



DYSKRYMINACJA
ZE WZGLĘDU NA
ORIENTACJĘ SEKSUALNĄ
I TOŻSAMOŚĆ PŁCIOWĄ
W ZATRUDNIENIU

DYSKRYMINACJA
ZE WZGLĘDU NA
ORIENTACJĘ SEKSUALNĄ
I TOŻSAMOŚĆ PŁCIOWĄ
W ZATRUDNIENIU

DYSKRYMINACJA
ZE WZGLĘDU NA
ORIENTACJĘ SEKSUALNĄ
I TOŻSAMOŚĆ PŁCIOWĄ
W ZATRUDNIENIU

Redakcja
Krzysztof Śmiszek

ISBN 978-83-930480-3-8

Wszelkie prawa zastrzeżone. Wykorzystywanie zawartych w publikacji tekstów, zarówno w całości jak i we fragmentach, stanowi naruszenie praw autorskich i jest karalne. Dotyczy to również tłumaczenia, powielania, wykonywania mikrofilmów i reprodukcji metodami elektronicznymi.

© Kampania Przeciw Homofobii, 2011

Wydawca
Kampania Przeciw Homofobii
ul. Żelazna 68
00-866 Warszawa
tel. (+48 22) 423 6438
www.kph.org.pl
info@kph.org.pl

Korekta
Kaja Żurawek

Projekt okładki, skład i łamanie
Anita Wasik

Wydanie I
Warszawa 2011

SPIS TREŚCI

- 6 **WPROWADZENIE**
Krzysztof Śmiszek
- 10 **SŁOWO WSTĘPNE**
Maria Teresa Romer
- 14 **ROZDZIAŁ I**
Prawne aspekty ochrony osób transpłciowych w zatrudnieniu
Aleksandra Szczerba
- 40 **ROZDZIAŁ II**
Postępowania sądowe o dyskryminację osób LGBT
w zatrudnieniu – wybrane problemy
Dr Monika Zima-Parjaszewska
- 72 **ROZDZIAŁ III**
OUTstanding! LGBT w miejscu pracy
Magdalena Gryszko
- 90 **ROZDZIAŁ IV**
Sytuacja prawna osób LGBT na rynku pracy – implementacja
standardów unijnych do polskiego systemu prawa
z uwzględnieniem przepisów Ustawy o wdrożeniu niektórych
przepisów UE w zakresie równego traktowania
Zofia Jabłońska
- 106 **ROZDZIAŁ V**
Podsumowanie działań prawników KPH w ramach projektu
Monitoring Dyskryminacji Osób LGBT w Polsce w roku 2010

WPROWADZENIE

Oddajemy w Państwa ręce publikację Kampanii Przeciw Homofobii (KPH), opracowaną w ramach projektu „Monitoring Dyskryminacji Osób LGBT w Polsce” sfinansowanego ze środków Open Society Institute. Wzorem poprzednich lat, wybraliśmy jeden, szczególnie ważny z punktu widzenia ochrony praw osób LGBT, temat, wokół którego autorzy i autorki poszczególnych rozdziałów opracowali/ły swoje teksty. Dziedzina, której w roku 2010 publikacja została poświęcona jest sfera zatrudnienia i pracy. Temat wybrano nieprzypadkowo. Wielu klientów zwracających się do prawników KPH z prośbą o pomoc prawną doświadcza nierównego traktowania z powodu swojej orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej właśnie w tej sferze życia. Kolejnym powodem, dla którego zdecydowaliśmy się skupić na analizie przepisów zakazujących dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w zatrudnieniu i pracy była chęć wstępnego podsumowania i oceny skuteczności przepisów antydyskryminacyjnych polskiego prawa pracy, które obowiązują w krajowym systemie prawa od 1 stycznia 2004, czyli od 7 lat, jak również ocena opracowanej przez rząd i przyjętej przez parlament w końcu 2010 r. tzw. ustawy równościowej. Ustawa równościowa, choć daleka od oczekiwań polskiego środowiska

LGBT wprowadza pewne przepisy prawne, które podnoszą poziom ochrony przed nierównym traktowaniem w szeroko pojętej sferze zatrudnienia i pracy, tym samym dostosowując standardy tej ochrony do tych obowiązujących w Unii Europejskiej. Jak ważnym jest, aby upowszechnić przepisy antydyskryminacyjne w sferze zatrudnienia pokazują badania polskiego środowiska LGBT. Według raportów sporządzanych przez polskie organizacje pozarządowe (m.in. M. Abramowicz, „Sytuacja społeczna osób biseksualnych i homoseksualnych w Polsce. Raport za lata 2005 i 2006”, Kampania Przeciw Homofobii i Lambda Warszawa, Warszawa, 2007), ponad 10% osób LGBT w Polsce doznaje jakiejś formy nierównego traktowania w miejscu pracy – odmowa awansu, odmowa zatrudnienia, niezgodne z prawem rozwiązanie stosunku pracy, stawianie wymagań wyższych niż innym pracownikom, prześladowanie i niepokojenie przez współpracowników lub przełożonych. Warto podkreślić, że prawie 85% gejów i lesbijek ukrywa swoją orientację seksualną w miejscu pracy, co oznacza, że brak przyjaznej i bezpiecznej atmosfery w miejscu pracy jest w Polsce powszechnym zjawiskiem.

Autorzy poszczególnych rozdziałów publikacji skupili się na kluczowych (z punktu widzenia ochrony praw pracowniczych osób LGBT) kwestiach dotyczących poszczególnych aspektów zatrudnienia i pracy. W słowie wstępnym, Maria Teresa Romer, Sędzia Sądu Najwyższego w stanie spoczynku podkreśliła, że prawa pracowników LGBT są pochodną jednej z najważniejszych zasad prawa pracy, czyli ochrony godności pracowniczej i w świetle tej zasady, zakaz dyskryminowania na podstawie orientacji seksualnej, czy też tożsamości płciowej musi być postrzegany i interpretowany. Co ważne, jak podkreśla Maria Teresa Romer, brak dorobku orzeczniczego sądów polskich, w tym Sądu Najwyższego odnośnie spraw o dyskryminację osób LGBT, nie daje podstaw do optymizmu. Świadczyć to może głównie o obawie i niechęci osób nierówno traktowanych (prawnie chronionych z powodu tych właśnie cech) do dochodzenia swych praw przed polskimi organami wymiaru sprawiedliwości. Takie słowa z ust doświadczonego sędziego nie napawają optymizmem co do stanu przygotowania władzy sądowniczej do zajmowania się sprawami o dyskryminację osób LGBT w miejscu pracy.

Aleksandra Szczerba artykuł swojego autorstwa poświęciła problematyce dyskryminacji osób transpłciowych w zatrudnieniu. Problematyka ta jest dziedziną stosunkowo mało eksplorowaną przez polski wymiar

sprawiedliwości oraz doktrynę prawa pracy. Autorka w swoim tekście analizuje wnikliwie polskie przepisy antidyskryminacyjne i zastanawia się nad ich praktycznym zastosowaniem w sytuacjach, w których dochodzi do naruszenia praw pracowniczych osób transpłciowych. Ciekawe jest również częste odwoływanie się autorki do dorobku orzeczniczego sądów europejskich, które w tej dziedzinie mają większe doświadczenie.

Dr Monika Zima-Parjaszewska w swoim tekście przedstawia proceduralne aspekty dochodzenia praw przez osoby LGBT, które doznały dyskryminacji w zatrudnieniu z uwagi na swoją orientację seksualną lub tożsamość płciową. Autorka przeprowadza wnikliwą analizę obowiązujących standardów antidyskryminacyjnych i możliwości proceduralnych odnośnie ochrony praw pracowniczych, ze szczególnym uwzględnieniem przepisów unijnych w tym zakresie. Szczególnie cennym elementem tego tekstu jest przedstawienie praktycznych trudności dowodowych w kontekście rozpatrywania przez sądy przypadków dyskryminacji osób LGBT.

Kolejnym bardzo cennym elementem niniejszej publikacji jest tekst autorstwa Magdaleny Gryszko poświęcony możliwościom wdrażania polityk z zakresu równego traktowania i zarządzania różnorodnością w obszarze orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w miejscu pracy. Autorka w swoim tekście przytacza wyniki badań zagranicznych, z których jasno wynika, że polityka afirmacji dla różnorodności i poszanowania praw osób LGBT w miejscu pracy jest jednym z czynników sukcesów ekonomicznych firm. Cennym elementem artykułu jest prezentacja wyników przeprowadzonego przez autorkę badania na wybranych polskich firmach w kontekście realizowania przez nie polityki poszanowania praw pracowników LGBT. Wprawdzie badanie było przeprowadzone na małą skalę, można jednak z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić, że odzwierciedla ono sytuację w polskich zakładach pracy.

Artykuł Zofii Jabłońskiej poświęcony został niezwykle ważnym regulacjom antidyskryminacyjnym, które weszły w życie z dniem 1 stycznia 2011r. Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania jest najnowszą próbą podjętą przez polskiego ustawodawcę odnośnie implementacji do porządku krajowego antidyskryminacyjnych regulacji unijnych. Jak przedstawia to autorka w swoim tekście, niektóre z nowych przepisów mogą nastroczać problemów w interpretacji i stosowaniu.

Tradycyjnie, ostatnim elementem corocznych publikacji Kampanii Przeciw Homofobii w ramach projektu „Monitoring dyskryminacji osób LGBT w Polsce” jest przedstawienie prac prawników skupionych w Grupie Prawnej KPH. Jak wynika z tego zestawienia, procent spraw wpływających do KPH i dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową w miejscu pracy utrzymuje się na stałym, wysokim poziomie. Jest to sygnał, że te kwestie, pomimo obowiązujących od kilku już lat szczegółowych przepisów Kodeksu pracy w zakresie równego traktowania, wciąż nie są w pełni respektowane przez pracodawców, a z drugiej strony, nie są jeszcze ciągle dobrze znane przez samych pracowników LGBT.

Krzysztof Śmiszek

CZŁONEK GRUPY PRAWNEJ KAMPANII PRZECIW HOMOFOBII

SŁOWO WSTĘPNE

Respektowanie zasady tolerancji gwarantuje prawo do odmienności, która wynika po pierwsze z naturalnych różnic między ludźmi, a po drugie ze świadomości, że również inni mają prawo do swej indywidualności.

Tolerancja jest jednym z fundamentów kultury. Można stwierdzić także, że jest jednym z fundamentów odpowiedzialnego społeczeństwa. Sztuka zaakceptowania „inności” jest sztuką zakorzenioną w szacunku dla drugiego człowieka.

Zasada równego traktowania stanowiła i stanowi fundamentalne prawo każdego człowieka także w stosunkach pracy. Zakaz dyskryminacji i odpowiadający mu nakaz równego traktowania zawarte są w źródłach prawa międzynarodowego najwyższej rangi, które nadały uniwersalną wartość równości i godności każdego człowieka.

Zanim, dzięki postanowieniom dyrektywy Rady 2000/78/WE ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, zakaz dyskryminacji pracowników ze względu na orientację seksualną znalazł jednoznaczny wyraz w Kodeksie pracy, mógł on być wyprowadzany z ogólnych zasad dotyczących ochrony godności każdego człowieka i równego traktowania. Każdy przejaw dyskryminacji

stanowi naruszenie godności, a godność to szczególna wartość człowieka jako osoby pozostającej w relacjach interpersonalnych. Zgodnie z art. 111 Kodeksu pracy na pracodawcy spoczywa obowiązek szanowania godności i innych dóbr osobistych pracownika. Podniesienie tego obowiązku do rangi podstawowych zasad prawa pracy uczyniło z niego instytucję prawa pracy.

Należy również w tym miejscu podnieść, że do katalogu podstawowych obowiązków pracodawcy (art. 94 k.p.) należy przeciwdziałanie dyskryminacji w zatrudnieniu z wielu przyczyn, w tym ze względu na orientację seksualną.

Godność jest niezbywalnym warunkiem pozytywnej samooceny, a pozytywny obraz samego siebie, czego empirycznych dowodów dostarczyła psychologia, motywuje do moralnie wartościowych zachowań, uodparnia na wszelkie formy manipulacji i zniewolenia oraz konstruktywnie wpływa na radzenie sobie w sytuacjach trudnych. Godność to poczucie wewnętrznej wartości i odpowiedzialności.

Godność może być rozpatrywana w wielu aspektach: filozoficznym, psychologicznym i prawnym. Godność osobista jest także podstawą godności zawodowej. Stanowi składnik poczucia sensu życia i powinności. Godność spełnia funkcje motywacyjne, ukierunkowuje postępowanie według uznawanego systemu wartości. Ten, kto ma poczucie godności, pozostaje wierny swoim przekonaniom i własnemu sumieniu wbrew naciskom i zastraszaniu.

W etyce, a także w regulacjach odnoszących się do praw człowieka, uważa się, że każdy człowiek ma prawo do własnej godności i wychowania do niej. Kryteriami poczucia własnej godności i uznawania godności innych są traktowanie człowieka jako celu, a nie jako instrumentu, zgodność własnego postępowania z systemem wartości, satysfakcja z realizowania dobra. „Ma godność ten, kto umie bronić pewnych uznanych przez się wartości, z których obroną związane jest jego poczucie własnej wartości i kto oczekuje z tego tytułu szacunku ze strony innych. Brak godności z kolei ujawnia ten, kto rezygnując z takiej wartości sam siebie poniża lub daje się poniżać dla osiągnięcia jakichś osobistych korzyści” (M. Ossowska – Normy moralne. Próba systematyzacji Warszawa 1970, s. 59).

Zgodnie z art.1 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka „wszyscy ludzie rodzą się wolni w swej godności i w swych prawach”. Międzynarodowa Organizacja Pracy, której Polska jest członkiem od 1919 roku, w swoich konwencjach daje szczególny wyraz poszanowaniu godności

i dóbr osobistych pracownika. Również Zrewidowana Europejska Karta Społeczna stanowi między innymi, że prawo do poszanowania godności w pracy oznacza zapewnienie skutecznej realizacji tego prawa wobec wszystkich pracowników. Naruszenie godności pracownika w jakiegokolwiek formie – czy to bezpośrednio przez pracodawcę czy przez innego pracownika – stanowi złamanie tej zasady.

Zasada niedyskryminacji pracowników w zatrudnieniu to jedna z fundamentalnych zasad wspólnotowego porządku prawnego. Pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych. Orientacja seksualna jest wymieniona wprost wśród przyczyn, które nie mogą powodować nierównego traktowania w zatrudnieniu.

Jedną z podstawowych funkcji prawa pracy jest funkcja wychowawcza. Prawidłowa jej realizacja to między innymi zapobieganie wszelkiej dyskryminacji z jakichkolwiek przyczyn, a więc także ze względu na orientację seksualną. Do katalogu podstawowych obowiązków pracodawcy (art. 94 k.p.) należy przeciwdziałanie dyskryminacji w zatrudnieniu z wielu przyczyn, w tym ze względu na orientację seksualną.

W krajach wysoko cywilizowanych, w których godność człowieka jest wartością podstawową, problem orientacji seksualnej nie istnieje jako problem społeczny, a tym bardziej jako przesłanka nierównego traktowania w zatrudnieniu. Mimo tego, iż odpowiednie regulacje prawne w zakresie zakazu dyskryminacji, w tym ze względu na orientację seksualną, obowiązują u nas od wielu lat, trudno w orzecznictwie sądowym znaleźć przykłady wskazujące na to, że osoby homoseksualne korzystają jako pracownicy lub ci, którym odmówiono zatrudnienia, z obrony swoich praw do równego traktowania. Spory z zakresu prawa pracy dotyczące problemu orientacji seksualnej są „statystycznie nieznamienne.” Nie można wyprowadzić żadnych wniosków i uogólnień dotyczących tej kwestii z braku konkretnych sporów powstałych na tym tle. Sprawy o dyskryminację w zatrudnieniu, pojawiające się sądowej na wokandzie, dotyczą najczęściej nierównego traktowania ze względu na wiek lub płeć. Natomiast orientacja seksualna, jako przyczyna dyskryminacji w zatrudnieniu, nie była dotychczas jeszcze przedmiotem uchwał Sądu Najwyższego.

Brak dorobku orzeczniczego w dziedzinie dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, nie daje, wbrew pozorom, podstaw do optymizmu

i uznania, że naruszenie zasady równego traktowania z tej przyczyny w praktyce nie występuje. Zjawisko to przemawia raczej za tym, że z obawy przed brakiem akceptacji, przed odmową lub utratą pracy, przed naruszeniem godności pracownicy starają się ukrywać swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową. Zdecydowanie, nie jest to dobre zjawisko. Zasada równego traktowania w zatrudnieniu, zakaz dyskryminacji z jakiegokolwiek przyczyny, w tym ze względu na orientację seksualną, nie powinny pozostać „martwą literą prawa”.

Kodeks pracy gwarantuje pracownikom wolność od „bycia dyskryminowanym” także ze względu na orientację seksualną, jednakże ta formalna gwarancja nie spełni zadania jakiemu ma służyć, dopóki nie dotrze do świadomości innych pracowników i samego pracodawcy fundamentalna, przytoczona już wcześniej zasada, iż ludzie są wolni w swej godności i w swych prawach.

Maria Teresa Romer

SĘDZIA SĄDU NAJWYŻSZEGO W STANIE SPOCZYNKU

ROZDZIAŁ I

Prawne aspekty ochrony osób transpłciowych w zatrudnieniu

Wprowadzenie

Płeć jest jedną z najważniejszych cech człowieka, determinującą jego pozycję i rolę w przestrzeni społeczno-kulturowej, w tym również w tak ważnym jej obszarze jak sfera aktywności zawodowej. Z perspektywy normatywnej, przynależność do określonej płci pozostaje relewantna dla ram prawnych, w których jednostka realizuje się zawodowo. Na gruncie prawa pracy, bo to właśnie przepisy tej gałęzi prawa stanowią będą ze względu na temat niniejszego artykułu zasadniczy przedmiot analizy, płeć jest istotna przede wszystkim w dwóch aspektach. Po pierwsze, pozostaje cechą prawnie chronioną, w odniesieniu do której zabronione jest jakiegokolwiek dyskryminacyjne traktowanie, po drugie zaś – z przynależnością

do konkretnej płci wiąże się możliwość, we wskazanych przez ustawodawcę przypadkach, odmiennego kształtowania sytuacji prawnej mężczyzn i kobiet.

Zdefiniowanie pojęcia płci, mające tak doniosłe konsekwencje prawne, nie należy jednak do zadań łatwych. Płeć, utożsamiana najczęściej z zespołem cech pozwalających odróżnić osobniki męskie od żeńskich, jest bowiem kategorią niejednorodną, obejmującą, m.in. płęć gonadalną (określaną na podstawie gruczołów płciowych w postaci jajników u kobiet i jąder u mężczyzn), płęć socjalną (zwaną też metrykalną czy prawną, określaną tuż po urodzeniu na podstawie zewnętrznych narządów płciowych) czy wreszcie płęć psychiczną (wyznaczaną przez identyfikację z określoną płcią)¹. Dychotomiczny podział na kobiety i mężczyzn uzasadniony jest o tyle, o ile wszystkie te elementy są ze sobą spójne. Tak jest najczęściej, ale nie zawsze. Zdarza się bowiem, że „głęboko odczuwane wewnętrzne i indywidualne doświadczenie płci społecznej (...) nie odpowiada płci określonej przy urodzeniu, włączając w to osobiste odczucie własnej cielesności”². Mamy wtedy do czynienia ze zjawiskiem określanym mianem transpłciowości, którego najbardziej doniosłym rodzajem, z punktu widzenia porządku prawnego, a tym samym i niniejszych rozważań, pozostaje transseksualizm.

To właśnie sytuacja osób transseksualnych, ze względu na specyfikę ich położenia, wymaga szczególnej dbałości w stosowaniu antydyskryminacyjnego instrumentarium, również w sferze aktywności zawodowej, na każdym z etapów korekty płci. Równie ważna jak gwarancja niedyskryminacji po jej przeprowadzeniu będzie zatem ochrona przed nierównym traktowaniem w trakcie transformacji. Okres korekty płci jest niezwykle trudny dla transseksualnego pracownika nie tylko ze względu na jego długotrwałość, ale także dlatego, że to właśnie na tym etapie rozdźwięk między prawną płcią pierwotną, a wyglądem zewnętrznym, wskazującym na jej zmianę, wywołuje silną niechęć społeczną i brak akceptacji, w konsekwencji więc – stosunkowo duże ryzyko dyskryminacji. Specyficzne położenie osób transseksualnych nie uzasadnia jednak pozostawiania poza zakresem

¹ Por. K. Imieliński, S. Dulko, M. Filar, *Transpozycje płci. Transseksualizm i inne zaburzenia identyfikacji płciowej*, Kraków 2001, s. 3–5.

² *Zasady Jogyakarty, w: Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski (red.), Warszawa 2009, s. 19.

ochrony przed nierównym traktowaniem pozostałych kategorii osób transpłciowych (transgenderowych i transwestytycznych), które korzystają z prawa do manifestowania poczucia swojej tożsamości płciowej w taki sam sposób, jak każda inna jednostka z prawa do demonstrowania swej indywidualności. W związku z tym, w niniejszych rozważaniach sytuacja pracowników transseksualnych została wyodrębniona na tle uwag o prawnych aspektach ochrony osób transpłciowych w zatrudnieniu tam, gdzie implikuje swoiste, nie towarzyszące innym kategoriom osób transpłciowych, problemy.

Rozważania te należy rozpocząć od stwierdzenia, iż status prawny osób transpłciowych nie stał się jak dotąd w Polsce przedmiotem interwencji ustawodawcy krajowego. W konsekwencji, nie ma w polskim porządku prawnym, nie tylko w odniesieniu do zatrudnienia, ale i w ogóle, jakiegokolwiek regulacji dotyczącej tej kategorii osób.

Równe traktowania i zakaz dyskryminacji osób transpłciowych w świetle podstawowych zasad prawa pracy

Brak wśród krajowych przepisów odnoszących się do sfery aktywności zawodowej, w tym w szczególności z zakresu prawa pracy, tych, które *explicite* odwołują się do tożsamości płciowej jako cechy prawnie chronionej, nie oznacza jednak, iż osoby transpłciowe pozbawione są ochrony przed nierównym traktowaniem³. W społeczeństwie demokratycznym opartym na różnorodności zadaniem państwa jest bowiem zagwarantowanie każdemu prawa do odmienności. Cel ten może być osiągnięty na różne sposoby, a jednym z nich jest zapewnienie systemowi prawnemu takiego poziomu elastyczności, by mógł nadażyć za tempem przemian społecznych i właściwie reagować na stawiane przed nim problemy,

³ W tym miejscu warto odnotować, iż żaden z wiążących Polskę instrumentów z zakresu międzynarodowej ochrony praw człowieka nie wymienia wprost tożsamości płciowej jako niedozwolonej przesłanki dyskryminacji. Czynią to natomiast instrumenty o charakterze tzw. soft law, m. in. European Parliament Resolution of 12 September 1989 on discrimination against transsexuals, http://tsnews.at.infoseek.co.jp/european_parliament_resolution_890912.htm, Recommendation 1117 (1989) on the condition of transsexuals of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta89/EREC1117.htm>, Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity, http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm.

w szczególności te, które wiążą się z prawną ochroną indywidualnych cech każdej jednostki.

Ustawodawca krajowy zdaje się przykładać dużą wagę do tego postulatu, skoro jego realizacji służy już akt normatywny najwyższej rangi. Art. 32 ust. 1 Konstytucji RP proklamuje bowiem równość wszystkich wobec prawa i w traktowaniu przez władze publiczne, dodając w ust. 2 zakaz dyskryminacji w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny. Takie sformułowanie zasady równości implikuje szeroki zakres jej zastosowania, w odniesieniu tak do dziedzin nią objętych, w tym także sfery aktywności zawodowej, jak i niedozwolonych przesłanek nierównego traktowania, które zostały przez legislatora wyrażone w sposób uniwersalny poprzez wprowadzenie otwartego katalogu podstaw zabronionej dyskryminacji⁴.

Podobny sposób zabezpieczenia prawa do równego traktowania, będącego fundamentalnym prawem każdego człowieka, zapewnia reżim prawa pracy, wśród którego podstawowych zasad odnaleźć można, komplementarne wobec siebie i wzajemnie się uzupełniające, deklarację równości praw pracowników z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków (art. 11² k.p.⁵) i zakaz jakiegokolwiek dyskryminacji w zatrudnieniu (art. 11³ k.p.). Takie ujęcie pozwala na sytuowanie zakazu nierównego traktowania ze względu na tożsamość płciową w obrębie wszelkich zabronionych przejawów dyskryminacji.

Niemniej jednak, prawna ochrona osób transpłciowych w obszarze zatrudnienia ma w obecnej rzeczywistości prawnej, będącej w znacznym stopniu wynikiem związania Polski *acquis communautaire*, rangę szczególną, gdyż niekorzystne traktowanie odwołujące się do tożsamości płciowej jest kwalifikowane jako przejaw dyskryminacji ze względu na płeć⁶. Do tak rozumianej ochrony przed nierównym traktowaniem osób

⁴ Por. L. Garlicki, Skarga konstytucyjna jako środek ochrony przed dyskryminacją, w: Równość kobiet i mężczyzn w europejskich systemach emerytalnych, „Biuletyn” (2000), nr 2, Ośrodek Informacji Rady Europy, Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego, s. 101.

⁵ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. 1974 Nr 24 poz. 141 ze zm.).

⁶ Standard niedyskryminacji ze względu na tożsamość płciową w ramach zakazu dyskryminacji płciowej został wypracowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE. Należy nadmienić jednak, iż w tej kwestii nie ma wśród państw członkowskich UE (tych, których antydyskryminacyjne regulacje nie wymieniają tożsamości płciowej *explicite* jako zabronionej przesłanki różnicowania traktowania, a takich jest niewiele, m.in. Węgry) zgodności,

transpłciowych znajdują zatem zastosowanie wspomniane już podstawowe zasady prawa pracy, tym razem jednak w zawężonym zakresie, w jakim czynią *explicite* z płci cechę prawnie chronioną.

Ważnym elementem mechanizmu ochrony praw osób transpłciowych jest zapewnienie każdemu poszanowania jego godności, także w stosunkach pracy. Cel ten realizuje stypulacja art. 11¹k.p., szczególnie istotna z punktu widzenia rozważanej problematyki w kontekście takich przejawów dyskryminacji jak molestowanie czy molestowanie seksualne. Ochrona innych dóbr osobistych, wśród których znajduje się również poczucie przynależności do danej płci⁷, będzie natomiast możliwa na podstawie art. 23 i 24 k.c.⁸.

Równe traktowanie osób transpłciowych w zatrudnieniu

Przedstawione powyżej podstawowe zasady prawa pracy, gwarantujące ochronę praw osób transpłciowych, zostały rozwinięte i doprecyzowane w rozdziale IIa kodeksu pracy zatytułowanym „Równe traktowanie w zatrudnieniu”, którego postanowienia stanowią wyraz dostosowania prawa polskiego do standardów UE.

Jego szczegółowa analiza musi być jednakże poprzedzona wyjaśnieniem pojęć kluczowych na gruncie tego rozdziału, a więc i dla niniejszych rozważań.. W tym celu punktem wyjścia w ocenie prawnych aspektów ochrony osób transpłciowych w zatrudnieniu należy uczynić art. 18^{3a} k.p.

Artykuł ten stanowi w § 1, iż pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, w szczególności bez względu na m.in. płeć, wiek, niepełnosprawność czy orientację seksualną. Równe traktowanie w zatrudnieniu oznacza natomiast niedyskryminowanie w jakikolwiek

część z nich bowiem uznaje ją za przejaw dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Por. Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States: Part I – Legal Analysis, http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/material/pub/comparativestudy/FRA_hdgso_part1_en.pdf.

⁷ Por. postanowienie SN z dnia 22 marca 1991 r., III CRN 28/29, „Przebieg Sądowy” 5–6/1991, s. 118.

⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. 1964 Nr 16 poz. 93 ze zm.). Por. H. Szewczyk, Ochrona dóbr osobistych w zatrudnieniu, Warszawa 2007, s. 147 i nast.

sposób z tych samych przyczyn (art. 18^{3a} § 2 k.p.). W sferze aktywności zawodowej równość oraz zakaz dyskryminacji stanowią więc pozytywne i negatywne ujęcie tej samej zasady. Jedno wyraża uprawnienie, drugie zaś wprowadza zakaz⁹.

Tak rozumiana dyskryminacja może przybrać formę bezpośrednią lub pośrednią. Kodeks pracy dostarcza definicji ich obu.

Dyskryminacja bezpośrednia ma miejsce, gdy pracownik z jednej lub kilku przyczyn wymienionych wyżej był, jest lub mógłby być traktowany w porównywalnej sytuacji mniej korzystnie niż inni pracownicy (art. 18^{3a} § 3 k.p.)¹⁰. Ustalenie, czy w danym przypadku doszło do dyskryminacji bezpośredniej wymaga zatem przyjęcia punktu odniesienia w postaci pracownika w porównywalnej sytuacji. Równość nie ma bowiem charakteru abstrakcyjnego, dla jej oceny niezbędny jest pewien kontekst. W tym sensie oznacza ona, że podmioty charakteryzujące się daną cechą istotną w stopniu równym powinny być równo traktowane¹¹.

Dyskryminacja pośrednia w świetle art. 18^{3a} § 4 k.p. istnieje natomiast, gdy na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje w zakresie ukształtowania warunków zatrudnienia wobec wszystkich lub znacznej liczby pracowników wyróżnionych ze względu na jedno lub kilka kryteriów wymienionych przykładowo w § 1, w tym płeć, chyba że postanowienie, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środki służące jego osiągnięciu są właściwe i konieczne.

Przejawem dążenia ustawodawcy krajowego do jak najpełniejszego zagwarantowania zasady równości w sferze zatrudnienia jest uznanie

⁹ Por. M. A. Nowicki, Europejska Konwencja Praw Człowieka: zakaz dyskryminacji, w: *Równość praw kobiet i mężczyzn. Ustawodawstwo Unii Europejskiej i Rady Europy. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Teksty i komentarze*, A. Duda, U. Nowakowska (red.), Warszawa 2001, s. 215.

¹⁰ Takie sformułowanie pojęcia dyskryminacji bezpośredniej, będące wynikiem niezrozumienia unijnych dyrektyw, wskazuje na jej hipotetyczny charakter zamiast hipotetyczność przypisać zachowaniu, z którym dyskryminacyjne traktowanie jest porównywane. Por. K. Kędziora, K. Śmiszek, *Dyskryminacja i mobbing w zatrudnieniu*, Warszawa 2008, s. 36–37.

¹¹ Por. orzeczenie TK z dnia 9 marca 1988 r., sygn. akt U 7/87, *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w latach 1986–1995*, t. 1, s. 138.

za dyskryminację już samego faktu zmuszania lub zachęcania kogoś do dyskryminacji bez względu na to, czy faktycznie do niej doszło (art. art. 18^{3a} § 5 pkt 1 k.p.). Przekłada się to bezpośrednio na krąg podmiotów ponoszących odpowiedzialność za naruszenie nakazu równego traktowania w stosunkach pracy, który obejmuje nie tylko osoby podejmujące działania noszące znamiona dyskryminacji, ale także te, które na nie przyzwalają, również poprzez ciche tolerowanie praktyk o takim charakterze¹². Tym samym, standard ochrony przed dyskryminacją zagwarantowany na gruncie krajowego porządku prawnego w stosunkach pracy jest wyższy niż ten, wynikający z unijnych dyrektyw, które za działanie niezgodne z nakazem równego traktowania uznają jedynie polecenie dyskryminowania¹³.

