

BEATA BURY

Wyższa Szkoła Prawa i Administracji Przemyśl-Rzeszów, Sąd Rejonowy w Rzeszowie

MARCIN DUDZIK

Sąd Rejonowy w Rzeszowie

NARUSZENIE ZAKAZU DYSKRYMINACJI PRACOWNIKÓW JAKO CZYN ZABRONIONY

Konstytucyjna zasada równości wszystkich wobec prawa (art. 32 ust. 1 zdanie 1) oraz zakaz dyskryminacji kogokolwiek w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym (art. 32 ust. 2) stanowią adresowany do władzy publicznej swego rodzaju nakaz takiego samego, pod względem prawnym, traktowania podmiotów należących do tej samej kategorii, klasy podmiotów wyróżnionych ze względu na daną cechę lub kryterium uznawane za prawnie doniosłe (relevantne) z punktu widzenia ukształtowania treści stosunku prawnego, a więc związanych z nim praw i obowiązków, łączącego tę wyróżnioną kategorię podmiotów z władzą publiczną¹. Konkretyzację i rozwinięcie tej zasady można odnaleźć w art. 33 Konstytucji RP, zgodnie z którym kobieta i mężczyzna w Rzeczypospolitej Polskiej mają równe prawa w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym².

Tak pojmowana zasada niedyskryminacji znajduje na użytek stosunków pracy rozwinięcie w odpowiednich przepisach kodeksu pracy. Ta dziedzina stosunków społecznych jest bowiem szczególnie narażona na występowanie zachowań, które mogą stanowić zachowania dyskryminacyjne. W związku z tym powstaje konieczność szerszego zakresu ochrony pracownika przed niesłusznym różnicowaniem, a ustawodawca uznał, iż kwestia ta jest na tyle doniosła społecznie, że działania dyskryminacyjne w tym obszarze wymagają stosownej reakcji ze strony prawa karnego. Tak więc na płaszczyźnie jednego stanu faktycznego spletać się tu mogą oceny dwóch odrębnych gałęzi prawa, a mianowicie prawa pracy i prawa karnego *sensu largo*. Jak zresztą wskazano w piśmiennictwie, związki prawa pracy z prawem karnym są różnorodne i wielostronne. Przejawiają się one w szczególności w posługiwaniu się sankcjami karnymi dla zwalczania naruszeń obowiązków ob-

¹ Por. orzeczenia TK z 6 marca 1990 r., K. 5/89, i z 16 lutego 1999 r., SK 11/98.

² Por. B. Bury, *Zakaz dyskryminacji pracowników ze względu na płeć — zarys problemu*, „Gospodarka, Administracja, Samorząd” 2002, nr 1–2, s. 24–25.

ciążających strony stosunku pracy³. Samo zaś pojęcie dyskryminacji jest obecne na gruncie prawa karnego nie od dziś i jak zauważył Leszek Wilk⁴, stanowi ono charakterystyczne *novum* powojennego ustawodawstwa karnego. Jako przykład można tutaj podać choćby treść art. 194 k.k.⁵, który stanowi o penalizacji dyskryminacji wyznaniowej.

Refleksji wymaga zatem zagadnienie, czy konstrukcja czynów zabronionych dotyczących tej materii może skutecznie służyć do zwalczania przejawów dyskryminacji w stosunkach pracy, czy też w zbyt dużym stopniu poszerza pole penalizacji, wkraczając tym samym w obszar, w którym z powodzeniem wystarczyłoby posłużenie się instrumentami właściwymi prawu pracy.

Na wstępie należy zauważyć, że obecnie z penalizacją zachowań dyskryminacyjnych mamy do czynienia w wielu aktach prawnych, a słuszne wydaje się spostrzeżenie, iż podlegają one systematycznej rozbudowie, także na skutek wdrażania do polskiego systemu prawa rozwiązań prawa europejskiego⁶.

