

PRACA I ZABEZPIECZENIE SPOŁECZNE

LABOUR AND SOCIAL SECURITY JOURNAL

PL ISSN 0032-6186

TOM LX

Nr indeksu 3698-10

10 październik 2019

Dopuszczalność udzielania świadczeń opieki zdrowotnej
w formie telemedycyny i ich finansowania ze środków publicznych

Niewyśniony sen o europejskich radach zakładowych.
Jak związki przegrywają z korporacjami ponadnarodowymi

Odpowiedzialność odszkodowawcza pracodawcy
za rozstrój zdrowia psychicznego pracownika

Praca w godzinach nadliczbowych a norma i wymiar czasu pracy

www.pizs.pl



Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne



Wolność „do” i wolność „od” a prawo pracy

W toku ostatniej kampanii wyborczej rozgorzał ostry spór o to, kto bardziej jest za wolnością obywateli i kto tę wolność w większym stopniu zapewnia. W szczególności PiS broniąc się przed zarzutami, że jest partią kształtującą rządy autokratyczne, twierdzi, że Polskę czyni europejską oazą wolności i jest tej wolności najlepszym i chyba jedynym gwarantem. Dla wywiedzenia i udowodnienia tego twierdzenia — ustami Prezesa partii — sięga przy tym do wprowadzanego nieraz rozróżnienia wolności na wolność „od” i wolność „do”. Wolność wydaje się jednak być jedna i jednolita jako kategoria pojęciowa, prawna i ideologiczna, stąd też wskazane rozróżnienie może być widziane jako rodzaj pewnego nadużycia. To bowiem co określa się jako wolność „do”, to w gruncie rzeczy określone prawa podstawowe (według naszej Konstytucji — prawa człowieka i obywatela).

Kategoria wolności odnoszona jest oczywiście do różnych podmiotów czy bytów, w tym w obecnie toczonych dyskusjach zwłaszcza do obywateli (ludzi). Wolne lub zniewolone są jednak także narody, państwa, grupy społeczne, instytucje i organizacje itd. Wolność to brak wymuszania określonych zachowań przez inne podmioty, struktury czy siły. Inaczej mówiąc chodzi w tym przypadku o swobodę woli podmiotu (bytu) wolności, czyli o stan, w którym wykluczona jest możliwość narzucania woli przez czynnik zewnętrzny. Szczególnie istotnym czynnikiem ograniczającym tak pojmowaną wolność są normy prawne. Ustanawiają one ramy wolności wprowadzając zakazy określonych zachowań lub nakazując oznaczone działania lub zaniechania działań, przy czym gdy tych zakazów i nakazów jest wiele i są one niesprawiedliwe oraz nazbyt represyjne, to jesteśmy wtedy zdania, że wolność w danym państwie (warunkach) nie istnieje albo istnieje tylko dla pewnych grup (klas, warstw) społecznych. Swobodę ludzkich działań ogranicza nie tylko prawo, ale także — i nade wszystkim — indywidualne i społeczne uwarunkowania (bytowe, biologiczne, ekonomiczne itp.). Uwarunkowań tych często w danym czasie nie da się „przeskoczyć”, co pozostaje w związku ze znanym powiedzeniem Marksa, że wolność to zrozumienie konieczności. Prawo można zmienić, ale człowiek — jeżeli chce żyć — nie może przestać oddychać czy nie jeść. Nie ma więc wolności od oddychania i jedzenia, niezależnie od tego, jak byśmy bardzo tego chcieli, natomiast możemy sprawić, że będziemy wolni od nakazów satrapów czy innych autokratów i wodzów.

Wolność dotyczy różnych sfer życia i stąd można w tym aspekcie mówić o różnych jej rodzajach (przedmiocie, sferach), w szczególności — za Konstytucją RP — o wolnościach osobistych, politycznych oraz ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych. Wolność polega przy tym zwłaszcza na braku zakazów i nakazów ustanawianych bezpośrednio niejako w interesie państwa i jego aparatu (wolność wobec państwa). Często jednak nasza wolność jest gwałcona przez innych ludzi (obywateli), instytucje, organizacje, grupy społeczne itp., które korzystają z własnej wolności i w jej ramach np. godzą w nasze życie, własność, stosując wyzysk i ucisk. Niezwykle ważnym zadaniem prawa jest w tym przypadku wyznaczenie odpowiednich granic między kolidującymi ze sobą sferami wolności (wolność wobec innych niż państwo podmiotów, grup czy sił, inaczej wolność wobec innych). Jak wspomniałem, pojęciu wolności próbuje się nadać szerszy zakres znaczeniowy niż ten jaki został tu zarysowany, wprowadzając kategorię wolności „do”. Twierdzi się, że skoro obywatele będą mieli większy dostęp do dóbr, wyższe płace, emerytury czy inne świadczenia, to zapewni się im w ten sposób większą wolność, a wolność „do” służy też w ten sposób do poszerzenia wolności „od”. Często jednak wolność „do” wcale nie służy poszerzeniu stanu wolności „od”. Dla przykładu, w praktyce poszerzenie i umocnienie bezpieczeństwa obywateli, a więc wolność „do” bezpiecznej egzystencji, wcale nie następuje poprzez powiększenie sfery wolności „od” nakazów i zakazów, a wręcz przeciwnie odbywa się za cenę właśnie ograniczenia zakresu tej wolności przez prawodawcę. Z historii znane są przykłady systemów autorytarnych zapewniających stosunkowo wysoki standard bytowy obywateli, przez dostarczenie im chleba i igrzysk, przy jednoczesnym zasadniczym ograniczeniu ich swobód osobistych, politycznych, ekonomicznych czy społecznych. Oznacza to, że wolność dostępu do chleba i igrzysk wcale nie musi prowadzić do wykluczenia autorytaryzmu i eliminowania restrykcji w sferze wolności „od”, dotyczących zarówno kwestii osobistych i politycznych, ale także i gospodarczych. Tak zresztą był pomyślany socjalizm, gwarantujący prawo do pracy (zapewniający wszystkim pracę) oraz szereg świadczeń socjalnych i edukacyjnych — co prawda na stosunkowo niskim poziomie, ale jednak — za cenę ograniczenia wolności osobistych i politycznych, a także gospodarczych, przez upaństwowienie przedsiębiorstw, wprowadzenie systemu nakazowo-rozdzielczego i eliminację działania praw rynku. Rozwijana więc w nim była wolność „do”, przy jednoczesnym gwałceniu wolności „od”, a więc po prostu wolności.

Pojęcie, regulacja prawna, ideologia i praktyka wolności wykazują szereg swoistości w obszarze prawa pracy, głównie z tego względu, że osią tego prawa są relacje między pracownikami a pracodawcami, tj. indywidualne i zbiorowe stosunki pracy. Punktem wyjścia jest tu wolność w zakresie nawiązywania tych stosunków, wyrażająca się w zasadzie autonomii woli stron oraz wolności umów, zapewniających ich stronom formalnie nie tylko wolność decyzji, ale i równość w tym zakresie. Znana jest przy tym teza, że prawna wolność jaką w tym obszarze mają pracownicy zderza się z ich faktycznym brakiem wolności z uwagi na ich słabszą pozycję ekonomiczną, która uwidacznia się zwłaszcza w warunkach strukturalnego bezrobocia, w sytuacji, w której nie tylko są wolni od feudalnych nakazów i zakazów, ale „wolni” są także od środków produkcji, a więc zmuszeni są do podejmowania pracy najemnej na warunkach dyktowanych im przez pracodawców. Dla likwidacji istniejącej tu faktycznej nierówności, i tym samym korzystania z wolności, stworzone zostało prawo pracy, które nałożyło i nakłada na pracodawców szereg różnorodnych powinności (nakazów i zakazów) w interesie słabszej strony stosunku pracy (pracownika), i tym samym ogranicza zakres wolności pracodawców („od” państwowych restrykcji), w tym zwłaszcza wolności prowadzenia działalności gospodarczej. We wskazanym aspekcie pracodawca podlega większym ograniczeniom niż pracownik i skutkiem tego można twierdzić, że jest mniej wolny. Z drugiej strony wszakże pracownik jest w szczególności zobowiązany do wykonywania poleceń pracodawcy, co oznacza, że jego wolność w zakresie czasu, miejsca i sposobu wykonywania pracy jest zasadniczo ograniczona. W stosunkach pracy ograniczenia wolności dotyczą zatem obu jego stron i są w sposób szczególnie zawiły od siebie wzajemnie uzależnione. Pojawia się tu pytanie, czy i jak w stosunkach pracy ograniczenia wolności stron mają być minimalizowane, a więc czy i jak powinno się poszerzać zakres wolności zarówno pracowników (np. pracownicy autonomiczni) jak i pracodawców (np. redukcja obowiązków małych i średnich pracodawców).

Przyjmując, że w stosunkach pracy istnieje wolność „do”, która obok wolności „od” przysługuje pracownikowi, należałoby dojść do wniosku, że poszerzanie zakresu powinności pracodawcy względem pracownika oznacza powiększenie wolności tego ostatniego, obok wolności „od” o większą wolność „do” (np. do wyższych wynagrodzeń i innych świadczeń). W imię więc hasła wolności, które jest najbardziej chwytliwe, można domagać się nie tylko ograniczenia obowiązków pracownika, ale także poszerzenia powinności pracodawców, które w dużej mierze wyrażają się w formie określonych uprawnień pracownika względem drugiej strony stosunku pracy. Tak rozumiana wolność pracowników to w dużej mierze ograniczenie wolności pracodawców, zwłaszcza ich wolności gospodarowania. Lepiej zatem w tym kontekście mówić o wolności pracowników rozumianej jako wolność „od” (od niedopuszczalnej ingerencji pracodawcy) i o ich uprawnieniach względem pracodawcy, a nie o wolności „do” określonych działań pracodawcy.

Na tle regulacji konstytucyjnych istnieje wyraźne pojęciowe odróżnienie wolności pracy (wolności wyboru i wykonywania zawodu oraz miejsca pracy) od prawa do pracy, według niektórych istniejącego jakkolwiek nie wysłowionego *expressis verbis* w Konstytucji RP. Praca jest określonym dobrem i dzięki jej zapewnieniu możliwe jest realizowanie różnych form wolności. W istocie wszakże wskutek wprowadzenia kategorii wolności „do” samo zapewnienie pracy jawi się jako wolność („do”), co może prowadzić do wniosku, że wolność pracy obejmuje także prawo do pracy. Gwarantując pracę nie musimy się wtedy martwić o to, że czynimy to także stosując przymus jej podejmowania i wykonywania. Widać na tym przykładzie, że kategoria wolności „do” prowadzi do pomieszania z poplątaniem, choć może być użyteczna w walce politycznej. Jest tak, bo nikt nie chce się przyznać, że jest przeciwnikiem wolności. By dowieść tego wbrew rzeczywistym intencjom wystarczy nieraz zmienić jedynie znaczenie słów.

Włodzisław Sawicki

Redaktor naczelny:

Dr hab. **Krzysztof Rączka**
Prof. Uniwersytetu Warszawskiego

Redaktor tematyczny:

Prof. dr hab. **Małgorzata Gersdorf**

Sekretarz naukowy:

Dr **Michał Raczkowski**

Sekretarz redakcji: Urszula Joachimiak

Rada naukowa

Prof. **Andrzej Łusznikow** (kierownik Katedry
Prawa Pracy i Prawa Finansowego, Uniwersytet
im. P.G. Diemidowa w Jarosławu, Rosja)

Prof. **Helga Oberloskamp** (Wyzsza Szkoła
Zawodowa w Kolonii, Niemcy)

Prof. dr hab. **Jerzy Oniszczyk** (Szkoła Główna
Handlowa w Warszawie)

Prof. dr hab. **Walerian Sanetra** (Uniwersytet
w Białymstoku)

Prof. **Marlene Schmit** (Uniwersytet im. Johanna
Wolfganga Goethego we Frankfurcie nad Menem,
Niemcy)

Dr **Anja Steiner** (sędzia Sądu Ubezpieczeń
Społecznych w Bayreuth, Niemcy)

Prof. dr hab. **Jerzy Wrątny** (Instytut Nauk Prawnych
PAN)

Adres redakcji

00-252 Warszawa, ul. Podwale 17 lok. 2
tel. 795 145 873

e-mail: pizs@pwe.com.pl

strona internetowa: www.pizs.pl

Informacje dla autorów, zasady recenzowania i lista recenzentów są dostępne na stronie internetowej czasopisma. Wersja drukowana miesięcznika jest wersją pierwotną. Redakcja zastrzega sobie prawo do opracowania redakcyjnego oraz dokonywania skrótów w nadesłanych artykułach.

„Praca i Zabezpieczenie Społeczne” jest czasopismem naukowym punktowanym przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego (40 punktów).

© Copyright by Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne S.A., 2019

Wydawca

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne S.A.
00-252 Warszawa, ul. Podwale 17 lok. 2
<http://www.pwe.com.pl>

Warunki prenumeraty

Cena prenumeraty w 2019 r.: roczna 718,80 zł,
półroczna 359,40 zł. Cena pojedynczego numeru 59,90 zł.
Nakład 1200 egz.

Prenumerata u Wydawcy

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne S.A.
Dział Handlowy ul. Podwale 17 lok. 2,
00-252 Warszawa tel. (22) 828 19 61, 602 733 682
e-mail: tomasz.rosa@pwe.com.pl

**Prenumerata u Wydawcy: roczna 25% taniej,
półroczna 10% taniej.**

Prenumerata u kolporterów:

Garmond Press SA — tel. (22) 837 30 08;
<http://www.garmondpress.pl/prenumerata>;

Kolporter SA — tel. (22) 355 04 72 do 75,
<http://dp.kolporter.com.pl>;

Ruch SA — zamówienia na prenumeratę w wersji papierowej i na e-wydania można składać bezpośrednio na stronie www.prenumerata.ruch.com.pl. Ewentualne pytania prosimy kierować na adres e-mail: prenumerata@ruch.com.pl lub kontaktując się z Centrum Obsługi Klienta „RUCH” pod numerami: 22 693 70 00 lub 801 800 803 — czynnie w dni robocze w godzinach 7⁰⁰–17⁰⁰. Koszt połączenia wg taryfy operatora.

Poczta Polska SA — infolinia: 801 333 444,
<http://www.poczta-polska.pl/prenumerata>;

Sigma-Not — tel. (22) 840 30 86;
e-mail: bok_kol@sigma-not.pl;

As Press — tel. (22) 750 84 29, (22) 750 84 30;
GLM — tel. (22) 649 41 61,

e-mail: prenumerata@glm.pl, <http://www.glm.pl>

Skład i łamanie: Koncept, tel. 501 132 246

Druk: Sowa Sp. z o.o.