Niezwykle istotne z punktu widzenia ochrony praw osób transpłciowych w zatrudnieniu jest uznanie za przejaw dyskryminacji także molestowania, w tym w szczególności molestowania seksualnego, które w sposób bezpośredni wiąże się z różnymi formami transgresji płciowej. Molestowanie oznacza niepożądane zachowanie, odwołujące się do jakiejś cechy prawnie chronionej, „którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika i stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery” (art. 18^{3a} § 5 pkt 2 k.p.). Natomiast molestowanie seksualne, jako forma dyskryminacji płciowej, polega na każdym niepożądanym zachowaniu o „charakterze seksualnym lub odnoszącym się do płci pracownika, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika, w szczególności stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery” (art. 18^{3a} § 6 k.p.). Zatem osoba transpłciowa, która w wyniku zastosowania wobec niej przekazu fizycznego, werbalnego lub pozawerbalnego, odwołującego się do jej płciowości w sposób przez nią nieakceptowany (sprzeciw jest warunkiem *sine qua non* zaistnienia zarówno molestowania, jak i molestowania seksualnego), znalazła się w sytuacji noszącej znamiona molestowania seksualnego, korzysta ze wszelkich uprawnień z tytułu naruszenia nakazu równego traktowania

¹² Por. K. Kędziora, K. Śmiszek, op. cit., s. 46–47.

¹³ Por. art. 2 ust. 2 lit. b dyrektywy 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja preredagowana; Dz. U. L 204 z 26.07.2006, s. 23).

w zatrudnieniu bez względu na płeć. Należy pamiętać, że molestowanie seksualne może prowadzić w niektórych przypadkach do niedopełnienia przez pracodawcę innego ciężącego na nim obowiązku – zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy (art. 94 pkt 4 k.p.)¹⁴.

Za naruszenie tak sformułowanego nakazu równego traktowania, zostanie, zgodnie z art. 18^{3b} § 1 pkt 1–3 k.p., uznane nieuzasadnione różnicowania sytuacji osób transpłciowych wobec pozostałych pracowników w szczególności na trzech płaszczyznach. Pierwsza dotyczy bytu stosunku pracy – jego nawiązania (w tym odmowy nawiązania) lub rozwiązania. Druga obejmuje sytuacje, które mogą wystąpić w trakcie trwania stosunku pracy, odnosi się bowiem do ukształtowania warunków wynagrodzenia lub innych warunków zatrudnienia w sposób niekorzystny lub też nieuwzględniania przy awansowaniu lub przyznawaniu innych świadczeń związanych z pracą. Trzecia płaszczyzna łączy się natomiast z rozwojem zawodowym pracownika i wprowadza ochronę przed dyskryminacyjnym jego pominięciem przy typowaniu kandydatów do szkoleń zawodowych¹⁵.

Przedmiotem analizy uczynione zostały te z nich, które w praktyce mogą implikować największe ryzyko dyskryminacyjnego traktowania osób transpłciowych.

Zakaz dyskryminacji na etapie nawiązywania stosunku pracy

Ochrona praw osób transpłciowych w zatrudnieniu działa już na etapie nawiązywania stosunku pracy, a więc już w trakcie ustalania kryteriów naboru i jego przeprowadzania. Zapewnienie równego traktowania na tym poziomie jest kluczowe, bowiem dyskryminacja w rekrutacji rzutuje na powstanie stosunku pracy *in genere*¹⁶. Bardzo istotny w tym kontekście dla osób transpłciowych jest zakaz redagowania ogłoszeń o pracę w sposób odwołujący się do kryterium płci¹⁷, zarówno bezpośrednio i wprost

¹⁴ Por. K. Kędziora, K. Śmiszek, op. cit., s. 55–57.

¹⁵ Por. M. T. Romer, Prawo pracy. Komentarz, Warszawa 2010, s. 174.

¹⁶ Por. S. Spurek, Dyskryminacja w ogłoszeniach o pracę. Ustawowy zakaz oraz zadania organów państwa, w: Równe traktowanie w zatrudnieniu. Przepisy a rzeczywistość. Raport z monitoringu ogłoszeń o pracę. Wnioski. Rekomendacje, K. Kędziora, K. Śmiszek, M. Zima (red.), Warszawa 2009, s. 29.

¹⁷ Jak wynika z badań, zdecydowana większość ogłoszeń odwołujących się do zabronionych

(poprzez zastosowanie wyłącznie i odpowiednio zwrotów takich jak „pan”, „kandydatka” czy „mężczyzna”), jak i pośrednio, w szczególności poprzez użycie nazw oferowanych stanowisk jedynie w rodzaju męskim lub żeńskim albo też taki sposób sformułowania kryteriów selekcji, który wskazuje, bez żadnych wątpliwości, na płeć osoby mogącej je spełnić. Niemniej jednak, specyfika języka polskiego może w niektórych przypadkach znacznie utrudniać jednoznaczną kwalifikację prawną wskazanych działań¹⁸. Obowiązek powstrzymywania się od zachowań naruszających zasadę równego traktowania na etapie nawiązania stosunku pracy poprzez nieuzasadnione odwołanie się do płci ciąży nie tylko na pracodawcy, ale również na agencjach zatrudnienia i urzędach pracy¹⁹.

Tożsamość płciowa podlega ochronie w zatrudnieniu także poprzez ograniczenie możliwości żądania przez pracodawcę podania informacji dotyczących sfery płciowości jedynie do przypadków przewidzianych przepisami prawa (art. 22¹ § 4 k.p.). Płeć nie znajduje się bowiem wśród danych osobowych, których udzielenia można wymagać od osoby ubiegającej się o pracę (art. 22¹ § 1 k.p.). Standard ten obowiązuje nie tylko w trakcie rozmowy kwalifikacyjnej, ale i na etapie wcześniejszym – składania CV – bowiem z art. 22¹ § 1 k.p. nie wynika, że pracodawca może żądać przesłania życiorysu ze zdjęciem, co mogłoby prowadzić do odrzucenia kandydatury, a tym samym nienawiązania stosunku pracy, na przykład ze względu na zbyt męski lub zbyt kobiecy wygląd. Takie rozwiązanie prawne służy ochronie życia prywatnego osób transpłciowych, a pracodawcy zapewnia dostęp jedynie do tych danych, które pozwolą mu zorientować się w kwalifikacjach ogólnych i zawodowych kandydata. Ma to wyeliminować lub zminimalizować ryzyko dyskryminacji ze względu na jakąkolwiek przesłankę zabronioną na gruncie prawa pracy²⁰.

podstaw dyskryminacji nawiązuje właśnie do kryterium płci. Por. *ibidem*, s. 12.

¹⁸ Por. S. W. Ciupa, *Naruszenie zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu w praktyce korzystania z ogłoszeń rekrutacyjnych. Cz. 1. Dyskryminacja ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, wymóg spełnienia określonych obowiązków lub innych rygorów*, „Monitor Prawa Pracy” 11/2006, s. 582–583.

¹⁹ Zob. ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. 2004 Nr 99 poz. 1001 ze zm.).

²⁰ Por. A. M. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 104.

Etap nawiązywania stosunku pracy niesie jeszcze jedno ryzyko dyskryminacji, szczególnie w odniesieniu do osób transseksualnych, wiążące się z obowiązkiem przedstawienia zaświadczeń potwierdzających posiadane kwalifikacje, doświadczenie zawodowe czy wykształcenie, w tym tak ważnego dla każdego pracownika dokumentu jak świadectwo pracy. W obecnym stanie prawnym nie ma bowiem regulacji normatywnej dotyczącej wymiany lub sprostowania dokumentów, potwierdzających kwalifikacje i doświadczenie zawodowe zdobyte przed korektą płci. W związku z tym, osoby transseksualne często spotykają się z odmową skorygowania świadectwa pracy zgodnie z aktualnymi danymi dotyczącymi ich tożsamości prawnej²¹. Wynika to z faktu, iż orzeczenie kończące postępowanie z art. 189 k.p.c.²², z chwilą wydania którego dokonuje się formalna zmiana płci, wywołuje skutki *ex nunc*. Od momentu urodzenia aż do momentu sądowej korekty płci osoba transseksualna posiada zatem inną płeć niż ta, stwierdzona wyrokiem sądu. Skoro więc świadectwo pracy potwierdza okres zatrudnienia, w którym dana osoba funkcjonowała jako reprezentant płci przeciwnej do tej, do której teraz przynależy, nie ma podstaw do tego, by wpisywać w nim nowe imię i nazwisko. Wniosek o sprostowanie świadectwa pracy dotyczy tylko tych informacji, które zostały tam zamieszczone niezgodnie ze stanem faktycznym lub które nie zostały tam umieszczone, chociaż powinny były²³, natomiast zmiana treści świadectwa pracy następuje jedynie w przypadku orzeczenia sądu stwierdzającego niezgodność z prawem rozwiązania umowy o pracę z pracownikiem bez wypowiedzenia z jego winy (art. 97 § 3 k.p.). Sądowa korekta płci nie uzasadnia zatem, w obowiązującym systemie prawnym, odwołania się do żadnej z dwu wskazanych wyżej możliwości, tak, jak nie uzasadnia sprostowania aktu urodzenia, którego treść zostaje jedynie uzupełnieniu poprzez wskazanie „nowej” płci na drodze wzmianki dodatkowej. Osoba transseksualna jest w konsekwencji zmuszona do posługiwania się świadectwem pracy ujawniającym rozbieżność między

²¹ Por. W. Dynarski, A. Grodzka, L. Podobińska, Tożsamość płciowa – zagadnienia medyczne, społeczne i prawne, w: A. Śledzińska-Simon, Prawa osób transseksualnych. Rozwiązania modelowe a sytuacja w Polsce, Warszawa 2010, s. 30.

²² Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. 1964 Nr 43 poz. 296 ze zm.).

²³ Por. F. Małyśz, Wydanie i sprostowanie świadectwa pracy, „Służba Pracownicza” 8/2007, s. 9.

plicią w nim wskazaną, a płcią wynikającą na przykład z danych zawartych w jej dowodzie tożsamości czy numerze PESEL oraz faktycznie pełnionymi rolami społecznymi. I choć przepisy zakładają jednoczesne posługiwanie się w obrocie prawnym dokumentami stwierdzającymi płeć sprzed zmiany (np. właśnie świadectwem pracy) wraz z odpisem aktu urodzenia zaopatrzoną w stosowną wzmiankę dodatkową, to taki stan prawny nie tylko implikuje łatwość dyskryminacji ze względu na sam fakt zmiany płci²⁴, ale staje się przede wszystkim źródłem dyskomfortu psychicznego dla osób, które pomimo prawnego usankcjonowania przynależności do danej płci, zapewniającej ich integralność cielesną, psychiczną i społeczną, nadal muszą ujawniać swą płeć metrykalną.

Ochrona osób transpłciowych na etapie rozwiązania stosunku pracy

Do dyskryminacji osób transpłciowych może również dojść na etapie rozwiązania stosunku pracy, a jej przejawem będzie zwolnienie pracownika ze względu na tożsamość płciową, w szczególności osoby transseksualnej ze względu na korektę płci, której dokonała. Jak uznał bowiem Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie *P. przeciwko S.*²⁵, zwolnienie z pracy osoby z powodu planowanej lub zrealizowanej korekty płci oznacza jej mniej korzystne traktowanie, w tym konkretnym przypadku w porównaniu z osobami należącymi do płci, którą przed zmianą reprezentowała. Wynika to z faktu, iż zakres stosowania przepisów równościowych nie może być zawężony do dyskryminacji z powodu przynależności do jednej lub drugiej płci, ale musi obejmować także dyskryminację związaną z jej zmianą. Taka dyskryminacja jest bowiem głównie, czy nawet wyłącznie, oparta o kryterium płci.

W praktyce, duże znaczenie dla ochrony osób transseksualnych przed nierównym traktowaniem na etapie rozwiązywania stosunku pracy będzie miała również kwestia różnicowania wieku emerytalnego kobiet (60 lat)

²⁴ Por. M. Gadomska, Zmiana płci nie ma wpływu na świadectwo pracy, „Rzeczpospolita” z 19.06.2009 r., http://finanse.wp.pl/kat,7026,title,Zmiana-plci-nie-ma-wplywu-na-swia-dectwo-pracy,wid,11235164,wiadomosc_prasa.htm?ticaid=1b0c9.

²⁵ Orzeczenie TSUE z dnia 30 kwietnia 1996 r., C-13/94, P. v. S. and Cornwall County Council, <http://eurlex.europa.eu/Notice.do?pos=1&hwords=P.+v.+S.+and+Cornwall+County+Council-&page=1&lang=en&pgs=10&nbl=2&list=212232:cs,207750:cs&checktexte=checkbox&visu=#texte>.

i mężczyzn (65 lat) w powszechnym systemie zabezpieczenia społecznego w Polsce. Zróznicowanie takie jest zgodne z obowiązującym w tej kwestii prawem unijnym, bowiem na podstawie art. 7 ust. 1 lit. a dyrektywy 79/7/EWG²⁶ państwa członkowskie są uprawnione do odmiennego ustalenia wieku emerytalnego w oparciu o kryterium płci dla celów przyznania rent i emerytur oraz skutków z tego wynikających w odniesieniu do innych świadczeń. Uprawnienie takie potwierdza również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE²⁷. W związku z tym, pomimo ustawowego zrównania w wielu krajach członkowskich UE wieku uprawniającego do nabycia świadczeń z państwowych systemów zabezpieczenia społecznego, w Polsce różny wiek emerytalny kobiet i mężczyzn uznawany jest nadal za przejaw zgodnego z konstytucyjną zasadą niedyskryminacji płciowej uprzywilejowania wyrównawczego, służącego zmniejszeniu faktycznych nierówności²⁸. Wyjątek ten musi być jednak interpretowany ściśle, co oznacza, iż w świetle dyrektywy niedopuszczalne jest tworzenie aktów normatywnych, które, różnicując wiek emerytalny w oparciu o płeć, pozbawiają prawa do świadczeń emerytalnych osoby, które zgodnie z warunkami określonymi przez prawo krajowe poddały się operacji zmiany płci na żeńską²⁹. Zakaz dyskryminacji płciowej wymaga także, by rozwiązanie stosunku pracy z kobietą (a więc również z osobą transseksualną typu M/K), tylko i wyłącznie ze względu na osiągnięcie przez nią wieku uprawniającego do świadczeń emerytalnych, w przypadku, gdy jest on niższy niż wiek emerytalny mężczyzny, uznać właśnie za przejaw nierównego

²⁶ Dyrektywa 79/7/EWG z dnia 19 grudnia 1978 r. w sprawie stopniowego wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego (Dz. U. L 6 z 10.01.1979, s. 24).

²⁷ Por. orzeczenie TSUE z dnia 12 lipca 2001 r., C-157/99, B.S.M. Geraets-Smits v Stichting Ziekenfonds VGZ and H.T.M. Peerbooms v Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, 12.07.2001, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999J0157:EN:HTML>.

²⁸ Por. m.in. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 marca 1987 r., sygn. akt P 2/87, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w latach 1986–1995, t. 1, lata 1986–1988, s. 78; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 lipca 2010 r., sygn. akt K 63/07, <http://www.trybunal.gov.pl/OTK/otk.htm>.

²⁹ Por. orzeczenie TSUE z dnia 27 kwietnia 2006 r., C-423/04, Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions, 27.04.2006, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0423:EN:HTML>.

traktowania opartego o kryterium płci³⁰. Z pozoru neutralny warunek osiągnięcia wieku emerytalnego w przypadku jego niezrelatywizowania do płci zmienia bowiem swój charakter, gdy spojrzeć na niego przez pryzmat ustawowego zróżnicowania wieku emerytalnego, które w konsekwencji prowadzi, w sytuacji rozwiązania stosunku pracy z kobietą, do gorszego jej traktowania, skoro jest ona zmuszona zakończyć aktywność zawodową pięć lat wcześniej niż mężczyzna w analogicznej sytuacji³¹. W związku z tym, rozwiązanie stosunku pracy z transseksualną kobietą, wynikające z osiągnięcia przez nią wieku emerytalnego jako samodzielnej podstawy wypowiedzenia umowy o pracę, stanowić będzie przejaw pośredniej dyskryminacji ze względu na płeć.

Ochrona osób transpłciowych w zakresie kształtowania warunków zatrudnienia, awansu i szkoleń zawodowych

Ochrona osób transpłciowych w dziedzinie aktywności zawodowej obejmuje także sferę kształtowania warunków zatrudnienia, awansu oraz podnoszenia kwalifikacji zawodowych. W praktyce, potrzeba jej zapewnienia ujawnia się w sposób najbardziej wyraźny w obszarze ustalaniu warunków wynagradzania, bowiem w polskiej rzeczywistości prawnej sprawa o dyskryminację w zakresie kształtowania warunków pracy dotyczy w głównej mierze właśnie tego aspektu³².

Wyeliminowaniu przejawów dyskryminacji płacowej w stosunkach pracy, oprócz art. 18^{3b} § 1 pkt 2 k.p., służy stypulacja art. 18^{3c} § 1 k.p., zgodnie z którą „pracownicy mają równe prawo do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości”. Ze sposobu sformułowania prawa do równego wynagrodzenia wynika, iż musi być ono ujmowane w kontekście pracy jednakowej lub pracy o jednakowej wartości, przy czym pojęcia te mają jakościowy charakter w tym sensie,

³⁰ Por. m.in. orzeczenie TK z dnia 29 września 1997 r., sygn. akt K 15/97, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w roku 1997, s. 367; orzeczenie TK z dnia 24 września 1991 r., sygn. akt Kw 5/91, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w latach 1986–1995, t. 3, lata 1991–1992, s. 51; wyrok TK z dnia 28 marca 2000 r., sygn. akt K 27/99, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w 2000 r., część I, s. 259.

³¹ Por. M. T. Romer, op. cit., s. 125.

³² Por. A. Zwolińska, Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu, „Serwis Prawno-Pracowniczy: profesjonalny tygodnik służb kadrowych” 15/2010, s. 50.

iż dotyczą wyłącznie natury faktycznie wykonywanych czynności³³. Prace jednakowe to prace świadczone na takich samych stanowiskach z takim samym zakresem obowiązków³⁴, natomiast pojęcie pracy o równej wartości ustawodawca krajowy definiuje poprzez wskazanie podstawowych jej mierników: kwalifikacji zawodowych, ale tylko tych, potwierdzonych dokumentami przewidzianymi w odrębnych przepisach lub praktyką i doświadczeniem, odpowiedzialności oraz wysiłku. Przez odpowiedzialność w tym kontekście należy rozumieć rodzaj i zakres negatywnych konsekwencji wywołanych niewłaściwym wykonywaniem prac danego rodzaju i grożące za niedopełnienie obowiązków pracownikowi sankcje, natomiast przez wysiłek – zarówno wysiłek fizyczny, jak i psychiczny³⁵. Osoba transpłciowa będzie mogła zatem skutecznie powołać się na zarzut naruszenia jej prawa do równego wynagrodzenia jedynie w przypadku, gdy jednakowa wartość prac wykazana zostanie w wyniku jednoczesnego zastosowania wszystkich wskazanych kryteriów.

Należy zauważyć, że zakres pojęcia wynagrodzenia jest na gruncie antydyskryminacyjnych przepisów polskiego kodeksu pracy, podobnie zresztą jak w systemie prawnym UE, bardzo szeroki. Wynagrodzenie obejmuje bowiem wszystkie składniki, „bez względu na ich nazwę i charakter, a także inne świadczenia związane z pracą, przyznawane pracownikom w formie pieniężnej lub innej formie niż pieniężna” (18^{3c} § 2 k.p.). Obejmuje ono także, co ciekawe w kontekście uwag na temat zróżnicowanego wieku emerytalnego kobiet i mężczyzn w powszechnym systemie zabezpieczenia społecznego, świadczenia wypłacane w ramach pracowniczych systemów emerytalnych³⁶. Podejście takie implikuje konieczność zrównania wieku emerytalnego dla potrzeb zawodowych systemów ubezpieczenia społecznego. W związku z tym, wiek emerytalny w III filarze, niezależnie od płci, ustalono w Polsce na 60. rok życia.

³³ Por. orzeczenie TSUE z dnia 26 czerwca 2001 r., C-381/99, Susanna Brunnhofer v Bank der österreichischen Postsparkasse AG., <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999J0381:EN:HTML>.

³⁴ Por. A. Zwolińska, op. cit., s. 58.

³⁵ Por. K. Kędziora, K. Śmiszek, op. cit., s. 79.

³⁶ Zob. m.in. dyrektywa 2006/54/WE.

Ciężar dowodu w sprawach o dyskryminację w zatrudnieniu

Każde różnicowanie przez pracodawcę sytuacji pracowników w wymienionych powyżej przypadkach, oparte na innych niż obiektywne kryteriach, uznane zostanie za naruszenie nakazu równego traktowania w zatrudnieniu (art. 18^{3b} § 1 k.p.). By uwolnić się od zarzutu dyskryminacji, będzie on musiał udowodnić, że decyzja w przedmiocie odmowy nawiązania stosunku pracy, niekorzystnego ukształtowania warunków zatrudnienia czy pominięcia pracownika przy awansowaniu była uzasadniona obiektywnymi czynnikami (mogącymi wystąpić tak po stronie pracodawcy – m.in. potrzeby i cele przedsiębiorstwa, jak i po stronie pracownika – elastyczność, staż pracy czy kwalifikacje zawodowe³⁷), w związku z czym, nie doszło do naruszenia nakazu równego traktowania. Ciężar dowodu przerzucony zostaje więc na pracodawcę, co służyć ma ochronie słabszej zazwyczaj w relacjach pracodawca – pracownik pozycji tego ostatniego. Należy pamiętać jednak, iż warunkiem *sine qua non* przeniesienia ciężaru dowodu w sprawach o dyskryminację w zatrudnieniu jest uprawdopodobnienie przez pracownika podnoszonego zarzutu³⁸.

Kontratypy dyskryminacji w zatrudnieniu

Bezprawność działań pracodawcy wyłączy także jedna z przesłanek enumeratywnie wyliczonych w art. 18^{3b} § 2 pkt 1–4 k.p. W tych przypadkach, różnicowanie sytuacji pracowników ze względu na cechy prawnie chronione, w tym płeć, nie będzie stanowiło dyskryminacji. Jako wyjątek od nakazu równego traktowania w zatrudnieniu, przesłanki te powinny być jednak interpretowane wąsko.

³⁷ Por. orzeczenie TSUE z dnia 27 października 1993 r., C – 127/92, Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0127:EN:HTML>.

³⁸ Wymóg taki nie wynika *explicite*, w przeciwieństwie do antydyskryminacyjnych regulacji UE, z brzmienia art. 183b § 1 k.p. Za jego wykładnią w oparciu o relewantne przepisy unijnych dyrektyw przemawia jednakże dbałość o właściwe osiągnięcie założonych w nich celów, a zatem potrzeba zapewnienia, by ochrona przed nierównym traktowaniem w zatrudnieniu nie prowadziła do nieuzasadnionego zarzucania pracodawcom dyskryminacji. Por. K. Kędziora, K. Śmiszek, *op. cit.*, s. 63.

Odmowa zatrudnienia ze względu na cechę decydującą o możliwości wykonywania pracy

Nie jest uważana za naruszenie zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu odmowa nawiązania stosunku pracy z osobą charakteryzującą się cechą prawnie chronioną na gruncie art. 18^{3a} § 1 k.p., jeżeli rodzaj pracy lub warunki jej wykonywania sprawiają, iż cecha ta staje się rzeczywistym i decydującym wymaganiam zawodowym. Niezatrudnienie osoby transseksualnej, usprawiedliwione potrzebą świadczenia pracy przez przedstawicieli płci przeciwnej, nie będzie zatem uznane za naruszające nakaz równego traktowania. Potrzeba taka musi jednak wynikać z rodzaju pracy, warunków jej wykonywania lub związanych z nią wymagań zawodowych. Chodzi więc o kontekst wykonywania, również środowiskowy, pracy oraz o te zajęcia, których właściwe wykonywanie zależy od posiadania określonej cechy osobowościowej³⁹. Mogą bowiem wystąpić rodzaje prac, do których świadczenia dopuszczeni zostaną jedynie przedstawiciele określonej płci. Czasem, przekonanie takie jest kształtowane przez wyobrażenia i oczekiwania klientów, a zatem określonej społeczności. Jeżeli decyzje pracodawcy w tym przedmiocie będą się pokrywały z dominującym w społeczeństwie przeświadczeniem o podziale ról zawodowych na męskie i kobiece, to, jak twierdzą niektórzy przedstawiciele doktryny, zarzut dyskryminacji „na podstawie płci jako zabronionej przesłanki różnicowania pracowników, nie będzie mógł się ostać”⁴⁰. Taki pogląd, w świetle równościowych przepisów, tak polskich, jak i unijnych, wydaje się jednak uzasadniony o tyle, o ile preferencje społeczne, jako podstawa ograniczania dostępu do niektórych zawodów w oparciu o przynależność do jednej lub drugiej płci, znajdują, co do zasady, potwierdzenie w obowiązującym systemie prawa. Zdarzają się bowiem sytuacje, w których to na mocy decyzji ustawodawcy, płeć zostaje wskazana jako czynnik determinujący możliwość wykonywania określonych zawodów lub rodzajów prac. Za przykład może służyć rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 września 1996 r. w sprawie wykazu prac szczególnie uciążliwych lub szkodliwych dla zdrowia kobiet⁴¹. Zgodnie z nim przedstawicielki płci żeńskiej, również te, jak można sądzić, które

³⁹ Por. *ibidem*, s. 163.

⁴⁰ A. M. Świątkowski, *op. cit.*, s. 77–78.

⁴¹ Dz. U. 1996 Nr 114 poz. 545 ze zm.

przynależność taką uzyskały w wyniku prawnej korekty płci, nie powinny wykonywać m.in. prac związanych z wysiłkiem fizycznym, prac w drganiach i hałasie czy prac pod ziemią. Zakaz zatrudniania kobiet przy wyżej wymienionych pracach sformułowany w art. 176 k.p. wiąże pracodawcę w sposób bezwzględny, tak na etapie nawiązywania stosunku pracy jak i w trakcie jego trwania, niezależnie od zgody pracownicy. W świetle jego kategorycznego charakteru rodzi się pytanie o konsekwencje prawnej korekty płci z męskiej na żeńską, dokonanej przez stronę stosunku pracy w czasie jego trwania? Przy braku wyraźnego uregulowania przez ustawodawcę tej kwestii można założyć, że *mutatis mutandis*, znajdzie do niej zastosowanie rozwiązanie stosowane w przypadku zawarcia z kobietą umowy, przewidującej jej zatrudnienie przy pracy wzbronionej. Prawna korekta płci dokonana przez transseksualną pracownicę nie pociągałaby automatycznie nieważności zawartej wcześniej przez nią umowy o pracę, ale wymagałaby skorygowania jej treści przez pracodawcę poprzez niezwłoczne przeniesienia kobiety do innej dozwolonej pracy, zgodnej z jej kwalifikacjami. Gdyby to nie nastąpiło, ma ona prawo odmówić wykonywania pracy wzbronionej, a odmowa taka nie może być zakwalifikowana jako naruszenie obowiązków pracowniczych. W przypadku niemożności skorygowania treści umowy o pracę przez pracodawcę z powodu braku właściwego stanowiska pracy, powinien on rozwiązać z pracownicą umowę o pracę za wypowiedzeniem i wypłacić jej za okres wypowiedzenia należne wynagrodzenie⁴².

O ile takie szczególne rozwiązanie, służące ochronie zdrowia kobiety, nie może być uznane za dyskryminacyjne ograniczenie jej praw w sferze zatrudnienia, o tyle dużo kontrowersji budzi *ratio legis* wyłączenia możliwości realizacji zawodowej osób transseksualnych w niektórych dziedzinach, m.in. zamknięcie im dostępu do zawodowej służby wojskowej. W rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z dnia 25 czerwca 2004 r. w sprawie orzekania o zdolności do czynnej służby wojskowej oraz trybu postępowania wojskowych komisji lekarskich w tych sprawach⁴³, transseksualizm został bowiem wskazany *expressis verbis* wśród chorób i ułomności uwzględnianych przy ocenie zdolności fizycznej i psychicznej

⁴² Por. Z. Salwa, Zakaz zatrudniania kobiet przy pracach wzbronionych, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 9/2000, s. 23.

⁴³ Dz. U. 2004 Nr 151 poz. 1595 ze zm.

do czynnej służby wojskowej jako przesłanka negatywna. Transseksualne osoby, nawet cieszące się dobrą kondycją ogólną, nie będą mogły zatem zostać przyjęte do służby wojskowej z powodu „defektów” budowy ciała, niezależnie od faktu przeprowadzenia chirurgicznej rekonstrukcji narządów płciowych. Stanowi to wątpliwą podstawę oceny przydatności kandydata do służby wojskowej i powinno zostać uznane za przejaw stereotypowego myślenia, będącego źródłem uprzedzeń i dyskryminacji osób transseksualnych. Należałoby się zastanowić, czy utrzymywanie tak zarysowanego wyjątku od zasady równego traktowania w zatrudnieniu, opartego o kryterium tożsamości płciowej, w świetle dokonującego się postępu społecznego i naukowego, jest ciągle proporcjonalne i konieczne?⁴⁴

Zmiana warunków zatrudnienia w zakresie wymiaru czasu pracy

Drugim wyjątkiem od zakazu dyskryminacji jest możliwość dokonania przez pracodawcę wypowiedzenia zmieniającego w zakresie czasu pracy, gdy u jego podstaw leżą przyczyny niedotyczące pracowników. Zatem dobór określonej grupy osób, nawet, gdyby w znacznej części były to osoby transpłciowe, którym pracodawca zmienił warunki zatrudnienia w odniesieniu do czasu pracy, nie będzie uznany za przejaw dyskryminacji, jeśli udowodni, iż kierował się przesłankami nieodnoszącymi się do tej grupy pracowników⁴⁵. Pracodawca musi więc wykazać, że wśród powodów uzasadniających takie działanie znajdowała się trudna sytuacja ekonomiczna, niezbędne zmiany organizacyjne czy techniczne, a nie sposób kreacji wizerunku przez osobę transgenderową czy zmiana płci dokonana przez transseksualnego mężczyznę.

Ochrona rodzicielstwa, wiek lub niepełnosprawność pracownika

Obowiązujące przepisy prawa pracy dążą do wyrównywania pozycji kobiet i mężczyzn w zatrudnieniu, a jednym ze sposobów osiągnięcia tego celu

⁴⁴ Por. orzeczenie TSUE z dnia 15.05.1986, C-222/84, Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984J0222:EN:HTML>.

⁴⁵ Por. A. M. Świątkowski, op. cit., s. 78.

jest przyznanie im takich samych uprawnień związanych z pełnieniem obowiązków rodzicielskich. W związku z tym, osoby transseksualne mają prawo do takiego samego traktowania jak inni pracownicy w zakresie korzystania z tych uprawnień, które w równym stopniu przyznawane są bez względu na płeć, a zatem na przykład do urlopu wychowawczego czy zwolnień od pracy z powodu konieczności opieki na małymi dziećmi. Nieco inaczej sytuacja będzie się kształtowała jedynie w odniesieniu do tych przywilejów, które przyznawane są wyłącznie kobietom w związku z ciążą lub macierzyństwem, czyli m.in. w odniesieniu do urlopu macierzyńskiego, przerw w pracy na karmienie piersią czy zakazu wykonywania przez kobiety w ciąży lub karmiące piersią niektórych prac. Uprawnienia te służą bowiem ochronie biologicznego stanu kobiety w czasie ciąży i krótko po niej oraz szczególnej relacji między matką a dzieckiem, która mogłaby być zakłócona koniecznością szybkiego powrotu do pracy⁴⁶, w związku z czym niemożność skorzystania z nich nie będzie mogła być podniesiona jako dyskryminacja zarówno przez transseksualnego mężczyznę (bowiem równouprawnienie płci w stosunkach pracy nie może być odczytywane jako dyrektywa przestrzegania mechanicznej równości i stosowania jednakowych kryteriów bez względu na płeć w każdej sytuacji⁴⁷) jak i przez transseksualną kobietę, która z przyczyn biologicznych nie może zająć w ciążę⁴⁸. Z analogicznych powodów nie będzie stanowiło dyskryminacji szczególne traktowanie wynikające z art. 177–179 k.p.