Analiza wymienionych regulacji pozwala uznać, że prawnokarna ocena zachowań noszących znamiona dyskryminacji jest zróżnicowana, pod względem zarówno stopnia społecznej szkodliwości czynu, co przejawia się w kwalifikowaniu tych zachowań przez ustawodawcę jako przestępstw bądź wykroczeń, jak i okoliczności modalnych, które znajdują odzwierciedlenie w opisie strony przedmiotowej konkretnych typów przestępstwa bądź wykroczenia. Różne są bowiem okoliczności, od których zaistnienia ustawodawca uzależnił penalizację dyskryminacji w prawie pracy. Właśnie dlatego zdefiniowanie na potrzeby prawa karnego pojęcia dyskryminacji pracownika może być trudne⁷.

Poszukując znaczenia tego terminu w obszarze prawa karnego, należy wyraźnie podkreślić, że wszelkie działania dyskryminacyjne są oczywistym naruszeniem uprawnień pracowniczych, gdyż wynikającym ze stosunku pracy uprawnieniem pracowniczym jest prawo do równego traktowania z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków (art. 11² k.p.). Ponadto na pracodawcy ciąży wynikający z art. 94 pkt 2 lit. b k.p. obowiązek przeciwdziałania dyskryminacji w zatrudnieniu ze względu na wymienione w przepisach prawa pracy kryteria.

Dlatego też dokonując w procesie stosowania prawa prawnokarnej oceny konkretnego zachowania, które stanowić może zachowanie dyskryminacyjne, należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na art. 218 k.k., który penalizuje złośliwe lub uporczywe naruszanie praw pracownika wynikających ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego. Przedmiotem ochrony tego przepisu są właśnie te prawa pracownicze, które wynikają ze stosunku pracy, a więc także

³ W. Sanetra, *Prawo pracy wobec reformy prawa karnego*, „Prawo Pracy” 1997, nr 11, s. 3.

⁴ L. Wilk, *Kilka uwag o kryminalizacji w sferze zbiorowego prawa pracy*, „Przegląd Sądowy” 1998, nr 3, s. 74.

⁵ Ustawa z 6 czerwca 1997 r., Dz.U. Nr 88, poz. 553.

⁶ J. Marciniak, *Prawo karne pracy — wybrane zagadnienia*, „Radca Prawny” 2010, nr 1, s. 9.

⁷ W. Masewicz, *Czyny karalne związane ze stosunkiem pracy*, Warszawa 1995, s. 38.

prawo do równego traktowania, wyrażone w zakazie dyskryminacji ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, narodowość, przekonania, zwłaszcza polityczne lub religijne, czy przynależność związkową⁸. Działanie przestępcze wypełniające znamiona czynów określonych w tym przepisie może więc polegać także na złośliwym lub uporczywym stosowaniu praktyk dyskryminacyjnych wobec pracownika. W związku z tym nie można podzielić poglądu wyrażonego w literaturze, jakoby naruszenie zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu nie stanowiło przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową w rozumieniu przepisów kodeksu karnego⁹. Przyjęcie tego poglądu prowadziłoby do absurdalnych rezultatów. Otóż stosowanie praktyk dyskryminacyjnych, na przykład ze względu na płeć, przez podmiot prowadzący agencję zatrudnienia, wobec pracownika tymczasowego, stanowi wykroczenie z art. 121 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy¹⁰. Tymczasem te same praktyki stosowane wobec pracownika zatrudnionego u innego pracodawcy pozostawałyby bezkarne z powodu braku odrębnego typu czynu zabronionego stanowiącego wprost o penalizacji dyskryminacji w zatrudnieniu. Zatem należy uznać, że jeżeli przy realizacji pozostałych znamion opisanych w art. 218 k.k. dojdzie do dyskryminacji w stosunku pracy, to zachowanie takie może być oceniane przez pryzmat tego występku.