Spis treści

Dopuszczalność udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w formie telemedycyny i ich finansowania ze środków publicznych	2
--	----------

Daniel Eryk Lach

In Deutschland wird um das gesetzliche Existenzminimum gerungen	10
--	-----------

Helga Spindler

Studia i opracowania

Niewyśniony sen o europejskich radach zakładowych. Jak związki przegrywają z korporacjami ponadnarodowymi	16
--	-----------

Sławomir Adamczyk

Wykładnia i praktyka

Odpowiedzialność odszkodowawcza pracodawcy za rozstrój zdrowia psychicznego pracownika	26
---	-----------

Monika Gładoch

Wpływ zwyczaju na treść i wykonywanie stosunku pracy w orzecznictwie i na tle doktryny	33
---	-----------

Magdalena Gumola

Z problematyki zakresu podmiotowego prawa do rekompensaty na gruncie ustawy o emeryturach pomostowych	41
--	-----------

Katarzyna Szlachta-Kisiel

Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Dyskryminacja ze względu na niepełnosprawność a rozwiązanie umowy o pracę z przyczyn obiektywnych w oparciu o kryteria wydajności i absencji	48
---	-----------

Aleksandra Ziętek-Capiga

Z orzecznictwa Sądu Najwyższego

Praca w godzinach nadliczbowych a norma i wymiar czasu pracy	51
---	-----------

Eliza Maniewska

Zdaniem Państwowej Inspekcji Pracy

Urlop rodzicielski a wypowiedzenie umowy	53
---	-----------

Katarzyna Pietruszyńska-Jarosz

Nowe przepisy

Przegląd Dzienników Ustaw z 2019 r. od poz. 1677 do poz. 1873	54
--	-----------

Agnieszka Zwolińska

Archiwalne artykuły z lat 2013–2018 są dostępne na stronie internetowej naszego czasopisma: <http://www.pizs.pl/archiwum>

Co miesiąc wraz z nowym numerem „Pracy i Zabezpieczenia Społecznego” kolejny numer archiwalny

Dopuszczalność udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w formie telemedycyny i ich finansowania ze środków publicznych

Admissibility of the providing of the healthcare services in form of the telemedicine and their financing from the public funds

dr hab. prof. UAM Daniel Eryk Lach LL.M. (EUV)

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu,
Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Pracy i Prawa Socjalnego
ORCID: 0000-0001-6223-5356
e-mail: lach@amu.edu.pl

Streszczenie Autor podejmuje próbę zdefiniowania pojęcia telemedycyny w oparciu o międzynarodowe, w tym unijne, dokumenty i dorobek piśmiennictwa polskiego i zagranicznego oraz ustalenia dopuszczalności zdalnego udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w świetle przepisów regulujących zasady wykonywania zawodów medycznych i prowadzenia działalności leczniczej. Analizuje także zagadnienie dopuszczalności finansowania ze środków publicznych świadczeń opieki zdrowotnej udzielanych w formie telemedycyny, w tym zwrotu kosztów takich świadczeń udzielonych w ramach transgranicznej opieki zdrowotnej w UE.

Słowa kluczowe: telemedycyna, świadczenia opieki zdrowotnej, transgraniczna opieka zdrowotna.

Summary The aim of the article is to define the concept of telemedicine and determine the admissibility of remote providing of the healthcare services in the light of the regulations concerning the practice of the medical professions and the conducting of the medical activity. The analysis will also cover the issue of admissibility of financing of the healthcare services fulfilled in the form of telemedicine from the public funds, either in an EU cross-border context.

Keywords: telemedicine, the services of the health care, cross-border health care.

JEL: K39

Wprowadzenie

Rozwój technologii teleinformatycznej dotyczy niemalże wszystkich sfer życia człowieka, umożliwiając między innymi zdalne udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Trzeba jednak zastrzec, że telemedycyna jako „badanie i leczenie na odległość” nie jest zjawiskiem nowym. W literaturze jako pierwszy historycznie poświadczony przykład zdalnej diagnozy wskazuje się wydaną w 1886 r. opinię na temat zdrowia psychicznego bawarskiego króla Ludwika II, skutkującą uznaniem go za niepoczytalnego i w konsekwencji usunięciem z tronu (Hahn, 2018, s. 387). Inni autorzy przywołują przykład telekardiografii, która narodziła się w 1905 r., gdy W. Einthoven, wynalazca elektrokardiografu, przesyłał wyniki badań pacjenta do laboratorium odległego o 1,5 km od miejsca dokonania badania (Dierks, 2016, s. 405; Nowak, 2018, s. 36). W tym kontekście należy także zauważyć, że już w drugiej połowie XIX wieku funkcjonowała tzw. medycyna korespon-

dencyjna (*Briefkastenmedizin*), polegająca na udzielaniu porad medycznych na łamach dynamicznie rozwijających się czasopism, a której — jako nieuczciwej konkurencji — środowisko lekarskie próbowało przeciwdziałać poprzez wprowadzanie do kodeksów etyki regulujących wykonywanie zawodu lekarza (*Standesordnung, Berufsordnung*) zakazu udzielania świadczeń na odległość (*Fernbehandlungsverbot*) (Locher, 2017, s. 514–515; Kalb, 2018, s. 481). Natomiast ustawy zakaz zdalnego diagnozowania i leczenia chorób wenerycznych został wprowadzony w Niemczech w 1918 r.¹ w związku z doświadczeniami związanymi z samodzielnym leczeniem przez pacjentów takich chorób lekami dostępnymi wysyłkowo (Dierks, 2016, s. 405; Hahn, 2019, s. 2).

Współcześnie możliwości zastosowania rozwiązań teleinformatycznych w odniesieniu do szeroko rozumianego „e-zdrowia” obejmują całe spektrum sytuacji i problemów prawnych związanych z gromadzeniem, opracowy-

waniem i przysyłaniem danych, które mogą dotyczyć także udzielania świadczeń opieki zdrowotnej. Celem niniejszego artykułu jest zbadanie i rozwiązanie trzech istotnych kwestii. Po pierwsze (wobec braku legalnej definicji telemedycyny w przepisach prawa polskiego) chodzi o zdefiniowanie pojęcia telemedycyny w oparciu o międzynarodowe (w tym unijne) dokumenty, a także dorobek piśmiennictwa polskiego i zagranicznego. Po drugie — o ustalenie dopuszczalności zdalnego udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w świetle przepisów regulujących zasady wykonywania zawodów medycznych i prowadzenia działalności leczniczej. Po trzecie — o ustalenie dopuszczalności finansowania świadczeń realizowanych w formie telemedycyny ze środków publicznych w ramach systemu opieki zdrowotnej, w tym zwrotu kosztów takich świadczeń udzielonych w ramach transgranicznej opieki zdrowotnej w UE.

Pojęcie telemedycyny

W dokumentach Światowej Organizacji Zdrowia (WHO) telemedycynę zdefiniowano jako świadczenie usług opieki zdrowotnej, w których odległość jest kluczowym czynnikiem, przez wszystkie osoby wykonujące zawody medyczne korzystających z technologii informacyjnych i komunikacyjnych w celu wymiany ważnych informacji służących diagnozowaniu, leczeniu i zapobieganiu chorobom i urazom, badaniu i ocenie oraz dalszego kształcenia świadczeniodawców opieki zdrowotnej, wszystko w interesie poprawy zdrowia osób i ich społeczności² (WHO, 1998). Także w opracowaniach UE wskazano, że telemedycyna to świadczenie usług zdrowotnych z wykorzystaniem technologii informacyjno-komunikacyjnych, w sytuacji gdy pracownik służby zdrowia i pacjent (lub dwaj pracownicy służby zdrowia) nie znajdują się w tym samym miejscu. Usługi telemedyczne wiążą się z przesyłem danych i informacji medycznych (jako tekstu, obrazu, dźwięku lub w innej formie), które są konieczne do działań prewencyjnych, diagnozy, leczenia i kontroli stanu zdrowia pacjenta (Komisja Wspólnot Europejskich, 2008, s. 3).

Definicje te były przedmiotem analizy w piśmiennictwie (Chojecka i Nowak, 2016), w tym także na tle szerszego pojęcia e-zdrowia (Stankiewicz, 2016, s. 152 i n.; Światała, 2018, s. 303–352; Dierks, 1999, s. 3–4; Häckl, 2010, s. 62–66; Dochow, 2017, s. 85–94; Gruner, 2017, s. 289; Bulitz, 2018, s. 25–34). Zarówno w przywołanych dokumentach, jak i literaturze podkreśla się, że telemedycyna obejmuje szeroki i różnorodny zakres usług, w tym korzystanie ze zdalnego wsparcia lekarza-specjalisty, przekazywanie danych dotyczących pacjenta, zdalne konsultacje i obsługę pacjenta oraz zdalne konsylia (Dierks, 1999, s. 7–17, 2002, s. 227 i n., 2016, s. 408–409; Bergmann, 2016, s. 497–502). Nie zalicza się do niej natomiast takich form działań dotyczących szeroko rozumianego zdrowia, jak prowadzenie portali informacyjnych poświęconych zdrowiu, wdrażanie i funkcjonowanie systemów elektronicznych kart zdrowia, wystawianie lub przysyłanie recept lub skierowań drogą elektroniczną (e-recepta, e-skierowanie) itp. (Komisja Wspólnot Europejskich, 2008, s. 4).

Wobec powyższego w tym miejscu można ograniczyć się do stwierdzenia, że telemedycyna jest tym segmentem e-zdrowia, w którym technologie informatyczne i komunikacyjne służą udzielaniu świadczeń opieki zdrowotnej na odległość. Nawiązując przy tym do pojęcia telepracy (art. 67⁴ k.p.) należy stwierdzić, że telemedycyna nie oznacza jakiegoś nowego, odrębnego rodzaju świadczenia opieki zdrowotnej, a jedynie zdalne (bez bezpośredniego kontaktu z pacjentem) udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, za pośrednictwem lub z wykorzystaniem³ systemów teleinformatycznych lub systemów łączności (Dierks, 1999, s. 24–25). Jednocześnie trzeba wyraźnie podkreślić, że świadczeń w formie telemedycyny nadal udziela osoba wykonująca zawód medyczny, a nie — a takie obawy są formułowane w piśmiennictwie — sztuczna inteligencja posługująca się algorytmami (Mittelstadt, 2017; Knieps, 2018, s. 179).

Dopuszczalność telemedycyny w świetle przepisów regulujących zasady wykonywania zawodów medycznych i prowadzenia działalności leczniczej

W tym kontekście ważne jest ustalenie dopuszczalności udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w formie telemedycyny w świetle przepisów regulujących zasady wykonywania zawodów medycznych i prowadzenia działalności leczniczej.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 i 2 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (DzU z 2019 r. poz. 537, dalej: u.z.l.) wykonywanie zawodu lekarza polega na udzielaniu przez osobę posiadającą wymagane kwalifikacje, potwierdzone odpowiednimi dokumentami, świadczeń zdrowotnych, w szczególności na badaniu stanu zdrowia, rozpoznawaniu chorób i zapobieganiu im, leczeniu i rehabilitacji chorych, udzielaniu porad lekarskich, a także wydawaniu opinii i orzeczeń lekarskich, natomiast wykonywanie zawodu lekarza dentysty polega na udzielaniu przez osobę posiadającą wymagane kwalifikacje, potwierdzone odpowiednimi dokumentami, świadczeń określonych w art. 2 ust. 1, w zakresie chorób zębów, jamy ustnej, części twarzowej czaszki oraz okolic przyległych. Należy podkreślić, że przepis art. 2 ust. 4 u.z.l. jednoznacznie stanowi, że lekarz/lekarz dentysta może wykonywać wskazane czynności także za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności.

Jak się wydaje, stosowanie technologii teleinformatycznej w odniesieniu do wykonywania zawodu lekarza uzasadnia, ale i ogranicza nałożony na lekarza w art. 4 u.z.l. obowiązek wykonywania zawodu „zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością”. Należy w tym miejscu przywołać art. 9 kodeksu etyki lekarskiej (dalej: k.e.l.)⁴, zgodnie z którym lekarz może podejmować leczenie jedynie po uprzednim zbadaniu pacjenta, przy czym „wyjątki stano-

wią sytuacje, gdy porada lekarska może być udzielona wyłącznie na odległość”. Jakkolwiek zatem k.e.l. wprost nie odwołuje się do pojęcia telemedycyny, to jednak dopuszczenie udzielania porad „na odległość” musi odnosić się do korzystania z systemów łączności, w tym zatem także systemów teleinformatycznych. Trzeba jednak dostrzec, że art. 9 k.e.l. wyraźnie wskazuje, że musi to być sytuacja wyjątkowa, w tym sensie że udzielenie porady jest możliwe wyłącznie w formie zdalnej. Należy także zauważyć, że w zdaniu 2 art. 9 mowa jest tylko o udzielaniu porad, natomiast zdanie 1 odnosi się ogólnie do zbadania i następującego po nim leczenia, ma więc — jak się wydaje — znacznie szerszy zakres przedmiotowy. Trzeba mieć przy tym na uwadze, że terminy „badanie”, „leczenie” i „porada lekarska” występują również w treści art. 2 u.z.l., opisując przykładowo rozmaite formy świadczeń zdrowotnych, a zatem nie mogą być, także na tle art. 9 k.e.l., utożsamiane. W konsekwencji można by uznać, że korzystanie przez lekarza z systemów teleinformatycznych lub systemów łączności byłoby ograniczone wyłącznie do udzielania „porad lekarskich” i to tylko w sytuacji, gdy ich udzielenie byłoby możliwe wyłącznie na odległość. Takie rozumienie art. 9 k.e.l. prowadziłoby jednak do ograniczenia lekarza w jego ustawowo statutowanej swobodzie wykorzystywania systemów teleinformatycznych lub systemów łączności w odniesieniu do wszelkich aspektów wykonywania zawodu lekarza, a zastrzeżenie wykonywania zawodu zgodnie z zasadami etyki zawodowej (art. 4 u.z.l.) pozabawiałoby w istocie art. 2 ust. 4 u.z.l. praktycznego znaczenia. Co więcej, naruszenie zasad etyki lekarskiej stanowi przewinienie zawodowe, za które lekarz może być pociągnięty do odpowiedzialności zawodowej (art. 53 i n. ustawy z 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich, DzU z 2019 r. poz. 965). W tym kontekście, abstrahując od pogłębionej analizy kwestii normatywnego charakteru k.e.l.⁵, należy jednak wskazać, że zasady określone w kodeksach etyki zawodowej nigdy nie mogą stanowić samostanowiącej podstawy prawnej odpowiedzialności dyscyplinarnej. Zasady etyki zawodowej powinny podlegać ocenie w kontekście ich zgodności z prawem powszechnie obowiązującym. Za niedopuszczalne trzeba uznać pociąganie na podstawie ustawy do odpowiedzialności dyscyplinarnej za czyn naruszający zasady etyki niezgodne z ustawą (Giętkowski, 2013, s. 207–208). W odniesieniu do przepisów k.e.l. w piśmiennictwie wprost stwierdzono, że nie każde naruszenie jego przepisu powinno być uznawane za naruszenie zasad etyki zawodowej w rozumieniu ustawy (Zielińska, 2001, s. 120). Trybunał Konstytucyjny⁶ wskazał natomiast, że racjonalny ustawodawca nie może obejmować sankcjami prawnymi zachowań, które są zgodne z nakazem lub dozwoleństwem wynikającym z obowiązujących norm prawnych. Dlatego też odpowiedzialność zawodowa nie znajdzie zastosowania w tych przypadkach, w których zachowanie się lekarza jest zgodne z nakazem, zakazem lub upoważnieniem obowiązującej ustawy (Chojacka i Nowak, 2016, s. 79). Na tym tle należy uznać, że przepisy regulujące wykonywanie zawodu lekarza/lekarza dentystry, w tym także wynikające z k.e.l., nie stoją na przeszkodzie korzystaniu z systemów teleinformatycznych

lub systemów łączności przy wykonywaniu zawodu lekarza.

Jedynie na marginesie przywołać należy kontrowersje dotyczące wykładni art. 42 ust. 1 u.z.l. związane z rezygnacją — w wyniku nowelizacji⁷ — z wymogu osobistego zbadania pacjenta (Glanowski, 2015, s. 979–981). Można bowiem uznać, że wobec treści art. 2 ust. 4 u.z.l. nie mają one obecnie znaczenia dla oceny dopuszczalności wykonywania pełnego spektrum czynności składających się na wykonywanie zawodu lekarza za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności (Kaczan, 2017, s. 95–99).

Jeśli natomiast chodzi o pielęgniarki i położne, to art. 11 ust. 1 ustawy z 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (DzU z 2019 r. poz. 576, dalej: u.z.p.p.) wprost stanowi, że pielęgniarka i położna wykonują zawód, z należytą starannością, zgodnie z zasadami etyki zawodowej, poszanowaniem praw pacjenta, dbałością o jego bezpieczeństwo, wykorzystując wskazania aktualnej wiedzy medycznej oraz pośrednictwo systemów teleinformatycznych lub systemów łączności. Natomiast kodeks etyki zawodowej pielęgniarki i położnej RP nie odnosi się do kwestii zdalnego udzielania świadczeń, co zresztą jest związane z charakterem zadań pielęgniarskich i położniczych.