⁴⁶ Por. orzeczenie TSUE z dnia 12 lipca 1984 r., C-184/83, Ulrich Hofmann v. Barmer Ersatzkasse, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61983J0184:EN:HTML>.

⁴⁷ Por. A. M. Świątkowski, op. cit., s. 50.

⁴⁸ Należy jednak zdawać sobie sprawę, iż w obowiązującym stanie prawnym, który *express verbis* nie łączy sądowej korekty płci z obowiązkiem przeprowadzenia zabiegów adaptujących w postaci usunięcia wewnętrznych narządów płciowych, możliwym jest, by biologiczną zdolności zajścia w ciążę zachowała osoba transseksualna typu K/M. Teoretycznie więc przywileje, które służą ochronie organizmu w związku z ciążą i jego regeneracji po porodzie przysługiwałyby osobie, której prawna płeć została określona jako męska. Sytuacja taka, choć mało prawdopodobna w przypadku osób transseksualnych w związku z ich dążeniem do uzyskania pełnej zbieżności między płcią psychiczną i płcią fizyczną, pociąga za sobą brak pewności prawnej w systemie normatywnym opartym na dychotomicznym podziale na mężczyzn i kobiety. Stanowić to powinno argument na rzecz wprowadzenia kompleksowej regulacji statusu tej szczególnej mniejszości, która, niemniej jednak, przy rozwiązywaniu poruszanej kwestii odwoływać się powinna do innych środków niż przymusowa chirurgiczna zmiana płci.

Kolejnymi, oprócz konieczności ochrony rodzicielstwa, zaakceptowanymi przez ustawodawcę kryteriami dyferencjacji pracowników są wiek i niepełnosprawność. Obie przesłanki będą zatem wyłączały dyskryminacyjny charakter działań, u których podstaw leżyły. Szczególnie istotne znaczenie w tym kontekście, w świetle wcześniejszych rozważań o różnym dla kobiet i mężczyzn wieku uprawniającym do świadczeń z powszechnego systemu emerytalnego, będzie miał dla ochrony praw osób transseksualnych sformułowany w art. 39 k.p. zakaz wypowiedzania umów o pracę pracownikom w okresie czterech lat przed osiągnięciem przez nich wieku emerytalnego, gdy okres zatrudnienia uprawnia ich do nabycia prawa do emerytury. Ochrona ta dotyczy w takim samym zakresie transseksualnych mężczyzn i transseksualnych kobiet jak i pozostałych przedstawicieli płci, którą reprezentują oni po sądowej jej korekcie. Za bezprawne należy zatem uznać rozwiązanie stosunku pracy z transseksualną kobietą w okresie, o którym mowa art. 39 k.p. wynikające z przeświadczenia pracodawcy, że osoba taka nadal pozostaje mężczyzną, w związku z czym nie osiągnęła jeszcze, podlegającego prawnej ochronie, wieku „przedemerytalnego”.

Staż pracy jako podstawa różnicowania pracowników

Katalog dopuszczonych wyłączeń od zasady równego traktowania w zatrudnieniu z art. 18^{3b} § 2 k.p. zamyka staż pracy. W zasadzie, jest on uważany przez ustawodawcę za obiektywne kryterium różnicowania sytuacji pracowników we wszystkich kwestiach regulowanych kodeksem pracy. Implikuje to upoważnienie pracodawcy do swobodnego, w oparciu o nie, ustalania warunków zatrudnienia, zasad zwalniania pracowników, ich wynagradzania i awansowania oraz kształtowania dostępu do szkoleń zawodowych⁴⁹. Osoba transpłciowa o krótszym stażu pracy nie będzie zatem mogła skutecznie powołać się na zarzut naruszenia wobec niej zasady niedyskryminacji w zatrudnieniu w przypadku gdy pracodawca chcąc, na przykład, wzmocnić więź z firmą najdłużej zatrudnionych pracowników, właśnie im zapewni bardziej korzystne traktowanie przy awansowaniu lub kształtowaniu warunków zatrudnienia.

⁴⁹ Por. A. M. Świątkowski, op. cit., s. 79.

Dopuszczalność działań wyrównawczych

Zgodnie z art. 18^{3b} § 3 k.p. „nie stanowią naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu działania podejmowane przez określony czas, zmierzające do wyrównania szans wszystkich lub znacznej liczby pracowników wyróżnionych z jednej lub kilku przyczyn określonych w art. 18^{3a} § 1 k.p., przez zmniejszenie na korzyść takich pracowników faktycznych nierówności”, w zakresie w nim określonym. Takie asymetryczne podejście do zasady równości, silnie zakorzenione w systemie prawnym UE, implikuje możliwość odmiennego traktowania jednostek, w zależności od tego, czy grupa, do której należą, była w przeszłości dyskryminowana, by umożliwić niwelację jej negatywnych skutków na etapie nawiązywania lub rozwiązywania stosunku pracy, kształtowania warunków wynagrodzenia i innych warunków pracy, awansowaniu lub dostępie do szkoleń zawodowych poprzez przedsięwzięcie stosownych środków. Ustawodawca nie precyzuje przy tym, jakie kroki mogą być w tym celu podejmowane, pozostawiając swobodę decyzji pracodawcom, partnerom społecznym czy władzom administracyjnym. Nie określa także ram czasowych możliwych działań, wskazując jedynie, że są one podejmowane przez określony czas, który uzależniony jest, jak się wydaje, od ich efektów. Programy wyrównawcze powinny być więc realizowane do momentu osiągnięcia założonego celu, a zatem wyrównania szans pracowników⁵⁰. W polskiej rzeczywistości prawnej działania pozytywne, również na rynku pracy, obejmują w zdecydowanej części środki zmierzające do zapewniania równości kobiet i mężczyzn. Nie ma jednak formalnych przeszkód, by objąć nimi i inne kategorie podmiotów, w tym osoby transpłciowe, jeśli wykazać, że osoby, na rzecz których działania takie zostały podjęte, należą do grupy społecznej uprzednio dyskryminowanej (w tym przypadku ze względu na swą tożsamość płciową) oraz że wszyscy lub znaczna część pracowników zaliczonych do tej właśnie wyodrębnionej grupy była dotychczas dyskryminowana w stosunkach pracy⁵¹. Wymaga to jednak stopnia dojrzałości społecznej, który przy obecnym poziomie zainteresowania i zrozumienia dla spraw tej grupy, tak w skali całego społeczeństwa, jak i w środowisku LGBT, wydaje się być nieosiągalny w najbliższej perspektywie czasowej.

⁵⁰ Por. *ibidem*, s. 80–81.

⁵¹ Por. *ibidem*, s. 81.

Wyznanie lub religia jako dopuszczone przesłanki różnicowanego traktowania pracowników

Ostatni wyjątek od zasady równego traktowania w zatrudnieniu, *expressis verbis* dopuszczony przez ustawodawcę w art. 18^{3b} § 4 k.p., wskazuje na wyznania i religię jako dozwolone kryteria różnicowania sytuacji pracowników, tylko jednak, gdy łącznie spełnione zostaną dwie przesłanki. Pierwsza dotyczy kręgu podmiotów upoważnionych do podejmowania tego typu działań – jedynie w przypadku kościołów, związków wyznaniowych lub organizacji, których cel działalności pozostaje w bezpośrednim związku z religią lub wyznaniem, przyjęcie środków skutkujących różnicowaniem sytuacji pracowników w wyniku zastosowania wskazanych kryteriów będzie usprawiedliwione. Druga przesłanka wymaga zaś, by wyznanie lub religia stanowiły istotny, uzasadniony i usprawiedliwiony wymóg zawodowy, przy czym może to wynikać tak z natury samej aktywności, jak i z kontekstu, w jakim ma być ona podejmowana. Przepis ten nie może być w żadnym wypadku interpretowany rozszerzająco, a zatem w sposób, który pozwalałby na objęcie nim innych niż religia i wyznanie kryteriów⁵². Oznacza to, że w jego świetle nie będzie można uznać za usprawiedliwione różnicowanie sytuacji osób zatrudnionych przez organizację o religijnym profilu działalności, ze względu na ich tożsamość płciową.

Konsekwencje naruszenia praw osób transpłciowych w zatrudnieniu

Istotnym aspektem zakazu dyskryminacji osób transpłciowych jest problematyka jego naruszenia. Ustawodawca krajowy, zgodnie z art. 183d k.p., zdecydował się na wprowadzenie w takim przypadku sankcji w postaci odpowiedzialności odszkodowawczej. Przepis ten gwarantuje osobie, wobec której naruszona została zasada równego traktowania w zatrudnieniu, za sam fakt jego wystąpienia, odszkodowanie nie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę, bez wskazywania górnej jego granicy. Implikuje to uzależnienie jego wysokości od, wykazanego w postępowaniu dowodowym, stopnia naruszenia przez pracodawcę zakazu dyskryminacji lub też uzgodnień między stronami sporu.

⁵² Por. K. Kędziora, K. Śmiszek, op. cit., s. 182–183.

Warto podkreślić, że uprawniony do ubiegania się o odszkodowanie jest nie tylko pracownik pozostający w zatrudnieniu, ale także osoba, z którą, wskutek naruszenia zasady równego traktowania, nie doszło do nawiązania stosunku pracy⁵³. Natomiast podmiotem ponoszącym odpowiedzialność odszkodowawczą za wszelkie przejawy dyskryminacji w zakładzie pracy będzie zawsze pracodawca. To on pozostaje bowiem stroną stosunku pracy zobowiązaną do przeciwdziałania przejawom nierównego traktowania w zatrudnieniu (art. 94 pkt 2b k.p.).

Naruszenie prawa osób transpłciowych do niedyskryminacji otwiera im drogę także do dochodzenia, innych niż odszkodowanie z art. 18^{3d} k.p., roszczeń.

W przypadku noszącego cechy dyskryminacji rozwiązania za wypowiedzeniem umowy o pracę na czas nieokreślony, pracownik może żądać stwierdzenie bezskuteczności wypowiedzenia, a jeśli umowa uległa już rozwiązaniu, przywrócenia do pracy na poprzednich warunkach albo odszkodowania (art. 45 § 1 k.p.). Natomiast, gdy do naruszenia dochodzi wskutek rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia, pracownikowi „przysługuje roszczenie o przywrócenie do pracy na poprzednich warunkach albo o odszkodowanie” (art. 56 § 1 k.p.). Należy wyraźnie zaznaczyć, że reżim prawa pracy nie przewiduje roszczenia o nawiązanie stosunku pracy w przypadku dyskryminacji, skutkiem której była odmowa jego nawiązania.

Ochronie praw osób transpłciowych w zatrudnieniu służą także przepisy kodeksu pracy, przewidujące uprawnienie pracownika do rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia oraz do odpowiedniego odszkodowania w przypadku ciężkiego naruszenia przez pracodawcę podstawowych obowiązków wobec pracownika (art. 55 § 1¹ k.p.).

W sytuacji gdy nierówne traktowanie osób transpłciowych wynika z postanowień umowy o pracę lub innych aktów, na podstawie których powstaje stosunek pracy, w ich miejsce stosuje się odpowiednie przepisy prawa pracy, a w razie ich braku – dyskryminacyjne postanowienia należy zastąpić innymi, pozbawionymi takiego charakteru (art. 18 § 3 k.p.). Oznacza to, że osoba transpłciowa, której warunki zatrudnienia są gorsze niż warunki zatrudnienia osób wykonujących porównywalną pracę, może dochodzić przed sądem ukształtowania treści jej

⁵³ Por. M. T. Romer, op. cit., s. 181–182.

stosunku pracy, przy czym przedmiotowa decyzja sądu będzie wywierała skutki *ex nunc*⁵⁴.

Ochrona osób transpłciowych przed działaniami odwetowymi

Ochrona praw osób transpłciowych w zatrudnieniu obejmuje także gwarancję realizacji przysługujących im uprawnień z tytułu równego traktowania bez jakichkolwiek negatywnych konsekwencji w sferze zatrudnienia, a cel ten realizuje norma wyrażona w art. 18^{3e} § 1 k.p. Zgodnie z nią, podjęcie przez pracownika środków służących ochronie przed przejawami dyskryminacji nie może być podstawą jego niekorzystnego traktowania, w szczególności nie może skutkować rozwiązaniem z nim stosunku pracy. Co ciekawe, ustawodawca zdecydował się na objęcie takim samym zakresem ochrony również pracownika, który udzielił w jakiegokolwiek formie wsparcia osobie korzystającej z uprawnień z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu (art. 18^{3e} § 2 k.p.). Rozwiązanie takie świadczy o randze tej zasady na gruncie prawa pracy, ale ma także swoje bardziej praktyczne implikacje. Służy bowiem wyeliminowaniu obawy przed negatywnymi skutkami działań podjętych przez pracownika celem ochrony przed dyskryminacją⁵⁵, a więc zapewnieniu efektywności mechanizmowi antydyskryminacyjnemu. Szczególna doniosłość takiej regulacji ujawnia się właśnie w przypadku nierównego traktowania ze względu na kwestie tak delikatne jak tożsamość płciowa. Każde rozwiązanie prawne, które przyczynić się może do zwiększenia poziomu akceptacji społecznej dla sposobu ekspresji płciowej osób transpłciowych oraz przysługujących im z tego tytułu praw, także na drodze wyeliminowania obaw przed negatywnymi konsekwencjami udzielenia im wsparcia w ich dochodzeniu, należy ocenić pozytywnie.

Podsumowanie

Sposób sformułowania zasady równego traktowania w przepisach odnoszących się do sfery aktywności zawodowej, w tym w szczególności w kodeksie pracy, dowodzi, że ma ona charakter fundamentalny także

⁵⁴ Por. A. Zwolińska, op. cit., s. 65–66.

⁵⁵ Por. M. T. Romer, op. cit., s. 183–184.

w obszarze zatrudnienia. Obowiązujący mechanizm antydyskryminacyjny, co do zasady w sposób właściwy realizujący unijne i międzynarodowe zobowiązania Polski, nie zwalnia jednak organów władzy publicznej ze starannego wypełniania ciężącego na nich obowiązku ochrony jednostki przed naruszeniem jej praw i wolności. Jak wskazują bowiem badania, znaczna większość osób transpłciowych uważa, że otwarte przyznanie się przez nie do takiej czy innej formy przekraczania zakorzenionych w świadomości społecznej wyobrażeń na temat tego co kobiece, a co męskie, będzie skutkowało pozbawieniem ich równych szans na rynku pracy⁵⁶. Świadczy to o trudnościach z implementacją, zagwarantowanych na poziomie ustawowym, środków ochrony przed dyskryminacją tej kategorii osób, co, jak się wydaje, jest korelatem niewielkiego poziomu zrozumienia dla problemów osób transpłciowych w życiu społecznym, politycznym i gospodarczym. Zapewne głównych tego przyczyn należy upatrywać w braku otwartości na sprawy tej specyficznej mniejszości, nieuchronnie pociągającym za sobą jej marginalizację i brak akceptacji oraz w stosunkowo niedużej skali opisywanego zjawiska⁵⁷. Nieznacznym, z punktu widzenia statystyki, problem jest niemniej jednak, gdy idzie o jego aspekt jakościowy, niezwykle poważny, szczególnie w przypadku osób transseksualnych, u których rozdźwięk między płcią biologiczną i psychiczną wywołuje silne pragnienie akceptacji społecznej w roli zgodnej z ich tożsamością płciową. Akceptacji społecznej uzyskiwanej także na drodze prawnego usankcjonowania odczuwanej indywidualnie przynależność do określonej płci poprzez sądową jej korektę. Na każdym z etapów odzyskiwania prawnej, społecznej i cielesnej integralności osoba transseksualna powinna podlegać ochronie w zatrudnieniu przed działaniami, które mogą naruszyć jej prawa i wolności w sposób arbitralny. To, na ile, przy zastosowaniu istniejących instrumentów omówionych powyżej, spolaryzowany system prawa, odwołujący się do płci jako kategorii

⁵⁶ Por. Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States: Part II – The Social Situation, http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA_hdgso_report_Part%202_en.pdf.

⁵⁷ Nie ma wiarygodnych danych na temat liczby osób transpłciowych, w tym transseksualnych, w Polsce. Źródła podają najczęściej, iż transseksualizm typu K/M dotyczy 1 na ok. 100 tys. osób, natomiast transseksualizm typu M/K – 1 na ok. 30 tys. Por. Transseksualiści przerywają milczenie, <http://www.homoseksualizm.org.pl/index.php/transseksualisci-przerywaja-milczenie/>.

ciągłe relewantnej, jest w stanie zapewnić ogółowi osób transpłciowych odpowiedni poziom bezpieczeństwa prawnego, uznać należy za jeden z najważniejszych wyznaczników rozwoju społecznego.

Aleksandra Szczerba

DOKTORANTKA W KATEDRZE PRAWA EUROPEJSKIEGO,

WYDZIAŁ PRAWA I ADMINISTRACJI UNIwersYTETU MIKOŁAJA KOPERNIKA

W TORUNIU

ROZDZIAŁ II

Postępowania sądowe o dyskryminację osób LGBT w zatrudnieniu – wybrane problemy

Wstęp

Zatrudnienie to jedyna dziedzina życia w Polsce, w której nie tylko od kilku lat obowiązuje zasada równego traktowania osób LGBT zgodna z europejskimi standardami, ale także zapewniony jest wysoki poziom ochrony przed dyskryminacją. Zasada równości jest jedną z podstawowych zasad prawa pracy, zgodnie z art. 11³ kodeksu pracy (dalej: k.p.)⁵⁸ jakakolwiek dyskryminacja w zatrudnieniu, w szczególności ze względu na płeć, wiek,

⁵⁸ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, Dz. U. z 1998 r., Nr 21, poz. 94, z późn. zm.

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 w niepełnym wymiarze czasu pracy – jest niedopuszczalna. Przepisy rozdziału IIa k.p. konkretyzują zasadę równego traktowania w zatrudnieniu, odnosząc ją do nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych⁵⁹.

Wydaje się, że wprowadzone w k.p. definicje dyskryminacji bezpośredniej, pośredniej, molestowania, molestowania seksualnego, zachęcania do dyskryminacji, a także otwarty katalog przesłanek, z powodu których zakazana jest jakakolwiek dyskryminacja, nałożenie na pracodawcę obowiązku przeciwdziałania dyskryminacji, tzw. odwrócony ciężar dowodu, oraz tzw. zakaz działań odwetowych, stanowią znaczne udogodnienia dla pracowników i kandydatów na pracowników podejmujących działania na rzecz ochrony swoich praw. Niestety, statystyki pokazują, że pracownicy i kandydaci na pracowników bardzo rzadko wstępują na drogę sądową z roszczeniami opartymi o zarzut stosowania dyskryminacji z różnych względów. Sądy rejonowe w Polsce prowadziły takich spraw odpowiednio: w 2005 r. – 170, w 2006 r. – 238, w 2007 r. – 262, w 2008 r. – 910, w 2009 r. – 321⁶⁰. W roku 2009 do Państwowej Inspekcji Pracy wpłynęło 34,9 tys. skarg (wraz z wnioskami o przeprowadzenie kontroli), ale jedynie 2% z nich dotyczyło dyskryminacji i mobbingu⁶¹. Z pewnością jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy jest niska świadomość prawna społeczeństwa. Z doświadczeń Stowarzyszenia Kampania Przeciw Homofobii (dalej: KPH) wynika, że często przeszkodą w wystąpieniu z roszczeniem o naru-

⁵⁹ Przepisy k.p. dotyczące równego traktowania obowiązują od dnia 1 stycznia 2004 r., ale mogą mieć zastosowanie również do zdarzeń, które miały miejsce przed tą datą. Zakaz retroakcji nie dotyczy bowiem sytuacji, gdy jakieś zdarzenie prawne miało miejsce w przeszłości w czasie obowiązywania dawnych norm prawnych, lecz skutki tego zdarzenia trwają w okresie wejścia w życie norm nowo ustanowionych, Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 2005 r., sygn. II PK 265/2005.

⁶⁰ T. Zalewski: *Dyskryminowani w pracy rzadko idą do sądu*, Rzeczpospolita Nr 85/2010, s. C1. Statystyki dostępne na stronie internetowej: <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/statystyki/statystyki-2010/>.

⁶¹ Sprawozdanie Głównego Inspektora Pracy z działalności Państwowej Inspekcji Pracy w 2009 r., tekst dostępny na stronie internetowej: http://www.pip.gov.pl/html/pl/sprawozd/09/pdf/sprawo_09.pdf.

szenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu jest nieznaną nie tylko przepisów antydyskryminacyjnych k.p. ale także zasad postępowania sądowego⁶². **Nieznaną przepisów antydyskryminacyjnych** dotyczy również samych pracodawców, a to na nich ustawodawca nałożył obowiązek przeciwdziałania dyskryminacji w zakładzie pracy. Po drugie, wejście w spór z pracodawcą dla wielu może oznaczać brak możliwości dalszego zatrudnienia u niego, a poszukiwanie nowej pracy, biorąc pod uwagę sytuację ekonomiczno-gospodarczą kraju, wiąże się często ze zbyt dużym ryzykiem. Po trzecie natomiast, w odniesieniu do osób LGBT duże znaczenie ma **ukrywanie swojej orientacji w miejscu pracy** i obawa przed koniecznością jej ujawnienia w postępowaniu sądowym. Wielu gejów i wiele lesbijek, mimo doświadczania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w miejscu pracy, nie decyduje się na wystąpienie z powództwem przeciwko pracodawcy licząc, iż informacja o ich orientacji nie dotrze do szerszego grona osób.

Statystyki sądowe nie zawierają wskazań odnośnie wszystkich przesłanek, z powodu których najczęściej dochodzi do dyskryminacji, wyróżniają one jedynie sprawy związane z zarzutem molestowania seksualnego. Brak też informacji, ile z wszczętych postępowań zakończyło się ustaleniem, iż w danym miejscu pracy doszło do dyskryminacji. Dlatego też statystyki te nie odzwierciedlają skali problemu w zakresie zagwarantowania prawa do równego traktowania w zatrudnieniu, w szczególności w stosunku do osób LGBT.

Niniejsze opracowanie ma przede wszystkim na celu przybliżenie zasad procedury i postępowania sądowego o naruszenie zasady równego traktowania, czyli tzw. postępowania o dyskryminację. Zasady te odnoszą się do postępowań o dyskryminację w zatrudnieniu w ogóle, bez względu na podstawę dyskryminacji, jednak ich analiza zostanie przeprowadzona z uwzględnieniem szczególnej sytuacji osób LGBT. Prezentowane procedury, regulacje i zasady dotyczą zarówno pracownika jak i kandydata na pracownika, którzy stali się ofiarami dyskryminacji.

⁶² Oczywiście utrzymujący się wzrost liczby sądowych postępowań o dyskryminację na przełomie ostatnich lat może wskazywać na wzrost świadomości przepisów antydyskryminacyjnych wśród pracowników.

Osoby LGBT w opinii publicznej

Wśród przyczyn dyskryminacji ogromne znaczenie odgrywiają stereotypy, uprzedzenia i niewiedza. Dyskryminacja osób LGBT w zatrudnieniu bardzo często motywowana jest uprzedzeniami i homofobią. Z ostatnich badań w roku 2010 wynika, że w społeczeństwie dominuje (86%) opinia, że homoseksualizm jest odstępstwem od normy, przy czym większość osób, które tak sądzą (63%), uważa, że należy go tolerować, a jedna czwarta (23%), że nie wolno. Zaledwie 8% badanych uznaje homoseksualizm za coś normalnego. Wprawdzie wzrosła liczba Polaków, którzy podają, iż znają jakiegoś geja lub lesbijkę⁶³, jednak większość dorosłych (64%) nie akceptuje publicznych występów gejów i lesbijek, natomiast niespełna jedna trzecia (30%) uważa, że powinni oni mieć do tego prawo. Od grudnia 2005 roku, kiedy poziom przyzwolenia zauważalnie się zwiększył, obserwuje się dość stabilny stosunek Polaków do publicznych manifestacji osób o orientacji homoseksualnej. Niemal dwie trzecie badanych (64%) jest zdania, że pary homoseksualne nie powinny mieć prawa do pokazywania publicznie swojego stylu życia, natomiast ponad jedna czwarta (29%) wyraża przeciwną opinię. Dane te nakreślają warunki, w jakich funkcjonują osoby LGBT. Ponad dwie piąte badanych (44%) twierdzi, że są profesje, których nie powinni wykonywać geje, nieco mniejsza grupa (36%) uważa, że istnieją zawody, w których nie powinny pracować lesbijki. Jednocześnie przeważa przeświadczenie, że pracowników homoseksualnych traktuje się gorzej (45%); ponad jedna czwarta ankietowanych (28%) uważa natomiast, że na równi z innymi.

Postrzeganie osób LGBT w społeczeństwie jest bardzo istotne dla zagwarantowania realizacji zasady równego traktowania. Badania KPH oraz Stowarzyszenia Lambda Warszawa z roku 2002⁶⁴, a więc jeszcze przed wejściem w życie przepisów k.p. o równym traktowaniu, wykazały, że przeważająca część ankietowanych ukrywa swoją orientację seksualną wobec pracodawców i współpracowników z obawy przed dyskryminacją. Dyskryminacja ta przejawiała się zazwyczaj w formie nieprzyjemnego ostracyzmu towarzyskiego w związku z ujawnieniem orientacji seksualnej,

⁶³ Badanie CBOS: Postawy wobec gejów i lesbijek, Warszawa 2010.

⁶⁴ Raport o nietolerancji i dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w Polsce, Warszawa 2003.

żartów na ten temat, dokuczania. W jednostkowych przypadkach w związku z ujawnioną orientacją seksualną utrudniano pracownikom wykonywanie obowiązków służbowych (np. zabronienie przez dyrekcję prowadzenia nauczycielowi lekcji o tolerancji wobec osób homoseksualnych na lekcjach wiedzy o społeczeństwie i godzinach wychowawczych). Badania prowadzone w latach 2005–2006⁶⁵ wskazują, że najczęstszymi przejawami dyskryminacji z jakimi stykają się osoby LGBT w miejscu pracy są: stawianie pracownikowi/kandydatowi o homoseksualnej orientacji zdecydowanie wyższych wymagań niż innym pracownikom/kandydatom, odmowa awansu, zwolnienie z pracy lub odmowa zatrudnienia na etapie poszukiwania pracy. Badani podnosili również problem ukrywania orientacji przed pracodawcą i współpracownikami. Podobne wnioski płyną z badań prowadzonych przez Pracownię Teorii Zmiany Społecznej IS UW w roku 2008⁶⁶. Wynika z nich, że 85% respondentów unika ujawniania swojej orientacji seksualnej, i w 49% przypadków dotyczy to sytuacji zawodowych. Oczywiście z jednej strony orientacja seksualna jest traktowana jako coś intymnego, o czym można mówić tylko najbliższemu, dlatego jej ujawnienie w miejscu pracy dla wielu może nie być istotne z punktu widzenia ich sytuacji zawodowej. Jednak ukrywanie swojej orientacji w miejscu pracy ma wbrew pozorom ogromne konsekwencje. Orientacja seksualna wiąże się z życiem prywatnym, nie rozmawianie o niej oznacza, że nie mówi się też o całej sferze związanej z relacją z partnerem/partnerką czy też nierzadko również o swoich przyjaciółach (gejach i lesbijkach), sposobach spędzania wolnego czasu. Sprowadza się to do unikania odpowiedzi na wiele pytań – o sposób spędzania wolnego czasu czy też relacje towarzyskie. Tymczasem w polskiej kulturze pracy przyjęte jest opowiadanie o swoim życiu prywatnym, rodzinie. W związku z tym osoby, które tego nie robią, przeważnie nie nawiązują bliskich więzi z innymi pracownikami i są traktowane jako odstające od grupy. Międzynarodowa Organizacja Pracy w swoim raporcie na temat równości w pracy wymienia formy dyskryminacji w miejscu pracy z powodu orientacji seksualnej: odmowa zatrudnienia, zwolnienia, odmowa awansu, niechciane żarty, komentarze o charakterze insynuacji,

⁶⁵ Sytuacja osób biseksualnych i homoseksualnych w Polsce. Raport za lata 2005 i 2006, pod red. M. Abramowicz, Warszawa 2007.

⁶⁶ M. Józko: Mniejszości seksualne w świetle badań ankietowych, (w:) Naznaczeni. Mniejszości seksualne w Polsce, raport 2008, pod red. I. Krzemińskiego, Warszawa 2009, s. 114–115.

przemoc słowna, złośliwe plotki, wyzwiska, prześladowanie, wiktymizacja, fałszywe oskarżenia o pedofilię, prześladowcze telefony, szantaż i groźby⁶⁷. MOP zwraca również uwagę na to, że poczucie zagrożenia i obawa przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną mogą prowadzić również do tzw. samowykluczania osób homoseksualnych z wykonywania określonych zawodów lub pracy w konkretnych zakładach pracy.

Jak przekonują doświadczenia klientów KPH, ujawnienie orientacji homoseksualnej w miejscu pracy prowadzi najczęściej do złamania zasady równego traktowania. W roku 2008 do zespołu prawnego KPH wpłynęło ok. 50 zapytań, w których najczęstszym problemem było molestowanie ze względu na orientację w miejscu pracy⁶⁸. Część problemów zgłaszanych przez klientów zespołu prawnego dotyczyła niezgodnego z prawem rozwiązania stosunku pracy w sprawach, w których w rzeczywistości powodem rozwiązania stosunku pracy była orientacja seksualna pracownika. W większości przypadków dyskryminowani pracownicy nie chcieli występować na drogę sądową przeciwko pracodawcy, a raczej szukali możliwości polubownego rozwiązania sporu, mimo że spory odsetek zatrudniających w ogóle nie ukrywa swojej niechęci do homoseksualnych pracowników. W roku 2009 zapytań prawnych było już ok. 60⁶⁹, co powtórzyło się także w roku 2010.

Obowiązki pracodawcy

Analizując kwestię dyskryminacji w zatrudnieniu osób LGBT, należy przypomnieć, iż ustawodawca nałożył na pracodawcę **obowiązek przeciwdziałania dyskryminacji** w zatrudnieniu, w szczególności ze względu

⁶⁷ Report of the Director-General „Equality at work: Tackling the challenges”, Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, 96th Session 2007, Report I (B), Geneva, cyt. za K. Kędziora, K. Śmiszek: *Dyskryminacja i mobbing w zatrudnieniu*, Warszawa 2010, s. 118.

⁶⁸ Podsumowanie działań prawników KPH w ramach projektu Monitoring Dyskryminacji Osób LGBT w Polsce w roku 2008, (w:) *Raport o homofobicznej mowie nienawiści w Polsce*, pod. red. G. Czarneckiego, Warszawa 2009.