Jako zasadne może więc jawić się pytanie o wzajemny stosunek przepisu art. 218 k.k. i czynów zabronionych zawartych w innych aktach prawnych. Otóż relacje te mogą układać się rozmaicie. Jeśli więc na przykład dyskryminowanie pracownika będzie podejmowane z powodu jego przynależności do związku zawodowego, pozostawania poza związkiem zawodowym lub wykonywania funkcji związkowej, to takie zachowanie stanowić będzie przestępstwo z art. 35 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych¹¹, która to regulacja będzie w tym wypadku stanowić *lex specialis* względem art. 218 k.k. Czynы zabronione stypizowane w pozostałych aktach prawnych to wykroczenia. Znajdą one zastosowanie, gdy dyskryminacja pracownika ze względu na wskazane w konkretnym typie kryteria nie przybierze cech znamienych dla czynności sprawczej występku z art. 218 k.k., to jest złośliwości lub uporczywości. Jeśli więc na przykład pracownik — członek europejskiej rady zakładowej — byłby dyskryminowany w związku z pełnioną przez siebie funkcją w europejskiej radzie zakładowej, to zachowanie takie stanowić będzie wykroczenie z art. 39 pkt 2 ustawy z dnia 5 kwietnia 2002 r. o europejskich radach zakładowych¹². W sytuacji

⁸ W. Wróbel, [w:] A. Barczak-Oplustil *et al.*, *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2. *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, Kraków 2006, teza 3 do art. 218.

⁹ G. Goździewicz, [w:] R. Celeda *et al.*, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2009, teza 16 do art. 11³.

¹⁰ Dz.U. z 2008 r., Nr 69, poz. 415.

¹¹ Dz.U. z 2001 r., Nr 79, poz. 854.

¹² Dz.U. z 2002 r., Nr 62, poz. 556.

gdy opisane zachowanie sprawcze zyska dodatkowo na przykład cechy uporczywości, to właściwa prawnokarna ocena winna być dokonana na podstawie treści art. 218 k.k.

Przechodząc do analizy znaczenia terminu „dyskryminacja pracownika” na gruncie prawa karnego, trzeba przypomnieć, że w prawie pracy dyskryminacja polega na różnicowaniu praw i obowiązków osób, które charakteryzują się taką samą istotną (relewantną) cechą¹³. Wskazane określenie tego pojęcia nie wydaje się jednak wystarczające. Taka interpretacja mogłaby bowiem niebezpiecznie poszerzać pole penalizacji poszczególnych typów przestępstwa bądź wykroczenia, godząc tym samym w zasadę *ultima ratio* tej gałęzi prawa. Zapatrywanie to jawi się jako właściwe w sytuacji, gdy weźmie się pod uwagę, że żaden z przepisów nie wskazuje — choćby przykładowo — przejawów owej dyskryminacji, co nie sprzyja przecież postulatowi maksymalnej określoności tworzonych typów czynów zabronionych. W związku z tym należy zwrócić szczególną uwagę na kolejne *signum specificum* owych regulacji, a mianowicie na to, że czynności sprawcze, których desygnatem jest dyskryminacja, podejmowane są przez sprawcę z określoną motywacją. Może to być przynależność związkowa, działalność pracownika w specjalnym zespole negocjacyjnym (na przykład art. 111 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 22 lipca 2006 r. o spółdzielni europejskiej¹⁴), ale też jego płeć czy orientacja seksualna. Ustawodawca przesądził więc, poprzez określenie pobudek motywacyjnych, o stronie podmiotowej przestępstwa czy wykroczenia, dopuszczając możliwość popełnienia tego czynu jedynie w formie zamiaru bezpośredniego i to o szczególnym zabarwieniu (*dolus coloratus*). Zatem motywacja ta, na równi z pozostałymi znamionami konkretnego typu, musi zostać udowodniona w postępowaniu karnym. Dlatego też wszelkie zachowania noszące znamiona dyskryminacji powinny być na gruncie prawnokarnych regulacji interpretowane z uwzględnieniem motywacji sprawcy podejmowania określonych działań. Na tle art. 35 ustawy o związkach zawodowych Wojciech Radecki¹⁵ wyraził pogląd, że przez dyskryminację należy rozumieć nierówne traktowanie pracownika w porównaniu z innymi (na jego niekorzyść), upośledzenie go lub wręcz prześladowanie, jeżeli motywem zachowania sprawcy jest przynależność pracownika do związku zawodowego, pozostawanie poza związkiem lub wykonywanie funkcji związkowej. Istotne w tej wypowiedzi jest właśnie zaakcentowanie motywacji zachowania sprawcy ocenianego jako dyskryminacyjne (w tym przypadku przynależność związkowa). Właśnie ten element ma niebagatelne znaczenie przy wszelkich próbach definiowania omawianego pojęcia oraz przy wykładni wskazanego znamienia w procesie stosowania prawa. Jest bowiem oczywiste, że nierów-

¹³ U. Jackowiak, [w:] U. Jackowiak *et al.*, *Kodeks pracy z komentarzem*, Gdynia 2004, teza 7 do art. 18^{3a}.