Należy także zauważyć, że art. 3 ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (DzU z 2018 r. poz. 2190, dalej: u.d.l.) przewiduje, że za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności mogą być udzielane nie tylko działania z zakresu promocji zdrowia lub realizacji zadań dydaktycznych i badawczych w powiązaniu z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i promocją zdrowia, w tym wdrażaniem nowych technologii medycznych oraz metod leczenia, ale przede wszystkim same świadczenia zdrowotne, jako podstawowy przedmiot działalności leczniczej. Mając na uwadze ustawową definicję świadczenia zdrowotnego, obejmującą działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania (art. 2 ust. 1 pkt 10 u.d.l.), należy podzielić pogląd wyrażony w piśmiennictwie, zgodnie z którym ustawodawca zdecydował się na obszerne i rozbudowane wyznaczenie zakresu telemedycyny (Chojacka i Nowak, 2016, s. 77).

Reasumując można uznać, że w obecnym stanie prawnym udzielanie świadczeń zdrowotnych w formie telemedycyny, tj. za pośrednictwem lub z wykorzystaniem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności, jest w pełni dopuszczalne zarówno w punktu widzenia przepisów regulujących zasady wykonywania zawodów medycznych (lekarza, lekarza dentystry, pielęgniarki i położnej), jak i prowadzenia działalności leczniczej.

Dopuszczalność finansowania świadczeń realizowanych w formie telemedycyny ze środków publicznych w ramach systemu opieki zdrowotnej

Telemedycyna a katalog świadczeń gwarantowanych. Przechodząc do analizy kwestii dopuszczalności finansowania

wania świadczeń udzielanych w formie telemedycyny ze środków publicznych w ramach systemu opieki zdrowotnej należy w pierwszej kolejności ustalić, czy katalog świadczeń gwarantowanych przewiduje możliwość ich zdalnego udzielania. Stosowne przepisy zawiera ustawa z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (DzU z 2019 r. poz. 1373, dalej: u.s.o.z.) oraz wydane na podstawie jej art. 31d rozporządzenia wykonawcze określające wykazy świadczeń gwarantowanych. Należy rozpocząć od wskazania, że przepisy ustawy ograniczają się zasadniczo do kwestii tzw. telematyki (Dochow, 2017, s. 85–94; Bulitz, 2018, s. 28–29), regulując zagadnienia elektronicznej rejestracji i monitorowania kolejki on-line w szpitalach i ambulatoryjnej opiece specjalistycznej (art. 23 u.s.o.z.), ewidencji wniosków i wydanych decyzji w sprawie zgód na pokrycie kosztów leku w ramach ratunkowego dostępu do technologii lekowej (art. 47h u.s.o.z.), wystawiania w wersji elektronicznej skierowań (art. 59aa u.s.o.z.), a także prowadzenia akt kontroli świadczeniodawców i dotyczących jej dokumentów oraz komunikacji z podmiotami kontrolowanymi (art. 61l, 61n i 61za u.s.o.z.). Trzeba jednak dostrzec, że ustawa — choć jedynie pośrednio — wyraźnie dopuszcza udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w formie telemedycyny. Otóż art. 59b u.s.o.z. wskazuje, że w przypadku skierowania, o którym mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 59aa ust. 2 u.s.o.z.⁸, świadczeniobiorca otrzymuje informację o wystawionym skierowaniu w postaci e-maila, SMS-a, wydruku „albo w innej uzgodnionej postaci (...) — w przypadku (...) badania za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności i braku możliwości przekazania informacji w postaci wydruku” (art. 59b ust. 2 pkt 3 u.s.o.z.).

Analizując natomiast — w kolejności przyjętej w art. 15 ust. 2 u.s.o.z. — przepisy rozporządzeń określających katalogi świadczeń gwarantowanych należy stwierdzić, że w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 24 września 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej (DzU z 2019 r. poz. 736) jednoznacznie wskazano, iż świadczenia gwarantowane nocnej i świątecznej opieki zdrowotnej udzielanej w warunkach ambulatoryjnych obejmują, między innymi, poradę lekarską udzielaną w warunkach ambulatoryjnych w bezpośrednim kontakcie ze świadczeniobiorcą lub telefonicznie (§ 2 pkt 5 w związku z § 3 ust. 1 pkt 5; załącznik nr V, A, część 1). Z kolei rozporządzenie Ministra Zdrowia z 6 listopada 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu ambulatoryjnej opieki specjalistycznej (DzU z 2016 r. poz. 357) przewiduje obowiązek zapewnienia (w ramach kompleksowej opieki nad pacjentem) ciągłego kontaktu telefonicznego pacjenta lub opiekunów z ośrodkiem prowadzącym leczenie w odniesieniu do wybranych świadczeń spełnianych w warunkach domowych: żywieniu pozajelitowym i dojelitowym oraz dożylnym podawaniu wybranych antybiotyków (§ 3 ust. 1 pkt 5 w związku z § 3 ust. 2 pkt 5; załącznik nr V, pkt 4, 5 i 20). W przypadku leczenia szpitalnego ewentualne zdalne udzielanie świadczeń możliwe jest w bardzo ograniczonym zakresie i spro-

wadza się — wyłącznie odnośnie do toksykologii klinicznej (także dla dzieci) — do obowiązku całodobowego zapewnienia „co najmniej telefonicznych” konsultacji toksykologicznych (§ 9 ust. 1; załącznik nr III pkt 44 do rozporządzenia Ministra Zdrowia z 22 listopada 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia szpitalnego, DzU z 2017 r. poz. 2295). Natomiast rozporządzenie Ministra Zdrowia z 6 listopada 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu rehabilitacji leczniczej (DzU z 2018 poz. 465) w dość szerokim zakresie przewiduje możliwość prowadzenia w warunkach domowych telerehabilitacji kardiologicznej lub kardiologicznej hybrydowej⁹. Ponadto — w odniesieniu do długoterminowej opieki domowej dla dorosłych, dzieci i młodzieży wentylowanych mechanicznie — rozporządzenie Ministra Zdrowia z 22 listopada 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu świadczeń pielęgnacyjnych i opiekuńczych w ramach opieki długoterminowej (DzU z 2015 r. poz. 1658) przewiduje stałą dostępność lekarza i pielęgniarki pod telefonem (§ 7 i 11; załącznik nr 4 pkt 2 lit. A). Z oczywistych powodów nie ma natomiast mowy o udzielaniu świadczeń opieki zdrowotnej w formie telemedycyny w odniesieniu do opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień, leczenia stomatologicznego, leczenia uzdrowiskowego, zaopatrzenia w wyroby medyczne, ratownictwa medycznego, opieki paliatywnej i hospicyjnej, świadczeń wysokospecjalistycznych oraz programów zdrowotnych.

Powyższe rozważania wskazują, że aktualnie zakres świadczeń gwarantowanych w ramach systemu opieki zdrowotnej, które mogą być udzielane w formie telemedycyny, jest bardzo ograniczony. W praktyce świadczenia te zapewne przybiorą najczęściej postać porady lekarskiej z zakresu nocnej i świątecznej podstawowej opieki zdrowotnej. Koresponduje to zresztą z przepisem art. 59b ust. 2 pkt 3 u.s.o.z. dotyczącym wystawiania skierowań „w przypadku badania za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności”, co jest zadaniem przede wszystkim lekarzy podstawowej opieki zdrowotnej. W tym kontekście warto także zauważyć, że uzasadniając wprowadzenie możliwości korzystania z systemów teleinformatycznych lub systemów łączności przy wykonywaniu zawodu lekarza, lekarza dentysty, pielęgniarki i położnej wskazano: „W długiej perspektywie usługi telemedyczne, w tym w szczególności teleopieka i telemonitoring, przyczynić się mogą do zmniejszenia obciążenia profesjonalistów w podstawowej opiece zdrowotnej”¹⁰.

Ponieważ jednak telemedycyna nie stanowi odrębnego rodzaju świadczeń opieki zdrowotnej, a jedynie szczególną formę ich udzielania, to *prima facie* można by uznać, że dla sfinansowania ze środków publicznych świadczeń opieki zdrowotnej gwarantowanych w systemie, a udzielanych zdalnie nie byłoby konieczne ich wyraźne wskazanie w katalogu świadczeń gwarantowanych. Udzielanie świadczeń w formie telemedycyny można by bowiem postrzegać jako jeden z możliwych sposobów wykonywania zawodów medycznych, „zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi metodami i środkami” (por. art. 4 u.z.l. i art. 11 ust. 1 u.z.p.p.) oraz udzielania

świadczeń z „wykorzystaniem metod diagnostyczno-terapeutycznych innych niż stosowane w medycynie niekonwencjonalnej, ludowej lub orientalnej”¹¹, niewymagający w konsekwencji specjalnego upoważnienia w przepisach ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych lub jej rozporządzeń wykonawczych. Innymi słowy, można by mówić o swoistym domniemaniu dopuszczalności finansowania ze środków publicznych świadczeń udzielonych za pośrednictwem lub z wykorzystaniem systemów teleinformatycznych albo systemów łączności. Z tezą o domyślnej dopuszczalności świadczeń udzielanych w tej formie koresponduje pogląd, zgodnie z którym wyodrębnianie świadczeń opieki zdrowotnej w formie telemedycyny w katalogu świadczeń gwarantowanych jest konieczne tylko w przypadkach, w których wykorzystanie systemów teleinformatycznych lub systemów łączności umożliwia udzielenie świadczenia zupełnie nowego (Dierks, 1999, s. 21–27, 2002, s. 231–232; Hahn, 2019, s. 43–46); zatem dotąd niedostępnego, a zarazem dopuszczalnego z punktu widzenia kryteriów określonych w art. 31a ust. 1 u.ś.o.z.

Z drugiej strony trzeba jednak pamiętać, że przepisy omówionych wyżej aktów prawnych wyraźnie wskazują, które świadczenia i w jakim zakresie mogą być wykonywane za pośrednictwem lub z wykorzystaniem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności. Nie sposób abstrahować od wyraźnej treści ustawy i wydanych na podstawie przewidzianego w niej upoważnienia rozporządzeń, zawierających przecież nie tylko wykazy świadczeń gwarantowanych, ale także — a w tym kontekście nawet przede wszystkim — warunki realizacji danego świadczenia gwarantowanego „mając na uwadze konieczność zapewnienia wysokiej jakości świadczeń opieki zdrowotnej oraz właściwego zabezpieczenia tych świadczeń” (por. art. 31d pkt 2 u.ś.o.z.). Uznanie, że zdalne udzielenie świadczenia opieki zdrowotnej zawsze uzasadnia jego rozliczenie w ramach systemu, byłoby być może zasadne wówczas, gdyby prawodawca w żaden sposób nie odniósł się do kwestii formy udzielania świadczeń gwarantowanych w systemie. W takiej sytuacji milczenie prawodawcy można by próbować wyklądać jako generalne dopuszczenie przez niego udzielania świadczeń przy użyciu wszelkich dostępnych, spełniających kryteria określone w art. 31a u.ś.o.z. metod, w tym za pośrednictwem lub z wykorzystaniem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności¹². Jednak wobec wyraźnego wskazania dopuszczalności zdalnego udzielania tylko w odniesieniu do wybranych świadczeń należy raczej przyjąć, że w odniesieniu do wszystkich pozostałych takiej możliwości nie przewidziano.

W konsekwencji należy zatem stwierdzić, że *de lege lata* świadczenia zdrowotne w formie telemedycyny mogą być finansowane ze środków publicznych w ramach systemu opieki zdrowotnej tylko w zakresie ograniczonym powołanymi wyżej przepisami ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych i jej rozporządzeń wykonawczych, precyzujących także warunki realizacji świadczeń gwarantowanych, w tym formę ich udzielania.

Telemedycyna transgraniczna. W tym kontekście wyjaśnienia wymaga kwestia pokrycia/zwrotu kosztów w sytuacji transgranicznego udzielenia świadczeń opieki zdrowotnej w formie telemedycyny. Jeśli chodzi o korzystanie ze świadczeń opieki zdrowotnej poza systemem właściwym, to najogólniej można powiedzieć, że rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego reguluje cztery modelowe sytuacje. Trzy z nich — dotyczące uprawnionego, który ma miejsce zamieszkania w innym państwie członkowskim niż państwo właściwe (art. 17 i 18), oraz uprawnionego, który czasowo przebywa poza właściwym państwem członkowskim, a udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej stało się niezbędne z powodów medycznych (art. 19) — nie budzą kontrowersji w odniesieniu do rozliczenia świadczeń udzielonych za pośrednictwem lub z wykorzystaniem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności. Rozporządzenie przewiduje bowiem, że w takich sytuacjach — po spełnieniu określonych w przepisach przesłanek — ubezpieczeni lub członkowie ich rodzin¹³ mają prawo do świadczeń opieki zdrowotnej udzielanych przez instytucję miejsca zamieszkania lub pobytu, zgodnie z przepisami stosowanego przez nią ustawodawstwa, tak jak gdyby byli oni ubezpieczeni na mocy tego ustawodawstwa (które rozstrzyga także kwestie dopuszczalności udzielenia danych świadczeń w formie telemedycyny), a odbywa się to w imieniu właściwej instytucji (tzn. na jej koszt). Nieco odmiennie ma się rzecz w czwartym przypadku, dotyczącym pobytu uprawnionego¹⁴ poza właściwym państwem członkowskim w celu uzyskania opieki zdrowotnej (art. 20). W takiej sytuacji konieczne jest uzyskanie zgody instytucji właściwej, a jednym z warunków jej wydania jest wymóg, aby przedmiotowe leczenie należało do świadczeń przewidzianych przez ustawodawstwo państwa właściwego. Dane świadczenie musi więc być objęte ustawową gwarancją — określone w katalogu świadczeń gwarantowanych (Lach, 2010). Podobnie wygląda sytuacja, gdy chodzi o przepisy dyrektywy nr 2011/24 w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej, które implementowano do polskiego porządku prawnego ustawą z 10 października 2014 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw (DzU z 2014 r. poz. 1491). Wdrażający ogólną zasadę zwrotu kosztów z art. 7 ust. 1 dyrektywy nr 2011/24 przepis art. 42b ust. 1 u.ś.o.z. stanowi bowiem, że świadczeniobiorca jest uprawniony do otrzymania od Funduszu zwrotu kosztów świadczenia opieki zdrowotnej, udzielonego na terytorium innego niż Rzeczpospolita Polska państwa członkowskiego Unii Europejskiej, jeżeli udzielone mu świadczenie było świadczeniem gwarantowanym (Lach, 2015).

W świetle poczynionych wyżej ustaleń pojawia się zatem wątpliwość, czy polski świadczeniobiorca może się ubiegać o zwrot kosztów świadczenia udzielonego mu w formie telemedycyny przez zagranicznego świadczeniodawcę, które mieści się w katalogu świadczeń gwarantowanych, jednak precyzując warunki jego realizacji prawo-

dawca nie wskazał, że może ono być udzielone z wykorzystaniem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności (Komisja Europejska, 2015, s. 5–6).