⁶⁹ Podsumowanie działań prawników KPH w ramach projektu Monitoring Dyskryminacji Osób LGBT w Polsce w roku 2009, (w:) *Tęczowe rodziny w Polsce. Prawo a rodziny lesbijskie i gejowskie*, pod. red. M. Zimy, Warszawa 2010.

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 w niepełnym wymiarze czasu pracy (art. 94 § 2 b k.p.). 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 pracy. Jednym z podstawowych obowiązków pracodawcy jest również „wpływanie na kształtowanie w zakładzie pracy zasad współżycia społecznego” (art. 94 § 10 k.p.).

Z powyższego wynika obowiązek pracodawcy o zadbanie, aby w jego zakładzie pracy, zespole nie dochodziło do zachowań dyskryminacyjnych. Pracodawca nie tylko zobowiązany jest do powstrzymania się od podejmowania jakichkolwiek działań cechujących się naruszeniem zasady równego 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, jak również podejmować czynności naprawcze w sytuacji wystąpienia zdarzeń skutkujących naruszeniem zasady równego traktowania. Najprostszą formą przeciwdziałania dyskryminacji jest upowszechnianie wiedzy na temat istniejących przepisów prawa 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 dyskryminacji. Pracodawca powinien także zapewnić pracownikom skuteczne procedury domagania się przestrzegania ich praw, wprowadzając np. wewnętrzzakładowy regulamin antydyskryminacyjny. Realizacja w/w obowiązków pracodawcy w zakresie zasady równego traktowania ma duże znaczenie dla ustalenia w postępowaniu sądowym jego odpowiedzialności za dyskryminację.

Zakaz działań odwetowych

Jedną z obaw pracowników rozważających wystąpienie przeciwko pracodawcy z zarzutem dyskryminacji, jest obawa o negatywne konsekwencje dla swojej sytuacji w zakładzie pracy. Art. 18^{3e} k.p. przekonuje jednak, że

skorzystanie przez pracownika z uprawnień przysługujących z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu nie może być podstawą niekorzystnego traktowania pracownika, a także **nie może powodować jakichkolwiek negatywnych konsekwencji wobec pracownika**, zwłaszcza nie może stanowić przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie przez pracodawcę stosunku pracy lub jego rozwiązanie bez wypowiedzenia (**tzw. zakaz wiktyminacji**). Przez skorzystanie przez pracownika z uprawnień z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu należy rozumieć przede wszystkim dochodzenie przez niego odszkodowania, ale będą to także: domaganie się kontynuowania stosunku pracy, prawidłowego ukształtowania wynagrodzenia, dostępu do szkolenia. Działania te mogą być realizowane nie tylko w drodze postępowania sądowego. Co więcej, zakaz wiktyminacji stosuje się odpowiednio do pracownika, który udzielił w jakiegokolwiek formie wsparcia pracownikowi korzystającemu z uprawnień przysługujących z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu. Zatem przewidziano ochronę także innych osób, niż ofiara dyskryminacji. Ma to ogromne znaczenie w dowodowym postępowaniu sądowym, bowiem ułatwia powołanie na świadków współpracowników ofiary dyskryminacji, czy też osób z nią kojarzonych, które mogą być w posiadaniu cennych informacji, ale z obawy przed negatywnymi konsekwencjami boją się uczestniczyć w procesach o dyskryminację. W praktyce jednak, bardzo często współpracownicy ofiary dyskryminacji pracujący w dalszym ciągu u danego pracodawcy, którzy słyszeli, widzieli zachowania dyskryminacyjne, lub też posiadają informacje mające znaczenie dla ustalenia dyskryminacji, na przykład pocieszali ofiarę, rozmawiali z nią na temat zachowań dyskryminacyjnych, podczas zeznawania w procesie unikają odpowiedzi na pytania zasłaniając się niepamięcią. Boją się reakcji pracodawcy, często nie wiedzą o obowiązującym zakazie wiktyminacji, który dotyczy także ich, lub też po prostu nie chcą angażować się w spór. W odniesieniu do ofiar LGBT istotnym czynnikiem jest obawa współpracowników o skojarzenie z osobą homoseksualną, z postawą tolerancji (nawet sympatii) wobec mniejszości seksualnych. Mając na uwadze stosunek społeczeństwa do osób LGBT, czynnik ten w znaczący sposób utrudnia osobom LGBT wykazywanie dyskryminacji w zatrudnieniu.

Ustawodawca uznał za konieczne podkreślenie, iż zakaz wiktyminacji ma szczególne znaczenie w sprawach dotyczących molestowania i mole-

stowania seksualnego. Zgodnie z art. 18^{3a} § 7 k.p., podporządkowanie się przez pracownika molestowaniu lub molestowaniu seksualnemu, a także podjęcie przez niego działań przeciwstawiających się molestowaniu lub molestowaniu seksualnemu nie może powodować jakichkolwiek negatywnych konsekwencji wobec pracownika. Przepis tego artykułu jest dodatkowym (obok art. 18^{3e} k.p.) wzmocnieniem dla ochrony pracownika wobec działań odwetowych. Mimo, że w swojej treści nie przewiduje on objęcia zakazem działań odwetowych również osób wspierających ofiarę molestowania lub molestowania seksualnego, to jednak ochrona tak przysługuje im na podstawie omówionego powyżej art. 18^{3e} k.p.

Postępowanie o dyskryminację – zasady ogólne

Pracownik może dochodzić swoich roszczeń ze stosunku pracy na drodze sądowej, chociaż przed skierowaniem sprawy na drogę sądową może żądać wszczęcia postępowania pojednawczego przed komisją pojednawczą. Zgodnie z art. 243 k.p. pracodawca i pracownik **powinni dążyć do polubownego załatwienia sporu** ze stosunku pracy. Polubowne rozstrzygnięcie sporu (z wykorzystaniem instytucji t.j. postępowanie pojednawcze, mediacja, sąd arbitrażowy) może być szybsze niż postępowanie sądowe, charakteryzuje się mniejszym rygoryzmem procesowym, a przede wszystkim daje szansę na dalszą, prawidłową współpracę między stronami. Proces sądowy może bowiem doprowadzić do pogłębienia konfliktu między stronami, strony (a w każdym razie jedna z nich) mogą uzyskać satysfakcjonującą (przynajmniej częściowo) wyrok, jednak dalsza współpraca między nimi będzie wykluczona⁷⁰.

Postępowanie dotyczące naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu jest postępowaniem z zakresu prawa pracy, uregulowanym w księdze pierwszej, w dziale III kodeksu postępowania cywilnego⁷¹. Art. 476 § 1 kodeksu postępowania cywilnego (dalej: k.p.c.) stanowi, że przez sprawy z zakresu prawa pracy rozumie się: roszczenia ze stosunku pracy lub z nim związane, ustalenie istnienia stosunku pracy, jeżeli łączący strony

⁷⁰ K. Gonera: Mediacja według projektu zmian kodeksu postępowania cywilnego, (w:) Arbitraż i mediacja w prawie pracy, pod red. G. Goździewicza, Lublin 2005, s. 71.

⁷¹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 z późn. zm.

stosunek prawny, wbrew zawartej między nimi umowie, ma cechy stosunku pracy, roszczenia z innych stosunków prawnych, do których z mocy odrębnych przepisów stosuje się przepisy prawa pracy, odszkodowania dochodzone od zakładu pracy na podstawie przepisów o świadczeniach z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych. Spór na tle odszkodowania za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu jest **sporem ze stosunku pracy**. Wątpliwości pojawiają się w przypadku naruszenia, polegającego na odmowie nawiązania stosunku pracy, bo powstały na tym tle spór nie jest sporem między stronami stosunku pracy, co oznacza, iż nie jest to spór między pracownikiem a pracodawcą. Należy jednak uznać, iż jest to spór z zakresu prawa pracy, a jego podstawę stanowią przepisy k.p. Może być on uznany za spór związany ze stosunkiem pracy (art. 476 § 1 pkt 1 k.p.c.), bądź też za spór o roszczenia z innych stosunków prawnych (art. 476 § 1 pkt 2 k.p.c.), do których z mocy odrębnych przepisów stosuje się przepisy prawa pracy⁷².

Na wstępie tej części rozważań należy podkreślić, iż w polskim procesie cywilnym pracownik jest traktowany jako strona słabsza, a większość przepisów została wprowadzona w celu jak najpełniejszej ochrony jego praw. Według niektórych przedstawicieli doktryny w sprawach z zakresu prawa pracy mamy do czynienia z „instytucjonalną nierównością stron”⁷³. Zgodnie z art. 461 k.p.c. powództwo w sprawach z zakresu prawa pracy może być wytoczone bądź przed sąd właściwości ogólnej pozwanego, bądź przed sąd, w którego okręgu praca jest, była lub miała być wykonywana, bądź też przed sąd, w którego okręgu znajduje się zakład pracy. Jest to spore rozszerzenie zasady ogólnej dotyczącej właściwości miejscowej sądu, której celem jest wprowadzenie szerszego wyboru sądów dla dochodzących swych praw pracowników.

Do właściwości sądów rejonowych, bez względu na wartość przedmiotu sporu, należą sprawy z zakresu prawa pracy o ustalenie istnienia stosunku pracy, o uznanie bezskuteczności wypowiedzenia stosunku pracy,

⁷² Jeżeli sporem z zakresu prawa pracy jest także spór o roszczenie ze stosunku, do którego z mocy odrębnych przepisów stosuje się przepisy prawa pracy, to tym bardziej sporem takim jest spór mający naturę zobowiązaniową, który wprawdzie nie wynika ze stosunku pracy, ale jest bezpośrednio regulowany przez przepisy podstawowego aktu prawa pracy, jakim jest kodeks pracy, tak W. Sanetra: Komentarz do art. 18 3d k.p., LexPolonica.

⁷³ T. Liszcz: Kontradictoryjne postępowanie sądowe w sporach pracowniczych o zmianie k.p.c., PiZS 2005, nr 3, s. 21.

o przywrócenie do pracy i przywrócenie poprzednich warunków pracy lub płacy oraz łącznie z nimi dochodzone roszczenia o odszkodowanie w przypadku nieuzasadnionego lub naruszającego przepisy wypowiedzenia oraz rozwiązania stosunku pracy, a także sprawy dotyczące kar porządkowych i świadectwa pracy oraz roszczenia z tym związane. Zgodnie z ogólną zasadą do właściwości sądów okręgowych należą m. in. prawa majątkowe, w których wartość przedmiotu sporu przewyższa 75.000 zł. W pierwszej instancji w sprawach z zakresu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu oraz roszczeń z tym związanych orzeka jeden sędzia zawodowy jako przewodniczący i dwóch ławników⁷⁴.

Dla ofiar dyskryminacji – pracowników i kandydatów na pracowników – duże znaczenie może mieć możliwość działania w sprawie przez pełnomocnika. Ma to związek nie tylko z potrzebą profesjonalnego reprezentowania stanowiska pracownika, ale często wiąże się z trudnymi przeżyciami i doświadczeniami ofiar dyskryminacji, które obawiają się kontaktu z pracodawcą na sali sądowej. Pełnomocnikiem pracownika w postępowaniu o dyskryminację może być zgodnie z ogólną zasadą adwokat lub radca prawny oraz osoba pozostająca ze stroną w stałym stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia, współuczestnik sporu, jak również rodzice, małżonek, rodzeństwo lub zstępni strony oraz osoby pozostające ze stroną w stosunku przysposobienia (87 k.p.c.). Niestety, przepis ten nie daje możliwości, by pełnomocnikiem osoby o orientacji homoseksualnej był partner/partnerka. Jest to jeden z wielu przykładów bezpośredniej dyskryminacji osób LGBT, które poprzez brak uregulowania prawnego jednopłciowych związków partnerskich, nie mogą korzystać z praw przysługujących innym. Istotnym natomiast ułatwieniem jest możliwość przewidziana przez przepisy k.p.c., że pełnomocnikiem pracownika może być również przedstawiciel związku zawodowego lub inspektor pracy albo pracownik zakładu pracy, w którym mocodawca jest lub był zatrudniony.

⁷⁴ Od 7 października 2005 r. nie obowiązuje przepis, zgodnie z którym do orzekania w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych ławnikiem powinna być wybrana osoba wykazująca szczególną znajomość spraw pracowniczych oraz celów ubezpieczenia i potrzeb osób ubezpieczonych. Zgodnie z nowelizacją ustawy prawo o ustroju sądów powszechnych przygotowywaną przez rząd, na radnych gminy nałożono jednak ponownie obowiązek, by do orzekania w sprawach z zakresu prawa pracy wybierali osoby wykazujące się szczególną znajomością spraw pracowniczych.

Pracownicy i kandydaci na pracowników mogą składać do sądu wnioski o ustanowienie pełnomocnika (adwokata lub radcy prawnego) z urzędu. Zgodnie z zasadami k.p.c. strona zwolniona przez sąd od kosztów sądowych w całości lub części, może domagać się ustanowienia adwokata lub radcy prawnego. Osoba fizyczna, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, jeżeli złoży oświadczenie, z którego wynika, że nie jest w stanie ponieść kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny. Wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego strona zgłasza wraz z wnioskiem o zwolnienie od kosztów sądowych lub osobno, na piśmie lub ustnie do protokołu, w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy. Sąd uwzględni wniosek, jeżeli udział adwokata lub radcy prawnego w sprawie uzna za potrzebny. Niestety, często sądy odmawiają ustanowienia pełnomocnika z urzędu w sporach pracowniczych, wskazując na i tak duże udogodnienia i ułatwienia oraz szczególnie pomocną rolę sądu w tych postępowaniach. Znowelizowany od 19 kwietnia 2010 r. przepis art. 117³ § 3 k.p.c. daje stronie możliwość wskazania we wniosku o pełnomocnika z urzędu z imienia i nazwiska adwokata lub radcy prawnego⁷⁵. Kwestia ta ma szczególne znaczenie dla osób LGBT. Z doświadczeń klientów KPH wynika, że ważnym czynnikiem w doborze adwokata lub radcy prawnego jest zaufanie do nich, które wiąże się z poglądami pełnomocników na sprawy orientacji homoseksualnej. Jakkolwiek adwokaci i radcowie prawni mają obowiązek podejmowania działań wyłącznie w interesie klienta, to jednak dla osób LGBT ważna jest akceptacja ze strony pełnomocników. Tymczasem niewielu pełnomocników wyraża gotowość reprezentowania osób LGBT w postępowaniach sądowych. Adwokaci i radcowie prawni odmawiają prowadzenia spraw z udziałem osób LGBT tłumacząc, iż nie znają się na specyfice problemów tej grupy społecznej. Często taka postawa może się wiązać się z uprzedzeniami i obawą stygmatyzacji w środowisku prawniczym (prawnik *gay friendly*).

Pracownik działający bez adwokata lub radcy prawnego może zgłosić w sądzie właściwym **ustnie do protokołu powództwo oraz treść**

⁷⁵ Właściwa okręgowa rada adwokacka lub rada okręgowej izby radców prawnych, w miarę możliwości i w porozumieniu ze wskazanym adwokatem lub radcą prawnym, wyznaczy adwokata lub radcę prawnego wskazanego przez stronę.

środków odwoławczych i innych pism procesowych. To kolejna ważna cecha postępowania o dyskryminację, możliwość ustnego zgłaszania wniosków dowodowych czy oświadczeń składanych przez pracownika odformalizowuje w pewnym stopniu postępowanie. Z tego też względu sądy często uznają niestety, że udział pełnomocnika z urzędu w sprawie nie jest konieczny.

Niezwłocznie po wniesieniu sprawy przewodniczący lub wyznaczony przez niego sędzia dokonuje jej wstępnego badania. **Wstępne badanie sprawy** polega na ustaleniu, czy pismo wszczynające postępowanie sądowe spełnia niezbędne wymagania, pozwalające nadać mu dalszy bieg oraz na podjęciu czynności umożliwiających rozstrzygnięcie sprawy na pierwszym posiedzeniu. Po wstępnym badaniu sprawy przewodniczący wzywa do usunięcia braków formalnych pisma tylko wówczas, gdy braki te nie dadzą się usunąć w toku czynności wyjaśniających. Jest to zdecydowane uproszczenie wymagań formalnych w zakresie wnoszonych do sądu pism. Jeśli przemawiają za tym wyniki wstępnego badania sprawy, sąd podejmie czynności wyjaśniające. Sąd może je podjąć także wtedy, gdy sprawa nie była przedmiotem postępowania przed komisją pojednawczą, chyba że czynności te nie przyspieszą postępowania lub są niecelowe z innych przyczyn.

Czynności wyjaśniające przeprowadza się bez udziału ławników i mają one na celu usunięcie braków formalnych pism procesowych, w tym w szczególności dokładniejsze określenie zgłoszonych żądań, wyjaśnienie stanowisk stron oraz skłonienie ich do pojednania i zawarcia ugody, ustalenie, jakie z istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności są sporne między stronami oraz czy i jakie dowody należy przeprowadzić w celu ich wyjaśnienia, wyjaśnienie innych okoliczności, mających znaczenie dla prawidłowego i szybkiego rozstrzygnięcia sprawy. Czynności wyjaśniające służą przede wszystkim nadaniu sprawie szybszego i sprawniejszego biegu, gdzie większy ciężar decyzyjny ciąży na sędzie, a nie na samych stronach. Postulat szybkości postępowania uwzględnia również art. 471 k.p.c., zgodnie z którym termin rozprawy powinien być wyznaczony tak, aby od daty zakończenia czynności wyjaśniających, (a jeżeli nie podjęto tych czynności – od daty wniesienia pozwu lub odwołania), do rozprawy nie upłynęło więcej niż dwa tygodnie, chyba że zachodzą nie dające się usunąć przeszkody. Termin ten ma jednak tylko instrukcyjny charakter, jego przekroczenie przez sąd nie powoduje żadnych skutków prawnych.

Niestety, od roku 2005 nie obowiązuje wyjątek od zasady dyspozycyjności i związania sądu żądaniem strony, który miał ogromne znaczenie praktyczne dla ochrony praw pracownika. Oznaczał on, że pracownik, który nie zna najczęściej przepisów prawa musiał tylko określić, nawet ogólnie, w najprostszych słowach, czego żąda i przedstawić fakty, na których opiera swoje żądanie. Sąd miał wtedy obowiązek orzekania o wszystkich roszczeniach, które wynikają z przytoczonych przez pracownika faktów, także o roszczeniach, które nie zostały objęte żądaniem lub też zgłoszone w mniejszym wymiarze. Obecnie, **przewodniczący** jedynie **poucza** pracowników o roszczeniach wynikających z przytoczonych przez nich faktów. Z jednej strony obowiązek pouczenia pracownika przez przewodniczącego należy uznać za znaczne ułatwienie w dochodzeniu swoich praw, jednak z drugiej trzeba pamiętać, że w głównej mierze od tego, na ile komunikatywnie i rzetelnie przewodniczący będzie dokonywał tych pouczeń, zależeć będzie, czy pracownicy je zrozumieją i potrafią z nich skorzystać⁷⁶.

Koszty postępowania o dyskryminację

Zgodnie z dyspozycją art. 96 ust. 1 pkt 4 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych⁷⁷, **nie ma obowiązku uiszczenia kosztów sądowych** pracownik wnoszący powództwo lub strona wnosząca odwołanie do sądu pracy i ubezpieczeń społecznych, z zastrzeżeniem art. 35 i 36. Zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy, w sprawach z zakresu prawa pracy, wszczętych przez pracownika, których przedmiotem jest ochrona praw niemajątkowych, a także w sprawach o prawa majątkowe, w których wartość przedmiotu sporu nie przewyższa 50 000 zł, nie pobiera się od pracownika opłaty od pozwu. Opłatę podstawową w kwocie 30 złotych pobiera się wyłącznie od apelacji, zażalenia, skargi kasacyjnej i skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia. Jednakże w sprawach, w których wartość przedmiotu sporu przewyższa kwotę 50 000 złotych, pobiera się od wszystkich podlegających opłacie pism procesowych opłatę stosunkową. Opłatę stosunkową pobiera się w sprawach o prawa majątkowe; wynosi

⁷⁶ T. Liszcz: Kontradiktoryjne postępowanie sądowe w sporach pracowniczych o zmianie k.p.c., op. cit., s. 21.

⁷⁷ Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. – Koszty sądowe w sprawach cywilnych, Dz. U. z 2005 r., Nr 167, poz. 1398, z późn. zm.).

ona 5 % wartości przedmiotu sporu lub przedmiotu zaskarżenia, jednak nie mniej niż 30 złotych i nie więcej niż 100 000 złotych. Dlatego pracownik dochodzący odszkodowania z tytułu naruszenia zasady równego traktowania musi liczyć się z wniesieniem opłaty od pozwu, jeśli żądana przez niego kwota przewyższa 50.000 zł. Wydatki sądu, np. należności świadków, biegłych, tłumaczy, związane z czynnościami podejmowanymi w trakcie postępowania wszczętego przez pracownika, ponosi **tymczasowo Skarb Państwa**. W orzeczeniu kończącym postępowanie sąd rozstrzyga, która ze stron pokryje je ostatecznie. Niezależnie od wydatków sądu, pracownik może zostać obciążony kosztami zastępstwa procesowego pozwanego pracodawcy, jeśli sąd uzna, że roszczenie pracownika nie zasługuje na uwzględnienie. Warto również wskazać, że zasądzając należność pracownika w sprawach z zakresu prawa pracy, sąd z urzędu nadaje wyrokowi **rygor natychmiastowej wykonalności** w części nieprzekraczającej pełnego jednomiesięcznego wynagrodzenia pracownika.

Udział organizacji społecznych

Postępowania o naruszenie zasady równego traktowania wciąż jeszcze należą do rzadkości. Brak występowania z roszczeniami przez ofiary dyskryminacji powoduje, że sądy nie mają jeszcze ugruntowanej linii orzeczniczej w tego typu sprawach. Orzecznictwo Sądu Najwyższego na temat zasady równego traktowania w zatrudnieniu również nie jest bogate. Stąd też duża rola w realizacji zasady równego traktowania przypada organizacjom pozarządowym posiadającym ekspercką wiedzę na temat prawa antydyskryminacyjnego. Zgodnie z art. 61 k.p.c. organizacje społeczne, do których zadań statutowych należy ochrona równości oraz niedyskryminacji przez bezpodstawne bezpośrednio lub pośrednio różnicowanie praw i obowiązków obywateli, mogą w sprawach o roszczenia z tego zakresu wytaczać za zgodą obywateli powództwa na ich rzecz oraz, za zgodą powoda, wstępować do postępowania w każdym jego stadium⁷⁸.

⁷⁸ W sprawach o roszczenia alimentacyjne oraz w sprawach o ochronę konsumentów organizacje społeczne, których zadanie statutowe nie polega na prowadzeniu działalności gospodarczej, mogą wytaczać powództwa na rzecz obywateli. Organizacje społeczne, do których zadań statutowych należy ochrona środowiska, ochrona konsumentów albo ochrona praw własności przemysłowej, mogą w sprawach z tego zakresu wstąpić, za zgodą powoda, do postępowania w każdym jego stadium.

Ponadto, na podstawie 63 k.p.c., organizacje społeczne, które nie uczestniczą w sprawie, mogą przedstawiać sądowi **istotny dla sprawy pogląd** wyrażony w uchwale lub oświadczeniu ich należycie umocowanych organów. „Opinia przyjaciela sądu” (tzw. *amicus curiae*) pomaga sądowi w kompleksowym rozpoznaniu sprawy, z uwzględnieniem argumentów oraz poglądów, które niekoniecznie mogą być przedstawione przez strony w postępowaniu. W sprawach z zakresu prawa pracy organizacje społeczne, a także inspektorzy pracy mogą powodować wszczęcie postępowania na rzecz pracowników. Prawo organizacji społecznych do wszczęcia postępowania na rzecz pracowników oraz wstępowania do toczącego się postępowania, nie jest uzależnione od członkostwa w organizacji osoby, na rzecz której ta organizacja działa⁷⁹. Organizacje działające na rzecz równości posiadają niezbędną wiedzę, wrażliwość i doświadczenie w sprawach dotyczących dyskryminacji, dlatego ich udział po stronie pracownika w sporze z pracodawcą jest nieoceniony. Organizacja przyłączająca się do postępowania działa w nim na prawach strony, może składać wnioski dowodowe, przesłuchiwać świadków, przedstawiać sądowi stanowiska.

Warto zaznaczyć w tym miejscu, że w celu rozpoznawania zjawisk dyskryminacji i stosowania za nie sankcji, istotnym uprawnieniem dla organizacji pozarządowych powinna być możliwość wytaczania powództw w interesie publicznym w sytuacji braku możliwego do zidentyfikowania pokrzywdzonego, czyli gdy ma miejsce bezprawne działanie, a nie ma konkretnej osoby, która tego doświadcza (tzw. *actio popularis*). Niestety, obowiązująca od 1 stycznia br. ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów UE z zakresu równego traktowania⁸⁰ w Polsce nie wprowadziła zapisu umożliwiającego organizacjom wytaczanie powództw w interesie publicznym.

Postępowanie dowodowe. Ciężar dowodu

Jak wspomniano, postępowanie w sprawach o dyskryminację charakteryzuje się pewnymi odrębnościami w stosunku do ogólnych zasad postępowania cywilnego. Oprócz omówionych powyżej, do najważniejszych należą:

⁷⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2000 r., sygn. II UKN 556/2000, odnoszące się do osób ubezpieczonych.

⁸⁰ Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów UE z zakresu równego traktowania, Dz. U z 2010 r., Nr 254, poz. 1700.

przeniesiony ciężar dowodu oraz rola sądu w postępowaniu dowodowym. Koncepcja ciężaru dowodu (*onus probandi*) dotyczy możliwości uznania przez sąd za stwierdzone jedynie tych faktów, które zostały dowiedzione i nieuwzględnienia tych faktów, które dowiedzione nie zostały. Zgodnie z ogólną zasadą rozłożenia ciężaru dowodu między stronami, wynikającą z art. 6 kodeksu cywilnego⁸¹, **ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne**. Zatem każda ze stron ma obowiązek dowiedzenia przytaczanych faktów, z których wywodzi dla siebie korzystne skutki prawne. Ponadto, zgodnie z art. 232 k.p.c. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, ale jednocześnie sąd może dopuścić dowód niewskazany przez stronę. Sąd Najwyższy wielokrotnie wyjaśnił, że wynikająca z art. 232 zdanie drugie k.p.c. możliwość dopuszczenia dowodu z urzędu stanowi jedynie wspierające uprawnienie sądu. Może być ono wykorzystywane tylko w szczególnie wyjątkowych sytuacjach. Nie może zaś prowadzić do zastępowania stron w spełnianiu ich obowiązków⁸². Sąd podejmuje z urzędu inicjatywę dowodową jedynie w sytuacjach szczególnych. Uprawnienie sądu do dopuszczenia dowodu z urzędu nie oznacza, iż decyzja o skorzystaniu przez sąd z przyznanej mu inicjatywy dowodowej została pozostawiona dowolnemu uznaniu składu orzekającego. Zarówno literatura, jak i orzecznictwo, akceptując potrzebę wyjątkowego stosowania art. 232 zdanie drugie k.p.c., wskazują szczególne sytuacje, w których sąd powinien skorzystać z uprawnienia dopuszczenia dowodu z urzędu. Sąd powinien skorzystać z przysługującej mu inicjatywy dowodowej w razie rażącej nieporadności strony działającej bez adwokata lub radcy prawnego, której – wobec niepodjęcia przez nią właściwych czynności mimo stosownych pouczeń sądu – grozi naruszenie interesu podlegającego szczególnej ochronie. Sąd, wyposażony w uprawnienie, a nie obowiązek dopuszczenia dowodów niewskazanych przez strony, korzysta z niego, kierując się własnym rozeznaniem i oceną, czy zebrany w sprawie materiał

⁸¹ Zgodnie z art. 300 k.p. w sprawach nie unormowanych przepisami prawa pracy do stosunku pracy stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli nie są one sprzeczne z zasadami prawa pracy.

⁸² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2000 r. sygn. V CKN 175/2000 z glosą W. Broniewicza; Przegląd Sądowy 2003/3 str. 141, Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2004 r. I PK 293/2003, Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 2000 r. III CZP 4/2000 r.

jest dostateczny do jej rozstrzygnięcia. Ocena sądu w tym zakresie podlega oczywiście kontroli instancyjnej. Skorzystanie z możliwości dopuszczenia z urzędu dowodu niewskazanego przez stronę jest uprawnieniem sądu zmierzającego do wymierzenia sprawiedliwości w sposób rzetelny, zgodny z ustalonym stanem faktycznym opartym o prawidłową ocenę dowodów oraz prawem materialnym mającym do niego zastosowanie, jeżeli nie prowadzi do naruszenia bezstronności sądu, a w szczególności nie jest działaniem dokonanym wyłącznie w interesie jednej ze stron.

Tymczasem sąd pracy dysponuje o wiele większą swobodą w zakresie postępowania dowodowego. Już podczas przeprowadzania czynności wyjaśniających może ustalić, czy i jakie dowody przeprowadzić. Postanowienie określające środki dowodowe i fakty podlegające stwierdzeniu może zapaść na posiedzeniu niejawnym. W sprawach dyskryminacyjnych obowiązuje ponadto specjalna zasada rozłożenia ciężaru dowodu pomiędzy stronami, stanowiąca odstępstwo od ogólnej zasady wskazanej powyżej.

Za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu, uważa się różnicowanie przez pracodawcę sytuacji pracownika z jednej lub kilku przyczyn określonych w art. 18^{3a} § 1 k.p., którego skutkiem jest w szczególności: odmowa nawiązania lub rozwiązanie stosunku pracy, niekorzystne ukształtowanie wynagrodzenia za pracę lub innych warunków zatrudnienia albo pominięcie przy awansowaniu lub przyznawaniu innych świadczeń związanych z pracą, pominięcie przy typowaniu do udziału w szkoleniach podnoszących kwalifikacje zawodowe – **chyba, że pracodawca udowodni, że kierował się obiektywnymi powodami**. Sformułowanie „**chyba, że**” oznacza, że to na pracodawcy spoczywa ciężar wykazania, że nie doszło do dyskryminacji, chociaż może ono nie być jasne i zrozumiałe dla pracowników. Zasada przeniesionego (odwróconego) ciężaru dowodu przewiduje, że sąd powinien uznać, że doszło do dyskryminacji, jeżeli powód wykaże, że było to prawdopodobne. W związku z tym, nawet w przypadku gdy powód nie dowiedzie dyskryminacji przed sądem, a jedynie przedstawi fakty, na podstawie których sąd będzie mógł wywnioskować, że do niej doszło, sąd powinien uznać, że doszło do dyskryminacji, chyba, że pozwany podważy słuszność tego wniosku. Aby wykazać, że doszło do dyskryminacji, powodowi wystarczy zatem **uprawdopodobnienie wystąpienia dyskryminacji**. Wykazanie prawdopodobieństwa może nastąpić poprzez właściwe wnioskowanie, czyli dowodzenie faktów, na podstawie których można przyjąć, że istotnie

doszło do dyskryminacji. Wnioskowania, na których może oprzeć się sąd stanowią zwykle **domniemania faktyczne**, czyli oparte na doświadczeniu życiowym przekonanie sądu, że w typowym przebiegu wydarzeń określone postępowanie mogło mieć związek z działaniem. Sąd może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów (art. 231 k.p.c.).

Pracownik lub kandydat na pracownika bardzo często nie ma możliwości dowiedzenia dyskryminacji „ponad racjonalną wątpliwość”, ponieważ w większości przypadków osoba będąca ofiarą dyskryminacji nie ma dostępu do informacji niezbędnych do jej udowodnienia.