¹⁴ Dz.U. Nr 149, poz. 1077.

¹⁵ W. Radecki, [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Pozakodeksowe przepisy karne z komentarzem*, Warszawa 1992, s. 349–350.

ne traktowanie pracowników, jeśli będzie miało uzasadnione podstawy, nie będzie relewantne z punktu widzenia prawa karnego. Dlatego też niejednokrotnie mogą się pojawiać trudności w ustaleniu, czy pracodawca nierówno traktujący pracownika czyni to z powodów, które stanowiły przyczynę ich penalizacji, czy też jego motywy są inne i przy tym irrelewantne z punktu widzenia prawa karnego, a usprawiedliwione z punktu widzenia interesu pracodawcy. Powyższe trudności stają się szczególnie doniosłe w tych przypadkach, gdy karalne jest nierówne traktowanie w stosunkach pracy z takich powodów, jak na przykład płeć, orientacja seksualna, wyznanie (art. 121 ust. 1 pkt 3 oraz art. 123 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy). Łatwiej jest ustalić fakt dyskryminowania pracownika z powodu jego przynależności do związku zawodowego czy też działalności jako przedstawiciela pracowników. Taka aktywność pracownika może bowiem pozostawać w sprzeczności z interesami pracodawcy, a dyskryminacja na przykład ze względu na orientację seksualną może nie mieć w ogóle jakichkolwiek racjonalnych powodów. Źródłem takiego zachowania sprawcy mogą być emocje, osobiste uprzedzenia, światopogląd, a nie jakikolwiek interes pracodawcy. Stąd w praktyce mogą się pojawiać niemałe problemy z udowodnieniem sprawcy znamion czynu zabronionego, a konkretnie z wykazaniem, że traktuje on gorzej pracownika na przykład właśnie z powodu jego wyznania czy orientacji seksualnej.

Kolejnym problemem wymagającym zasygnalizowania są kryteria dyskryminacyjne. Należy bowiem zauważyć, że z konstrukcji typów czynów zabronionych, w których penalizowana jest dyskryminacja pracownika, wynika, iż katalog kryteriów dyskryminacyjnych nie ma charakteru otwartego. Przepisy posługują się bądź jednym kryterium, jak przynależność związkowa czy pełniona przez pracownika funkcja, bądź też wymieniają ich więcej, jednak nie w sposób, który pozwoliłby uznać, że ten katalog ma jedynie charakter przykładowy (na przykład art. 121 pkt 3 i art. 123 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy). Żaden z tych przepisów, wymieniając kryteria dyskryminacyjne, nie posługuje się zwrotem „w szczególności” lub innym równoznacznym, co skłania do wniosku, że kryteria te zostały wymienione w sposób wyczerpujący (katalog *numerus clausus*). Nie oznacza to oczywiście, że nierówne traktowanie wyłącznie z powodów wymienionych we wskazanych aktach prawnych może być relewantne z punktu widzenia prawa karnego. Jak zaznaczono bowiem już wcześniej, w art. 218 k.k. penalizowane jest naruszenie praw pracowniczych wynikających ze stosunku pracy, a więc także prawa do równego traktowania. W kodeksie pracy zaś niedozwolone kryteria zostały wymienione jedynie w sposób przykładowy — art. 11³ i art. 18^{3a} § 1 posługują się zwrotem „w szczególności”, co poszerza katalog zachowań, które mogą być oceniane jako przejawy dyskryminacji, w tym takiej, która może być oceniana przez pryzmat znamion występków z art. 218 k.k. Można zatem zauważyć, że pole penalizacji jest w tej materii zakreślone szeroko i ma nieostro zarysowane granice. Sytuację tę potęguje konstrukcja czynów zabronionych penalizująca dyskryminacyjne zachowania w obszarze prawa pracy.