W tym kontekście należy zauważyć, że zgodnie z art. 7 ust. 7 dyrektywy nr 2011/24 „państwo członkowskie ubezpieczenia może nałożyć na osobę ubezpieczoną, która dochodzi zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej, w tym opieki zdrowotnej otrzymanej za pomocą telemedycyny, te same warunki, kryteria przysługiwania uprawnień i wymogi prawno-administracyjne, ustalone na szczeblu lokalnym, regionalnym lub krajowym, jakie byłyby nałożone, gdyby ten sam rodzaj opieki zdrowotnej był świadczony na terytorium tego państwa członkowskiego”. Tym niemniej przepis ten zastrzega zarazem, że „warunki, kryteria przysługiwania uprawnień i wymogi prawno-administracyjne nałożone zgodnie z niniejszym ustępem nie mogą być dyskryminacyjne ani nie mogą stanowić przeszkody w swobodnym przepływie pacjentów, usług lub towarów, o ile nie jest to obiektywnie uzasadnione wymogami planowania w celu zapewnienia wystarczającego i stałego dostępu do zrównoważonego zakresu leczenia wysokiej jakości w danym państwie członkowskim lub dotyczącymi woli kontrolowania kosztów i unikania, na ile to możliwe, wszelkiego marnotrawstwa zasobów finansowych, technicznych i ludzkich”. Nawet gdyby przyjąć, że kwestia zdalnej formy udzielenia danego świadczenia w ogóle mieści się w pojęciu „warunków, kryteriów przysługiwania uprawnień i wymogów prawno-administracyjnych” — co budzi wątpliwości, jako że mogą one dotyczyć osoby ubezpieczonej, która dochodzi zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej, a nie świadczeniodawcy — to jak się wydaje przyjęte w przywołanych wyżej aktach prawnych rozwiązanie ograniczające możliwości wykorzystania telemedycyny jako metody realizacji tylko wybranych gwarantowanych świadczeń opieki zdrowotnej nie może być zasadnie argumentowane wymogami planowania. Wskazane w rozporządzeniach „koszykowych” świadczenia nie są przecież świadczeniami z zakresu stacjonarnej opieki zdrowotnej, tj. tego segmentu, którego zasadniczo dotyczy planowanie. Wolno natomiast uznać, że ograniczenie takie można by ocenić jako istotną przeszkodę w swobodnym przepływie usług — świadczeń opieki zdrowotnej, ponieważ ich zdalne udzielanie (np. w formie konsultacji) ma istotne praktyczne znaczenie dla (ułatwienia) korzystania z transgranicznej opieki zdrowotnej.

Abstrahując od tych dywagacji należy jednak przede wszystkim zauważyć, że polski ustawodawca w istocie nie skorzystał z przewidzianej w art. 7 ust. 7 dyrektywy 2011/24 możliwości doprecyzowania „warunków, kryteriów i wymogów”. Przepis art. 42b ust. 1 u.s.o.z. wymaga bowiem jedynie, aby udzielone poza polskim systemem opieki zdrowotnej świadczenie, co do którego świadczeniobiorca ubiega się o zwrot kosztów, było świadczeniem gwarantowanym, nie odnosi się natomiast do kwestii warunków jego realizacji. W tym kontekście należy także podkreślić, że zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. a dyrektywy nr 2011/24 transgraniczna opieka zdrowotna jest świadczona zgodnie z przepisami państwa członkowskiego leczenia;

w przypadku telemedycyny jest nim państwo członkowskie, w którym ma siedzibę świadczeniodawca¹⁵ (art. 3 lit. d dyrektywy nr 2011/24). Zatem prawem właściwym do ustalenia dopuszczalności udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w formie telemedycyny z punktu widzenia reguł wykonywania zawodu oraz oceny warunków ich realizacji jest prawo państwa członkowskiego świadczeniodawcy (Nowak, 2018, s. 41). Można przy tym także zauważyć, że odwoływanie się do krajowego standardu (czyli warunków realizacji) oznaczałoby niebezpieczeństwo uprzywilejowania krajowych świadczeniodawców, co byłoby nie do pogodzenia ze swobodą przepływu usług (Karl, 2016, s. 681)¹⁶. W konsekwencji NFZ może jedynie stwierdzić, czy udzielone w innym systemie (także zdalnie) świadczenie mieści się w katalogu świadczeń gwarantowanych. Nie ma on natomiast ani prawnej, ani faktycznej możliwości by ustalić, a następnie ewentualnie negatywnie weryfikować, warunki jego realizacji¹⁷, w tym także dopuszczalność udzielania świadczeń za pośrednictwem lub z wykorzystaniem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności.

Reasumując należy uznać, że NFZ nie może odmówić zwrotu kosztów świadczenia transgranicznej opieki zdrowotnej udzielonego w formie telemedycyny, także w sytuacji, gdy polskie rozporządzenia „koszykowe” nie wskazują wyraźnie możliwości jego udzielenia za pośrednictwem lub z wykorzystaniem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności. Istotne jest bowiem, czy dane świadczenie jest objęte systemową gwarancją, a nie jak zdefiniowano warunki jego realizacji. W tym zakresie zastosowanie znajdują bowiem przepisy państwa członkowskiego leczenia, tj. siedziby świadczeniodawcy.

Uwagi końcowe

Podsumowując, przypomnieć należy zasadnicze sformułowane wyżej tezy.

❑ Telemedycyna nie oznacza nowego, odrębnego rodzaju świadczenia opieki zdrowotnej, a jedynie udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej przez osoby wykonujące zawód medyczny na odległość (bez bezpośredniego kontaktu z pacjentem), tj. za pośrednictwem lub z wykorzystaniem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności.

❑ W obecnym stanie prawnym udzielanie świadczeń zdrowotnych w formie telemedycyny jest w pełni dopuszczalne zarówno w punktu widzenia przepisów regulujących wykonywanie zawodów medycznych (lekarza, lekarza denty, pielęgniarki i położnej), jak i prowadzenia działalności leczniczej.

❑ *De lege lata* świadczenia zdrowotne w formie telemedycyny mogą być finansowane ze środków publicznych w ramach systemu opieki zdrowotnej tylko w zakresie ograniczonym przepisami ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych i jej rozporządzeń wykonawczych, definiującymi katalog świadczeń gwarantowanych i warunki ich realizacji.

❑ Ograniczenie to nie dotyczy jednak świadczeń transgranicznej opieki zdrowotnej, gdyż ustawa wymaga jedy-

nie, aby udzielone świadczenie było objęte systemową gwarancją, nie odnosi się natomiast do warunków jego realizacji, w tym wykorzystania systemów teleinformatycznych lub systemów łączności. W tym zakresie zastosowanie znajdują przepisy państwa członkowskiego leczenia, tj. siedziby świadczeniodawcy.

* Publikacja powstała w wyniku badań prowadzonych podczas stażu naukowego w Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik w Monachium, sfinansowanego w drodze konkursu ze środków statutowych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

¹ Niemieckie rozporządzenie z 11 grudnia 1918 r., RGBl. s. 1431, oraz ustawa z 18 lutego 1927 r. o zwalczaniu chorób przenoszonych drogą płciową, RGBl. I s. 61 (*Verordnung/Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten*).

² *The delivery of health care services, where distance is a critical factor, by all health care professionals using information and communication technologies for the exchange of valid information for diagnosis, treatment and prevention of disease and injuries, research and evaluation, and for the continuing education of health care providers, all in the interests of advancing the health of individuals and their communities.*

³ Wydaje się, że termin „pośrednictwo systemów teleinformatycznych lub systemów łączności” należy rozumieć szerzej niż tylko ich „wykorzystanie”. Można bowiem uznać, że „pośrednictwo” oznacza konieczność użycia wskazanych systemów (bez ich pośrednictwa świadczenie nie mogłoby być udzielone konkretnemu świadczeniobiorcy przez konkretnego świadczeniodawcę), podczas gdy przy „wykorzystaniu” chodzi jedynie o wsparcie udzielenia świadczenia, które byłoby co do zasady możliwe także w tradycyjnej formie (np. kontrolna konsultacja telefoniczna uzupełniająca wizytę w gabinecie itp.).

⁴ <https://www.nil.org.pl/dokumenty/kodeks-etyki-lekarskiej>.

⁵ Por. postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 1992 r., U 1/92, OTK 1992/2/38, ze zdaniem odrębnymi sędziów TK: Cz. Bakalarskiego, K. Działochy, H. Groszyka i R. Orzechowskiego (Wyrembak, 2003; Korytowska, 2009).

⁶ Por. uchwałę Trybunału Konstytucyjnego z 17 marca 1993 r., W 16/92, OTK 1993/1/16.

⁷ Ustawa z 22 lipca 2014 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw, DzU z 2014 r. poz. 1138.

⁸ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 15 kwietnia 2019 r. w sprawie skierowań wystawianych w postaci elektronicznej w Systemie Informacji Medycznej (DzU z 2019 r. poz. 711) stanowi, że skierowania w tej formie są wystawiane na: 1) ambulatoryjne świadczenia specjalistyczne finansowane ze środków publicznych, o których mowa w art. 57 ust. 1 u.s.o.z.; 2) finansowane ze środków publicznych badania: echokardiograficzne płodu, endoskopowe przewodu pokarmowego i rezonansu magnetycznego, a także finansowane ze środków publicznych oraz ze środków innych niż środki publiczne badania: medycyny nuklearnej i tomografii komputerowej oraz 3) leczenie szpitalne w szpitalu, który zawarł umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, o którym mowa w art. 58 u.s.o.z.

⁹ Chodzi przy tym o zdaną realizację, monitorowanie i weryfikację świadczenia, między innymi poprzez urządzenia umożliwiające werbalny kontakt ze świadczeniobiorcą w każdym momencie procedury, oraz sterowanie treningiem w zakresie umożliwiającym realizację formy ciągłej lub interwałowej, zdaną zmianę programu treningu, rejestrację i przesyłanie EKG lub wartości ciśnienia tętniczego itp. (§ 3 ust. 1, § 7 ust. 2; załącznik nr I pkt 3e i 4d oraz załącznik IV pkt 11–13).

¹⁰ Druk sejmowy Sejmu VII kadencji, nr 3763, cz. 1, s. 280.

¹¹ Por. § 4 rozporządzenia w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu ambulatoryjnej opieki specjalistycznej i § 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu rehabilitacji leczniczej.

¹² Z zastrzeżeniem problematyki tzw. regulacji negatywnej.

¹³ Odnosnie do emerytów, rencistów lub członków ich rodziny art. 19 ma zastosowanie na mocy art. 27 ust. 1.

¹⁴ Do tej grupy zalicza się nie tylko ubezpieczonych, ale także emerytów, rencistów i członków ich rodzin, por. art. 27 ust. 3.

¹⁵ Por. także art. 2 lit. c dyrektywy 2000/31 w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (Spickhoff, 2018, s. 538–539).

¹⁶ Por. wyrok ETS z 12 lipca 2001, C-157/99, Smits i Peerbooms, nb. 96.

¹⁷ Na marginesie tylko można zauważyć, że często korzystanie ze świadczeń transgranicznych motywowane jest właśnie wyższym standardem oferowanym przez zagranicznych świadczeniodawców, por. np. masowe korzystanie przez ciężarne Polki z niemieckiej kliniki porodowej w Schwedt nad Odrą. Zob. <https://wiadomosci.wp.pl/polki-rodza-u-niemcow-niemcy-chca-pieniedzy-od-polskiego-nfz-6037409323438721a> (14.08.2019 r.).

Bibliografia

- Bergmann, K. O. (2016). Telemedizin und das neue E-Health-Gesetz — Überlegungen aus arzthaftungsrechtlicher Perspektive. *Medizinrecht*, (34), 497–502, <https://doi.org/10.1007/s00350-016-4321-2>
- Bulitz, R. (2018). *Telemedizin in Deutschland. Der Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien in der medizinischen Versorgung*. München: StudyLab.
- Chojcka, M. i Nowak, A. (2016). Telemedycyna na tle polskich regulacji prawnych — szansa czy zagrożenie? internetowy *Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (8), 74–81.
- Dierks, C. (1999). *Rechtliche und praktische Probleme der Integration von Telemedizin in das Gesundheitswesen in Deutschland*. Berlin.
- Dierks, C. (2002). Telemedizin aus juristischer Sicht. W: N. Klusen, A. Meusch (red.), *Gesundheits telematik* (227–234). Baden-Baden: Nomos.
- Dierks, C. (2016). Der Rechtsrahmen der Fernbehandlung in Deutschland und seine Weiterentwicklung. *Medizinrecht*, (34), 405–410, <https://doi.org/10.1007/s00350-016-4295-0>
- Dochow, C. (2017). *Grundlagen und normativer Rahmen der Telematik im Gesundheitswesen*. Baden-Baden: Nomos, <https://doi.org/10.5771/9783845285313>
- Giętkowski, R. (2013). *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim*. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.

- Glanowski, G. (2015). Telemedycyna w świetle ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. *Monitor Prawniczy*, (18), 978–981.
- Gruner, A. (2017). Quo vadis, Fernbehandlungsverbot? *Gesundheitsrecht*, (5), 288–294, <https://doi.org/10.9785/gesr-2017-0504>
- Häckl, D. (2010). *Neue Technologien im Gesundheitswesen. Rahmenbedingungen und Akteure*. Wiesbaden: Gabler, <https://doi.org/10.1007/978-3-8349-6094-8>
- Hahn, E. (2018). Telemedizin und Fernbehandlungsverbot — eine Bestandsaufnahme zur aktuellen Entwicklung. *Medizinrecht*, (36), 384–391, <https://doi.org/10.1007/s00350-018-4932-x>
- Hahn, E. (2019). *Telemedizin — das Recht der Fernbehandlung*. Wiesbaden: Springer, <https://doi.org/10.1007/978-3-658-26737-7>
- Kaczan, D. (2017). Telemedycyna w prawie polskim i kilka uwag na tle prawa unijnego. *Zeszyty Prawnicze*, (17.1), 93–105.
- Kalb, P. (2018). Rechtliche Aspekte der Telemedizin. *Gesundheitsrecht*, (8), 481–488, <https://doi.org/10.9785/gesr-2018-170803>
- Karl, B. (2016). Rechtsfragen grenzüberschreitender telematischer Diagnostik und Therapie. *Medizinrecht*, (34), 675–681, <https://doi.org/10.1007/s00350-016-4376-0>
- Knieps, F. (2018). Sozialstaat reloaded — Der Wandel von Sozial- und Gesundheitsrecht im Lichte internationaler Entwicklungen. *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht*, (2), 172–183.
- Komisja Europejska (2015). *Sprawozdanie Komisji dotyczące funkcjonowania dyrektywy 2011/24/UE w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej*. COM (2015) 421. Bruksela.
- Komisja Wspólnot Europejskich. (2008). *Komunikat Komisji do Parlamentu europejskiego, Rady, Europejskiego komitetu ekonomiczno-społecznego oraz Komitetu regionów w sprawie korzyści telemedycyny dla pacjentów, systemów opieki zdrowotnej i społeczeństwa*. Bruksela.
- Korytowska, A. (2009). Problem zgodności Kodeksu etyki lekarskiej z Konstytucją RP. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, (1), 53–69.
- Lach, D. E. (2010). Nowe przepisy dotyczące koordynacji systemów opieki zdrowotnej w UE. W: Z. Niedbała (red.), *Księga pamiątkowa w piątą rocznicę śmierci Profesora Andrzeja Kijowskiego* (117–130). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Lach, D. E. (2015). Kilka uwag o wdrożeniu dyrektywy w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (4), 2–9.
- Locher, W. G. (2017). Fernbehandlung Gestern und Heute. Von der Briefkastenmedizin zur Telemedizin. *Bayerisches Ärzteblatt*, (10), 514–515.
- Mittelstadt, B. (2017). Die Sprechstunde fällt aus. Die Verdrängung der wertorientierten Medizin durch Algorithmen. W: P. Otto, i E. Gräf, *3THICS: Die Ethik der digitalen Zeit*. Berlin: iRights Media.
- Nowak, A. (2018). Telemedycyna transgraniczna: problematyka prawa właściwego dla przypadków odpowiedzialności cywilnej podmiotów medycznych na gruncie prawodawstwa unijnego. *Prawo Mediów Elektronicznych*, (1), 36–45.
- Spickhoff, A. (2018). Rechtsfragen der grenzüberschreitenden Fernbehandlung. *Medizinrecht*, (36), 535–543, <https://doi.org/10.1007/s00350-018-5006-9>
- Stankiewicz, R. (2016). *Krajowe systemy ochrony zdrowia a Unia Europejska. Przykład Polski*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Światała, K. (2018). *Pacjent jako beneficjent ograniczeń jawności elektronicznej dokumentacji medycznej*. Warszawa: C.H. Beck.
- World Health Organisation. (1998). *WHO. A health telematics policy in support of WHO's Health-For-All strategy for global health development: report of the WHO group consultation on health telematics*, 11–16 December, Geneva, 1997. Geneva.
- Wyrembak, J. (2003). Kodeks etyki lekarskiej a system prawa. *Państwo i Prawo*, (10), 30–44.
- Zielińska, E. (2001). *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*. Warszawa: Liber.



www.pwe.com.pl

Podręcznik prezentuje rozwój myśli ekonomicznej na tle zmieniającej się gospodarki – od XVIII do końca XX wieku. Od XVIII wieku główną formą gospodarowania jest gospodarka rynkowa, dlatego wcześniej sformułowane teorie i powstałe nurty myśli ekonomicznej są w dużej części nadal aktualne i wykorzystywane w formułowaniu wytycznych dla polityki gospodarczej. Z tego powodu poznanie historii myśli ekonomicznej jest niezbędne dla zrozumienia zasad funkcjonowania współczesnej gospodarki.