Przykładowo pracownik nie ma dostępu do porównywalnych decyzji pracodawcy odnośnie innych pracowników ani uzasadnienia tych decyzji, co uniemożliwia mu dowiedzenie przed sądem, że został potraktowany w sposób odmienny od innych pracowników właśnie ze względu na swoje pochodzenie rasowe lub płeć. Dlatego bardziej racjonalne jest, by to pracodawca ponosił ciężar udowodnienia, że za odmiennym traktowaniem pracownika stały inne obiektywne przyczyny, niezwiązane z pochodzeniem rasowym, płcią, niepełnosprawnością czy orientacją seksualną. W przypadku gdy pozwany istotnie potraktował powoda odmiennie ze względu na czynniki nie związane z dyskryminacją, jest on najlepiej przygotowany, by to wykazać, ujawniając informację, do których posiada wyłączny dostęp.

Warto podkreślić, iż o tym czy domniemanie dyskryminacji zostanie przyjęte przez sąd decydują okoliczności konkretnej sprawy. Możliwość wywnioskowania dyskryminacji należy do rozstrzygnięć faktycznych podejmowanych przez sąd w zależności od okoliczności konkretnej sprawy na podstawie całości zebranego materiału dowodowego. Zgodnie z art. 233 § 1 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Ocena dowodów musi być dokonana na podstawie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego. Sąd musi ocenić wszystkie przeprowadzone dowody i uwzględnić wszelkie towarzyszące im okoliczności, które mogą mieć znaczenie dla oceny mocy oraz wiarygodności tych dowodów. Sąd zobowiązany jest przeprowadzić selekcję dowodów, tj. dokonać wyboru tych, na których się oparł i ewentualnie odrzucić inne, którym odmówił wiarygodności i mocy dowodowej. Sąd może wprawdzie dawać wiarę tym

lub innym dokumentom, czyli swobodnie je oceniać, nie może jednak na ich tle budować wniosków, które z nich nie wynikają⁸³.

Sąd Najwyższy stwierdził, że normy swobodnej oceny dowodów wyznaczone są wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego oraz regułami logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych, i ważąc ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego⁸⁴. Brak jest podstaw do przyjęcia jakiegś formalnej hierarchii środków dowodowych z punktu widzenia ich wiarygodności i mocy w oderwaniu od konkretnego stanu faktycznego⁸⁵. Uważa się także, iż granice swobodnej oceny dowodów warunkuje czynnik ideologiczny, tj. poziom świadomości prawnej sędziego oraz obowiązujące w danym momencie poglądy na sądowe stosowanie prawa. Musi bowiem istnieć zgodność między wewnętrznym przekonaniem sędziego, ukształtowanym na podstawie logicznej i wszechstronnej analizy dowodów, a jego świadomością prawną. Obok znajomości przepisów, doktryny i orzecznictwa na postępowanie sędziego i sposób oceny przez niego różnych środków dowodowych wpływają także informacje dotyczące różnych faktów życia społecznego, jego ogólna kultura prawna, jak również system pozaprawnych reguł i ocen społecznych, do których odsyłają przepisy obowiązującego prawa. W postępowaniach o dyskryminację osób LGBR w zatrudnieniu te ostatnie czynniki wpływające na ocenę dowodów przez sędziego mają wyjątkowe znaczenie⁸⁶.

Na koniec ogólnych informacji na temat odrębności postępowania dowodowego w sprawach o dyskryminację, warto jeszcze wskazać, że sąd może wzywać strony, świadków, biegłych lub inne osoby w sposób, który uzna za najbardziej celowy, nawet z pominięciem sposobów przewidzianych przez przepisy ogólne, jeżeli uzna to za niezbędne do przyspieszenia rozpoznania sprawy. Dotyczy to również doręczeń oraz zarządzeń mających

⁸³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 sierpnia 1974 r., sygn. I CR 338/74, Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1980 r., sygn. II URN 175/79. Por. także S. Rejman: Granice sędziowskiej swobodnej oceny dowodów, BMS 1961, nr 7–8.

⁸⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 1999 r., sygn. II UKN 685/98.

⁸⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 1973 r., sygn. III CRN 291/73.

⁸⁶ Z doświadczeń klientów KPH wynika, że często orzekający prezentują postawy homofobiczne, a przez to nie są bezstronni w swoich rozstrzygnięciach.

na celu przygotowanie rozprawy, zwłaszcza zaś żądania przedstawienia niezbędnych do rozstrzygnięcia sprawy akt osobowych i innych dokumentów (np. za pomocą telefonu).

Trudności dowodowe

Mimo przeniesienia ciężaru dowodu na pracodawcę oraz szczególnej roli sądu, postępowanie dowodowe w sprawach o naruszenie zasady równego traktowania rodzi pewne trudności. Dyskryminacją jest nawet jednorazowe zachowanie, np. odmowa nawiązania stosunku pracy, odmowa przyznania awansu, ośmieszająca, poniżająca wypowiedź, naruszająca godność pracownika, nie jest wymagana ciągłość i długotrwałość zachowań sprawcy dyskryminacji, choć z doświadczeń KPH wynika, że często pracownicy są ofiarami aktów wielokrotnej dyskryminacji⁸⁷ trwającej przez dłuższy czas. Niezależnie od formy i rodzaju dyskryminacji (dyskryminacja bezpośrednia, pośrednia, molestowanie, molestowanie seksualne, zachęcanie do dyskryminacji, dyskryminacja wielokrotna), ofiara dyskryminacji ma do wykorzystania następujące środki dowodowe: dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych, oględziny, przesłuchanie stron, oraz tzw. inne środki dowodowe, na przykład dowód z filmu, telewizji, fotografii, płyt i taśm dźwiękowych oraz innych urządzeń umożliwiających przenoszenie głosu i obrazu. Za pomocą tych środków dowodowych pracownik powinien dążyć do wykazania różnych okoliczności mających znaczenie dla uprawdopodobnienia dyskryminacji. Oczywiście, co zostało już podniesione w opracowaniu, często ofiary dyskryminacji nie dysponują konkretnymi dowodami na dyskryminację i dlatego obawiają się postępowań sądowych.

Pracownik, podnoszący zarzut dyskryminacji bezpośredniej ze względu na orientację seksualną poprzez, na przykład rozwiązanie stosunku pracy, powinien wykazać, że ze względu na orientację seksualną został potraktowany mniej korzystnie niż inny pracownik w porównywalnej sytuacji. Innymi słowy, że orientacja seksualna była jedynym powodem, dla którego pracodawca zdecydował się na rozwiązanie stosunku pracy. W tym

⁸⁷ Wielokrotna dyskryminacja oznacza, że ofiara doświadcza dyskryminacji z więcej niż jednego powodu, na przykład będąc gorzej traktowaną nie tylko ze względu na orientację seksualną, ale również ze względu na płeć i niepełnosprawność. Dyskryminacja wielokrotna zachodzi również, gdy ktoś doświadcza dyskryminacji z kilku powodów, w oddzielnych sytuacjach.

celu pracownik powinien wskazać tzw. obiekt porównawczy, tj. innego pracownika, który będąc w porównywalnej sytuacji (porównywalne kwalifikacje, doświadczenie, staż pracy), nie będąc jednak osobą homoseksualną, został potraktowany korzystniej i nie wypowiedziano mu stosunku pracy. Trzeba w tym miejscu podkreślić, że polski ustawodawca pominął ważny element unijnej definicji, z którego wynika, że dyskryminacja występuje w przypadku, gdy osobę traktuje się mniej przychylnie niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inna osobę w porównywalnej sytuacji z powodu np. orientacji seksualnej. Polska definicja dyskryminacji bezpośrednio nie daje możliwości odniesienia aspektu zachowania w przeszłości lub zachowania hipotetycznego do innego pracownika w porównywalnej sytuacji, odnosząc je jedynie do samej osoby dyskryminowanej⁸⁸. W praktyce może to rodzić pewne trudności, ponieważ często nie ma możliwości znalezienia w danym zakładzie pracy obiektu porównawczego do pracownika, który był dyskryminowany. Ponieważ jednak przepisy dotyczące równego traktowania powinny być interpretowane zgodnie z intencją unijnego ustawodawcy, to pozwala to na poszukiwanie nawet **hipotetycznego obiektu porównawczego**, tj. pracownika, który będąc w podobnej sytuacji do ofiary dyskryminacji zostałby potraktowany w korzystniejszy sposób. Pomocne w tym celu może się okazać przeprowadzenie testu „gdyby nie...”. Można zatem zadać pytanie „Czy pracodawca rozwiązałby stosunek pracy z pracownikiem, gdyby pracownik nie był osobą o orientacji homoseksualnej?”⁸⁹.

Oczywiście w postępowaniu sądowym pracownik nie będzie musiał udowadniać, że jest gejem, lesbijką, czy też osobą biseksualną, ponieważ konkretne cechy pracownika nie są przesłanką udzielenia ochrony, są nimi kryteria, jakimi kierował się pracodawca. Ochrona przysługuje pracownikowi niezależnie od tego, czy pracodawca wiedział, czy też błędnie sądził, że pracownik należy do kategorii osób odznaczających się cechą dyskryminacyjną⁹⁰.

⁸⁸ Według niektórych przedstawicieli doktryny, objęcie zakazem dyskryminacji zachowań hipotetycznych dyskwalifikuje tę definicję, por. I. Boruta: „Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowa regulacja prawna”, *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 2004, z. 2, s. 2 i n.

⁸⁹ Na podstawie materiałów warsztatów z prawa antydyskryminacyjnego Unii Europejskiej dla trenerów z Litwy, Łotwy i Polski. Organizatorzy: INTERIGHTS, Helsińska Fundacja Praw Człowieka. Wrzesień 2005, cyt. za K. Kędziora, K. Śmiszek: *Dyskryminacja i mobbing w zatrudnieniu*, op. cit., s. 33.

⁹⁰ P. Czarnecki: *Rozkład ciężaru dowodu w sprawach na tle dyskryminacji*, *Praca*

Pracownik, dochodzący odszkodowania z tytułu naruszenia przez pracodawcę zasady równego traktowania pracowników w zakresie wynagrodzenia za pracę, powinien wykazać, że wykonywał jednakową pracę lub pracę o jednakowej wartości co pracownik wynagradzany korzystniej⁹¹. W takim przypadku zawsze należy dokonywać porównania wysokości wynagrodzenia pracownika, który twierdzi, w warunkach co najmniej uprawdopodobnienia, że jest dyskryminowany, z wynagrodzeniami innych pracowników zatrudnionych u tego samego pracodawcy, na takich samych lub podobnych stanowiskach, o zbliżonych kwalifikacjach formalnych i praktycznym doświadczeniu zawodowym. Istotny zatem będzie dowód z zakresów czynności i umów o pracę pracowników znajdujących się w porównywalnej sytuacji, a odmiennie potraktowanych, dokumentów płacowych potwierdzających różnice w ukształtowaniu wysokości wynagrodzenia przez pracowników posiadających takie same kwalifikacje, staż pracy i wykonujących prace tego samego rodzaju.

Pozwoli to ocenić, czy pracownicy wykonywali taką samą (jednakową) pracę lub pracę jednakowej wartości. Pomocny może się okazać dowód z przesłuchania pracowników na okoliczność faktycznie wykonywanych obowiązków.

Pracodawca, czyli pozwany, aby zwolnić się z odpowiedzialności może podnosić, że nie ma podstaw do przeniesienia na niego ciężaru dowodu, tzn. powód nie doprowadził do uprawdopodobnienia przypadku dyskryminacji oraz, że nie doszło do dyskryminacji, ponieważ odmierne traktowanie podyktowane było innymi, niedyskryminacyjnymi czynnikami. Pracodawca powinien zatem udowodnić, że różnicując sytuację pracowników, kierował się **obiektywnymi powodami**. Każdy racjonalny i prawdziwy powód przedstawiony przez pracodawcę, przytoczony dla uzasadnienia podjętej decyzji zaskarżonej przez pracownika, wystarczy dla oddalenia zarzutu o dyskryminację w zatrudnieniu⁹². Sąd pracy rozpoznający sprawę o naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu ma za zadanie ocenę przyczyn, dla których pracodawca podjął daną decyzję. Pracodawca może dodatkowo wykazać, że jego działanie miało charakter wyjątku od dyskryminującego traktowania. Art. 18 3b § 2 k.p. zawiera katalog działań

i Zabezpieczenie Społeczne 2006, z. 3, s. 11 i n.

⁹¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 września 2006 r., sygn. I PK 97/2006.

⁹² M Świątkowski: Kodeks pracy. Komentarz, Warszawa 2006, wyd. II, s. 76–77.

pracodawcy, różnicujących pracowników, które nie naruszają zasady równego traktowania. Według tego przepisu nie narusza zasady równego traktowania stosowanie środków różnicujących sytuację prawną pracowników ze względu na ochronę rodzicielstwa, wiek lub niepełnosprawność, a także niezatrudnienie pracownika ze względu na rodzaj pracy, warunki jej wykonywania, wymagania zawodowe, wypowiedzenie dotychczasowych warunków zatrudnienia w zakresie wymiaru czasu pracy podyktowane przyczynami nie dotyczącymi pracowników, przyjęcie stażu pracy jako kryterium ustalania warunków zatrudnienia, wynagradzania, awansowania, dostępu do szkolenia zawodowego. Ogromne znaczenie dla osób LGBT ma zmieniony ustawą o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania przepis art. 18^{3b} § 4 k.p., zgodnie z którym nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania ograniczanie przez kościoły i inne związki wyznaniowe, a także organizacje, których etyka opiera się na religii, wyznaniu lub światopoglądzie, dostępu do zatrudnienia, ze względu na religię, wyznanie lub światopogląd jeżeli rodzaj lub charakter wykonywania działalności przez kościoły i inne związki wyznaniowe, a także organizacje powoduje, że religia, wyznanie lub światopogląd są rzeczywistym i decydującym wymaganiem zawodowym stawianym pracownikowi, proporcjonalnym do osiągnięcia zgodnego z prawem celu zróżnicowania sytuacji tej osoby; dotyczy to również wymagania od zatrudnionych działania w dobrej wierze i lojalności wobec etyki kościoła, innego związku wyznaniowego oraz organizacji, których etyka opiera się na religii, wyznaniu lub światopoglądzie. Sformułowanie „światopogląd” budzi ogromne wątpliwości wobec braku odpowiednika takiego wyjątku od dyskryminacji w przepisach dyrektyw unijnych. Zdaniem KPH intencją ustawodawcy była możliwość np. odmowy zatrudniania osoby LGBT w zakładzie pracy, który jawnie przedstawia swoje negatywne stanowisko wobec osób LGBT i nazywa to etyką organizacji.

Pracownik dochodzący odszkodowania z tytułu dyskryminacji pośredniej ze względu na orientację seksualną, w świetle art. 18^{3a} § 4 k.p. powinien wykazać, że na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje albo szczególnie niekorzystna sytuacja w zakresie nawiązania i 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 orientację seksualną, 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. Aby ustalić, czy dane działanie, praktyka, kryterium miały charakter dyskryminacji pośredniej należy odpowiedzieć na trzy pytania⁹³: 1. Czy dany przepis, kryterium lub praktyka ma zgodny z prawem cel?, 2. Czy środki, mające służyć osiągnięciu tego celu są odpowiednie oraz konieczne; czy cel nie mógłby zostać osiągnięty w inny sposób?, 3. Czy została zachowana zasada proporcjonalności między ciężarem dyskryminacji a interesem dyskryminowanego? Negatywna odpowiedź na choćby jedno z zadanych pytań, nakazuje uznać, iż doszło do pośredniej dyskryminacji osób LGBT.

W sprawach o molestowanie ze względu na orientację seksualną⁹⁴ istotne jest wykazanie, że pracownik (w sposób subiektywny) poczuł, że zachowanie pracodawcy (współpracownika) naruszyło jego godność i upokorzyło go, poniżyło. Oczywiście w tym celu pracownik będzie musiał wykazać, że zachowanie takie miało miejsce. Często brak jest bezpośrednich świadków molestowania, często zachowania takie mają miejsce za zamkniętymi drzwiami. W takich sytuacjach ważne mogą być zeznania świadków pośrednich, do których molestowany pracownik zwrócił się o pomoc i radę, którzy, mimo iż nie widzieli i nie słyszeli zachowań molestowania, to jednak mogą uprawdopodobnić fakt ich wystąpienia. Molestowanie ze względu na orientację seksualną może także przybrać formę wiadomości sms lub email trafiającego do pracownika (np. email ze zdjęciami par homoseksualnych z wulgarnymi komentarzami, sms o „odchyleniach od normy” osób LGBT). Bardzo ważne jest, by pracownik nie kasował takich wiadomości i gromadził je na potrzeby postępowania

⁹³ Na podstawie materiałów warsztatów z prawa antydyskryminacyjnego Unii Europejskiej dla trenerów z Litwy, Łotwy i Polski. Organizatorzy: INTERIGHTS, Helsińska Fundacja Praw Człowieka. Wrzesień 2005 r., cyt. za K. Kędziora, K. Śmiszek: *Dyskryminacja i mobbing w zatrudnieniu*, op. cit., s. 37.

⁹⁴ Molestowanie to niepożądane zachowanie, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika i stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery. Wprawdzie polski ustawodawca nie połączył molestowania z konkretnymi podstawami dyskryminacji (tj. rasa, pochodzenie etniczne, niepełnosprawność, płeć, orientacja seksualna itd.), jednak przyjmuje się, że definicja ta powinna być interpretowana zgodnie ze stanowiskiem ustawodawcy wspólnotowego i molestowanie powinno wiązać się z podstawami zakazanej dyskryminacji..

dowodowego. Nie wystarczy jednak sam wydruk maila, czy też treść sms. Pracownik powinien nagrać na specjalny nośnik zawartość skrzynki pocztowej i wnieść do sądu wnioski o przeprowadzenie dowodu z treści na nim zawartych. W odniesieniu do sms, sąd na wniosek pracownika (lub wyjątkowo z urzędu, co zawsze pozostaje w ocenie sądu), może wystąpić do operatora o udostępnienie treści sms⁹⁵.

Ponadto, pracownik powinien wykazać, że zachowanie współpracownika, bądź pracodawcy było niepożądane. Zachowanie niepożądane to takie, na które molestowany pracownik zareagował słowem bądź gestem, pismem, w sposób zrozumiały komunikując molestującemu, iż nie zgadza się na nie, i odbiera je jako naruszające jego godność albo poniżające lub upokarzające. Ponieważ sprzeciw osoby molestowanej na zachowanie molestującego jest koniecznym elementem, by mogła ona skorzystać z ochrony prawnej, często problemem dowodowym jest wykazanie, że sprzeciw faktycznie nastąpił. Pracownik może wykazywać, że wszyscy współpracownicy wiedzieli, że sprzeciwia się on molestowaniu, zatem jego stanowisko z dużym prawdopodobieństwem było też znane pracodawcy, który molestował.

Sąd rozstrzygający w przedmiocie zarzutu molestowania będzie musiał ocenić – według obiektywnych kryteriów – czy dane zachowanie miało na celu lub skutkowało naruszeniem godności pracownika i stworzeniem wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery. Sąd nie będzie musiał odwoływać się w swojej ocenie do modelu porównawczego, tak jak przy dyskryminacji bezpośredniej.

⁹⁵ Ustawa prawo telekomunikacyjne (Dz. U. 2004 Nr 171 poz. 1800) w art. 159 ust. 2 wyraźnie *zakazuje* takich działań jak: zapoznawanie się, utrwalanie, *przechowywanie*, przekazywanie lub inne wykorzystywanie treści lub danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną przez osoby inne niż nadawca i odbiorca komunikatu. Tajemnicą komunikacyjną jest objęta m. in. treść komunikatu. Z przepisu tego wynika, że operator nie może przechowywać treści wysyłanych smsów. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 września 2005 r. w sprawie wypełniania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych zadań i obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego (Dz.U. 2005 Nr 187 poz. 1568) nakazuje operatorowi, by umożliwił m. in. dostęp do treści komunikatu i utrwalanie tych treści. Operatorzy udostępnią treść wiadomości tylko na wyraźne żądanie odpowiednich organów, które zgodnie z prawem wystąpią do operatora o uchylenie tajemnicy korespondencji. Poza tym mogą udostępnić suchą informację o wysłaniu sms z danego numeru. W połączeniu z sms zapisanym w telefonie będzie on mógł stanowić dowód w sprawie, choć trzeba pamiętać, że sąd różnie może ocenić jego moc dowodową.

Sąd nie będzie również musiał badać zamiaru samego pracodawcy, ponieważ naruszenie godności pracownika może być skutkiem również nieumyślnego działania samego pracodawcy lub zachowania osób, za których działania lub zaniechania pracodawca ponosi odpowiedzialność. Wskazywano już wielokrotnie, że molestować, czyli dyskryminować może nie tylko pracodawca, ale również inni pracownicy.

Coraz bardziej rozpoznawalną formą dyskryminacji jest także molestowanie seksualne⁹⁶ osób LGBT w miejscu pracy, które stanowi dyskryminację ze względu na płeć. Nie ma przy tym znaczenia rozróżnienie płci ofiary molestowania seksualnego, bowiem może do niego dochodzić między osobami różnej płci, ale także między osobami tej samej płci. Podobnie jak w przypadku molestowania, w postępowaniu dowodowym istotne będzie wykazanie sprzeciwu ofiary na nieakceptowane zachowanie sprawcy. Ofiary dyskryminacji często wstydzą się nierównego traktowania, którego doznały, czują się gorsze i boją się oceny innych z perspektywy zachowań, które doznały. Dotyczy to szczególnie molestowania seksualnego. Często ofiara jest oceniana przez środowisko pracy jako „prowokująca zachowania seksualne”. Proces sądowy o dyskryminację w formie molestowania seksualnego dla wielu ofiar jest bardzo trudny, oznacza zmierzenie się ze sprawcą, zeznania o wstydliwych, upokarzających sytuacjach i zachowaniach. Dla sądu pomocna może się okazać opinia biegłego psychologa, który dysponuje odpowiednimi narzędziami badawczymi do oceny zeznań ofiary w kontekście symptomów molestowania seksualnego.

W postępowaniu o dyskryminację osób LGBT w zatrudnieniu warto zwrócić uwagę na instytucję „dyskryminacji przez asocjację”, ponieważ ofiarą dyskryminacji może być nie tylko osoba LGBT, ale również osoba powiązana w jakiś sposób z osobami LGBT, np. współpracownik o orientacji heteroseksualnej, który przyjaźni się z gejem czy też lesbijką, spędza z nimi wolny czas, czy też po prostu jest dobrym znajomym z pracy. Taka osoba może stać się ofiarą dyskryminacji tylko dlatego, że jest rozpoznawalna i identyfikowana z osobami LGBT. Definicja dyskryminacji przez asocjację nie została zawarta we wspólnotowych dyrektywach antidyskryminacyjnych, wynika ona z orzecznictwa Europejskiego Trybunału

⁹⁶ Molestowanie seksualne zgodnie z art. 183a § 6 k.p. to każde niepożądane zachowanie o charakterze seksualnym lub odnoszące się do płci pracownika, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika, w szczególności stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery.

Sprawiedliwości. W wyroku w sprawie *Sharon Coleman przeciwko kancelarii prawnej Attridge Law* (C-303/06) odnoszącym się wprawdzie do niepełnosprawności, ale mającym zastosowanie także do innych podstaw dyskryminacji, Trybunał uznał, że nie jest konieczne, by ktoś, kto jest obiektem dyskryminacji, musiał być źle traktowany z uwagi na „swoją niepełnosprawność”, wystarczy, by był on źle traktowany z uwagi na niepełnosprawność w ogóle. Także „więź” z osobą niepełnosprawną może stanowić podstawę dyskryminującego traktowania, które jest zakazane na gruncie dyrektywy 2000/78/WE.

Ponadto można również wyobrazić sobie sytuację złamania zasady równego traktowania w zatrudnieniu umotywowaną błędnym przypisaniem pracownikowi właściwości chronionej na gruncie kodeksu.

Dane statystyczne i sytuacje testowe jako dowód

Oprócz środków dowodowych przewidzianych w k.p.c. ofiary dyskryminacji, w celu uprawdopodobnienia jej zaistnienia, mogą także wykorzystywać dane statystyczne i wyniki badań, odnoszące się do konkretnych zjawisk powiązanych z daną formą dyskryminacji. Trudności dowodowe w uprawdopodobnieniu zaistnienia dyskryminacji dostrzegł ustawodawca unijny, dlatego wyraźnie wskazał, że „ocena stanu faktycznego, który nasuwa przypuszczenie o istnieniu bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, należy do sądu krajowego lub innego właściwego organu, zgodnie z prawem krajowym lub praktyką krajową, które mogą przewidywać, w szczególności, że fakt występowania dyskryminacji pośredniej można udowodnić z **wykorzystaniem wszelkich środków, również na podstawie danych statystycznych**”⁹⁷. Sformułowanie „w szczególności” oznacza, iż po pierwsze dane statystyczne to nie jedyne, ale wyróżnione środki dowodowe, które mogą być wzięte pod uwagę przez sąd, a po drugie, iż mogą być one wykorzystanie nie tylko dla wykazania zaistnienia dyskryminacji pośredniej, choć w odniesieniu do niej mogą mieć wyjątkowe znaczenie. W przypadku dyskryminacji pośredniej w sposób szczególny widać, iż nie jest ona pro-

⁹⁷ Pkt. 15 Preambuły Dyrektywy Rady 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, a także pkt. 15 Preambuły Dyrektywy Rady 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy.

blemem jednostkowej sytuacji, ale dotyczy określonej grupy społecznej i często ma charakter systemowy. Dlatego wykorzystanie przez sąd wyników badań czy też danych statystycznych na temat określonego zjawiska może mieć ogromne znaczenie w rozpoznaniu dyskryminacji. W tym kierunku idzie orzecznictwo strasburskie, które coraz częściej odwołuje się do danych statystycznych i wyników badań międzynarodowych organów oraz organizacji pozarządowych⁹⁸. Oczywiście wnioszek o przeprowadzenie dowodu z dostępnych statystyk, badań, pozostaje do swobodnej oceny sędziego, niemniej jednak może być cenną wskazówką w analizowaniu sprawy.

Niezwykle pomocne w postępowaniu dowodowym są też tzw. testy dyskryminacyjne (sytuacje testowe)⁹⁹. Są one stosowane w wielu krajach europejskich, często na podstawie ustawowych uregulowań (Francja, Szwecja, Węgry), ponieważ dzięki ich zastosowaniu można wykazać, jak w danej sytuacji są traktowane osoby posiadające określone cechy – przyczyny innego traktowania – i nieposiadające ich. Testy dyskryminacyjne są metodą eksperymentalną, mającą na celu wykrycie dyskryminacji. Polegają one na tym, że pary osób różniących się cechą, ze względu na którą można doznać dyskryminacji (np. orientacja seksualna, kolor skóry) udają się do miejsca, gdzie zachodzi podejrzenie dyskryminacji, np. restauracja, dyskoteka, agencja pośrednictwa nieruchomości, sklep, zakład pracy. Jeżeli spośród pary testujących osoba posiadająca cechę, z powodu której może być dyskryminowana, jest gorzej traktowana niż osoba nieposiadająca tej cechy, a nie ma żadnego usprawiedliwienia dla zróżnicowania ich sytuacji, domniemywa się, że doszło do dyskryminacji. Na przykład na rozmowę kwalifikacyjną udają się osoba o orientacji homoseksualnej, która w swoim CV podkreśliła zaangażowanie w działalność w organizacji pozarządowej na rzecz osób LGBT, oraz osoba heteroseksualna. Obie mają bardzo podobne kwalifikacje i doświadczenie na dane stanowisko pracy. Jeśli okaże się, że do pracy zostanie przyjęta osoba heteroseksualna i nie będzie można wykazać żadnych racjonalnych i obiektywnych powodów, dla których nie

⁹⁸ Por. np. sprawa Cobzaru p. Rumunii, Wyrok z dnia 26 października 2007 r, skarga nr 48254/99.

⁹⁹ O testy dyskryminacyjnych (situation testing) szczegółowo w: M. Koss-Goryszewska: Testy dyskryminacyjne. Charakterystyka techniki i zastosowanie w wybranych krajach oraz K. Wencel: Owoc zatrutego drzewa? Situation testing jako dowód w sprawach o dyskryminację, (w:) Sąsiedzi czy intruzi? O dyskryminacji cudzoziemców w Polsce, pod red. W. Klaus, Warszawa 2010 r.

przyjęto do pracy osoby homoseksualnej, można uznać, że doszło do dyskryminacji bezpośredniej ze względu na orientację seksualną.

Testy dyskryminacyjne umożliwiają zebranie twardych danych na temat dyskryminacji grup mniejszościowych i powinny być wykorzystywane jako dowód w postępowaniu sądowym. Testy dyskryminacyjne mogą być prowadzone zarówno przez organizacje pozarządowe, jak i np. organ ds. równego traktowania w danym kraju, do którego zadań należy nie tylko przeciwdziałanie dyskryminacji, ale również pomoc ofiarom dyskryminacji. Niestety w polskie prawo nie przewiduje możliwości przeprowadzania testów dyskryminacyjnych i wykorzystywania ich wyników jako dowodów w postępowaniu. Mimo postulatów organizacji pozarządowych, możliwość ich stosowania nie została również wprowadzona do ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania¹⁰⁰. Warto jednak zauważyć, iż testy dyskryminacyjne w Polsce były dotychczas przeprowadzane, miały charakter dziennikarskich prowokacji, a ostatnio stają się częścią badań nad dyskryminacją prowadzonych przez organizacje pozarządowe.

Odszkodowanie

Na podstawie art. 18^{3d} k.p., osoba, wobec której pracodawca naruszył zasadę równego traktowania w zatrudnieniu, ma prawo do odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ustalone na podstawie odrębnych przepisów. Przepis ten dotyczy każdego rodzaju i form dyskryminacji, tj. dyskryminacji bezpośredniej, pośredniej, molestowania czy molestowania seksualnego, zachęcania do dyskryminacji. Co ważne przepis ten dotyczy nie tylko pracownika, ale także osoby ubiegającej się o zatrudnienie (z powodu odmowy nawiązania stosunku pracy). Jak widać, ustawodawca w żaden sposób nie określił kryteriów, którymi powinien kierować się sąd w ustalaniu wysokości odszkodowania, nie wskazał też jego górnej granicy. Przepisy art. 15 Dyrektywy 2000/43/WE i art. 17 Dyrektywy 2000/78/WE odwołujące się do odszkodowania za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu, stanowią o sankcjach,

¹⁰⁰ Uwagi Koalicji na Rzecz Równych Szans z dnia 19.06.2010 r., tekst dostępny na stronie internetowej: http://ptpa.org.pl/images/publikacje/19_06_2010_STANOWISKO_KOALICJI.pdf.

które muszą być skuteczne, proporcjonalne i dolegliwe dla podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności. To właśnie tymi kryteriami powinny kierować się sądy polskie w sprawach o naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu. Sąd pracy nie jest zobowiązany do badania świadomości pracodawcy na temat zaistnienia dyskryminacji, a także jego winy i to nawet najmniejszej (w formie niedbalstwa pojmowanego jako możliwość i powinność przewidzenia naruszenia zasady równego traktowania pracowników w zatrudnieniu). Bez względu na to, kto i jak dyskryminuje, za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu, zawsze odpowiada pracodawca. Tym niemniej nastawienie psychiczne pracodawcy powinno być uwzględnione przez sąd pracy przy orzekaniu o wysokości odszkodowania należnego jako sankcja za naruszenie zasady równego traktowania. W sytuacji, kiedy pracodawca nie był świadomy bezprawnego dyskryminującego zachowania swoich pracowników, ale dołożył wszelkich starań, ażeby potencjalnym zachowaniom pracowników o charakterze dyskryminującym zapobiec, sąd może miarkować wysokość odszkodowania. Sąd może ustalić, czy pracodawca np. wprowadził w zakładzie pracy regulamin antydyskryminacyjny, na mocy którego pracownicy anonimowo mogliby składać skargi na zachowanie swoich współpracowników, przełożonych i pracodawcy.