Pamiętać trzeba, iż są to czyny zabronione formalne, a zatem do ich realizacji nie jest konieczny skutek w rozumieniu prawa karnego, który wchodziłby w skład ustawowych znamion konkretnego typu. Nie jest więc wymagane powstanie szkody w jakiegokolwiek postaci po stronie osoby dyskryminowanej ani zaistnienie konkretnego niebezpieczeństwa. Ustawodawca nie wymaga też, aby zachowanie sprawcy pociągało za sobą jakąkolwiek materialną konsekwencję, mającą odzwierciedlenie w zachowaniu pracownika, jak na przykład rozwiązanie przez niego stosunku pracy. Co więcej, nie jest nawet wymagane, aby pracownik sprzeciwiał się podejmowaniu wobec niego zachowań dyskryminacyjnych. Zatem jedynie na podstawie samego zachowania sprawcy należy ocenić, czy rzeczywiście doszło do realizacji przedmiotowych znamion przestępstwa czy wykroczenia.

Kolejną kwestią wymagającą refleksji jest wskazanie, czy zachowanie sprawcy opisane znamieniem „dyskryminuje” musi się cechować pewną powtarzalnością zachowań, czy też realizacja tego znamienia może dokonać się przez zachowanie krótkotrwałe, a nawet jednorazowe. Odpowiedź na to pytanie jest niejednoznaczna i uzależniona od konkretnego zachowania będącego przejawem dyskryminacji. Najczęściej zachowanie sprawcy nie będzie miało jednorazowego, incydentalnego charakteru. Nierówne traktowanie, w większości przypadków, odznacza się bowiem działaniami podejmowanymi wielokrotnie lub długotrwale wobec osoby dyskryminowanej. Z reguły stwarzanie wobec pracownika wrogiej, poniżającej atmosfery odbywa się przez działania długofalowe i podejmowane z premedytacją. Jednak niektóre zachowania sprawcy mogą mieć charakter jednorazowy i też będzie można je uznać za działania dyskryminacyjne. Tak będzie choćby w przypadku odmowy zatrudnienia z powodu jednego z kryteriów dyskryminacyjnych, które to zachowanie jest wykroczeniem z art. 123 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Również w ramach już istniejącego stosunku pracy nie można wykluczyć sytuacji, że jednorazowe zachowanie sprawcy będzie miało cechy prawnokarnie relewantnej dyskryminacji. Egzemplifikację tego stanowić może pominięcie pracownika przy awansie zawodowym, jeżeli motywem takiego zachowania będzie jedno z kryteriów dyskryminacyjnych, czy też odmowa jakiegoś świadczenia związanego z pracą, na przykład prawa do premii.

W przypadku dyskryminacji pracownika, która może być oceniana jako występki z art. 218 k.k., ustawodawca stawia dodatkowe wymagania w opisie zachowania sprawcy. Jak już wcześniej zaznaczono, naruszenie praw pracowniczych (w tym prawa do równego traktowania), aby mogło stanowić realizację znamion przestępstwa z art. 218 k.k., musi być złośliwe lub uporczywe, przy czym znamiona te występować mogą oddzielnie lub łącznie¹⁶. Jako wypełniający znamiona uporczywości przyjmuje się wymóg, aby działanie takie trwało dłuższy

¹⁶ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, teza 6 do art. 218.

czas lub powtarzało się w pewnym okresie¹⁷. W takim przypadku wykluczona jest możliwość jednorazowego zachowania sprawcy¹⁸.