In Deutschland wird um das gesetzliche Existenzminimum gerungen

Spór o ustawowe prawo do zabezpieczenia minimum egzystencji w Niemczech

Dispute over the statutory right to a minimum subsistence in Germany

Prof. dr. jur. Helga Spindler

ehem. Universität Duisburg-Essen, Institut für Soziale Arbeit und Sozialpolitik
e-mail: spindler@netcologne.de

Zusammenfassung Das Ziel des Aufsatzes ist die Darstellung der Entwicklung der Rechtslage und des aktuellen Stands der Diskussion zum Recht auf Existenzminimum in Deutschland. Diese Problematik wird aus der Perspektive des Entstehens der Sozialhilfe vor 1962, der wichtigsten Regeln der Sozialhilfegesetzgebung von 1962 bis 2004, der Hartz Reform und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere ab 2010, behandelt.

Schlüsselbegriffe: Soziale Sicherung in Deutschland, Existenzminimum.

Streszczenie Podstawowym celem artykułu jest przedstawienie ewolucji regulacji prawnych oraz dyskusji na temat prawa do zabezpieczenia minimum egzystencji w Niemczech. Rozważania są prowadzone w kontekście historycznym odnoszącym się do powstania pomocy społecznej przed 1962 r., zmian prawa dotyczącego ustawodawstwa z zakresu pomocy społecznej od 1962 r. do 2004 r., tzw. reformy Hartz oraz orzecznictwa niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego, ze szczególnym uwzględnieniem okresu po 2010 r.

Słowa kluczowe: zabezpieczenie społeczne w Niemczech, minimum egzystencji .

Summary The subject of the study is a detailed description of the development of legal regulation and the current discussion regarding the right to minimum subsistence in Germany. This issue in question is dealt with from the perspective of the emergence of social welfare before 1962, changes to social welfare legislation made between 1962 and 2004, so-called Hartz reform and the case law of the Federal Constitutional Court, with a particular focus on the period after 2010.

Keywords: social security in Germany, the right to minimum subsistence.

JEL: K31

Bedeutung des Existenzsicherungsrechts

Die Regelung des Existenzsicherungsrechts hat in der Nachkriegsgeschichte in Deutschland eine immer größere Bedeutung erhalten und ist Gegenstand vielfältiger sozialpolitischer Kontroversen, wegweisender Gerichtsentscheidungen und einer sich ständig ändernden Gesetzgebung.

Einen Eindruck zum Umfang der rechtlichen Probleme gibt das gerade in der 3. Auflage erscheinende "Handbuch Existenzsicherungsrecht" mit seinen über

1300 Seiten, das von Uwe Berlit und anderen herausgegeben wird (Berlit, Conradis, Pattar, 2019). Die Begriffe haben sich gewandelt: Sozialhilfe, Leistungen für Asylbewerber, Arbeitslosengeld II und Grundsicherung. Das System steht in Wechselwirkung zu Sozialversicherungsleistungen, zu Niedriglöhnen, zum Arbeitsmarkt, dient zur Erfassung und Bekämpfung von Armut, und es beeinflusst Leistungen für Familien wie Kindergeld, Kinderzuschlag und Wohngeld. Es wirkt direkt auf Steuerfreibeträge und Pfändungsfreibeträge und es wirkt sich nicht zuletzt auch auf die Entscheidung für Zuwanderung aus EU- und Drittstaaten aus.

Einigkeit herrscht darüber, dass sich aus der Verfassung Art.1 GG ergibt, dass der Staat verpflichtet ist, die Menschenwürde zu achten und zu schützen und dass die Bundesrepublik sich als demokratischer und sozialer Rechtsstaat versteht, Art 20 GG (Bieritz-Harder, 2019, Kap. 8, Menschenwürde und Existenzsicherungsrecht).

Entstehen der Sozialhilfe bis 1962

Was das für die Existenzsicherung durch das Fürsorgerecht aber genau bedeutet, das musste entwickelt werden. Zwar galt in der jungen Bundesrepublik noch die Reichsfürsorgepflichtverordnung von 1924 fort. Und die materiellen Leistungen der Fürsorge wurden geregelt in den "Reichsgrundsätzen über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge", die ab 1. Januar 1925 galten (beides übernommen in BGBl. I 1953 S. 957 und BGBl. I 1957 S. 693). Damit sollte der notwendige Lebensbedarf (Unterkunft, Nahrung, Kleidung) durch Geldleistungen, Richtsätze, gedeckt werden, deren Niveau langsam angehoben wurde. Aber auch Krankenhilfe und Hilfe für bestimmte Behindertengruppen war schon vorgesehen. Durch die Erweiterung des Kreises der Berechtigten um Kriegsoffer und Kleinrentner, bekamen die Leistungen für Arme schon einen breiteren Anwendungsbereich. Aber wie viel genau und nach welchen Verfahren im Einzelnen von den verpflichteten Kommunen zu leisten war, das blieb ungeregt und weitgehend im Entscheidungsbereich der Kommunen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat ganz früh, im Jahr 1954, mit Blick auf das Sozialstaatsgebot der Verfassung (Art. 20 Abs.1 GG) einen neuen Blickwinkel auf das aus der Weimarer Zeit fortbestehende Fürsorgerecht eröffnet. Es formulierte eine neue Leitidee über das Verhältnis zwischen dem Staat und den armen Menschen: *"Der Einzelne ist zwar der öffentlichen Gewalt unterworfen, aber nicht Untertan, sondern Bürger. Darum darf er in der Regel nicht Gegenstand staatlichen Handelns sein. Er wird vielmehr als selbständige, sittlich verantwortliche Persönlichkeit und deshalb als Träger von Rechten und Pflichten anerkannt. Das muss besonders dann gelten, wenn es um seine Daseinsmöglichkeit geht." Das verlangt auch, "...dass nicht ein wesentlicher Teil des Volkes in dieser Gemeinschaft hinsichtlich seiner Existenz ohne Rechte dasteht"* (BVerwG Urteil vom 24.6.1954, BVerwGE 1, 159 ff., S. 161). Dieses neue Menschenbild, auf dessen Grundlage zunächst in Einzelentscheidungen die überkommenen Fürsorgeleistungen mit einem Rechtsanspruch ergänzt wurden, führte schließlich zu einer rechtsstaatlichen Aufwertung des Fürsorgerechts mit dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG) von 1962 (BGBl. I 1961, S. 815). Dieses Gesetz blieb bis Ende 2004, bis zum Beginn der sog. Hartz Gesetzgebung in Kraft und wurde 2005 durch ein neues Sozialgesetzbuch, das SGB XII (BGBl. I 2003, S. 3023) abgelöst. Dieses Gesetzbuch regelt zwar noch ähnliche Gebiete wie das BSHG. Aber weil alle, die nur teilweise erwerbsfähig

sind, zusammen mit ihren Familien vom Rechtsanspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt der Sozialhilfe ausgeschlossen sind (§ 21 SGB XII) und deren Ansprüche auf Existenzsicherung in die Grundsicherung für Arbeitsuchende, in das SGB II, verlagert worden sind, betrifft es nur noch die Existenzsicherung von ganz wenigen Menschen.

Die wichtigsten Regeln der Sozialhilfegesetzgebung von 1962 bis 2004

Bei Verabschiedung des BSHG in den 60er Jahren hatte man bereits darauf gehofft, dass wegen des wirtschaftlichen Aufschwungs und wegen der Verbesserungen der Arbeitsverhältnisse und darauf aufbauend der steigenden Leistungen der Sozialversicherungen (vor allem von Renten und Arbeitslosengeld) nur eine überschaubare Zahl von Menschen noch Sozialhilfe benötigen würde. Das machte es leichter, nicht nur die Konzeption und die Rechtsansprüche, sondern auch die Leistungen zu verbessern und so die Verpflichtung einzulösen, ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen. Es war einmal der bewusst vorangestellte Rechtsanspruch auf Existenzsicherung durch die Sozialhilfe, der die rechtsstaatliche Qualität des Gesetzes ausmachte. Sozialhilfe wurde nicht mehr als Almosen verstanden, sondern als "gutes Recht" eines jeden Bedürftigen, unabhängig davon, wie es zu der Notlage gekommen war (Spindler, 2013, 156). Es war zweitens die zentrale Zielsetzung in § 1 BSHG, dem Empfänger der Hilfe die Führung eines Lebens zu ermöglichen, das der Würde des Menschen entspricht. Das hatte nicht nur Auswirkungen auf die Höhe der Geldleistungen, die auch ein soziokulturelles Existenzminimum und die Möglichkeit der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben sicherstellen sollte, sondern auch auf die Ausgestaltung vieler Pflichten und Verfahrensregeln und natürlich die Möglichkeiten einer gerichtlich überprüfbaren Rechtsdurchsetzung.

Orientierungspunkt für die Höhe der Leistungen war der Lebensunterhalt der unteren Einkommensschichten. In deren Umgebung sollte der Hilfebezieher ähnlich wie diese leben können, nicht etwa daran erkennbar, dass er Suppenküchen aufsuchen oder betteln muss.

Dazu wurde die Bedarfsermittlung wissenschaftlich gestützt. Am besten zeigte sich das bei der Ermittlung des Niveaus der Regelsätze. Von Anfang an wurde versucht, mit wissenschaftlichen Gutachten das soziokulturelle Existenzminimum zu bestimmen. Zunächst wurde ein Warenkorb für den notwendigen Lebensbedarf mit den dazugehörigen Preisen zusammengestellt und daraus dann die Höhe der Regelsätze abgeleitet. Ab 1990 wurde ein Statistikmodell eingeführt, das das aus der Einkommens- und Verbrauchsstatistik (EVS) ablesbare Konsumverhalten unterer Einkommensgruppen zu einer Bezugsgröße für die Regelsätze machte und das wir bis heute haben (zur ganzen Entwicklung. Pattar, 2019,

Kapitel 24 B Geschichtliche Entwicklung der Regelsätze Rz. 27 ff.). Neben den Regelsätzen gab es noch Mehrbedarfe, etwa für Alleinerziehende oder Behinderte, und viele individuelle einmalige Beihilfen (Kleidung, Hausrat, Schulbeihilfen, Renovierungskosten, Weihnachtsbeihilfen usw.), mit denen mehr individuell auf konkreten Bedarf reagiert werden konnte, die aber andererseits auch viel Verwaltungsaufwand produzierten.

Dazu kamen und kommen bis heute die Unterkunfts- und Heizkosten in tatsächlicher Höhe. Diese werden, wenn am Ort angemessene, preiswertere Wohnungen zugänglich sind, nach einer gewissen Zeit nur noch in angemessener Höhe übernommen. Die Angemessenheit einer Wohnung richtet sich nach einem einfachen, aber zeitgemäßen Wohnstandard, was die Größe und die Ausstattung angeht. Häufig orientierte man sich an den Wohnverhältnissen in den Sozialwohnungen der Umgebung.

Weil Geld alleine häufig nicht hilft, gab es einen Anspruch auf umfangreiche Leistungen der persönlichen Hilfe, der Beratung und Unterstützung in komplexen Notsituationen (Spindler, 2013, 154 ff.). Auch wenn es den Behörden oft schwer fiel, diesem Anspruch gerecht zu werden, so finanzierten viele wegen dieser Verpflichtung Sozialberatung bei Wohlfahrtsverbänden oder auch Selbsthilfegruppen und Arbeitslosenzentren, die dadurch in die Lage versetzt wurden, qualifiziertes Personal einzusetzen. Als z.B. die Verschuldung immer stärker als soziales Problem erkannt wurde, wurde über diese Finanzierung die soziale Schuldnerberatung aufgebaut, die bis heute als kommunale Ermessensleistung im SGB II erhalten blieb (Spindler, 2019a, Kap. 30 B III 1. Schuldnerberatung Rz. 18 f.).

Die Grundsätze wirkten sich auch dahingehend aus, dass insbesondere Neuantragsteller nicht zermürbt werden sollten: die Leistungen sollten auch ohne Antrag zur Verfügung stehen, wenn die Behörde auf die Notlage aufmerksam wurde; ein aktueller Bedarf sollte unmittelbar und ohne Wartezeiten gedeckt werden (Grundsatz der unmittelbaren Bedarfsdeckung). So entstand ein umfangreiches System von Leistungen für individuelle, materielle und immaterielle Notlagen (Münder, 2018, Einleitung Rz. 30 f.).

Gleichzeitig galt der für Fürsorgeleistungen typische Grundsatz der Subsidiarität. Das heißt, vorrangige Einkommensmöglichkeiten aus Unterhalt, anderen Sozialleistungen oder Vermögen mussten, bis auf geringe Freibeträge, genutzt werden. Es gab auch von Anfang an eine Selbsthilfepflichtung, so gut wie möglich für sich selbst zu sorgen. Die Verpflichtung eine zumutbare Arbeit aufzunehmen, war zwar bei wichtigen Gründen eingeschränkt. Dazu gehörte die Rücksichtnahme auf Familienpflichten, auf Krankheit und sonstige persönliche Einschränkungen. Wer sich aber weigerte, zumutbare Arbeit aufzunehmen, für den fiel der Anspruch auf Lebensunterhalt weg. Die Behörde hatte allerdings einen weiten Ermessensspielraum, zumindest gekürzt weiterzuzahlen und die Verpflichtung, sich auch weiter um die Menschen kümmern.

Obwohl sich schon immer alle erwerbsfähigen Sozialhilfebezieher beim Arbeitsamt zur Arbeitsvermittlung melden mussten, gab es auch "Hilfe zur Arbeit", weil viele Fördermaßnahmen der Arbeitsämter für Sozialhilfebezieher nicht zugänglich waren. Vorrangig sollte diese kommunale Beschäftigungsförderung durch Finanzierung von befristeten sozialversicherungspflichtigen Arbeitsplätzen geschehen ("Arbeit statt Sozialhilfe"), aber es gab im Bereich der gemeinnützigen und zusätzlichen Arbeit auch schon die sog. Mehraufwandsvariante, ein Beschäftigungsverhältnis, das heute unter dem Begriff "Ein Euro Job" bekannt ist und vor allem für besonders arbeitsmarktferne Menschen gedacht war (Spindler, 2013, 157 f.).

Trotz vieler Mängel in der Umsetzung und einer hohen Dunkelziffer, vor allem was ergänzende Leistungen für Niedrigeinkommensbezieher anging, enthielt das Gesetz ein relativ breites, ganzheitliches Hilfskonzept, das — wo es ernst genommen wurde — eine umfangreiche kommunale Unterstützungsstruktur entstehen ließ.

Die Hartz Reform ab 2005

Doch schon nach 1990 war man auf Regierungsebene und in den Kommunen aus ganz anderen Gründen mit dem System unzufrieden. In der Sozialhilfe stiegen die Empfängerzahlen und die Ausgaben, was viel mit der millionenfachen Aussiedler- und Asylzuwanderung dieser Jahre zu tun hatte. Außerdem konnten seit den 80er Jahren auch viele Ausländer wegen eines verbesserten Aufenthaltsrechts Sozialhilfe beantragen, während sie vorher deswegen ausgewiesen wurden (Spindler, 2013, 159 f.). Das ließ die zuständigen Kommunen nach Alternativen suchen.

