedniej reakcji w zakresie przeciwdziałania. Oprócz wielu negatywnych konsekwencji w sferze prawnej, powoduje też degradację zdrowia zarówno fizycznego, jak i psychicznego. Jest jednym z czynników wywołujących depresję, przyczyniającym się do powstawania

²³ *Kontraduktoryjne postępowanie sądowe w sporach pracowniczych o zmianie k.p.c.*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2005, nr 3, s. 21.

większej liczby rozwodów oraz innych form patologii²⁴. Nie są znane wzorcowe programy profilaktyki dyskryminacji, które można by wprowadzać w zakładach pracy. Luka ta powinna być jak najszybciej zapełniona. Z jednej strony wdrażanie programów zapobiegających dyskryminacji oraz podjęcie akcji szkoleniowej z pewnością wpłynęłoby na zahamowanie rozprzestrzeniającego się zjawiska, natomiast z drugiej przestrzeganie zasad etyki w zakładach pracy także mogłoby zapobiegać dyskryminacji. Działania te, jak słusznie podkreśla J. Marciniak²⁵, powinny polegać na istnieniu uznawanych przez wszystkich zatrudnionych reguł postępowania w obszarze zatrudnienia, przejrzystości wszelkich postępowania oraz procedur związanych z pracownikami, a ponadto na jawności kryteriów podejmowania decyzji odnoszących się do pracowników.

Zbyt ogólne regulacje dotyczące dyskryminacji, zawarte w aktach obowiązującego prawa, utrudniają skuteczne zwalczanie dyskryminacji oraz zapobieganie sytuacjom zachęcającym do jej powstawania. Uniemożliwiają również dochodzenie pokrzywdzonym swoich praw, a ofiarom dyskryminacji wypłatę rekompensaty za spowodowany uszczerbek na zdrowiu. Brak programów mających na celu profilaktyczne działania zapobiegające dyskryminacji oraz brak działań wprowadzających je w życie czynią walkę z dyskryminacją mało skuteczną. Dlatego też zasadne wydaje się przeanalizowanie istniejących rozwiązań dotyczących dyskryminacji i rozważenie wprowadzenia nowych, takich, które w sposób skuteczny ogranicząby skalę zjawiska.

DIRECT AND INDIRECT TYPES OF DISCRIMINATION AS LEGAL AND SOCIAL PROBLEMS

S u m m a r y

The goal of the article is to present legal regulations regarding direct and indirect discrimination, and discuss discrimination as a social problem. Direct discrimination occurs in the individual relation between an employee and his or her employer, or between a job-seeker and a potential employer. Such discrimination exists when an employer disadvantages an employee by presenting a biased attitude to his or her situation which is mentioned in Article

²⁴ B. Wasilewski, *Następstwa psychologiczne i zdrowotne mobbingu*. Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2005, s. 75-76.

²⁵ *Przeciwdziałanie mobbingowi w miejscu pracy*, Warszawa 2008, s. 93.

18^{3a} of the Labour Code. Under Art. 18 [3a] § 4, indirect discrimination occurs when as a result of an apparently neutral decision, criterion or action, unfavourable disproportion or a particularly adverse situation occurs or may have occurred regarding establishment or termination of one's employment, conditions of employment, promotion, and access to training to raise one's qualifications, affecting all or a majority of employees who belong to a particular group.

Apart from numerous negative consequences of legal nature, discrimination contributes to a degradation of both physical and mental condition. It is a factor that contributes to depression, increased divorce rate and other forms of pathology.

Translated by Tomasz Palkowski

Słowa kluczowe: dyskryminacja, zatrudnianie, dysproporcje.

Key words: discrimination, employment, disproportion.