Często problematyczna jest kwestia ustalenia wysokości odszkodowania. Co do zasady odszkodowanie w ujęciu cywilnym należy się za poniesioną szkodę, obejmującą nie tylko stratę, ale również utracone korzyści, mającą charakter szkody majątkowej. W przypadku dyskryminacji, często pracownicy doznają wielu krzywd, mających charakter szkody niemajątkowej. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, odszkodowanie za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu obejmuje wyrównanie uszczerbku w dobrach majątkowych i niemajątkowych pracownika¹⁰¹.

Odszkodowanie przysługuje za sam fakt naruszenia zasady równego traktowania. Może ono jednak nie wyczerpywać poniesionej wskutek tego szkody. Dlatego też, niezależnie od odszkodowania, jeżeli pracownik lub osoba ubiegająca się o nawiązanie stosunku pracy, ponieśli inne, powstałe w wyniku naruszenia zasady równego traktowania szkody, mogą dochodzić ich wyrównania (np. niższego wskutek praktyk dyskryminacyjnych wynagrodzenia) za okres nieprzedawniony.

¹⁰¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 września 2006 r., sygn. I PK 97/2006.

Zakończenie

Zasady dotyczące sądowych postępowań o dyskryminację osób LGBT w zatrudnieniu z pewnością ułatwiają sytuację ofiary dyskryminacji dochodzącej swoich praw w procesie. Ze względu na wciąż jeszcze niską świadomość prawną społeczeństwa na temat przepisów antydyskryminacyjnych, dyskryminowani pracownicy i kandydaci na pracowników rzadko występują na drogę sądową. Dotyczy to również osób LGBT, które obawiają się ujawnienia swojej orientacji seksualnej wobec innych pracowników, wobec rodziny, środowiska. Brak jest orzecznictwa sądowego w zakresie postępowań o dyskryminację osób LGBT w zatrudnieniu. Tymczasem im bogatsze orzecznictwo sądowe w zakresie dyskryminacji, szczególnie to rozpowszechnianie za pomocą mediów, tym większa świadomość zarówno pracowników – na temat swoich praw, jak i pracodawców – w zakresie obowiązku przeciwdziałania dyskryminacji w miejscu pracy.

Duży wpływ na ilość i jakość postępowań o naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu ma działalność organizacji pozarządowych na rzecz zasady równości i niedyskryminacji, które nie tylko oferują pomoc prawną ofiarom dyskryminacji, ale także przystępują do toczących się postępowań i przygotowują dla sądów eksperckie opinie. Wydaje się, że wobec zarysowanych powyżej trudności dowodowych w postępowaniach o naruszenie zasady równego traktowania, polski ustawodawca powinien przyznać organizacjom pozarządowym także prawo do wytaczania powództw w interesie publicznym, kiedy brak jest konkretnej ofiary dyskryminacji. Ponadto, podążając za praktyką innych krajów europejskich, sądy pracy powinny sięgać w postępowaniach po wyniki badań, dane statystyczne na temat zjawisk, sytuacji, związanych z dyskryminacją i mogących mieć znaczenie dla uprawdopodobnienia jej zaistnienia w konkretnej sytuacji będącej przedmiotem oceny sądu.

Dr Monika Zima-Parjaszewska

ROZDZIAŁ III

OUTstanding! LGBT w miejscu pracy

Wdrożenie polityk z zakresu równego traktowania i zarządzania różnorodnością¹⁰² w obszarze orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w miejscu pracy, to nie tylko kwestia wymogu prawnego, ale również, a może przede wszystkim, wyraźne korzyści biznesowe. Tymczasem w Polsce działania w tym obszarze praktycznie nie istnieją.

To się opłaca!

¹⁰² Zarządzanie różnorodnością – strategia zarządzania personelem opierająca się na przekonaniu, że różnorodność personelu (wszystkie możliwe aspekty, pod których względem ludzie się od siebie różnią i są do siebie podobni) jest jednym z kluczowych zasobów organizacji, który w określonych warunkach może stać się źródłem korzyści biznesowych, za Karton G., Greene A., „The dynamics of managing diversity”, Oxford 2005 r.

Jak wynika z badań Catalyst przeprowadzonych w Kanadzie na grupie 232 respondentów/respondentek identyfikujących się jako lesbijki, geje, osoby biseksualne i transgender¹⁰³, istnieje wyraźna zależność między możliwością pozyskania i utrzymania talentów a tym samym zwiększeniem efektywności i innowacyjności organizacji, a wdrożeniem skutecznych strategii w obszarze różnorodności ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową w miejscu pracy. W badaniu Catalyst stwierdzono, że pracownicy/ pracownice LGBT w organizacjach z wdrożoną strategią zarządzania różnorodnością, w tym w obszarze orientacji seksualnej i tożsamości płciowej:

- mają większy poziom satysfakcji z pracy,
- są bardziej zaangażowani w pracę,
- są bardziej lojalni wobec pracodawcy,
- mają lepsze relacje z przełożonymi i współpracownikami/współpracownikami.

Badania Stonewall¹⁰⁴ pokazują, że wdrożenie dobrych praktyk na rzecz lesbijek, gejów i osób biseksualnych (LGB) przynosi korzyści dla całej organizacji w kilku obszarach:

1. Wizerunek

74% osób homoseksualnych i 42% osób heteroseksualnych niechętnie związałyby się z organizacją, w której funkcjonują negatywne postawy wobec osób LGB. Wdrożenie dobrych praktyk w obszarze LGB oraz komunikowanie otwartości i uznania dla różnorodności, zarówno w komunikacji wewnętrznej wobec pracowników/ pracownic, jak i w komunikacji zewnętrznej wobec klientów/klientek i partnerów organizacji, wpływa na poprawę wizerunku.

2. Rekrutacja i zatrzymanie talentów

Ponad 33% pracowników/pracownic homoseksualnych zmieniłoby miejsce pracy w sytuacji dyskryminacji. Chcąc pozyskać i zatrzymać talenty

¹⁰³ Building LGBT inclusive workplaces. Engaging Organizations and Individuals in Change, Catalyst, 2009 r.

¹⁰⁴ Stonewall top 100 employers 2010. The workplace equality index 2010.

w konkurencyjnym środowisku, trzeba wdrożyć strategię równych szans i zarządzania różnorodnością, w tym w obszarze LGBT.

3. Efektywność i innowacyjność

Ponad 55% osób homoseksualnych i biseksualnych doświadczających dyskryminacji w miejscu pracy, zgłasza bezpośredni i negatywny wpływ dyskryminacji na ich pracę. Miejsce pracy wolne od dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową oraz zapewniające atmosferę *LGBT friendly*, przynosi w rezultacie m.in. zwiększenie efektywności i innowacyjności pracy.

4. Ograniczenie ryzyka kosztów sądowych

Dyskryminacja ze względu na orientację seksualną i płeć (co obejmuje także osoby transgender) w miejscu pracy, to także ryzyko kosztów sądowych – zarówno finansowych, jak i wizerunkowych. Należy przypomnieć, że przepisy polskiego Kodeksu pracy¹⁰⁵, realizując wytyczne unijne (nowe regulacje z 1 stycznia 2004 r.) oraz zasady konstytucyjne, wprowadziły do katalogu podstawowych zasad prawa pracy w art. 11² k.p. zasadę równego traktowania w zatrudnieniu oraz w nowym rozdziale IIa zatytułowanym „Równe traktowanie w zatrudnieniu” – m.in. zakaz dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej oraz molestowania. Katalog objętych ochroną prawną podstaw dyskryminacji jest katalogiem otwartym, a kilka kategorii – w tym właśnie orientację seksualną i płeć – wymienia jako objęte szczególną ochroną prawną przed dyskryminacją. Wraz z rozwojem polityki równego traktowania w Polsce i wzrostem świadomości w tym obszarze, należy liczyć się z coraz częstszymi przypadkami pozwów o odszkodowanie w związku z dyskryminacją ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową. Wdrażając zarządzanie różnorodnością w obszarze LGBT, organizacja minimalizuje to ryzyko.

5. Zdobycie nowego segmentu rynku

Dodatkową korzyścią z wdrożenia strategii równych szans i zarządzania różnorodnością w obszarze LGBT jest wsparcie w zdobyciu nowego segmentu rynku. Doświadczenia liderów biznesu w obszarze zarządzania różnorodnością, zaprezentowane m.in. podczas trzeciego międzynarodowego

¹⁰⁵ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r., tekst jedn., DzU 1998 nr 21, poz 94 z późn. zm.

dowego GLBT Business Leader Forum, zorganizowanego w lipcu 2010 roku w Warszawie we współpracy z IBM Polska, wskazują na wyraźne korzyści biznesowe płynące z polityki równego traktowania i różnorodności w obszarze orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w miejscu pracy. Różnorodność w obszarze LGBT okazuje się znaczącym czynnikiem rozwoju biznesu na rynkach wschodzących. Wyraźny jest też wpływ rozwoju różnorodności w obszarze LGBT w miejscu pracy na zdobycie segmentu rynku LGBT i zapewnienie sobie lojalności klientów/klientek homoseksualnych i biseksualnych. Według Towarzystwa Ekonomicznego na rzecz Gejów i Lesbijek (TEGL)¹⁰⁶, wartość rynku LGBT w Polsce to 12,1 mld zł rocznie, a 70% osób z tej grupy zarabia powyżej średniej krajowej.¹⁰⁷ 58% lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transgender zmieniłoby markę na taką, która ma wyraźnie widoczny element *LGBT friendly*.¹⁰⁸

Co z tą Polską?

W Polsce nie przeprowadzono dotychczas pogłębionych badań dotyczących LGBT w miejscu pracy.¹⁰⁹ Niski jest też ogólny poziom wiedzy na temat mobbingu i dyskryminacji oraz zapisów Kodeksu Pracy w obszarze równego traktowania. Obszar dyskryminacji ze względu na orientację seksualną należy jednak potraktować jako szczególnie pomijany. Raporty z zakresu społecznej odpowiedzialności biznesu w Polsce oraz publikowane przykłady dobrych praktyk w zakresie szeroko rozumianej polityki równego traktowania i zarządzania różnorodnością w miejscu pracy, praktycznie nie uwzględniają obszaru różnorodności ze względu na orientację

¹⁰⁶ Towarzystwo Ekonomiczne na rzecz Gejów I Lesbijek (TEGL) powstało w 2006 r. i postawiło sobie za cel przeciwdziałania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w miejscu pracy, promowanie dobrych praktyk firm na rzecz lesbijek i gejów – jako pracowników/pracownic oraz klientów/ klientek. TEGL oraz wspieranie przedsiębiorczości osób homoseksualnych.

¹⁰⁷ Bodziak A., Raport mniejszości, Marketing&more, 12–06–2008.

¹⁰⁸ Human Rights Campaign, „Buying for equality 2009”, 2009.

¹⁰⁹ Fragmentaryczne informacje na ten temat dostępne są głównie w raportach Lambdy i Kampanii Przeciw Homofobii i w raporcie TEGL oraz w badaniu przeprowadzonym na potrzeby raportu red. Krzemiński I., „Mniejszości seksualne w Polsce raport 2008”, Instytut Socjologii UW, Warszawa 2009.

seksualną i tożsamość płciową¹¹⁰. Firmy w komunikacji zewnętrznej nie mówią o działaniach w tym obszarze, a wywiady z liderami biznesu w zakresie zarządzania różnorodnością wskazują na brak dobrych praktyk w naszym kraju.¹¹¹ Jako wyjątki należy tu potraktować IBM Polska i Google Polska, jednak nawet od tych firm nie otrzymałam informacji o dobrych praktykach w obszarze LGBT na potrzeby publikacji¹¹². Na prośbę o informację o dobrej praktyce, IBM Polska odpisało, że „większość z nich pozostaje tylko do dyspozycji IBM” i nie przesłało żadnej informacji w tym temacie. Tego typu odpowiedź w sytuacji otwartego dzielenia się, zgodnie z ideą społecznej odpowiedzialności biznesu, dobrymi praktykami w innych obszarach, należy potraktować jako niepokojący sygnał. Także korporacje z dobrymi praktykami w obszarze LGBT w miejscu pracy w firmie matce, m.in. firmy z listy 100 najbardziej *gay friendly* pracodawców z listy Stonewall, na gruncie polskim najczęściej nie tylko nie realizują dobrych praktyk w obszarze LGBT, ale w niektórych przypadkach prezentują wypowiedzi i działania wręcz tworzące środowisko sprzyjające dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową. Jako przykład może posłużyć korporacja z pierwszej 50-tki listy Stonewall 2010; Homoseksualny pracownik polskiego oddziału tej firmy, który zadał pytanie, dlaczego firma w Polsce nie komunikuje otwartości na różnorodność w obszarze orientacji seksualnej, a pisząc o różnorodności na stronie internetowej całkowicie pomija ten obszar (inaczej niż w firmie-matce w USA), usłyszał w odpowiedzi od dyrektorki działu PR – „Bez przesady!” Mimo uwagi pracownika, firma nie zmieniła swoich

¹¹⁰ Rok B., Kuraszko I., Panek-Owsiańska M., Wieciech L., Brzozowski A. „Społeczna odpowiedzialność biznesu w Polsce. Wstępna analiza”, Program Narodów Zjednoczonych ds. Rozwoju (UNDP), Warszawa, 2007 r.

– Raporty Forum Odpowiedzialnego Biznesu „Odpowiedzialny biznes w Polsce. Dobre praktyki” z lat 2004 – 2008, <http://www.odpowiedzialnybiznes.pl/raport--1884253.htm>.

– „Przewodnik dobrych praktyk. Firma równych szans”, Program Narodów Zjednoczonych ds. Rozwoju (UNDP), Warszawa, 2007 r.

¹¹¹ Gryszko M. Raport „Zarządzanie różnorodnością w Polsce”, Forum Odpowiedzialnego Biznesu, 2009 r.

¹¹² Na potrzeby niniejszego artykułu zwróciłam się z prośbą o dobre praktyki w obszarze LGBT w polskim oddziale firmy do polskich oddziałów 4 firm międzynarodowych z dobrymi praktykami w ww. obszarze w firmie matce. 2 z nich odpowiedziały, że takich praktyk nie posiadają. 2 pozostałe (IBM i Google) nie przesłały informacji o dobrych praktykach.

działań.¹¹³ Za symptomatyczną należy również uznać reakcję przedstawicielki działu PR w firmie z kapitałem niemieckim, z dobrymi praktykami w obszarze LGBT w firmie matce. Osoba ta na moje pytanie, czy firma posiada dobre praktyki w obszarze LGBT w polskim oddziale, odpowiedziała: „Oczywiście, że nie! To porządna, tradycyjna firma!” Po chwili ciszy, która zapadła po tej „spontanicznej” odpowiedzi, dodała „Powinnam powiedzieć *niestety...*”. Firmy, nawet jeżeli zrealizowały jakieś działanie w obszarze LGBT, w znakomitej większości nie komunikują o tym, uznając, że przy ogólnym często homofobicznym stosunku do LGBT w Polsce, pojawienie się w komunikacji elementu *LGBT friendly* może być wizerunkowo szkodliwe. Sytuację tę dobrze odzwierciedla kwestia finansowania Europride w Warszawie w 2010 r. Tylko jedna firma została oficjalnym sponsorem Europride – IBM Polska – podejmując się sponsoringu zgodnie z wytycznymi firmy-matki. Były natomiast firmy, które przeznaczając na Europride w Warszawie kwoty większe niż IBM, nie zdecydowały się o tym komunikować¹¹⁴. Zmianie tej bardzo „ostrożnej” wobec działań w obszarze LGBT w Polsce postawy firm, na pewno nie sprzyja postawa instytucji publicznych, które (w znakomitej większości) nie realizują żadnych działań w tym obszarze, a zdarza się też, że prezentują postawy sprzyjające homofobii. Należy dodać, że to właśnie instytucje publiczne powinny być wzorem i źródłem dobrych praktyk dla sektora prywatnego.

Warto zaznaczyć, że o ile obszar LGBT traktowany jest jako szczególnie „newralgiczny”, o tyle problem na gruncie polskim dotyczy całego obszaru zarządzania różnorodnością, także 4 najbardziej dostrzeganych w Polsce wymiarów różnorodności: płci (z pominięciem osób transgender), statusu rodzinnego, wieku i (nie)pełnosprawności. 1/3 firm spośród 30 liderów biznesu w zakresie zarządzania różnorodnością na poziomie globalnym, podczas wywiadów udzielanych w 2007 r. w ramach prac nad „Przewodnikiem dobrych praktyk. Firma równych szans”¹¹⁵, wprost stwierdziła, że w Polsce nie wdrażają jeszcze rozwiązań z obszaru zarządzania różnorod-

¹¹³ Materiał własny.

¹¹⁴ Źródło własne – z rozmów z firmami i osobami ze środowiska LGBT na potrzeby niniejszego artykułu.

¹¹⁵ Wywiady przeprowadzone przez Paulinę Kaczmarek, obecnie Koordynatorkę Fundacji PricewaterhouseCoopers, w ramach prac nad „Przewodnikiem dobrych praktyk. Firma równych szans”, Program Narodów Zjednoczonych ds. Rozwoju (UNDP), Warszawa, 2007 r.

nością, bo „chyba ten kraj jeszcze nie dojrzał”, „nie chcemy spalić tematu”. Marek Kosycarz, Dyrektor ds. Odpowiedzialności Społecznej w polskim oddziale Microsoft, ujął to następująco: „Firma nie może oderwać się od kontekstu dziedzictwa społeczno-kulturowego i historii danego kraju. Określone dziedzictwo w Polsce funkcjonuje. Ważne jest, żeby inicjatywy promujące różnorodność ten kontekst uwzględniały i przyglądały się tempu transformacji. My staramy się w Polsce nie wychodzić „3 kroki do przodu” – bo można się wtedy spotkać z niezrozumieniem. Jak mówią „it’s wrong to be right in the wrong time”.¹¹⁶

„Sprawa prywatna” czyli świadomość i stereotypy

Właściciele/właścicielki polskich średnich firm, z którymi rozmawiałam na temat wdrażania dobrych praktyk w obszarze LGBT w miejscu pracy¹¹⁷, stwierdzali najczęściej, że nie widzą potrzeby takich działań. Podkreślali, że nie interesuje ich orientacja seksualna ich pracowników/pracownic i że to temat całkowicie prywatny, który zupełnie nie dotyczy miejsca pracy. Wyraźny jest tu brak wiedzy, świadomości dotyczących sytuacji osób homoseksualnych, biseksualnych i transgender.

Pewien poziom prywatnej interakcji między osobami zatrudnionymi w danej firmie zawsze występuje. Jest potrzebny, żeby zespół działał efektywnie. Ta prywatność ujawnia się często w prostych sytuacjach, takich jak ustawienie zdjęcie bliskiej osoby na biurku w pracy czy na pulpicie komputera, rozmowa podczas lunchu o weekendzie lub urlopie, zakładowe uroczystości i oficjalne lub nieoficjalne „wyjścia integracyjne” (na które zapraszani są także członkowie rodziny, partnerzy/partnerki), potrzeba zajęcia się chorym partnerem/partnerką, skorzystanie z finansowanych przez pracodawcę usług medycznych czy innych świadczeń, które oferowane są dla pracownika/pracownicy oraz jego/jej partnera/partnerki, czy w przypadku osób transgender, zwracanie się do danej osoby używając rodzaju i imienia, którego sobie życzy. We wszystkich tych sytuacjach

¹¹⁶ Materiał z wywiadu własnego przeprowadzonego w ramach prac nad Raportem „Zarządzanie różnorodnością w Polsce”; Gryszko M. Raport „Zarządzanie różnorodnością w Polsce”, Forum Odpowiedzialnego Biznesu, 2009 r.

¹¹⁷ Na potrzeby niniejszego artykułu przeprowadziłam rozmowy dot. LGBT w miejscu pracy z właścicielami/właścicielkami 5 polskich średnich firm.

konieczność ukrywania swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej wiąże się z niemożliwością zakomunikowania podstawowych informacji dotyczących życia prywatnego, a tym samym w pewnej części z niemożliwością zrealizowania części potrzeb w zakresie równowagi praca – życie prywatne.

Aż 75% respondentów/respondentek w badaniu Lambdy z 2001 r.¹¹⁸ stwierdzało, że ukrywają w pracy swoją orientację seksualną (w tym 30,3% w niektórych miejscach pracy, a 44,9% w każdym). W badaniu dotyczącym lat 2005 i 2006¹¹⁹ procent respondentów/respondentek ukrywających swoją orientację seksualną w miejscu pracy wyniósł 84,6 (34,2% cały czas, 51,4% ukrywa, ale nie przed wszystkimi). Większość badań wskazuje przy tym zależność między postrzeganiem miejsca pracy jako „przyjaznego”, a decyzją o ujawnieniu w pracy swojej orientacji seksualnej.¹²⁰ Jeśli osoba LGBT czuje, że w środowisku pracy musi się „ukrywać”, na ukrywanie swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej poświęca część energii, która mogłaby być przeznaczona na innowacyjną, efektywną pracę. Ukrywanie orientacji seksualnej, jak wskazują badania m.in. Stonewall¹²¹, redukuje wydajność pracy nawet o 30%. Badania pokazują, że osoby LGB, które ujawniły swoją orientację seksualną we wspierającym miejscu pracy, są bardziej kreatywne, lojalne i produktywne. Konieczność ukrywania części swojej tożsamości generuje też często napięcie i stres, które osłabiają wydajność pracy. Dodatkowo, inne osoby z zespołu mogą zacząć odbierać ukrywającą się osobę LGBT jako „zdystansowaną”, z barierami komunikacyjnymi, co może jeszcze bardziej wzmacniać napięcie i przynieść rezultat w postaci swoistego wyizolowania czy nawet wykluczenia osoby LGBT z nieformalnych sieci w zespole. Uczestnictwo w tych „nieformalnych sieciach” ma z kolei duże przełożenie na możliwości rozwoju i awansu w pracy. Należy też pamiętać,

¹¹⁸ Raport 2001. „Raport o dyskryminacji i nietolerancji ze względu na orientację seksualną w Polsce” [publikacja 2002 r., Stowarzyszenie Lambda Warszawa, Kampania Przeciw Homofobii].

¹¹⁹ Red. Abramowicz M., „Społeczna sytuacja osób biseksualnych i homoseksualnych w Polsce”, Raport za lata 2005 i 2006, Warszawa, 2007 r.

¹²⁰ Raport Towarzystwa Ekonomicznego na rzecz Gejów i Lesbijek „Firmy przyjazne LGBT w Polsce”, marzec 2007 r. Zgodnie z raportem, aż 96% gejów i lesbijek, które określiło swoje miejsce pracy jako „zdecydowanie przyjazne” i 86%, którzy określili je jako „raczej przyjazne”, zdecydowało się na coming out w miejscu pracy.

¹²¹ Stonewall top 100 employers 2010. The workplace equality index 2010 r.

że w przypadku kraju z bardzo niskim poziomem wiedzy na temat sytuacji środowisk LGBT i wciąż częstymi postawami homofobicznymi, osoby ze środowisk LGBT mogą czuć się szczególnie zagrożone wystąpieniem przypadków dyskryminacji i przemocy, także w miejscu pracy¹²². W 2001 r. około 18% respondentek/respondentów w polskim raporcie Lambdy mówiło o doświadczeniu w związku z orientacją seksualną dyskryminacji „nieformalnej” (definiowanej w badaniu jako zachowania współpracowników/współpracownic i zwierzchników), a 5% o doświadczeniu dyskryminacji „formalnej” w miejscu pracy (definiowanej w badaniu jako uregulowania prawne, formalne procedury i mechanizmy). W raporcie Kampanii Przeciw Homofobii i Lambdy za lata 2005/2006 o dyskryminacji w miejscu pracy ze względu na orientację seksualną mówiło 10,3% respondentów/respondentek. Najczęściej było to stawianie większych wymagań niż w stosunku do pozostałych pracowników/pracownic – 44% z grupy respondentów/respondentek, którzy mówili o doświadczeniu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w miejscu pracy. 27,9% osób z tej grupy mówiło o odmowie zatrudnienia, 23% o zwolnieniu, 14,8% o odmowie awansu, a 16,4% wskazało na inną formę dyskryminacji ze względu na orientację seksualną.¹²³ W raporcie Towarzystwa Ekonomicznego na rzecz Gejów i Lesbijek „Firmy przyjazne LGBT w Polsce” z marca 2007 r., 27% respondentów (osoby homoseksualne) określiło atmosferę panującą w ich miejscu pracy jako „raczej nieprzyjazną”, a 7% jako „zdecydowanie nieprzyjazną”. Obowiązkiem pracodawcy jest wyeliminowanie dyskryminacji w miejscu pracy oraz zapewnienie takiego środowiska pracy, które będzie wyposażone w narzędzia i mechanizmy zapobiegające występowaniu zjawisk patologicznych. W tym zapewnienie takiej kultury organizacyjnej, w której osoba, którą spotkają zachowania mogące mieć charakter dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, nie będzie musiała obawiać się ich zgłoszenia w miejscu pracy.

¹²² m.in. CBOS, „Społeczna percepcja przemocy werbalnej i mowy nienawiści” 2007 r., komunikat z badań: BS/74/2007. Raport 2001. „Raport i dyskryminacji i nietolerancji ze względu na orientację seksualną w Polsce” [publikacja 2002 r., Stowarzyszenie Lambda Warszawa, Kampania Przeciw Homofobii] oraz kolejne raporty publikowane przez Stowarzyszenie Lambda Warszawa oraz Kampanię Przeciw Homofobii.

¹²³ Red. Abramowicz M., „Społeczna sytuacja osób biseksualnych i homoseksualnych w Polsce”, Raport za lata 2005 i 2006, Warszawa, 2007 r.

Przykłady dobrych praktyk w obszarze LGBT wśród firm działających w Polsce:

IBM¹²⁴ na świecie, w tym w części w Polsce

1. networking pracowniczy

IBM rozwija sieci pracowników/pracownic LGBT (m.in. w Austrii, Belgii, Holandii, Francji, Niemczech, Hiszpanii, Wielkiej Brytanii, Słowacji). W 2004 r. IBM zorganizowało pierwszą *EMEA GLBT Empowerment Conference* w Wielkiej Brytanii z udziałem około 200 pracowników/pracownic z 15 krajów. Inicjatywa ta jest kontynuowana.

2. sponsoring

IBM sponsoruje działania środowisk LGBT, czego przykładem w Polsce była m.in. promocja Europride w Warszawie w 2010 r.

3. szkolenia

IBM prowadzi *diversity trainings* dla menedżerów/menedżerek we wszystkich swoich biurach, a w 2005 r. w IBM Kanada 2-dniowe szkolenie *Diversity and Inclusive Leadership* było wymagane dla wszystkich menedżerów/menedżerek i liderów/liderek projektów. Osoby uczestniczące w szkoleniach poznają swoje własne stereotypy i uprzedzenia oraz ich wpływ na podejmowanie przez nie decyzje oraz rezultaty pracy. W części krajów IBM prowadzi też wewnętrzne szkolenia pozostałych pracowników/pracownic w zakresie równego traktowania i przeciwdziałania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną oraz wewnątrz firmowe kampanie edukacyjno-informacyjne dotyczące LGBT. Co ważne dla skuteczności działań – partnerami w realizacji szkoleń i kampanii edukacyjno – informacyjnych w tym obszarze są często partnerzy społeczni – organizacje LGBT.

¹²⁴ „The Business Case for Diversity. Good Practices in the Workplace”, Focus Consultancy Ltd, The Conference Board Europe, European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities 2005 r.

Google Polska

W 2007 r. polski oddział Google Inc. dołączył do *Corporate Diversity Index* i zdobył 100% punktów, wyprzedzając m.in. FCE Bank, Cisco, Coca-Colę i Microsoft. Google sponsoruje *float Gayglers* (społeczność LGBT w Google). Pracownicy Google Polska, jak poinformował w wywiadzie¹²⁵ Marcin Smoliński, odpowiedzialny za rekrutację Google w Europie Centralnej, uczestniczą w większości wydarzeń środowiska LGBT, w których chcą wziąć udział (w 2007 roku był to EuroPride w Madrycie, Pride w NYC, San Francisco, Londynie i Dublinie). Udział w Gayglers, jak podkreśla Smoliński, jest prywatną sprawą każdego pracownika i jako taki jest niejawnny, ale osoby chcące upublicznić swoją działalność w stowarzyszeniu, współuczestniczyć w działaniach w obszarze LGBT w miejscu pracy i towarzyszyć innym w coming outcie, mają do tego stworzone warunki i wsparcie.

Motywacje i czynniki sukcesu

Najbardziej typowymi motywacjami firm do podjęcia działań w obszarze LGBT w miejscu pracy są:

1. chęć zapobiegania dyskryminacji i uniknięcia związanych z nią kosztów,
2. potrzeba pozyskania i utrzymania talentów,
3. dążenie do zdobycia segmentu rynku LGBT.

Impuls do podjęcia działań płynie najczęściej z firmy-matki, kierującej się dojrzałą polityką w obszarze zarządzania różnorodnością, w tym ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową. Zastanawiając się, na podstawie rozmów z osobami na stanowiskach dyrektorskich w firmach z dojrzałą polityką diversity w firmie-matce oraz pracownikami/pracownicami LGBT, nad najważniejszymi czynnikami sukcesu w zakresie wdrażania w organizacjach działających w Polsce zarządzania różnorodnością w obszarze orientacji seksualnej i tożsamości płciowej, wyodrębniłam 5 czynników, które leżą w zakresie decyzji i możliwości organizacji (pomijając tu czynniki związane z ogólną sytuacją społeczno-polityczną w tym obszarze):

¹²⁵ Fragment wypowiedzi ze strony www.homiki.pl

1. Zaangażowanie top menedżmentu

Bez przekonania top menedżmentu, iż działania w obszarze LGBT muszą być – z korzyścią dla całej organizacji – podjęte, trudno o skuteczną realizację działań. To od zarządu powinien wyjść wyraźny komunikat dotyczący wagi i znaczenia podjęcia działań w zakresie równych szans i zarządzania różnorodnością w obszarze orientacji seksualnej i tożsamości płciowej. To również zarząd powinien wyraźnie zakomunikować cel wdrażanych polityk z zakresu równego traktowania i zarządzania różnorodnością w obszarze orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w związku z celem biznesowym i strategią organizacji. Komunikat ten musi być szczególnie wyraźny w kraju z ogólnym niskim poziomem wiedzy i wyraźnym poziomem uprzedzeń wobec osób LGBT. Jak wynika z przeprowadzanych m.in. przez Catalyst badań, to właśnie brak zrozumienia sytuacji i problemów LGBT przez top menedżment uważany jest za jedną z głównych barier we wdrażaniu zarządzania różnorodnością w miejscu pracy¹²⁶. Jak top menedżment powinien m.in. wyrazić swoje osobiste zaangażowanie?