Schon 1993 wurde für die Asylbewerber das Asylbewerberleistungsgesetz (BGBl. I 1993, S. 1074) geschaffen, das durchweg geringere Leistungen vorsah und zudem Sachleistungen in Gemeinschaftsunterkünften bevorzugte, um die Zuwanderung in das Sozialhilfesystem unattraktiver zu machen. Sein Anwendungsbereich wurde in den Folgejahren immer weiter ausgedehnt (Kötter, 2019, Kap. 34 D Asylbewerberleistungsgesetz Rz. 55). Das änderte jedoch nichts daran, dass die vielen vorher Zugewanderten ihre Sozialhilfeansprüche weiter behielten.

Ende der 90er Jahre stieg wegen der vor allem in den neuen Bundesländern verfestigten Langzeitarbeitslosigkeit nach der Wiedervereinigung die vom Bund zu finanzierende Zahl der Arbeitslosenhilfebezieher auf über 2 Millionen. Das veranlasste auch den Bund zur Suche nach Alternativen. Arbeitslosenhilfe bekamen Personen, bei denen nach sozialversicherungspflichtiger Arbeit das Arbeitslosengeld der Arbeitslosenversicherung ausgelaufen war.

Das alles führte nach vielen Vorarbeiten zur sog. Hartz Reform, die eine weitere Aufspaltung im Recht der Existenzsicherung vornahm. Treibende Idee dahinter

war nicht mehr wie vorher der Schutz der Menschenwürde (was auch im neuen SGB II von 2005 zunächst nicht mehr auftauchte), sondern der aktivierende Sozialstaat, der stärker Eigenverantwortung von den Betroffenen forderte, vor allem aber die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in den Mittelpunkt stellte (Spindler, 2019, Kap. 6 C I Aktivierung im SGB II Rz. 19 ff.)

Zusätzlich blieben das Asylbewerberleistungsgesetz und die auf wenige unversorgte Erwerbsunfähige beschränkte Sozialhilfe (SGB XII). Und man nahm man in die Sozialhilfe die Personengruppen auf, die erwerbsunfähig waren oder das Rentenalter erreicht hatten und keine oder zu geringe Renten aus der Rentenversicherung erhielten. Dieser Anspruch auf Grundsicherung im Alter und bei dauerhafter voller Erwerbsminderung (§§ 41 f. SGB XII) entspricht bei den Leistungen denen der Sozialhilfe, wird aber großzügiger verwaltet. Es besteht keine Erwerbsverpflichtung mehr, und Verwandte ersten Grades sind von Unterhaltsrückgriffen praktisch befreit.

Zuständig für die Mehrheit der Bevölkerung ansonsten wurde das neue Sozialgesetzbuch Band II (SGB II), die Grundsicherung für Arbeitsuchende (BGBl. I 2003, S. 2954), in der alle auch nur teilweise Erwerbsfähigen und ihre Familien anspruchsberechtigt wurden. Gleichzeitig hat man die bisherige Arbeitslosenhilfe abgeschafft, weil man diese Gruppe gemeinsam mit den erwerbsfähigen ehemaligen Sozialhilfebeziehern verwalten wollte. Das waren dann zusammen mehr als 7 Millionen Menschen.

Ihre Existenzsicherung wird nach der Reform, die 2005 in Kraft getreten ist, mit Leistungen sichergestellt, die denen der Sozialhilfe strukturell entsprechen — wie Regelsätzen, Mehrbedarfen und Unterkunftskosten. Aber weil man vorher versprochen hatte, eine Art "Arbeitslosenhilfe für alle" zu schaffen, heißt das nicht mehr Sozialhilfe, sondern "Arbeitslosengeld II". Bei der Ermittlung der Regelsätze wurde das Statistikmodell beibehalten, aber die Bezugsgrößen, genauso wie die Regelsätze für Kinder ab 6 Jahren und ab 14 Jahren vermindert. Die bisherigen einmaligen Beihilfen gingen, auch um die Eigenverantwortung zu stärken und den Verwaltungsaufwand zu mindern, in den pauschalen Regelsatz mit ein. Leider erfolgte das ebenfalls mit einem gegenüber dem früheren Durchschnitt geminderten Betrag.

Aber die Existenzsicherung sollte sowieso nicht mehr im Mittelpunkt des Gesetzes stehen, sondern das Ziel, die materielle Hilfebedürftigkeit zu vermeiden, zu verkürzen oder den Umfang zu verringern (§ 1 SGB II). Dazu sollte das neue "Fördern und Fordern" mit einer Vielzahl von Eingliederungsvereinbarungen und Arbeits-, Bildungs- und Trainingsmaßnahmen beitragen, die alle unter dem Druck standen und stehen, dass ihre Ablehnung sehr rasch zu Sanktionen, das heißt pauschalen Kürzungen der Leistungen führt, — bis hin zur völligen Einstellung. Besonders stark sollen die Sanktionen auf junge Erwachsene bis 25 Jahren und auf

unbeteiligte Familienmitglieder wirken, in der Hoffnung den Druck auf die Arbeitsbereitschaft zu erhöhen.

Faktisch hat sich diese Förderung aber auch ohne Sanktionen durch ständige Einsparungen und Umstellung der Förderphilosophie nicht durchgesetzt. Im Gegenteil, wenn eine Fördermaßnahme tatsächlich eine gewisse Attraktivität erlangte, wie die Förderung beginnender Selbständigkeit (die "Ich-AG") oder die Förderung befristeter sozialversicherter Arbeitsverhältnisse, dann wurde sie inzwischen wieder eingestellt. Die zunächst stark ansteigenden Beschäftigungsverhältnisse in "Ein Euro Jobs" wurden wegen der Verdrängung regulärer Arbeitsplätze und der mangelnden Anschlussperspektiven viel kritisiert und inzwischen ebenfalls wieder zurückgefahren. Bildungsmaßnahmen überzeugten in ihrer Mehrzahl nicht durch Qualität und individuelle Ausrichtung.

In den Vordergrund rückte immer mehr die Vermittlung in den ersten Arbeitsmarkt, was zwar grundsätzlich sinnvoll ist. Das gilt aber nicht, wenn es sich in der großen Mehrzahl nur um kurze, schlecht bezahlte und wenig attraktive Arbeitsverhältnisse handelt, die keine dauerhafte Beschäftigung und keine Aufstiegsmöglichkeiten bieten, sondern die Betroffenen immer wieder zurück in das SGB II — System führen; auch weil man gleichzeitig den Zugang zu Ansprüchen an die Arbeitslosenversicherung erschwert hatte.

Persönliche Hilfe und Beratung in dem Umfang wie in der früheren Sozialhilfe sieht das Gesetz nicht mehr vor, auch wenn noch unter engen Voraussetzungen Fachberatungen und Betreuung angeboten werden (Spindler, 2019a, Kap. 30 B III Die zwei Fachberatungsangebote und die Betreuung Rz. 17 ff.). Das führt dazu, dass viele Dienstleister, die sich als Auftragnehmer der Behörde mit Arbeitsvermittlung und auch Kontrolle der Arbeitslosen beschäftigen, sich nicht mehr umfassend als Berater verstehen und auch nicht mehr betreuen können und wollen. Ob das wirklich eine nachhaltige Existenzsicherung der Betroffenen bewirkt, ist deshalb bis heute sehr umstritten.

Weitere Entwicklung und Eingreifen des Bundesverfassungsgerichts ab 2010

Doch auf dem Gebiet der existenzsichernden Leistungen, die seit der Reform als "passive" Leistungen hinter den "aktivierenden" Leistungen als zweitrangig zurücktreten sollten, hat sich seit 2005 wieder viel getan. Immer wieder gelang es Einzelklägern vor den nunmehr auch für die Grundsicherung zuständigen Sozialgerichten nachzuweisen, dass bei ihnen notwendige, unabweisbare Bedarfe mit der strengen abschließenden Pauschalierung nicht erfasst waren und Statistikexperten kritisierten den Umgang mit den Daten bei der Ermittlung der Regelsätze. Schließlich legte ein Landessozialgericht mit einer umfangreichen Vorlage dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) die Frage vor, ob die Ermittlung und Fortschreibung der Regelsätze mit verschiedenen Artikeln der Verfassung vereinbar sei. Und das BVerfG

hat entschieden, dass die damaligen Regelleistungen für Erwachsene und Kinder nicht verfassungsgemäß ermittelt seien (BVerfG v. 9.2.2010-1 BvL1/09). Es sieht wieder in Art. 1 GG (dem Schutz der Menschenwürde) in Verbindung mit Art. 20 GG (dem Sozialstaatsprinzip) ein Grundrecht auf Gewährung eines Existenzminimums begründet, das für die Sicherung der physischen Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen Leben unerlässlich ist. Das schreibe zwar nicht eine bestimmte Leistungshöhe vor, verbiete aber bei der Ausgestaltung des Rechts eine willkürliche Festsetzung, d.h. es muss nachvollziehbar in einem transparenten und sachgerechten Verfahren begründet werden, dass die Leistungen dem gesamten Bedarf der aktuellen Lebensrealität entsprechen. Dagegen sei bei der bis zu diesem Zeitpunkt durchgeführten Regelsatzermittlung teilweise verstoßen worden, insbesondere bei den Regelsätzen der Kinder. Fortgesetzt wurde diese Rechtsprechung auch noch in einer zweiten Entscheidung zum Asylbewerberleistungsgesetz (BVerfG v.18.7.2012-1 BvL 10/10): Der Regelsatz kann auch für nur vorübergehend anwesende Asylbewerber nur vermindert werden, wenn ihr Bedarf tatsächlich geringer ist. Allein aus migrationspolitischen Erwägungen, dürfe ihr Bedarf nicht verringert werden (Kötter, 2019, Kap. 34 D Asylbewerberleistungsgesetz Rz. 55 ff.).

Vor diesem Gerichtsverfahren wurde bei den Regelsätzen auf eine abschließende Pauschalierung gesetzt und eine abweichende Festlegung der Bedarfe ausgeschlossen (§ 3 Abs.3, S.2 SGB II alte Fassung, aufgehoben Mitte 2010). Danach kam es wieder zu Leistungserhöhungen und -erweiterungen. Die Regelsätze wurden zwar nur etwas erhöht und in einem eigenen Regelbedarfsermittlungsgesetz (RBEG, BGBl. I 2011, S. 453) genauer in ihrer Struktur bestimmt. Die Regelbedarfe für Schulkinder ab 6 Jahren wurden deutlich angehoben, die Fortschreibung der Regelsätze wurde erhöht (§ 28a SGB XII), es wurden weitere Mehrbedarfe für dezentrale Warmwasserversorgung und für unabwiesbare laufende Bedarfe (§ 21 Abs. 6 und 7 SGB II) eingeführt. Ganz wichtig waren neue Möglichkeiten der abweichenden Erbringung von notwendigen Leistungen, und es wurden umfangreiche Leistungen für Bildung und Teilhabe für Kinder in Kindergarten und während der Ausbildung eingeführt (§§ 24 bis 29 SGB II). Gerade weil dadurch die Transparenz der Ermittlung verbessert wurde, können aber auch die Kritiker besser Argumente dafür sammeln, dass einzelne Bedarfsbestandteile wie Mobilitäts- und Energiekosten, Gesundheitskosten oder auch die Teilhabekosten für Kinder immer noch zu niedrig angesetzt sind. So geht das Ringen um das Existenzminimum weiter.

Einige Staatsrechtler warnen bereits davor, aus der Verfassung abzuleiten, dass Gesetze so ausführlich begründet werden müssten, weil der Gesetzgeber immer einen politisch und ökonomisch begründeten

Kompromiss suchen müsste und damit in seiner Handlungsfähigkeit eingeschränkt würde.

Ein weiteres aktuelles Verfahren (1 BvL 7/16) ist beim BVerfG anhängig. Es wurde 2010 von einer Bürgerinitiative für ein bedingungsloses Grundeinkommen angeregt, die Verfassungsbeschwerde grundsätzlich gegen alle Sanktionen und Kürzungen wegen fehlender Mitwirkung und Arbeitsbereitschaft einlegen will, weil doch das Verfassungsgrundrecht auf ein Existenzminimum genauso wie die Menschenwürde unantastbar und unverfügbar sei, also auch unabhängig von der Erfüllung solcher Pflichten gelten müsse. Ein Sozialgericht hat die Vorlage übernommen und die Frage dem BVerfG vorgelegt.

Dauerhaft umstritten sind auch die Fragen zur Angemessenheit von Unterkunft und Heizkosten. Sie berühren das Existenzminimum insoweit, als die Betroffenen unangemessen hohe Kosten aus ihrem monatlichen Regelbedarf finanzieren müssen, wenn sie keine billigere Wohnung finden können oder wollen. Die Sozialgerichte erwarten, dass hier die Städte umfangreiche schlüssige Konzepte zur Entwicklung der örtlichen Mieten und Nebenkosten vorlegen, wenn sie derartige Obergrenzen festlegen und damit den unbestimmten Rechtsbegriff der Angemessenheit konkretisieren (Berlit, 2019, Kap. 28 B III-V Angemessenheit der Unterkunftskosten Rz. 35 ff.). Das BVerfG hat sich hierzu noch nicht geäußert.

Eine weitere Fülle von Verfahren ergeben sich daraus, dass 2004 die europarechtlichen Auswirkungen der Gesetzgebung nicht beachtet wurden, sodass die Einwanderung aus europäischen Staaten direkt in das Fürsorgesystem zunächst ohne Einschränkung möglich war. Nach der VO (EG) 883/2004 müssen EU Bürger grundsätzlich in allen Bereichen der Sozialen Sicherheit gleich behandelt werden. Dies gilt nach Art 3 Abs.5 dieser Verordnung nur nicht für die Sozialhilfe. Nun war aber schon unklar, ob die Grundsicherung für Arbeitsuchende eine reine Sozialhilfeleistung war.

Als man irgendwann merkte, dass die Abgrenzung hier schwierig ist, hat man für die Geldleistungen eine dreimonatige Wartezeit eingeführt. Die wurde dann meist mit Familienunterstützung, Betteln, Kindergeld oder Leistungen für Obdachlose überbrückt und der Antrag etwas später gestellt. Oder die für die vollständige Gleichbehandlung erforderliche Teilnahme am Arbeitsmarkt wurde durch selbständige Tätigkeit praktisch ohne Einkommen, oder neuerdings durch echte oder auch fingierte Arbeitsverträge mit maximal 200 Euro Verdienst pro Monat hergestellt. Für alle die, die weiterhin einen berechtigten Aufenthalt zur Arbeitssuche beanspruchten, wurden die Ausschlussregeln für die Grundsicherung und Sozialhilfe mit Bezug auf Art. 24 Abs.2 der Richtlinie 2004/38 EU immer weiter ausgeweitet. Jede weitere Einschränkung provoziert jahrelange Rechtsstreitigkeiten einschließlich Vorlagen beim Bundessozialgericht und beim Europäischen Gerichtshof, dessen Entscheidungen

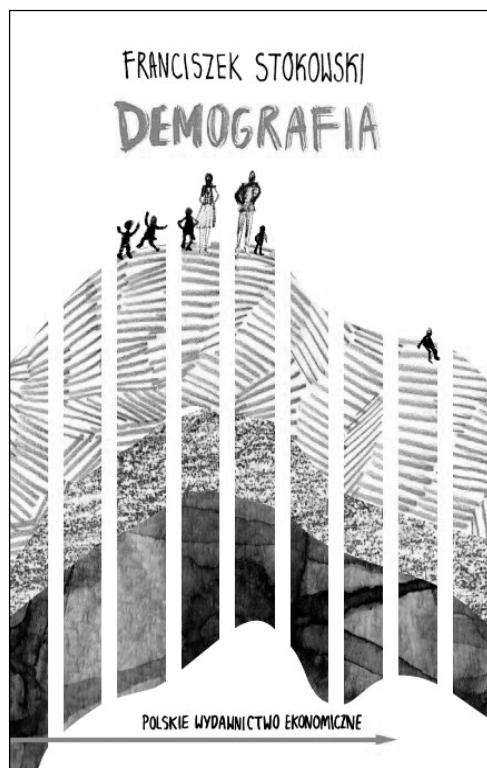
immer nur einzelfallbezogen und letztlich uneinheitlich sind. Mit einer letzten Gesetzesänderung sind die Ausschlussmöglichkeiten auf 5 Jahre verlängert worden, was wieder eine Unzahl von Gerichtsverfahren nach sich zieht (Kötter, 2019, Kapitel 34 B II Der Ausschluss von Ausländer* innen von Ansprüchen nach dem SGB II Rz 19 ff.). Eine klarere europäische Gesetzeslage würde hier auch helfen.