Na samym wstępie była już mowa o tym, że zachowanie mające cechy dyskryminacji w stosunkach pracy może być oceniane przez pryzmat zarówno prawa pracy, jak i prawa karnego *sensu largo*. Inaczej mówiąc, nierówne traktowanie niesie z sobą konsekwencje w sferze tych dwóch gałęzi prawa. Konsekwencje te nie zaistnieją jednak, jeśli w stosownym postępowaniu nie zostanie wykazany fakt dyskryminacji. W tej zaś materii należy zauważyć różnice w zakresie rozkładu ciężaru dowodu. Ustawodawca w art. 18^{3b} § 1 k.p. ustanowił bowiem znaczne ułatwienie dla pracownika. Przepis ten zwalnia go bowiem z konieczności udowodnienia dyskryminacji. To pracodawca, chcąc zwolnić się od odpowiedzialności, musi wykazać, że nie dyskryminuje pracownika¹⁹. W orzecznictwie przyjmuje się, iż pracownik powinien wskazać fakty uprawdopodobniające zarzut nierównego traktowania w zatrudnieniu i wówczas na pracodawcę zostaje przeniesiony ciężar dowodu, że — zachowując się w opisany sposób — kierował się obiektywnymi powodami²⁰. Inaczej mówiąc, na pracodawcy ciąży powinność wykazania, że odmienne traktowanie pracownika nie było arbitralne, ale wynikało z powodów obiektywnych²¹. Na pracowniku nie ciąży więc obowiązek wskazywania przyczyn jego gorszego traktowania²². Kwestia ta wygląda inaczej z punktu widzenia ocen prawnokarnych. Sprawcy trzeba bowiem udowodnić realizację wszystkich znamion stanowiących dyskryminację. Zatem w postępowaniu karnym przedmiotem dowodzenia będzie fakt nierównego traktowania pracownika oraz motywacja pracodawcy nierównego traktowania. W tym przypadku wykazanie motywacji sprawcy jest o tyle istotne, że — jak już wcześniej wspomniano — rzutuje ona na stronę podmiotową czynu zabronionego, dopuszczając popełnienie go wyłącznie w formie zamiaru bezpośredniego i to o szczególnym zabarwieniu.

W tym miejscu może się również rodzić pytanie, jaki wpływ na prawnokarną ocenę zachowania sprawcy mogą mieć ustalenia dokonane w toku postępowania na potrzeby sądu pracy. Otóż w kwestii tej nie można tracić z pola widzenia

¹⁷ W. Wróbel, [w:] A. Barczak-Oplustil *et al.*, *op. cit.*, teza 25 do art. 218.

¹⁸ W orzeczeniu z dnia 13 grudnia 2000 r. SA w Krakowie wskazał, że w pojęciu uprzedzonej zawiera się zarówno wielokrotność uchylania się od wykonania powinności, jak i świadomość niweczenia tym możliwości osiągnięcia stanu założonego przez prawo, postanowienie SA w Krakowie II Akz 289/00, KZS 2000/12/28.

¹⁹ E. Maniewska, [w:], K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Kodeks pracy. Komentarz. Ustawy towarzyszące z orzecznictwem. Europejskie prawo pracy z orzecznictwem*, t. 1, Warszawa 2009, teza 3.2 do art. 18^{3a}.

²⁰ Wyrok SN z 9 czerwca 2006 r., III PK 30/06, OSNP 2007, nr 11–12, poz. 160.

²¹ L. Mitrus, *Glosa do wyroku SN z 9 czerwca 2006 r.*, III PK 30/06, OSP 2008, nr 7–8, s. 82.

²² Odmienne SN w wyroku z dnia 9 stycznia 2007 r., II PK 180/06, stwierdzając, że pracownik powinien wykazać przyczynę dyskryminacji oraz okoliczności dowodzące nierównego traktowania z tej przyczyny.

wyrażonej w art. 8 k.p.k.²³ zasady jurysdykcyjnej samodzielności sądu karnego, która oznacza autonomię orzekania w sprawach karnych. Zgodnie z tą zasadą sąd karny samodzielnie rozstrzyga zagadnienia faktyczne i prawne oraz nie jest związany rozstrzygnięciem innego sądu lub organu²⁴. Tak więc ustalenie, na przykład w sprawie o odszkodowanie, że miała miejsce dyskryminacja, nie będzie oznaczać, iż przed sądem karnym powiedzie się udowodnienie sprawcy popełnienia czynu o znamionach wyczerpujących któryś z typów opisujących dyskryminacyjne zachowanie wobec pracownika. Przemawia za tym również i ta okoliczność, że orzeczenia o charakterze wyłącznie deklaratoryjnym, a do takich zalicza się orzeczenie zasądzające odszkodowanie, nie stanowią prawomocnego rozstrzygnięcia kształtującego prawo lub stosunek prawny, którymi to rozstrzygnięciami jest z kolei związany, z mocy art. 8 § 2 k.p.k., sąd karny.