- 1.1. Osobiście i zdecydowanie reagować na wszelkie przejawy homofobii i dyskryminacji w miejscu pracy.
- 1.2. Uczestniczyć w szkoleniach z zakresu przeciwdziałania dyskryminacji, wdrażania strategii równych szans i diversity, w tym w obszarze LGBT.
- 1.3. Wyrazić osobiste poparcie dla wdrażania zarządzania różnorodnością w obszarze orientacji seksualnej i tożsamości płciowej, poprzez m.in. skierowanie komunikatu do wszystkich pracowników/pracownic firmy dotyczącego wagi zagadnień z zakresu wdrażania strategii równych szans i zarządzania różnorodnością w wyżej wymienionym obszarze dla całej organizacji.
- 1.4. Osobiście podpisywać się pod materiałami edukacyjno-informacyjnymi dotyczącymi polityki firmy w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji i zarządzania różnorodnością w obszarze orientacji seksualnej i tożsamości płciowej.
- 1.5. Uczestniczyć w kluczowych spotkaniach dotyczących LGBT w miejscu pracy.

¹²⁶ Building LGBT inclusive workplaces. Engaging Organizations and Individuals in Change, Catalyst, 2009 r.

1.6. Wyznaczyć w konkretnych przypadkach mentorów/mentorki dla pracowników/pracownic LGBT, którzy ujawnili swoją orientację seksualną/tożsamość płciową w miejscu pracy.

2. Realizacja szkoleń z zakresu przeciwdziałania dyskryminacji, strategii równych szans i diversity w obszarze LGBT

Polska jest krajem z wyraźnym poziomem homofobii i związanej z nią niewiedzy, stereotypów i uprzedzeń dotyczących osób LGBT. Dotyczy to także osób pracujących w organizacji. Nie można skutecznie realizować strategii równych szans i wdrażać zarządzania różnorodnością w miejscu pracy bez przewyciężenia tych stereotypów i uprzedzeń. Konieczne jest tu prowadzenie pogłębionych szkoleń świadomościowych. Dla skuteczności szkoleń powinny być spełnione m.in. następujące warunki:

- 2.1. Szkolenia przeprowadzają trenerzy i trenerki związani z organizacjami pozarządowymi działającymi w obszarze LGBT lub rekomendowani przez te organizacje, co daje gwarancję odpowiedniego poziomu kompetencji.
- 2.2. Wszystkie szkolenia dotyczące równego traktowania, przeciwdziałania dyskryminacji i diversity powinny zawierać wyraźnie wyodrębniony komponent dotyczący zagadnień LGBT.
- 2.3. Pierwszą grupą, która powinna przejść w organizacji przez wyżej wymienione szkolenia jest top menedżment. Następną grupą priorytetową jest cały menedżment i osoby kierujące projektami, a docelowo – wszyscy pracownicy/pracownice organizacji.
- 2.4. Szkolenia powinny być prowadzone metodami warsztatowymi i mieć charakter pogłębionych szkoleń świadomościowych. Na pierwszym etapie szkoleń ich uczestnicy/uczestniczki powinni skonfrontować się z własnymi stereotypami i uprzedzeniami dotyczącymi osób LGBT, z wpływem, jaki stereotypy i uprzedzenia wywierają na podejmowanie przez nich decyzje i kosztem, który ponosi w związku z tym cała organizacja. Ważną częścią szkoleń powinno być uświadomienie wieloaspektowych korzyści dla całej organizacji, płynących z wdrożenia strategii równych szans i zarządzania różnorodnością w obszarze orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w miejscu pracy.

3. Skuteczne procedury i mechanizmy antydyskryminacyjne, uwzględniające obszar dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową

Zarządzanie różnorodnością, rozumiane jako strategia zarządzania personelem opierająca się na przekonaniu, że różnorodność personelu (wszystkie możliwe aspekty, pod których względem ludzie się od siebie różnią i są do siebie podobni) jest jednym z kluczowych zasobów organizacji, który w określonych warunkach może stać się źródłem korzyści biznesowych, występuje w Polsce, nawet wśród liderów Społecznie Odpowiedzialnego Biznesu, stosunkowo rzadko¹²⁷. Filarem, na którym można budować zarządzanie różnorodnością w miejscu pracy jest dojrzała strategia równych szans i przeciwdziałania dyskryminacji. Warto podkreślić, że polityki w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną posiada 85% firm z listy 500 magazynu Fortune, a w pierwszej setce tej listy aż 94% firm. Firmy i instytucje, które podjęły decyzję o wdrażaniu zarządzania różnorodnością w obszarze orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w miejscu pracy, powinny:

- 3.1. Przeanalizować, z udziałem ekspertów/ekspertek zewnętrznych, istniejące w organizacji procedury i mechanizmy antydyskryminacyjne i antymobbingowe. Konieczne jest przeprowadzenie, z udziałem eksperckiego podmiotu zewnętrznego, audytu w tym obszarze. Należy na tym etapie upewnić się, czy istniejące procedury i mechanizmy uwzględniają w sposób wystarczający obszar dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową oraz czy w procedurze antydyskryminacyjnej zostały uwzględnione wszystkie konieczne elementy.
- 3.2. Udoskonalić, na podstawie przeprowadzonej wcześniej analizy, wyżej wymienione procedury i mechanizmy, zebrać je w jednym dokumencie dotyczącym polityki antydyskryminacyjnej i antymobbingowej organizacji oraz podkreślić w nim obszar przeciwdziałania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową. Upewnić się, czy organizacja monitoruje równe traktowanie ze względu na orientację

¹²⁷ Gryszko M. Raport „Zarządzanie różnorodnością w Polsce”, Forum Odpowiedzialnego Biznesu, 2009 r.

seksualną w obszarze wynagrodzeń, dostępu do szkoleń i awansów oraz ochrony przed zwolnieniami w sytuacji, kiedy w organizacji pracują osoby, które ujawniły w miejscu pracy swoją orientację seksualną. Należy także sprawdzić, czy organizacja posiada procedury dotyczące adaptacji w miejscu pracy osób transgender przechodzących proces korekty płci.

- 3.3. Upowszechnić nowe procedury i mechanizmy wśród wszystkich pracowników/pracownic. Etap ten należy potraktować ze szczególną uwagą. Zaangażowany powinien tu być także top menedżment. Jednym z częstych problemów jest niewłaściwe upowszechnianie procedur, które owocuje ich nieznanością przez pracowników/pracownice i w rezultacie ich nieskutecznością.

4. Inklusywna komunikacja równych szans

Należy zagwarantować, komunikację zewnętrzną i wewnętrzną organizacji o charakterze inkluzywnej komunikacji równych szans, także w obszarze orientacji seksualnej i tożsamości płciowej. W wyżej wymienionym obszarze warto zwrócić uwagę na następujące elementy:

- 4.1. W wewnętrznym dokumencie – procedurze antydyskryminacyjnej – zawrzeć m.in. przejrzyste definicje podstawowych pojęć związanych z dyskryminacją ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową. Podkreślić znaczenie tego obszaru dla całej organizacji.
- 4.2. Zapewnić, by zarówno w relacjach z partnerami zewnętrznymi, jak i pracownicami/pracownikami, komunikacja dotycząca obszaru LGBT miała charakter symetryczny i dwustronny.
- 4.3. Wspierać pracowników/pracownice LGBT w tworzeniu pracowniczych sieci LGBT na forum krajowym i międzynarodowym. Sieci takie są niezastąpioną platformą komunikacji środowiska LGBT, przestrzenią wsparcia, wymiany doświadczeń i dobrych praktyk oraz skutecznie przyczyniają się do upelnomocnienia pracowników/pracownic LGBT w miejscu pracy.
- 4.5. Tworzyć bazę informacyjną dotyczącą sytuacji osób LGBT w krajach, w których dana organizacja prowadzi działania. Uwzględnić te informacje m.in. pod kątem właściwego wsparcia dla osób LGBT, na przykład w przypadku realizowania międzynarodowych projektów

w krajach, które nie zapewniają osobom LGBT właściwej ochrony prawnej i w których częste są przypadki przemocy i mowy nienawiści wobec osób LGBT.

- 4.4. W informacjach na internetowej stronie organizacji podkreślić podejmowane działania w obszarze LGBT.
- 4.5. W zaproszeniach i informacjach dotyczących partnerów/partnerek wszystkich osób zatrudnionych w organizacji oraz partnerów zewnętrznych, na przykład zaproszeniach na spotkania świąteczne, wyjazdy integracyjne z osobami towarzyszącymi, życzeniach świątecznych, używać form neutralnych płciowo, np. „wraz z Osobą towarzyszącą” lub formy „Partnerem/Partnerką”, raczej niż form jednoznacznie określających płeć typu „Pan Kowalski wraz z Partnerką” lub „Pani Nowakowska wraz z Partnerem”.
- 4.6. W komunikacji dotyczącej finansowanych przez organizację świadczeń dla pracowników/pracownic i ich partnerów/partnerek należy używać form nieokreślających jednoznacznie płci, na przykład „usługi medyczne dla osoby zatrudnionej w organizacji wraz z partnerem/partnerką”. Należy także wybierać takich partnerów i usługodawców, którzy posiadają polityki antydyskryminacyjne w obszarze LGBT, a w przypadku usług medycznych, którzy dodatkowo uwzględniają w swojej ofercie specjalistyczne usługi dla osób transgender.
- 4.7. We wszystkich materiałach wewnętrznych i zewnętrznych, które wyodrębniają kategorię płci, uwzględniać, poza kategoriami „kobieta” i „mężczyzna”, kategorię „transgender”.
- 4.8. W ogłoszeniach rekrutacyjnych i wszystkich działaniach związanych z marketingiem rekrutacyjnym warto dodawać *LGBT friendly* lub inną formułę wskazującą, iż mamy do czynienia z pracodawcą równych szans, także w obszarze orientacji seksualnej i tożsamości płciowej. Istotne jest również wykorzystywanie kanałów komunikacji docierających bezpośrednio do środowisk LGBT, m.in. umieszczanie ogłoszeń o pracę na portalach LGBT i w magazynach LGBT.
- 4.9. Stosowanie formuły *LGBT friendly* rekomendowane jest także w innych działaniach promocyjnych. Organizacja komunikuje swoje zaangażowanie w działania w obszarze LGBT także poprzez sponsoring działań środowiska LGBT na rzecz równości szans i przeciwdziałania dyskryminacji.

5. Partner społeczny – organizacja pozarządowa LGBT

To organizacje pozarządowe LGBT są, dla pracodawcy wdrażającego zarządzanie różnorodnością w obszarze orientacji seksualnej i tożsamości płciowej, jednym z kluczowych ekspertów. Partnerstwo z nimi i zaproszenie ich do współrealizacji działań, na przykład szkoleń czy kampanii edukacyjno-informacyjnej z zakresu LGBT, jest jednym z najważniejszych czynników sukcesu.

Zamiast podsumowania

Zarządzanie różnorodnością w obszarze orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w miejscu pracy to duża szansa biznesowa, której w wysoko konkurencyjnej gospodarce nie można pomijać. Jesteśmy w Polsce na początku drogi odkrywania i wykorzystania potencjału LGBT w miejscu pracy. Wydaje się, że przyspieszenie tego procesu w Polsce nastąpi w pierwszym rządzie nie tyle dzięki „sygnałom” ze strony instytucji publicznych, co dzięki większemu zaangażowaniu społecznie odpowiedzialnego biznesu. Warto zaapelować, by publikowane m.in. przez Forum Odpowiedzialnego Biznesu raporty i dobre praktyki w obszarze CSR/zarządzania różnorodnością, wyraźnie wyodrębniały i podkreślały obszar LGBT. Początkowa znikomość dobrych praktyk w tym obszarze – o ile będzie on wyraźnie wyodrębniany – powinna być z czasem czynnikiem mobilizującym biznes do rozwoju wyżej wymienionych działań. Partnerstwo społecznie odpowiedzialnego biznesu w Polsce oraz pozarządowych organizacji LGBT w działaniach na rzecz rozwoju CSR/zarządzania różnorodnością w obszarze orientacji seksualnej i tożsamości płciowej, powinno także zaowocować większym zaangażowaniem mediów w wyżej wymienioną problematykę – z korzyścią dla rozwoju polskiej gospodarki.

Magdalena Gryszko

EKSPERTKA FORUM ODPOWIEDZIALNEGO BIZNESU

KONSULTANTKA DS. POLITYKI RÓWNEGO TRAKTOWANIA I ZARZĄDZANIA

RÓŻNORODNOŚCIĄ W MIEJSCU PRACY

ROZDZIAŁ IV

Sytuacja prawna osób LGBT na rynku pracy – implementacja standardów unijnych do polskiego systemu prawa z uwzględnieniem przepisów Ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania¹²⁸.

¹²⁸ Dz.U. 2010 nr 254 poz. 1700, <http://isap.sejm.gov.pl/Download?id=WDU20102541700&ty-pe=2>.

Zagadnienie dyskryminacji osób LGBT w miejscu pracy jest w Polsce zjawiskiem w dalszym ciągu niewystarczająco zbadanym. Badania przeprowadzone przez Kampanię Przeciw Homofobii i Lambdę Warszawa w latach 2005–2006, będące podstawą „Raportu o sytuacji społecznej osób homoseksualnych i biseksualnych w Polsce”, wskazują, iż wśród osób LGBT aktywnych na rynku pracy 10,3% spotkało się z dyskryminacją w miejscu zatrudnienia. Alarmujący jest fakt, że aż 84,6% respondentów ukrywało w pracy swoją orientację seksualną¹²⁹. Znamienne jest jednak, iż w ciągu ostatnich lat na wokandach sądów pojawiają się stopniowo sprawy o naruszenie zasady równego traktowania w miejscu pracy z powodu orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej. Świadczyć to może o wzroście świadomości prawnej osób należących do grupy LGBT i umiejętności wykorzystania antydyskryminacyjnych narzędzi prawnych, jakie niedawno pojawiły się w krajowym systemie prawnym.

Polskie regulacje odnoszące się do problemu dyskryminacji w miejscu pracy są efektem implementacji przepisów unijnych do polskiego porządku prawnego. Do niedawna, implementacja miała charakter szczątkowy, albowiem dotyczyła jedynie przepisów Kodeksu pracy (Kp)¹³⁰ oraz Ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Upz)¹³¹. Z dniem 1 stycznia 2011 roku weszła w życie Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Ustawa równościowa)¹³². Ustawa ta, jakkolwiek nie spełnia pokładanych w niej oczekiwań, a także międzynarodowych standardów równościowych¹³³, innych niż unijne, jest niedoskonałą w wielu miejscach próbą wdrożenia minimum narzuconego przez UE. Co więcej – w niektórych obszarach ustawa wręcz sankcjonuje nierówne traktowanie. Przyznać jednak należy, iż w zakresie zatrudnienia i pracy podnosi poziom ochrony

¹²⁹ Sytuacja osób biseksualnych i homoseksualnych w Polsce w latach 2005–2006, red. M. Abramowicz, Kampania Przeciw Homofobii, Lambda Warszawa, Warszawa 2007 r.

¹³⁰ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy. (Dz.U.98.21.94 – tekst jednolity),

¹³¹ Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U.08.69.415 – tekst jednolity).

¹³² Dz.U. 2010 nr 254 poz. 1700.

¹³³ Projekt ustawy został skrytykowany przez Koalicję na Rzecz Równych Szans, w skład której wchodzi większość polskich organizacji LGBT. http://ptpa.org.pl/images/publikacje/19_06_2010_STANOWISKO_KOALICJI.pdf;

pracowników do minimalnych standardów wyznaczonych przez legislację Unii Europejskiej.

Prawo Unii Europejskiej

Od czasu wejścia w życie Traktatu Lizbońskiego Unia Europejska dysponuje pełnym wachlarzem środków prawnych stanowiących efektywne narzędzia przeciwdziałania dyskryminacji. Zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną został wprost wyrażony w cytowanym Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej.¹³⁴ Traktat Lizboński przyniósł także inne istotne zmiany w zakresie ochrony praw człowieka, w tym osób LGBT. Na jego podstawie doszło do zrównania mocy prawnej Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej z Traktatami.¹³⁵

Najwcześniej wprowadzonymi instrumentami zwalczania dyskryminacji w sferze zatrudnienia są jednak dyrektywy unijne. Na potrzeby niniejszego opracowania kluczowe znaczenie posiada Dyrektywa Rady 2000/78/WE¹³⁶ ustanawiająca ogólne warunki równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, zwana dyrektywą ramową. Wspomniana dyrektywa jest pierwszym aktem prawa unijnego w którym została wprost wskazana orientacja seksualna, jako możliwa podstawa dyskryminacji.

Katalog przesłanek, na podstawie których dyskryminacja w zatrudnieniu jest zakazana, stanowi katalog wyczerpujący. Nie została w nim wymieniona między innymi tożsamość płciowa. Praktyka organów orzeczniczych Unii, w tym Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej) wskazuje jednak, iż dyskryminacja ze względu na tożsamość płciową jest w rzeczywistości dyskryminacją ze względu na płeć i tak powinna być traktowana zarówno przez organy wspólnotowe jak i państwowe.¹³⁷ Do kwestii dyskryminacji osób transpłciowych w zatrudnieniu zastosowanie znajdzie więc tzw. Dyrektywa recastingowa Parlamentu Europejskiego i Rady, 2006/54/WE

¹³⁴ Ibidem, art. 19.

¹³⁵ Ibidem, art. 6.

¹³⁶ Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, L 303 , 02/12/2000, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:pl:HTML>

¹³⁷ Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawach C – 13/94, P. p. S, C – 423/04 Richards p. Secretary of State for Works and Pensions.

z 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy¹³⁸.

Prawo krajowe

Konstytucja, wprowadzona w życie w 1997 roku, stanowiąca akt prawny najwyższej rangi, stoi na straży zasady niedyskryminacji. Art. 32 stanowi, iż „Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny”.¹³⁹ Przepis ten obejmuje swoją dyspozycją wszystkich ludzi, noszących wszelkie cechy, mogące potencjalnie stać się podłożem nierównego traktowania. Niewątpliwie, takie sformułowanie powoduje, iż chroni także przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną, czy tożsamość płciową.¹⁴⁰

Przepis art. 32 Konstytucji nie stanowi natomiast samodzielnej podstawy roszczenia, które mogłyby być skutecznie dochodzone przed powołanym do tego organem. Przepis ten zawiera treść normatywną, będącą raczej źródłem gwarancji aniżeli praw, a tym samym spełniającą rolę wzorca konstytucyjnego (metanorma).¹⁴¹ Wzorzec ten znajduje następnie materializację w uchwalanych ustawach, w których prawodawca konstruuje (na jego podstawie) poszczególne prawa podmiotowe (roszczenia) oraz zapewnia ich egzekucję, na przykład w prawie pracy.

Kodeks pracy

Kodeks pracy¹⁴² to podstawowy, a zarazem najważniejszy akt prawny regulujący zasadę równego traktowania w zatrudnieniu na poziomie ustawowym.

¹³⁸ Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 26.7.2006, nr L 204/23.

¹³⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997, <http://sejm.gov.pl/prawo/konst/polski/kon1.htm>

¹⁴⁰ Stanowisko Koalicji Równych Szans dotyczące projektu ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (projekt z dnia 21.05.2010r.) z dnia 19.06.2010r., http://www.ptpa.org.pl/images/publikacje/19_06_2010_STANOWISKO_KOALICJI.pdf

¹⁴¹ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2001, sygn. akt SK 10/01, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 225.

¹⁴² Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy, Dz.U.98.21.94 j.t.

Bezsprzecznie najdonioślejsze znaczenie dla zasady równego traktowania w zatrudnieniu mają przepisy rozdziałów II i IIa. Ich treść stanowi wdrożenie do porządku prawnego celów stawianych państwom członkowskim przez dyrektywy antydyskryminacyjne. Obecne brzmienie przepisy rozdziału IIa – „Równe traktowanie w zatrudnieniu” – otrzymały dopiero w styczniu 2010 r. Wymaga podkreślenia, iż polski ustawodawca, w niektórych aspektach, poszedł dalej, niż wymagają tego dyrektywy – katalog cech zawarty zarówno w art. 11³ jak i 183a ma bowiem charakter otwarty. Oznacza to, iż nawet osoby będące nosicielami bądź nosicielkami cech nie wymienionych w art. 11³ i 18^{3a}, a dyskryminowane z ich powodu (np. wygląd, status społeczny, etc) mogą na podstawie przepisów prawa pracy skutecznie dochodzić swoich praw na drodze sądowej.¹⁴³

W kodeksie pracy zdefiniowano dyskryminację bezpośrednią, dyskryminację pośrednią, zachęcanie do dyskryminacji, molestowanie i molestowanie seksualne, a także zachęcanie do dyskryminacji i wiktymizację. Zastrzeżenie budzi objęcie definicją dyskryminacji hipotetycznego nierównego traktowania. Porównanie zapisu stworzonego przez polskiego ustawodawcę z zapisem oryginalnym pozwala stwierdzić, iż zapis oryginalny został nieprawidłowo zinterpretowany.¹⁴⁴ Powoduje to, iż teoretycznie można dochodzić roszczenia odszkodowawczego w sytuacji, gdy do nierównego traktowania jeszcze nie doszło. Wydaje się jednak, iż w tym zakresie ochrona jest jedynie iluzoryczna.

Błędy legislacyjne niestety na tym się nie kończą. W definicji dyskryminacji bezpośredniej wskazane jest, iż różne podstawy dyskryminacji mogą występować równocześnie. Kodeks nie daje jednak w przypadku „wielokrotnej” dyskryminacji możliwości dochodzenia pomnożonych roszczeń. Należy zauważyć, iż może to stanowić naruszenie zasady „zagwarantowania adekwatnej ochrony” i „efektywnych, proporcjonalnych i odstraszających sankcji” wyrażonych w preambule dyrektywy ramowej. Istnieje bowiem obawa, iż w procesie orzekania jedna podstawa dyskryminacji niejako „wchłonie” pozostałe, uniemożliwiając dochodzenie roszczeń ze wszystkich podstaw łącznie.

¹⁴³ K. Kędziora, K. Śmiszek, op. cit.

¹⁴⁴ I. Boruta, Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowe pojęcia, *Monitor Prawa Pracy*, nr 2/2004.

Zgodnie z europejskim dorobkiem orzecznictwem, niedozwolona jest także dyskryminacja przez asocjację.¹⁴⁵ Z całą pewnością taka interpretacja jest w pełni uprawniona także na gruncie Kodeksu pracy.

Zarówno dyrektywy, jak i polskie prawo, chronią nie tylko przed zachowaniami dyskryminującymi, ale także przed ewentualnymi reperkusjami osobę, która wykorzysta przysługujące jej środki prawne do ochrony przed dyskryminacją lub dyskryminacji się podporządkuje (zakaz wiktyimizacji). Pracodawca nie może także wyciągać negatywnych konsekwencji wobec pracowników, którzy w jakikolwiek sposób udzielą wsparcia dyskryminowanemu koledze/koleżance, na przykład poprzez zeznawanie na jego/jej korzyść w sądzie.

Jedynie w sytuacjach enumeratywnie określonych w kodeksie, różnicowanie traktowania pracowników ze względu na kryteria dyskryminacji nie będzie stawić naruszenia zasady równego traktowania.

Nauczycielka lesbijka w katolickiej szkole

Mając na uwadze kontrowersje, jakie wywołała niedawna wypowiedź Pełnomocniczki Rządu ds. Równego Traktowania – Elżbieta Radziszewskiej, iż prywatna szkoła katolicka ma prawo nie zatrudnić, lub też zwolnić nauczycielkę, która jest lesbijką,¹⁴⁶ pozwolę sobie odnieść się do tej sprawy w świetle przepisów krajowych i unijnych.

Analizując sprawę od podstaw, należy porównać uregulowania dyrektyw z obowiązującymi przepisami państwowymi dotyczącymi wyjątku od zasady równego traktowania, a następnie ustalić ich wspólne relacje.

Dyrektywa 2000/78/WE w swojej treści w istocie zawiera powyższy wyjątek. Przepis, wprowadzający ten wyjątek, otrzymał następujące brzmienie: „...różnica w traktowaniu osoby na podstawie jej religii lub przekonań nie stanowi dyskryminacji, jeżeli z natury obowiązków, które ma wykonywać, bądź też z kontekstu, w jakim mają być wykonywane, religia lub przekonanie stanowią istotne, uprawnione i usprawiedliwione

¹⁴⁵ Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-303/06 S. Coleman v Attridge Law, Steve Law.

¹⁴⁶ <http://goscniendzielny.wiara.pl/index.php?grupa=6&cr=2&kolej=0&art=1284311298&dzi=1104781054&katg>; http://wiadomosci.dziennik.pl/polityka/artykuly/306994_radziszewska-znow-oberwala-za-tekst-o-lesbijce-od-ue.html.

wymaganie zawodowe...”. Analizując sformułowanie przepisu, dopuszczające tenże wyjątek, trudno wyobrazić sobie sytuację, w której orientacja seksualna miałyby stanowić „istotne, uprawnione i usprawiedliwione wymaganie zawodowe” nauczyciela lub nauczycielki. Osoba homoseksualna lub biseksualna może być bowiem wyznania katolickiego. Gdyby jednak nie była, to właśnie nie orientacja seksualna, ale wyznanie stanowiłoby owe kryterium zawodowe. Ponadto orientacja seksualna nie stanowi „religii”, ani „przekonania”. Wielu katolików, a także wyznawców innej religii uważa, iż osoby homoseksualne popełniają grzech, żyjąc w związkach jedнопłciowych. Jednak idąc dalej tym tropem dojść możemy do wniosku, iż przeciwwskazaniem do zatrudnienia w szkole katolickiej stanowi również rozwód, kłamstwa oraz nieuczęszczanie co niedzielę do kościoła – wszystkie tego typu zachowania stanowią bowiem złamanie reguł wiary katolickiej.

Powracając do rozważań prawnych, przypomnieć należy, iż implementacja dyrektyw w państwach członkowskich wiąże co do celu, natomiast środki jego osiągnięcia pozostawiając w gestii ustawodawcy krajowego. Ponadto dyrektywy wyznaczają jedynie minimalne standardy ochrony przed dyskryminacją, dając państwom możliwość ich rozszerzenia. Od momentu, gdy kraj implementuje dyrektywy w postaci przepisów krajowych, właśnie uregulowania państw członkowskich stanowią podstawę działania organów stanowiących prawo. Cytowany powyżej zapis dyrektywy został wdrożony do Kodeksu pracy w postaci par. 4 art. 18^{3b} o brzmieniu „Różnicowanie pracowników ze względu na religię lub wyznanie nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu, jeżeli w związku z rodzajem i charakterem działalności prowadzonej w ramach kościołów i innych związków wyznaniowych, a także organizacji, których cel działania pozostaje w bezpośrednim związku z religią lub wyznaniem, religia lub wyznanie pracownika stanowi istotne, uzasadnione i usprawiedliwione wymaganie zawodowe”. Przepis ten został implementowany dość dokładnie, stanowiąc prawie wierne tłumaczenie zapisu dyrektywy. Prawie wierne, ponieważ wyrażenie *belief* zostało przetłumaczone jako „wyznanie”. Takie tłumaczenie jest o tyle niefortunne, iż przepis mówi o „religii i wyznaniu”, a nie szerzej „religii i przekonaniach”, jaka była najprawdopodobniej intencja unijnego prawodawcy. Nie można wykluczyć, iż ktoś mógłby się pokusić o uznanie za „przekonanie” stylu życia, w którym na przykład osoba żyje w związku jedнопłciowym. Jednak trudna do wy-

obrażenia jest sytuacja, w której orientacja seksualna, lub pozostawanie w nieformalnym związku, uznane zostanie za „religię i wyznanie”. Tak więc należy uznać, iż wyjątek od zasady równego traktowania, stworzony dla pracodawców „wyznaniowych”, został zawężony podczas implementacji do prawa krajowego, co oznacza, iż obecnie obowiązuje w kształcie nadanym mu Kodeksem pracy. W konsekwencji, to krajowe przepisy prawa pracy stanowią podstawę orzekania przez sądy krajowe w tym zakresie. Powyższe w pełni zgodne jest z dyrektywami, jako że gwarantuje większą ochronę, niż dosłowne zapisy unijnych uregulowań. Niekorzystne zmiany w tym zakresie przyniesie Ustawa równościowa – o czym niżej.

Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy

Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy¹⁴⁷ jest kolejną ustawą – po wspomnianym wyżej Kodeksie pracy – regulującą kwestie zatrudnienia. W powyższej ustawie przewidziano, iż pośrednictwo pracy realizowane przez powiatowe i wojewódzkie urzędy pracy jest nieodpłatne i prowadzone zgodnie z zasadą równości, także ze względu na orientację seksualną. Informacja pracodawcy o wolnym miejscu pracy lub przygotowaniu zawodowym dostarczana do urzędu pracy nie może zawierać wymagań dyskryminujących kandydatów do pracy.

Agencja zatrudnienia (agencja pośrednictwa pracy, agencja doradztwa personalnego, agencja pracy tymczasowej, agencja poradnictwa zawodowego) nie może dyskryminować osób, dla których poszukuje pracy zarobkowej. Osoba, która prowadząc agencję zatrudnienia nie przestrzega powyższego nakazu, albo odmawia zatrudnienia osoby ze względu na którąkolwiek z wymienionych w ustawie przesłanek dyskryminacji, naraża się na odpowiedzialność karną grzywny nie niższej niż 3000 złotych oraz wpis do Krajowego Rejestru Karnego jako osoba karana.

Ustawa „równościowa”

Do niedawna przepisy zakazujące dyskryminacji osób LGBT w sferze zatrudnienia odnosiły się jedynie do stosunku pracy, a dyrektywy były

¹⁴⁷ Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U.08.69.415.j.t.).

implementowane poprzez zmiany w ustawie Kodeks pracy i Ustawie o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Po uchwaleniu Ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, ochronie podlegać będą także osoby samozatrudnione oraz osoby świadczące pracę na podstawie umów cywilnoprawnych, zgodnie z wymogami dyrektyw. Niestety stwierdzić należy, iż zakres ochrony takich osób będzie jedynie w minimalnym stopniu porównywalny do przewidzianego dla zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, zaś już przy samej implementacji pojawił się szereg niepokojących błędów.

Po wejściu w życie Ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, zakres zakazu dyskryminacji został rozszerzony, albowiem obejmuje on wszystkie wymienione w dyrektywach obszary, mianowicie: podejmowania kształcenia zawodowego, warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, przystępowania i działania w związkach zawodowych, organizacjach pracodawców oraz samorządów zawodowych, a także korzystania z uprawnień przysługujących członkom tych organizacji.

Ustawa równościowa – jak możemy ją w skrócie nazwać, (mimo, iż zasługuje raczej na miano ustawy „nierównościowej”), została uchwalona w ekspresowym wręcz tempie, biorąc pod uwagę, iż proces jej tworzenia trwał od dobrych kilku lat. W dniu 17 września 2010 r. projekt wpłynął do Sejmu, zaś już 7 grudnia tego samego roku został skierowany do podpisu przez Prezydenta RP. Przebiegowi procesu legislacyjnego przyglądały się krytycznie organizacje pozarządowe zrzeszone w Koalicji na Rzecz Równych Szans, przy Polskim Towarzystwie Prawa Antydyskryminacyjnego¹⁴⁸. Podczas procesu legislacyjnego nie wprowadzono prawie żadnych merytorycznych poprawek zaproponowanych przez organizacje pozarządowe, zmierzających do poprawy poziomu ochrony grup dyskryminowanych. Można nawet zaryzykować stwierdzenie, iż w wielu płaszczyznach ustawa zasadę równego traktowania ogranicza, bądź w sposób niekorzystny interpretuje zupełnie odmienne w swej istocie założenia dyrektywy – o czym niżej.