Fazit: Ein staatlich garantiertes Existenzminimum erfordert ein umfassendes Konzept, was seine Zugangsbedingungen, die Höhe und die Verfahren der Bemessung und die Abgrenzung des Personenkreises angeht. Auch wenn seine Ausgestaltung viele Streitfragen aufwirft und damit Energie und nicht zuletzt Finanzen bindet, so lohnt sich doch die Mühe, um möglichst menschenwürdige Lebensbedingungen für alle herzustellen. Auch wenn die Sozialhilfe kein Koordinierungsbereich in Europa ist, so genügt für die Entwicklung eines sozialen Europa alleine die Umsetzung der Grundfreiheiten wohl nicht und auf Dauer ist ein Nebeneinander von Ländern mit und ohne Existenzsicherung auch nicht überzeugend. Deshalb lohnt sich hier der Austausch von Erfahrungen, um Systeme zu entwickeln.

Bibliografie

Berlit, U., Conradis, W., Pattar, A.K. (2019). *Existenzsicherungsrecht. SGB II/SGB XII/AsylbG/Verfahrensrecht, Handbuch*. Baden Baden.

- Berlit, U. (2019). Kapitel 28, Unterkunft und Existenzsicherung. In: U. Berlit, W. Conradis, A.K. Pattar (Hrsg.), *Existenzsicherungsrecht. SGB II/SGB XII/AsylbG/Verfahrensrecht, Handbuch*. Baden Baden.
- Bieritz-Harder, R. (2019). Kapitel 8, Menschenwürde und Existenzsicherungsrecht. In: U. Berlit, W. Conradis, A. K. Pattar (Hrsg.), *Existenzsicherungsrecht. SGB II/SGB XII/AsylbG/Verfahrensrecht, Handbuch*. Baden Baden.
- Kötter, U. (2019). Kapitel 34 Ausländer* innen. In: U. Berlit, W. Conradis, A. K. Pattar (Hrsg.), *Existenzsicherungsrecht. SGBII/SGB XII/AsylbG/Verfahrensrecht, Handbuch*. Baden Baden.
- Münder, J. (2018). In: R. Bieritz-Harder, W. Conradis, S. Thie (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch XII Sozialhilfe, Lehr und Praxiskommentar*. Baden Baden.
- Pattar, A. K. (2019). Kapitel 24 Regelbedarf und Regelsätze. In: U. Berlit, W. Conradis, A. K. Pattar (Hrsg.), *Existenzsicherungsrecht. SGB II/SGB XII/AsylbG/Verfahrensrecht, Handbuch*. Baden Baden.
- Spindler, H. (2013). Sozialhilfe das verkannte Grundsicherungssystem der alten Bundesrepublik. *Sozialer Fortschritt*, (6), <https://doi.org/10.3790/sfo.62.6.154>
- Spindler, H. (2019). Kapitel 6 Der aktivierende Sozialstaat und sein Verhältnis zur Existenzsicherung. In: U. Berlit, W. Conradis, A. K. Pattar (Hrsg.), *Existenzsicherungsrecht. SGB II/SGB XII/AsylbG/Verfahrensrecht, Handbuch*. Baden Baden.
- Spindler, H. (2019a). Kapitel 30 Kommunale Eingliederungsleistungen. In: U. Berlit, W. Conradis, A. K. Pattar (Hrsg.), *Existenzsicherungsrecht. SGB II/SGB XII/AsylbG/Verfahrensrecht, Handbuch*. Baden Baden.



PWE poleca

Znajomość zjawisk demograficznych współczesnego świata jest niezbędna przy podejmowaniu wszelkich decyzji o charakterze ekonomicznym i społecznym. Omawiane w podręczniku metody analizy zjawisk ludnościowych są prezentowane przy uwzględnieniu najnowszych danych liczbowych. Ich uzupełnienie danymi historycznymi pozwoliło wskazać i scharakteryzować występujące tendencje zmian w czasie. W książce dużo uwagi poświęcono zróżnicowaniu w przestrzennym kształtowaniu się zjawisk demograficznych zarówno w kraju, jak i w ujęciu międzynarodowym. Uwzględniono także ocenę prawidłowości w strukturach poszczególnych zjawisk ludnościowych. Książka jest adresowana do studentów wyższych uczelni na kierunkach ekonomicznych i społecznych, a także wydziałów socjologii i geografii.

Księgarnia internetowa: www.pwe.com.pl

Niewyśniony sen o europejskich radach zakładowych. Jak związki przegrywają z korporacjami ponadnarodowymi

Unfulfilled dream of European Works Councils.
How trade unions lose to multinational corporations

Sławomir Adamczyk

Komisja Krajowa NSZZ „Solidarność”*

ORCID: 0000-0002-7028-8156

e-mail: sadamc@solidarnosc.org.pl

Streszczenie Artykuł zawiera próbę odpowiedzi na pytanie, czy związki zawodowe potrafią wykorzystać instytucję europejskich rad zakładowych do wzmocnienia pozycji reprezentacji pracowniczej vis-à-vis korporacji ponadnarodowych. W ocenie autora problemy z budowaniem transgranicznej solidarności związków zawodowych i ich niezdolność do wypracowania wspólnej pozycji wobec zjawiska ponadnarodowych układów ramowych (TCA) sprawiają, że związkowe podejście do roli europejskich rad zakładowych staje się coraz bardziej ambiwalentne. W rezultacie głównymi beneficjentami istnienia rad mogą, paradoksalnie, stać się zarządy korporacji ponadnarodowych.

Słowa kluczowe: związki zawodowe, europejskie rady zakładowe, korporacje ponadnarodowe.

Summary The article attempts to answer the question whether trade unions have been able to use the institution of European Works Councils to strengthen the position of employee representation vis-à-vis multinational corporations. In the author's opinion, problems with building cross-border solidarity of trade unions and their inability to work out joint attitude towards the phenomenon of the transnational company agreements (TCA) make unions' approach to the role of EWCs increasingly ambivalent. As a result, paradoxically, the management boards of multinationals may become the main beneficiaries of the existence of the EWCs.

Keywords: trade unions, European Works Councils, multinational corporations.

JEL: K31

Uwagi wstępne

Europejskie rady zakładowe (ERZ) są często przedstawiane w polskiej literaturze jako przykład jednego z (niewielu) sukcesów świata pracy w dążeniu do okiełznania zapędów ponadnarodowego kapitału (por. Gładoch, 2014; Skupień 2008; Wratny, 2019). Prawdopodobnie dlatego, że w przeciwieństwie do inicjatyw takich, jak Trójstronna deklaracja zasad MOP w sprawie przedsiębiorstw wielonarodowych i polityki społecznej (1977) lub Wytoczne OECD dla przedsiębiorstw wielonarodowych (1976), podstawą funkcjonowania ERZ jest prawnie wiążąca regulacja, a mianowicie dyrektywa UE 94/45/WE (obecnie zastąpiona dyrektywą 2009/38/WE)¹. Gwarantuje ona możliwość utworzenia transgranicznej reprezentacji pracowników, z prawami do informacji i konsultacji, w korporacjach ponadnaro-

dowych działających w Europejskim Obszarze Gospodarczym. Celem prawodawcy unijnego nie było oczywiście wzmocnienie związków zawodowych², ale pragmatyczne założenie, że rady staną się instrumentem do przeprowadzenia transnarodowych restrukturyzacji w sposób ograniczający koszty transakcyjne, a więc przede wszystkim zapewniający spokój społeczny. Z kolei związki zawodowe, choć nie zagwarantowano im formalnego uczestnictwa w ERZ, oczekiwały, że instytucja ta obok głównego celu, jakim jest zapewnienie procedur rzetelnej informacji i skutecznych konsultacji w odniesieniu do decyzji zarządczych podejmowanych w zagranicznych ośrodkach decyzyjnych, pomoże także w rozwoju związkowej współpracy transgranicznej.

Można mieć jednak wrażenie, że te związkowe oczekiwania się nie spełniają. Po 25 latach od przyjęcia unij-

nej dyrektywy istnieje już ponad 1100 ERZ, ale w większości przypadków ich rola jest marginalizowana przez zarządy korporacji, które narzucają własne wątki dialogu (często symulowanego) w odniesieniu do transnarodowych decyzji, także restrykcyjnych³. Co więcej, wydaje się, że obecnie ERZ mogą być postrzegane przez związki zawodowe w Europie Zachodniej jako rosnący problem dla stabilności ich macierzystych systemów stosunków przemysłowych. Po pierwsze ze względu na to, iż po rozszerzeniu UE na Wschód w 2004 i 2007 r. w radach pojawili się przedstawiciele z Europy Środkowej i Wschodniej (EŚW). W sytuacji niedorozwoju własnych stabilnych systemów stosunków przemysłowych związkowcy z tego regionu często chcieliby traktować ERZ nie tylko jako platformy ponadnarodowej informacji i konsultacji, ale także jako narzędzia do zbliżania standardów pracy w filiach korporacji ponadnarodowych, co budzi pewne obawy ze strony ich zachodnich kolegów. Drugim powodem do zaniepokojenia zachodnich związków zawodowych jest aktywne zaangażowanie wielu ERZ w negocjacje ponadnarodowych układów ramowych (TCA), a tym samym wejście przez nie w dziedzinę zarezerwowaną tradycyjnie dla związków zawodowych.

W tej skomplikowanej sytuacji paradoksalnie głównymi beneficjentami istnienia ERZ mogą stać się zarządy korporacji, które zaczynają postrzegać rady jako przydatny instrument do budowania identyfikacji pracowników z macierzystą firmą, a przede wszystkim do legitymizowania własnych strategii zarządzania personelem w wymiarze transgranicznym.

Artykuł nie zawiera oczywiście kompleksowej analizy badawczej tego co dzieje się z samą ideą ERZ. Jest to raczej próba pewnej refleksji opartej na wieloletnich doświadczeniach praktycznych związanych z włączaniem do rad polskich związkowców. Można go traktować jako wkład do generalnej dyskusji na temat fenomenu rosnącej dominacji kapitału nad pracą, co H. Arturs zdiagnozował następująco: „spadek świadomości klasy pracowniczej, jej poczucia tożsamości, solidarności oraz siły uczynił te rzeczy możliwymi” (Arthurs, 2014).

Korporacje ponadnarodowe i ich zachowania w kwestiach pracowniczych: „czyń jak Rzymianie czynią”

Korporacje ponadnarodowe są dość powszechnie uznawane za najbardziej widoczną emanację procesu globalizacji gospodarki światowej. Według danych UNCTAD jeszcze w 1970 r. było ich 7000, a w 2008 r. liczba korporacji niefinansowych przekroczyła 82 000 (UNCTAD, 1993, 2010). Stosunkowo najświeższe szacunki Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) wskazują na co najmniej 230 000 podmiotów gospodarczych operujących w wymiarze ponadgranicznym, które odpowiadają za połowę globalnego ekspor-

tu oraz kreują prawie jedną trzecią światowego PKB (OECD, 2018). Ponieważ korporacje przeważnie charakteryzują się wyższą produktywnością, ich udział w światowym zatrudnieniu jest niższy — wynosi ok. 23%, w tym 7% w kraju macierzystym korporacji. Z punktu widzenia dalszych rozważań ważna jest sytuacja tych pozostałych 16% pracowników, którzy będąc bezpośrednio lub pośrednio uzależnieni od strategicznych decyzji i zasad ustalanych przez zarządy korporacji, mają na nie jednocześnie niewielki wpływ za pomocą krajowych środków prawnych, niezależnie od tego, czy są reprezentowani przez bardziej lub mniej silne związki zawodowe.

Regulowanie stosunków pracy w korporacjach ponadnarodowych jest procesem skomplikowanym, głównie z powodu rozmytej odpowiedzialności, będącej pochodną rozproszonej struktury własnościowej, wielopoziomowego krzyżowania się rozłącznych, niekiedy otwarcie sprzecznych interesów (na czele z kolizją logiki akcjonariusza z logiką interesariusza), a wreszcie niedostatecznego potencjału mobilizacji (a więc *veto power*) po stronie pracowniczej. Tradycyjne formy reprezentacji pracowniczej (związkowe i pozazwiązkowe) w przeciwieństwie do mobilnego kapitału są związane terytorialnie, zakotwiczone w konkretnych krajowych systemach prawnych i tradycji stosunków przemysłowych. Jest faktem niezaprzeczalnym, że korporacje ponadnarodowe w sposób pośredni zatrudniają miliony pracowników najemnych poprzez swoje filie rozsiane na całym świecie. Jeden globalny zarządca, przeważnie jedna globalna strategia działania, wdrażana konsekwentnie na poziomie lokalnym. Natomiast z drugiej strony — społecznej występują różne standardy zatrudnienia i wykonywania pracy, co jest pochodną poziomu rozwoju ekonomicznego danego kraju, ale także zdolności do obrony interesów zbiorowych pracowników. Stanowi to przykład tego, co określa się jako „nowy konstytucjonalizm” zglobalizowanego świata, gdzie skomplikowane powiązania pomiędzy legalnym porządkiem na poziomie narodowym, ponadnarodowym i międzynarodowym nierzadko mają zdolność do ograniczania socjalnych i demokratycznych osiągnięć uzyskanych na poziomie narodowym (Gill, 2002). A co z odpowiedzialnością tych, którzy tymi powiązaniami zarządzają? Otóż w doktrynie prawa międzynarodowego przeważa pogląd, iż korporacje ponadnarodowe nie mają bezpośrednich obowiązków wynikających z prawa międzynarodowego (Cassese, 1986; de Brabandere, 2010; Crawford 2012). Tylko nieliczne głosy wskazują na ich podmiotowość w prawie międzynarodowym, wychodząc od *de facto* istotnej roli, którą korporacje odgrywają (Adedayo Ijalaye, 1978), albo od postępującej prywatyzacji prawa międzynarodowego przejawiającej się w prawie inwestycyjnym lub normach dotyczących arbitrażu (Zambrana Téva, 2012).

Problem *governance gap* zauważono już w latach 70. ubiegłego wieku, gdy rozpadał się porządek z Bretton Woods. Organizacje międzynarodowe podejmowały próby stworzenia wiążących w prawie międzynarodowym zobowiązań, których adresatami byłyby korpora-

cje. Żadna z tych prób nie zakończyła się szczególnym sukcesem. Międzynarodowa Organizacja Pracy w 1977 r. przyjęła Trójstronną deklarację dotyczącą przedsiębiorstw wielonarodowych i polityki społecznej (modyfikowaną w 2000 r. i 2006 r.). Jest to zestaw zasad i wytycznych dotyczących takich zagadnień, jak szkolenia, warunki pracy, gwarancje prawa do organizowania się i negocjacji. Przykładowo, w pkt. 53 autorzy deklaracji wskazują, że w ramach rokowań prowadzonych w dobrej wierze z przedstawicielami pracowników korporacje nie powinny uciekać się do groźby skorzystania z możliwości przeniesienia działalności do innego państwa. Z kolei OECD przyjęła w 1976 r. Wytyczne dla przedsiębiorstw wielonarodowych, dotyczące m.in. także kwestii praw pracowniczych. Były one kilkakrotnie modyfikowane, obecnie stanowią formalnie część Deklaracji w sprawie inwestycji międzynarodowych oraz przedsiębiorstw wielonarodowych z 25 maja 2011 r. Można jeszcze wspomnieć Global Compact z 1999 — osobistą inicjatywę Kofi Annana, ówczesnego sekretarza generalnego ONZ, która obecnie jest uważana za największą platformę zaangażowania biznesu w cele zrównoważonego rozwoju, obejmującego także prawa pracownicze. Są to jednak dokumenty dobrowolne, niewiążące. Niestosowanie się do nich może skutkować utratą pozytywnego wizerunku w oczach opinii publicznej przez korporację, ale niczym więcej. Sprawa jest bardziej niż skomplikowana. Kiedy w ONZ próbowano podjąć dyskusję na temat wiążących norm dotyczących korporacji ponadnarodowych, została ona szybko stordedowana, gdyż większość rządów uznała to za zagrożenie dla ich suwerenności w zakresie stanowienia prawa krajowego (Cata Backer, 2011). W rezultacie w 2011 r. przyjęto jedynie ogólne Wytyczne dotyczące biznesu i praw człowieka „Chronić, szanować, naprawiać” (tzw. wytyczne Ruggiego)⁴. W 2014 r. powrócono do tej dyskusji. Rezultatem jest opublikowana przez międzypaństwową grupę roboczą w 2018 r. propozycja wiążącej regulacji dotyczącej społecznych aspektów aktywności korporacji ponadnarodowych⁵. Trudno jednak wyrokować, czy ostatecznie dojdzie do przyjęcia konwencji, która w zamyśle projektodawców m.in. nakładałaby na państwa obowiązek zapewnienia, że ponadnarodowe podmioty biznesowe będą dokładały należytej staranności w stosowaniu się do szeroko pojętych praw człowieka.