Na zakończenie należy w kontekście poczynionych uwag zastanowić się, czy penalizowanie zachowań dyskryminacyjnych w obszarze prawa pracy jest zabiegiem trafnym, a także czy istniejące obecnie uregulowanie tej kwestii może należycie służyć zapobieganiu temu zjawisku. Nie powinno się bowiem zapominać o subsydiarnym charakterze tej dziedziny prawa, której ingerencja powinna następować tylko wtedy, gdy inne instrumenty nie zapewniają dobrom prawnym wystarczającej ochrony²⁵.

Zatem jeżeli ustawodawca decyduje się na kryminalizację pewnego zjawiska, powinien tak konstruować przepisy prawa, aby spełniały one warunek precyzyjnej typizacji. Tylko w ten sposób można zrealizować postulat maksymalnej określoności tworzonych typów czynów zabronionych, zapewniając tym samym ich skuteczność w praktyce stosowania prawa. Jak jednak wynika z poczynionych uwag, penalizowanie dyskryminacji w prawie pracy wywołuje wiele kontrowersji, które nie pozwalają uznać wskazanych unormowań za wystarczająco określone.

W praktyce mogą pojawić się niemałe trudności w wykazaniu sprawcy motywacji zachowania dyskryminacyjnego, a tym samym znamienia strony podmiotowej konkretnego typu czynu zabronionego. Łatwo sobie bowiem wyobrazić linię obrony pracodawcy, który będzie twierdził, że nierówne traktowanie przejawiające się na przykład w pominięciu pracownika w awansie było podyktowane oceną jakości świadczonej pracy, a nie choćby uprzedzeniem co do orientacji seksualnej pracownika. Trudności te może dodatkowo potęgować to, że niejednokrotnie rzeczywistym przyczynom nierównego traktowania towarzyszyć mogą przyczyny usprawiedliwione. Właściwie dopiero gdy zachowanie sprawcy zyskałoby cechy, które można określić mianem uporczywości lub złośliwości, stałaby się możliwa ocena takiego zachowania jako przestępstwa z art. 218 k.k. Realizacja tych znamion musi się bowiem siłą rzeczy wiązać z zachowaniem ewidentnym, a więc

²³ Ustawa z 6 czerwca 1997 r., Dz.U. Nr 89, poz. 555.

²⁴ W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 23.

²⁵ L. Gardocki, *Subsydiarność prawa karnego oraz in dubio pro libertate jako zasady kryminalizacji*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 12, s. 61.

takim, które konkretnie można zarzucić i wykazać pracodawcy w postępowaniu karnym.

Jednak wykorzystywanie tych regulacji może stanowić pokusę dla niesolidnych pracowników, którzy tą drogą mogą się bronić przed negatywnymi konsekwencjami źle świadczonej przez siebie pracy.

Dlatego też *de lege ferenda* zasadne byłoby rozważenie doprecyzowania strony przedmiotowej poszczególnych typów czynów zabronionych. Można by tego dokonać poprzez enumeratywne wskazanie przejawów dyskryminacji, ograniczając je jednocześnie do tych, które w najbardziej jaskrawy sposób łamią prawa pracownika.

Wydaje się, że pożądane byłoby również wprowadzenie do znamion strony przedmiotowej skutku, na przykład w postaci szkody po stronie pracownika²⁶, bądź też wprowadzenie wymogu, by prawnokarnie relewantna dyskryminacja niosła ze sobą konsekwencje w zachowaniu pracownika, na przykład rozwiązanie przez niego stosunku pracy z tego powodu.

W ten sposób pole penalizacji zostałoby zawężone jedynie do tych zachowań, które niewątpliwie wymagają ingerencji prawa karnego, służąc zwalczaniu rzeczywistych przejawów patologii w stosunkach pracy.

²⁶ Taki postulat zgłosił już w literaturze L. Wilk, *op. cit.*, s. 75.