Art. 1 ustawy określa zakres stosowania ustawy, który przed analizą dalszych przepisów sprawia błędne wrażenie, iż mamy do czynienia z dyrektywą legislacyjną rzeczywiście wprowadzającą zasadę równego traktowania w zakresie wskazanym w tym przepisie. Niestety w kolejnych

¹⁴⁸ <http://www.ptpa.org.pl>

artykułach przewidziano wielorakie wyjątki od stosowania zasady równego traktowania o charakterze podmiotowym i przedmiotowym, które sprawiają, iż w efekcie końcowym niewiele zostaje z zasady niedyskryminacji.

Zatrudnienie, zgodnie z interpretacją nadaną dyrektywami, a także zgodnie z orzecznictwem ETS, na potrzeby stosowania zasady równego traktowania, rozumiane jest w prawie unijnym bardzo szeroko. Za „pracę” na gruncie przepisów antydyskryminacyjnych uznaje się bowiem każde zajęcie wykonywane zawodowo, nawet jeśli nie spełnia ono wszystkich kryteriów klasycznego zatrudnienia, na przykład wykonywane jest nieodpłatnie. Za osobę samozatrudnioną na potrzeby zasady równego traktowania należy rozumieć osobę wykonującą na własny rachunek działalność zarobkową. Do tej grupy należeć więc będą także zarówno przedstawiciele tzw. wolnych zawodów, jak i rolnicy, czy też artyści.¹⁴⁹

W obecnym stanie prawnym należy uznać, iż prawie wszystkie obszary aktywności zawodowej człowieka wymienione w dyrektywach zostały uwzględnione w przepisach krajowych. Przepisy, chroniące przed dyskryminacją zatrudnionych na umowę o pracę, znajdują się w Kodeksie pracy, zatrudnionych przez agencję pracy, lub wykonujących pracę tymczasową – w ustawie o promocji zatrudnienia. Katalog ten uzupełnia Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania, wymieniając dodatkowo, jako obszary stosowanie zasady równego traktowania m.in. – kształcenie zawodowe, doskonalenie zawodowe i przekwalifikowanie, działalność gospodarczą i zawodową (samozatrudnienie), a także wykonywanie pracy na podstawie umów cywilnoprawnych, członkostwo w związkach zawodowych, samorządach zawodowych i organizacjach pracodawców. We wskazanych wyżej obszarach życia zawodowego obowiązuje zakaz dyskryminacji pośredniej, bezpośredniej, molestowania, molestowania seksualnego oraz ochrona przed wiktyimizacją.¹⁵⁰

Warto zwrócić uwagę, iż na przykład ustawy regulujące wykonywanie zawodów adwokata i radcy prawnego nie zawierają żadnych przepisów antydyskryminacyjnych. Wejście w życie Ustawy równościowej stanowi więc przełom w tej kwestii, jej przepisy umożliwią bowiem członkom

¹⁴⁹ http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/equality_between_men_and_women/c10910_en.htm.

¹⁵⁰ Projekt ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania, druk sejmowy nr 3386.

korporacji prawniczych powoływanie się na jej zapisy w sprawach dyskryminacyjnych przeciwko władzom samorządowym przed sądami powszechnymi na tych samych zasadach co pracownikom.

Jako przykładowy zapis, mogący stwarzać podstawy do nierównego traktowania ze względu na orientację seksualną, należy uznać niektóre przepisy wewnętrzne funkcjonowania samorządów, tzw. kodeksy etyki zawodowej radców prawnych i adwokatów. Już w paragrafie 1 Kodeksu etyki adwokatów znajdziemy zapis, iż naruszeniem godności zawodu adwokackiego jest takie postępowanie adwokata, które mogłoby go poniżyć w opinii publicznej lub podważyć zaufanie do zawodu. Adwokat może zostać pociągnięty do odpowiedzialności dyscyplinarnej za „naruszenie godności zawodu” także w życiu prywatnym.¹⁵¹ Przepisy te obowiązują zarówno adwokatów, jak i aplikantów adwokackich, a podobne uregulowania znajdziemy także w Kodeksie etyki radców prawnych.¹⁵² Gdyby hipotetycznie zdarzyło się, iż ujawnienie się z orientacją homoseksualną zostało uznane za podstawę wszczęcia postępowania dyscyplinarnego, to do tej pory istniała jedynie możliwość odwołania się od decyzji sądów dyscyplinarnych w drodze administracyjnej. Po wejściu w życie Ustawy o równym traktowaniu będzie możliwe dochodzenie odszkodowania za takie lub inne przejawy dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w zakresie członkostwa w samorządzie.

Przepisy ustawy odnoszą się także do zakazu dyskryminacji w podejmowaniu kształcenia zawodowego. W Polsce takie kształcenie jest realizowane w zasadniczych szkołach zawodowych, technikach, w tym technikach uzupełniających, jak też szkołach policealnych. Zawody, w których mogą kształcić szkoły zawodowe, określone są w klasyfikacji zawodów szkolnictwa zawodowego. Aktualnie obowiązująca klasyfikacja zawodów szkolnictwa zawodowego ogłoszona jest w *Rozporządzeniu Ministra Edukacji Narodowej w sprawie klasyfikacji zawodów szkolnictwa zawodowego*¹⁵³, która zawiera około 200 zawodów. Kształcenie zawodowe w Polsce realizują również pracodawcy będący rzemieślnikami.¹⁵⁴

¹⁵¹ <http://www.nra.pl/nra.php?id=249>.

¹⁵² <http://www.kirp.pl/content/download/135/464/file/kerp.pdf>.

¹⁵³ Rozporządzeniu Ministra Edukacji Narodowej w sprawie klasyfikacji zawodów szkolnictwa zawodowego z dnia 26 czerwca 2007 r. (Dz. U. Nr 124, poz. 860).

¹⁵⁴ http://www.wsipnet.pl/oswiata/os_slownik.php?literka=k&haslo=281.

Dotychczas prawo nie gwarantowało równego traktowania innym osobom rzeczywiście wykonującym pracę, poza osobami zatrudnionymi na umowę o pracę, w tym na podstawie mianowania lub z wyboru. Obecnie, po wejściu w życie ustawy równościowej, osoby odbywające kształcenie zawodowe u pracodawców będących rzemieślnikami, a także osoby wykonujące czynności zawodowe w formie praktyk, także bezpłatnych, mają prawo do równego traktowania.

Przepisy ustawy mogą być stosowane także w stosunkach pomiędzy podmiotami prawa prywatnego – osobami fizycznymi, prawnymi i jednostkami nie posiadającymi osobowości prawnej, nie mniej jednak ustawa wprowadza ograniczenia w możliwości dochodzenia zasady równego traktowania przez osoby prowadzące działalności gospodarczą. Z treści art. 5 pkt. 3 wynika, iż ustawy (a więc pośrednio „zasady równego traktowania”) nie stosuje się do swobody wyboru strony umowy. Oznacza to m.in., iż przedsiębiorca nie będzie mógł dochodzić roszczeń od potencjalnego kontrahenta, który nie wybrał jego usług (np. usług prawniczych, kosmetycznych) z powodu dyskryminacyjnej przesłanki (np. orientacji seksualnej), którą się kierował. W rzeczywistości rynkowej często spotykana jest praktyka, iż młode osoby poszukujące pracy w wolnych zawodach, np. prawnika/czki, czy architekta/ki, a nawet instruktora/ki tańca zachęcane są do zakładania działalności gospodarczej, a osoba dająca im pracę, staje się wtedy ich usługobiorcą. Warunki takiej współpracy ustalone zostają często identycznie z warunkami osób zatrudnionych na umowę o pracę, są przy tym korzystniejsze finansowo dla pracodawcy, przerzucają bowiem ciężary socjalne na usługodawcę. Powoływane wyżej sformułowanie ustawowe oznaczać będzie w takiej sytuacji, iż osoby które założyły działalność gospodarczą, by sprostać wymaganiom rynku, podczas gdy w rzeczywistości świadczą pracę tak jak pracownicy, nie będą mogły dochodzić roszczeń od potencjalnych „pracodawców” (usługobiorców), którzy nie zawrą z nimi umowy, z powodu, na przykład ich orientacji seksualnej czy wieku. Zasada równego traktowania, której winny podporządkować się strony umowy cywilnoprawnej, odnosi się więc, w myśl tego przepisu ustawowego, tylko do stosunków prawnych już skutecznie nawiązanych. Nie można zatem będzie, tak jak na przykład jest to możliwe w Kodeksie pracy, powoływać się na naruszenie zasady równego traktowania przez kandydatów do nawiązania umów, na przykład zlecenia, czy o dzieło. Przepis ten uwzględnia przesłankę płci, tak więc zgodnie z dotychczasową

linią orzecniczą Sądów Europejskich, osoby transpłciowe będą mogły dochodzić roszczeń z tytułu niezawarcia z nimi umowy cywilnoprawnej, powołując się na dyskryminację ze względu na płeć.¹⁵⁵

Brak jest na razie dorobku doktryny, czy też rozstrzygnięć sądów, pozwalających interpretować niejasne przepisy ustawy (a takich w niej nie brakuje). Nie można zatem jednoznacznie stwierdzić, czy powyższy wyjątek dotyczy także umów dotyczących niektórych rodzajów pracy nietypowej, na przykład umów zlecenia, czy o dzieło z osobami fizycznymi, nieprowadzącymi działalności gospodarczej. Na obecnym etapie można się pokusić jedynie o wykładnię językową analizowanego przepisu. Sformułowanie „swobody wyboru strony umowy” sugeruje niestety, iż chodzi o wszelkie umowy cywilnoprawne, w tym tzw. umowy o współpracę, umowy zlecenia, czy umowy o dzieło i wszystkie inne umowy nienazwane.

Z taką interpretacją trudno się jednak zgodzić. Zgodnie bowiem z zasadą zawężającej interpretacji wyjątków, uprawnione jest, moim zdaniem, twierdzenie, iż ograniczenie to nie dotyczy różnych form zatrudnienia w rozumieniu prawa unijnego. W konsekwencji opisany wyjątek nie obejmuje umowy zlecenie, umowy o dzieło, umowy z osobą samozatrudnioną, rolnikiem, czy też praktykantem. Odmierna interpretacja nieuchronnie prowadziłyby do poważnego naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnianiu.

Dalej, Kodeks pracy przewiduje ograniczenie rzeczywistego i decydującego wymagania zawodowego do osób zatrudnionych na umowę o pracę. Niestety, Ustawa rozszerza jego stosowanie na wszystkie osoby wykonujące pracę zawodową.

Kolejne ograniczenie stosowania zasady równego traktowania znajduje się w art. 8.2¹⁵⁶ Ustawy. W założeniu przepis ten miał stanowić wdrożenie

¹⁵⁵ Wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, Sprawa C-13/94, P. przeciwko S. i Radzie Hrabstwa Kornwalii, wyrok z dnia 30 kwietnia 1996 roku, ECR [1996] I-2143, ETS, Sprawa C-117/01, K.B. przeciwko Biuru Emerytur Państwowej Służby Zdrowia [National Health Service Pension Agency], Ministrowi Zdrowia Wielkiej Brytanii [Secretary for State Health], wyrok z dnia 7 stycznia 2004 roku, ETS, Sprawa C-423/04, Sarah Margaret Richards przeciwko Ministrowi Zabezpieczenia Socjalnego Wielkiej Brytanii [Secretary of State for Work and Pensions], wyrok z dnia 27 kwietnia 2006 roku.

¹⁵⁶ Nie stanowi naruszenia ust. 1 nierówne traktowanie ze względu na religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w zakresie podejmowania środków koniecznych w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa publicznego i porządku, ochrony zdrowia lub ochrony wolności i praw innych osób

zapisów dyrektyw, w tym dyrektywy ramowej. Tymczasem krajowy ustawodawca prawdopodobnie opacznie zrozumiał cel jego wprowadzenia, potraktowałszy przepis jako upoważnienie do ograniczania zasady równego traktowania. W rzeczywistość odpowiedni zapis dyrektywy stanowi jedynie, iż dyrektywa nie narusza istniejących ograniczeń praw jednostki, w szczególności tych „niezbędnych w demokratycznym państwie prawa dla zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, obrony porządku i zapobiegania działaniom podlegającym sankcjom karnym, ochrony zdrowia i ochrony praw i wolności innych osób.”¹⁵⁷. Uregulowanie takie znajduje się w Konstytucji¹⁵⁸, zaś jego powielanie w treści ustawy nie było konieczne. Przy przyjęciu tak niepoprawnego modelu konstrukcji aktów prawnych – w każdej ustawie gwarantującej jakiegokolwiek prawa należałoby wprowadzić (oczywiście zbędne) powtórzenia. Ponadto forma zapisu ustawy sugeruje, iż art. 8 ust. 2 stanowi wyjątek od ustanowionej w ust. 1 zasady równego traktowania. Trudno o interpretację bardziej mylną – otóż, zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji ograniczenia powyższe nie mogą naruszać istoty prawa. Nie uzasadniają więc całkowitego wyłączenia stosowania zasady równego traktowania, a jedynie w sposób konieczny i proporcjonalny do wagi celu, który ma być osiągnięty.

Ustawa równościowa przewiduje także nowelizację Kodeksu pracy w zakresie art. 18^{3b} par. 4, który ustanawia wyjątek od zasady równego traktowania na rzecz kościołów i związków wyznaniowych. Proponowany zapis pojawił się pod koniec już bardzo zaawansowanych prac legislacyjnych, stąd nie można oprzeć się wrażeniu, iż powyższa zmiana pozostaje w związku z opisaną wyżej niefortunną wypowiedzią Pełnomocnik Rządu ds. Równego Traktowania, zwłaszcza w kontekście o kontrowersjach jakie wzbudziła. Jak wspomniałam wyżej, regulacje unijne pod pojęciem *belief* rozumieją nie tylko poglądy związane z religią, ale także „przekonania”, a więc ujęty w nowej ustawie „światopogląd”. Oczywiście kwestią bezdyskusyjną jest, iż orientacja seksualna, tak samo heteroseksualna, jak i homo-, czy biseksualna światopoglądem nie jest. Natomiast fakt pozostawania w związku formalnym, czy niesformalizowanym, jedno-,

oraz zapobiegania działaniom podlegającym sankcjom karnym, w zakresie określonym w innych przepisach.

¹⁵⁷ Dyrektywa Rady 2000/78/WE, art. 2.

¹⁵⁸ Art. 31 ust. 3.

czy różnopłciowym, może stanowić o stylu życia osoby. Interpretując to w sposób jeszcze bardziej rozszerzający – świadczyć może o czyjejs postawie czy światopoglądzie. Interpretacja taka, jakkolwiek pozbawiona logiki i merytorycznych podstaw, może zostać użyta jako argument, za ewentualnym nieprzyjęciem bądź zwolnieniem z pracy w szkole wyznaniowej osoby, pozostającej w związku z partnerem tej samej płci.

Z tych względów poważnie należałoby się zastanowić, czy w istocie ustawa nie stanowi kroku wstecz w ochronie zasady równego traktowania. Bez wątpienia należałoby jednak dokonać oceny, czy proponowany zapis, wraz z nowelizacją Kodeksu pracy, nie jest sprzeczny z dyrektywą, którą ma implementować. Z treści samej dyrektywy wynika bowiem, iż wdrożenie przepisów unijnych nie może być pretekstem do zawężania ochrony w prawie krajowym. W kontekście powyższych rozważań trudno znaleźć argumenty przemawiające za tym, iż właśnie do takiego zawężenia ochrony nie doszło. Ponadto, zaproponowane przez Senat, a przyjęte przez Sejm, poprawki dotyczą także zmian w obowiązujących przepisach ustawy o ubezpieczeniach społecznych¹⁵⁹ oraz emeryturach kapitałowych¹⁶⁰, a więc materii związanej bardzo ściśle ze sferą zatrudnienia. Powyższe powoduje, iż ochrona grup wrażliwych na dyskryminację, gwarantowana dotychczas w tej ustawie, została także zawężona. Mianowicie, z katalogu cech, ze względu na które nie wolno było dyskryminować w zatrudnieniu usunięto zwrot „w szczególności”, czyniąc z niego katalog zamknięty. Próby usprawiedliwienia takiej zmiany świadczą jedynie o niezrozumieniu przez ustawodawcę podstaw zasady równego traktowania. Ze swej istoty błędne rozumowanie projektodawcy, sprowadza się do twierdzenia, iż sformułowanie „w szczególności” zostało usunięte, gdyż ustawa o równym traktowaniu wprowadza zamknięty katalog przesłanek dyskryminacji. W konsekwencji w przekonaniu legislatorów ustawa nie może zawierać katalogu otwartego, aby „gwarantowała” taki sam poziom ochrony jak ustawa równościowa. Umknęło uwadze ciała prawodawczego, iż proponowany katalog nie jest zgodny z katalogiem ustawy równościowej¹⁶¹. Oznacza to,

¹⁵⁹ Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U.09.205.1585 j.t.).

¹⁶⁰ Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o emeryturach kapitałowych (Dz.U.08.228.1507).

¹⁶¹ Ustawa równościowa jako przesłanki stosowania zasady niedyskryminacji wymienia płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd,

iż poprawka ta ogranicza zasadę równego traktowania, nawet w stosunku do poziomu przyznanego w art. 1 Ustawy równościowej, wyłączając z tej grupy orientację seksualną.

Polska ustawa równościowa, opracowana przez rząd, następnie przyjęta przez Sejm, jest niestety jedynie środkiem implementującym (w mniej lub bardziej sprawny sposób) tylko minimalne wymagania unijne. Takie podejście odróżnia polską ustawę od większości ustaw innych krajów członkowskich UE, gdzie ustawodawcy zagraniczni poszli o wiele dalej niż standardy ustanowione przez UE, obejmując ochroną przed nierównym traktowaniem znacznie szerszy krąg podmiotów.

Obecnie proces implementacji dyrektyw unijnych, wprowadzających nakaz równego traktowania w zakresie zatrudnienia, należy uznać za nieomal ukończony. O ile zmiany wprowadzone do Kodeksu pracy należy generalnie uznać za udane, o tyle Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania stanowi przykład niezrozumienia idei równego traktowania i niedyskryminacji.¹⁶² Celem jej nazbyt pośpiesznego wprowadzenia, do czego zresztą przyznawał się rząd, była jedynie chęć uniknięcia kar finansowych grożących Polsce za złamanie zobowiązań członkowskich w UE. Takie podejście świadczy wyłącznie o legislacyjnej krótkowzroczności i niedbalstwie rządzących. Jest to szczególnie widoczne w świetle lekceważącego traktowania przez rząd polski innych zobowiązań międzynarodowych, czy niedawnych rekomendacji Rady Europy oraz orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Pozostaje jedynie czekać, aby praktyka sądownicza rozstrzygnęła na korzyść osób dyskryminowanych wątpliwości jakie wprowadza Ustawa.

Zofia Jabłońska

KOORDYNATORKA GRUPY PRAWNEJ KAMPANII PRZECIW HOMOFOBII

niepełnosprawność, wiek i orientację seksualną. Natomiast katalog, który ma zastosowanie we wspomnianych ustawach zawiera płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, stan cywilny oraz stan rodzinny, przy czym Ustawa o emeryturach kapitałowych dodatkowo wymienia jeszcze stan zdrowia.

¹⁶² Uzasadnienie projektu Ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania, druk sejmowy nr 3386.

ROZDZIAŁ V

Podsumowanie działań prawników KPH w ramach projektu Monitoring Dyskryminacji Osób LGBT w Polsce w roku 2010

W roku 2010 w skład zespołu prawnego projektu wchodziły następujące osoby: Krzysztof Śmiszek (koordynator zespołu), dr Monika Zima-Parjaszewska, Wioletta Sejbuk, Zofia Jabłońska oraz Ewa Meller.

Zgodnie z zaplanowanymi działaniami w ramach projektu zespół prawni angażował się przede wszystkim w codzienną pomoc prawną osobom doświadczającym nierównego traktowania z powodu orientacji seksualnej i tożsamości płciowej. Porady świadczone były drogą elektroniczną, telefoniczną, listowną oraz stacjonarnie, w siedzibie stowarzyszenia.

Dyżury prawników odbywały się dwa razy w tygodniu (w każdy wtorek i czwartek w godzinach od 18.00 do 20.00). Tygodniowo zespół prawników otrzymywał ok. pięciu zapytań, co daje średnią liczbę 240 porad w ciągu całego roku.

Kampania Przeciw Homofobii, oprócz bieżącego wsparcia w postaci porad prawnych udzielanych osobom zwracającym się o pomoc, angażowała się także w konkretne postępowania sądowe dotyczące spraw, w których pojawił się motyw dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej. KPH kontynuowała praktykę przedstawiania sądom tzw. opinii przyjaciela sądu (*amicus curiae*) – eksperckich opinii mających na celu zaprezentowanie szczególnego poglądu organizacji społecznej na sprawę rozpatrywaną przed sądem, któremu taka opinia jest przedstawiana. „Opinia przyjaciela sądu” pomaga sądowi w kompleksowym rozpoznaniu sprawy, z uwzględnieniem argumentów oraz poglądów, które niekoniecznie mogą być przedstawione przez strony w postępowaniu. KPH dążyła również do udziału w postępowaniach sądowych. Na podstawie art. 61 k.p.c. organizacje społeczne, do których zadań statutowych należy ochrona równości oraz niedyskryminacji przez bezpodstawne bezpośrednie lub pośrednie zróżnicowanie praw i obowiązków obywateli, mogą w sprawach o roszczenia z tego zakresu wytaczać za zgodą obywateli powództwa na ich rzecz oraz, za zgodą powoda, wstępować do postępowania w każdym jego stadium.

Okolo 30% zapytań kierowanych do zespołu prawnego dotyczyło spraw z zakresu prawa rodzinnego: postępowań rozwodowych, próby ograniczenia, utrudniania wykonywania lub pozbawienia władzy rodzicielskiej z powodu homoseksualności rodzica, możliwości adopcji dziecka przez osobę homoseksualną. KPH odnotowuje coraz większą liczbę zapytań dotyczących możliwości wspólnego wychowywania dziecka z partnerem/partnerką biologicznego rodzica dziecka, przede wszystkim kwestii uregulowania kontaktów, możliwości reprezentacji dziecka, decydowania o jego edukacji, sposobie leczenia. Do prawników KPH wpłynęła po raz pierwszy sprawa, w której sąd w postanowieniu o zabezpieczeniu kontaktów biologicznego ojca z dzieckiem, wskazał bezpośrednio, iż kontakty muszą się odbywać bez udziału partnera ojca dziecka. KPH przyłączyło się do tego postępowania ze względu na potrzebę ochrony interesów klienta przed dyskryminacją.

Okolo 30% spraw, które wpłynęło do prawników KPH dotyczyło naruszenia dóbr osobistych, znieważenia lub naruszenia nietykalności

cielesnej, pobić na tle orientacji seksualnej i tożsamości płciowej ofiary. KPH udzieliła również porady prawnej w sprawie wykonywania tymczasowego aresztu wobec klienta chorującego na anoreksję i bulimię, w której działania organów ścigania prowadziły do pogarszającego się stanu zdrowia klienta.

Około 5% spraw zgłaszanych do KPH dotyczyło fizycznych napaści na osoby homoseksualne. Jednym z przypadków, które KPH objęła swoją pomocą prawną, była sprawa młodego mężczyzny pobitego i znieważonego w Warszawie przez policjantów. KPH, oprócz udzielenia pomocy prawnej i wyszukaniu kancelarii, która *pro bono* zajęła się sprawą (Kancelaria Adwokacka adw. Piotr Łada), interweniowała także u Rzecznika Praw Obywatelskich, Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania oraz szefa warszawskiej Policji.

Około 25 % porad prawnych udzielanych przez prawników KPH dotyczyło kwestii związanych z nierównym traktowaniem osób LGBT w zatrudnieniu. Najczęstszymi przypadkami z zakresu zatrudnienia, z którymi zwracali się klienci prawników KPH były przejawy szykanowania, molestowania i prześladowania przez pracodawców i współpracowników. Jedną z interwencji, jaką KPH podjęła razem z Fundacją Trans-Fuzja działającą na rzecz osób transspłciowych, była kwestia dyskryminujących przepisów w sprawie orzekania o zdolności do czynnej służby wojskowej oraz trybu postępowania wojskowych komisji lekarskich w tych sprawach, wykluczającego możliwość służby w wojsku przez osoby trans – i interseksualne. W załączniku Nr 2 do rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej regulującego tę kwestię, który stanowi wykaz chorób i ułomności przy ocenie zdolności fizycznej i psychicznej do czynnej służby wojskowej oraz do odbywania takiej służby poza granicami państwa „transseksualizm i obojnactwo” stanowią czynniki, które powodują przyznanie tzw. kategorii E, co oznacza trwałą i całkowitą niezdolność do czynnej służby wojskowej zarówno w czasie pokoju, jak i w czasie mobilizacji oraz w czasie wojny.

Około 10% porad dotyczyło kwestii związanych z szeroko pojętym prawem administracyjnym, m.in. możliwości uzyskania zaświadczeń o stanie cywilnym potrzebnych do sformalizowania związku jedнопłciowego za granicą. KPH kontynuowała również wsparcie prawne klientów, którzy znajdują się obecnie w procedurze o przyznanie statusu uchodźcy z uwagi na doznawane prześladowania w kraju pochodzenia.

W roku 2010 do KPH trafiło ok. 10 spraw dotyczących nierównego traktowania przez banki oraz instytucje ubezpieczeniowe, które odmawiały prawa do ubezpieczeń partnerom homoseksualnym uzasadniając to konstytucyjną definicją rodziny.

Działania podejmowane na poziomie krajowym

Prawnicy KPH monitorowali na bieżąco działalność legislacyjną rządu i parlamentu, ze szczególnym uwzględnieniem prac nad projektem ustawy o równym traktowaniu wdrażającej antydyskryminacyjne przepisy UE. Prawnicy KPH uczestniczyli w procesie konsultowania przepisów Ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania, która weszła w życie 1 stycznia 2011.

W 2010 r. prawnicy KPH przy współpracy ze Stowarzyszeniem Pracownia Różnorodności doprowadzili do powstania projektu zmian w Kodeksie karnym, które miałyby uregulować zakaz mowy nienawiści i przestępstw motywowanych nienawiścią do osób LGBT.

Członkowie Grupy Prawnej publikowali także artykuły naukowe na temat praw osób LGBT. Monika Zima w artykule „Wykluczenie, a rzecznicstwo w życiu publicznym” analizowała problem wykluczenia społecznego i prawnego m. in. osób LGBT, szczególnie zależności między dyskryminacją, wykluczeniem i rzecznictwem osób LGBT (w: Ubóstwo i wykluczenie społeczne w Polsce, Polski Raport Social Watch, Warszawa 2010).

Członkowie Grupy Prawnej KPH byli również aktywnie zaangażowani w prace Komisji ds. Równego Traktowania przy Prezydencie m. st. Warszawy – miejskim forum monitorującym wdrażanie zasady niedyskryminacji w Warszawie.

Prawnicy KPH spotykali się również regularnie z Rzecznikiem Praw Obywatelskich, z którym omawiali najważniejsze problemy środowiska LGBT w Polsce.

Działania podejmowane na poziomie międzynarodowym

W 2010 KPH kontynuowała swoje działania dotyczące rozwiązania problemu związanego z odmowami wydawania zaświadczeń o stanie cywilnym obywatelom i obywatelkom polskim zamierzającym zawrzeć związek partnerski lub małżeński z osobą tej samej płci za granicą.

Ważniejsze działania jakie podjęto w tej sprawie to:

- prezentacja tej problematyki podczas posiedzenia Komisji Petycji Parlamentu Europejskiego (Parlament uznał, że sprawa jest na tyle ważna, że pozostawił petycję otwartą i zażądał od polskich władz informacji w tej sprawie);
- udzielenie pomocy prawnej osobie ubiegającej się o takie zaświadczenie przez wstąpienie na drogę sądową, celem zbadania legalności działań polskiej administracji w tej kwestii.

Grupa Prawna KPH wzięła aktywny udział w przygotowaniu raportu alternatywnego do Komitetu Praw Człowieka ONZ odnośnie wdrażania przez Polskę przepisów Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Raport został następnie przedstawiony na posiedzeniu Komitetu w Genewie. Komitet w swoich rekomendacjach wziął pod uwagę część postulatów KPH przedstawionych w raporcie i m.in. uznał, że projekt Ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania nie jest wyczerpujący, gdyż nie obejmuje dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej, niepełnosprawności, religii albo wieku w sferze edukacji, opieki zdrowotnej, zabezpieczenia społecznego czy usług mieszkaniowych. Komitet uznał, że Polska powinna poprawić projekt ustawy w taki sposób, żeby ustanowić zakaz dyskryminacji ze względu na wszelkie przesłanki we wszystkich dziedzinach życia. Komitet zauważył również wzrost przypadków mowy nienawiści i nietolerancji wobec społeczności LGBT. Uznano, że Polska powinna dołożyć starań, żeby wszystkie przypadki takiej nietolerancji były przedmiotem właściwych postępowań. Polska powinna także zabronić dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową oraz znowelizować kodeks karny w taki sposób, żeby podlegała karze mowa nienawiści i przestępstwa motywowane nienawiścią ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową.

Przedstawiciel Grupy Prawnej KPH wziął udział w warsztacie na temat litygacji strategicznej spraw osób LGBT zorganizowanym przez ILGA-Europe w Londynie.

Prawnicy KPH byli zaangażowani w pracę przy międzynarodowym projekcie Equal-Jus. Celami projektu, który będzie trwał do maja 2011 są:
– stworzenie europejskiej sieci informacyjnej funkcjonującej między prawnikami oraz organizacjami zajmującymi się sprawami osób LGBT w UE;

- stworzenie międzynarodowej bazy danych spraw sądowych, przepisów prawnych, literatury, których podmiotami są osoby LGBT;
- organizacja szkoleń dla prawników z terenu Unii w celu poszerzenia wiedzy na temat problemów osób LGBT i sposobów walki z homofobią;
- utworzenie strony internetowej (zwierającej bazę danych spraw sądowych, materiały szkoleniowe, informacje dotyczące najbliższych wydarzeń związanych z walką z dyskryminacją osób LGBT) oraz organizacja kampanii podnoszącej świadomość, które polepszą komunikację państw wspólnotowych sprawach dotyczących osób LGBT.

W ramach projektu powstaną publikacje dla prawników i obywateli EU, poruszające problematykę praw osób LGBT, które będą również przetłumaczone na język polski.

O raporcie

Raport o dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową w zatrudnieniu to jedno z pierwszych kompleksowych opracowań tego typu w polskiej literaturze przedmiotu. Raport jest efektem prac ekspertów i ekspertek, którzy od lat zajmują się prawnymi i społecznymi aspektami dyskryminacji osób LGBT. Raport zawiera szczegółową i krytyczną analizę obowiązujących przepisów prawnych oraz rozwiązań antydyskryminacyjnych w miejscu pracy.

O projekcie

Monitoring Dyskryminacji Osób LGBT w Polsce to wieloletni kompleksowy projekt realizowany przez Kampanię Przeciw Homofobii, dofinansowany ze środków Open Society Institute. Projekt powstał z myślą o stworzeniu efektywnych narzędzi monitorowania sytuacji osób zagrożonych nierównego traktowania osób ze względu na ich orientację seksualną i tożsamość płciową.

O Kampanii Przeciw Homofobii

Kampania Przeciw Homofobii (KPH) jest ogólnopolską organizacją pożytku publicznego zajmującą się przeciwdziałaniem nietolerancji i dyskryminacji osób homoseksualnych oraz transgenderowych.