O tym, że jest to kwestia pierwszorzędnej wagi, wiadomo nie od dziś. Jest wiele przykładów na to, że korporacje ponadnarodowe niezależnie od kraju pochodzenia chętnie korzystają z *governance gap* w odniesieniu do praw pracowniczych. Już w 1976 r. W.B. Gould zwrócił uwagę na charakterystyczne zachowanie korporacji Hitachi Metals, która przejmując od General Electric zakład w Michigan próbowała wprowadzić tam *nenko* — japoński standard bezpieczeństwa zatrudnienia. Szybko jednak z tego zrezygnowała. Jak wyjaśniono W.B. Gouldowi w centrali korporacji w Tokio, nie wynikało to z różnic w poziomie lojalności czy produktywności między amerykańskimi czy japońskimi robotnikami. Przyczyna była prosta — „Gdy jesteś w Rzymie,

czyń jak Rzymianie czynią”, zasada wyłuszczonej w IV w. przez św. Ambrożego (Gould, 1976, s. 659). Skoro w USA obowiązuje wciąż archaiczne wywodzące się z epoki początków fordyzmu ustawodawstwo pracownicze (*National Labour Relations Act* został przyjęty w 1935 r.), to dlaczego japoński inwestor miał wprowadzać jakieś ekstra udogodnienia dla pracowników narażając się na ostracyzm ze strony lokalnego biznesu. Zasada „czyń jak Rzymianie”, co w przypadku USA oznacza w wielu sytuacjach niestosowanie się do międzynarodowych standardów pracy, jest wciąż twórczo stosowana tam przez różne europejskie korporacje, których byśmy o to nie podejrzewali, patrząc na ich zachowanie w macierzystych krajach. L. Compa opisuje przykłady Deutsche Telecom (Niemcy), Sodexo (Francja), Kongsberg Automotive (Norwegia) czy Gamma Holding (Holandia). Wszędzie w ich amerykańskich lokalizacjach dochodziło do praktyk naruszania standardów MOP w relacjach ze związkami zawodowymi (Compa, 2014).

W podobny sposób wiele korporacji ponadnarodowych zachowywało się wkraczając po 1989 r. do „ziemi niczyjej”, jaką po upadku komunizmu stały się w odniesieniu do stosunków przemysłowych gospodarki państw Europy Środkowej i Wschodniej. Systemy rokowań zbiorowych *de facto* tam nie istniały, związki zawodowe słabły w oczach usiłując odnaleźć się w realiach nowego systemu społeczno-gospodarczego, a do inwestycji zachęcali neoliberalni neofici zbliżeni poglądami do chilijskich *Chicago boys*. Wpływ korporacji ponadnarodowych rozwijał się w postępie geometrycznym. Przykładowo w Polsce w 1990 r. skumulowana wartość FDI (bezpośrednich inwestycji zagranicznych) napływających do kraju wynosiła 109 mln USD, w 2000 r. — 34 mld USD, natomiast w 2008 r. już prawie 183 mld USD (UNCTAD, 2010). Oznacza to, że wartość skumulowanych inwestycji zagranicznych w ciągu niespełna 20 lat wzrosła prawie 2 tysiące razy. Za tym kryło się przejmowanie istniejących zakładów pracy, gdzie marginalizowano istniejące związki zawodowe, lub inwestycje *green field*, gdzie od początku zakładano, że nie dopuści się do działania związków. Nieistnienie zakorzenionej kultury dialogu między pracą a kapitałem, pasywność elit politycznych oraz ignorowanie roli związków zawodowych przez rodzący się rodzimy kapitał powodowała, że pokusie, by zachowywać się „jak Rzymianie”, ulegało wiele „społecznie odpowiedzialnych” korporacji z zachodniej Europy. Dla związków zawodowych w tym regionie nadzieję na poprawienie swej pozycji wobec korporacji ponadnarodowych stały się europejskie rady zakładowe. Pojawia się jednak pytanie, czy te nadzieje były uzasadnione. Aby na nie odpowiedzieć, należy przyjrzeć się genezie tych ciał, a zwłaszcza celowi, jakim miały służyć.

ERZ — projekt czysto utylitarny?

Idea europejskiej rady zakładowej narodziła się jako próba szukania remedium na narastającą nierównowa-

gę sił między zarządami korporacji ponadnarodowych w Europie a krajowymi przedstawicielstwami pracowniczymi. Aż do lat 70. ubiegłego wieku państwa ówczesnej Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej funkcjonowały w błogim przeświadczeniu o stabilności swych systemów społeczno-gospodarczych, co miało zapewnić skuteczną ochronę pracownika w procesie postępującej integracji ekonomicznej. To dobre samopoczucie okazało się fikcją, kiedy w Europę zaczęły uderzać skutki kolejnych kryzysów naftowych lat 70., a w ślad za tym pojawiły się ponadgraniczne restrukturyzacje zatrudnienia, którym nie były w stanie stawić czoła nawet najlepsze krajowe systemy stosunków przemysłowych. Zaczęto wówczas szukać prostych rozwiązań w postaci nadania sformalizowanych (łącznie z prawem do sądowej procedury odwoławczej) uprawnień informacyjno-konsultacyjnych krajowym przedstawicielstwom pracowniczym wobec korporacji ponadnarodowej kontrolującej krajowe przedsiębiorstwo (tzw. projekt dyrektywy Vredelinga). Zakończyło się to w 1983 r. fiaskiem, z obawy że stanowiłoby nadmierną ingerencję w krajowe stosunki przemysłowe, co zarzucały niektóre państwa członkowskie. Także związki zawodowe nie były zbyt zachwycone, gdyż w propozycji tej nie było mowy o tworzeniu ponadnarodowych ciał przedstawicielskich, lecz forsowała ona wertykalne ścieżki dostępu do zarządów korporacji ponadnarodowych, co w oczywisty sposób mogło prowadzić do napięć między krajowymi przedstawicielstwami pracowników (Durham, 1984).

Do sprawy powrócono w 1991 r. Jak się wydaje, autorzy nowej propozycji (a więc Komisja Europejska pod przewodnictwem J. Delorsa), mimo szczytnych haseł o poszerzaniu społecznego wymiaru integracji, kierowali się przede wszystkim motywami czysto utylitarnymi. Właśnie tworzono Jednolity rynek europejski, oparty na czterech swobodach przepływu: ludzi, kapitału, finansów i usług. Taka przestrzeń stanowiła wręcz „zaproszenie” do rozkwitu aktywności korporacji ponadnarodowych. Konieczne stało się więc pilne stworzenie „wentyla bezpieczeństwa” dla sytuacji konfliktowych w sferze pracowniczej. Nosił on nazwę: europejska rada zakładowa, a więc instytucjonalna reprezentacja pracowników europejskich filii korporacji ponadnarodowej. O determinacji autorów projektu świadczy to, że został on przeforsowany mimo braku porozumienia między europejskimi partnerami społecznymi⁶, a także przy oporze Wielkiej Brytanii⁷. 22 września 1994 r. przyjęta została dyrektywa 94/45/WE.

Cechą charakterystyczną tej regulacji było elastyczne podejście. Polegało ono na stworzeniu warunków brzegowych do osiągnięcia założonego celu, za który uznano wzmocnienie prawa do informacji i konsultacji w przedsiębiorstwach o zasięgu europejskim. Aby tego dokonać, można było tworzyć ERZ, ale niekoniecznie — inne rozwiązania też były dozwolone. Dyrektywa porządkowała w niezbędnym zakresie logistykę działań. Szczególnie istotną, gdy uświadomimy sobie, że w grę wchodziło zgranie, nieraz bardzo odmiennych, krajowych systemów reprezentacji pracowniczej. Szczegóły

przyjętych rozwiązań, również merytorycznych, miały być uzgadniane między zainteresowanymi stronami. Aby jednak korporacje nie czuły się zbyt pewnie, stworzono zabezpieczenie w postaci przepisów pomocniczych, które miały być stosowane w przypadku nieosiągnięcia porozumienia. Dano też możliwość całkowitego odstąpienia od tworzenia ERZ — jeśli pracodawcy i pracownicy wspólnie uznają za zbędne wprowadzenie europejskich mechanizmów dialogu. Dla zachęty stworzono także *window of opportunity*. Dyrektywa dawała w swoim art. 13 bonus wszystkim, którzy chcieli wzmocnić jakość dialogu przed upływem czasu wyznaczonego na ostateczne jej wejście w życie. Przez 2 lata można było negocjować porozumienia, które nie musiały być zgodne z zapisami dyrektywy, a mimo to po 22 września 1996 r. nadal zachowywały swoją ważność. Część koncernów ponadnarodowych skorzystała z tej okazji, wychodząc samodzielnie z inicjatywą negocjacyjną. W okresie 1994–1996 utworzono prawie 400 ERZ, a więc 35% tych, które obecnie istnieją. Później proces tworzenia ERZ wyraźnie spowolniał. Według Europejskiego Instytutu Związków Zawodowych w tej chwili istnieje około 1150 ERZ i 20 tysięcy przedstawicieli reprezentujących kilkanaście milionów pracowników korporacji ponadnarodowych w Europejskim Obszarze Gospodarczym (ETUI, 2019).

Przydatność ERZ nie poddaje się jednoznacznej ocenie (Jagodziński, 2011; Mählmeyer, Rampeltshammer i Hertwig, 2017). Już w okresie bezpośrednio poprzedzającym przyjęcie dyrektywy i tuż po tym fakcie, badacze stosunków przemysłowych prezentowali szerokie spektrum poglądów w tej kwestii. Niektórzy wiązali spore nadzieje z pojawieniem się nowej instytucji (zob. Mueller i Platzer, 2003; Lecher i in., 2001). Ale inni przestrzegali przed możliwością jej zdominowania przez zarządy korporacji, a tym samym wykorzystywania jako instrument ograniczenia wpływu związków zawodowych (np. Schulten, 1996; Streeck, 1997). Dotychczasowa praktyka zdaje się potwierdzać raczej to ostatnie — sceptyczne podejście. Wystarczy zauważyć, że 70% ERZ spotyka się tylko raz w roku na posiedzeniach plenarnych (de Spiegelaere, Jagodziński, 2016). Wpływ ERZ na procesy restrukturyzacji przeprowadzane w korporacjach ponadnarodowych sprowadza się w większości przypadków do łagodzenia skutków podjętych już decyzji niż do uczestnictwa w ich wypracowywaniu. Wypada zgodzić się z opinią J. Waddingtona, że znaczenie ERZ dla stosunków przemysłowych ma raczej charakter symboliczny aniżeli faktyczny (Waddington, 2011).

O tym, że koncepcja ERZ była przede wszystkim projektem politycznym, uzupełniającym strukturę jednolitego rynku, a nie samoistnym działaniem na rzecz wzmocnienia demokracji przemysłowej, może świadczyć dość nonszalanckie podejście Komisji Europejskiej do zapisów dyrektywy 94/45/WE. Choć po 5 latach miało dojść do jej przeglądu i ewentualnej modyfikacji, trzeba było na to czekać aż 15 lat. Przyjęcie odnowionej (tzw. *recast*) dyrektywy 2009/38/WE zostało wręcz wy-

muszone przez protesty związków zawodowych. Obecnie sytuacja się powtarza, gdyż po kolejnych 9 latach jedyną odpowiedzią Komisji Europejskiej na zauważalne problemy ze stosowaniem dyrektywy jest propozycja przygotowania praktycznego podręcznika na temat ERZ(!). Do współpracy zaproszono partnerów społecznych, jednak kiedy na pierwszym spotkaniu w kwietniu 2019 r. związki zawodowe zażyczyły sobie, by ów „podręcznik” zawierał prawną interpretację niejasnych elementów obecnej legislacji oraz wskazywał wprost na jej niedostatki, Komisja zawiesiła prace nad tym dziełem.

Powróćmy jednak do fundamentalnego pytania: czy mimo tych niedostatków europejskie rady zakładowe przyczyniają się do pozytywnej konwergencji socjalnej wewnątrz korporacji ponadnarodowych, a w szczególności do odchodzenia przez te podmioty od stosowania zasady „czyń jak Rzymianie czynią” w państwach o niższych standardach. Aby to wyjaśnić, konieczne jest przyjrzenie się relacjom: ERZ — związki zawodowe.

Związki zawodowe i ERZ: podejście ambiwalentne, zwłaszcza po rozszerzeniu wschodnim

Stosunek związków zawodowych do ERZ można określić jako zdecydowanie ambiwalentny. Z jednej strony europejski ruch związkowy był gorącym orędownikiem stworzenia instytucjonalnej reprezentacji pracowników w korporacjach ponadnarodowych. Europejska Konfederacja Związków Zawodowych (EKZZ) i europejskie federacje branżowe nieustannie podkreślają wagę rozwoju i wzmocnienia ERZ. Z drugiej strony ERZ w obecnym kształcie są ponadnarodową emanacją krajowych rad pracowników, a więc ciał, których głównym zadaniem było i jest prowadzenie niekonfrontacyjnego dialogu wewnątrz firmy. Trudno nie zauważyć, że kłóci się to z misją związków zawodowych polegającą na walce o zachowanie (lub przywrócenie) właściwej równowagi między pracą a kapitałem. Skuteczność tej walki wymaga solidarności pracowniczej w wymiarze ponadzakładowym. ERZ do niej się nie przyczyniają, wręcz przeciwnie mogą służyć horyzontalnej fragmentacji głosu pracowniczego. Jeszcze przed pojawieniem się dyrektywy 94/45/WE badacze obserwowali rozwój w korporacjach ponadnarodowych strategii *reward-and-punish* (nagradzanie i karanie) (Mueller, Purcell 1992) czy *forcing and fostering* (zmuszanie i wspieranie) (Mueller, 1996), których celem było uzyskanie ustępstw negocjacyjnych od lokalnych związków zawodowych, aby promować zmiany w kierunku pożądanej konwergencji organizacyjnej, a tym samym integracji pionowej.

Zauważmy, że formalne relacje prawne między związkami zawodowymi a ERZ są iluzoryczne. W pierwotnej dyrektywie 94/45/WE nie było żadnej wzmianki o związkach zawodowych. Przyznanie im pewnej — ograniczonej roli pojawiło się dopiero po gruntownej nowelizacji dyrektywy (*recast*) w 2009 r. Taka marginalizacja w mojej ocenie nie jest przypadkowa, gdyż wy-

nika z podejścia leżącego u samych podstaw integracji europejskiej. Związki zawodowe nie były postrzegane jako element integracji, co było zapewne przejawem dużej nieufności, wynikającej z przekonania, że ich wzmocnienie będzie się kłócić z liberalnymi ideami pojmowania wolnego rynku, leżącymi u podłoża regulacji prawnych przyjętych w rozwiązaniach traktatowych. Dlatego traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą (EWG) nie potraktował wolności związkowych jako jej fundamentu, takiego jak swobody przepływu kapitału, towarów, usług i pracy oraz tworzenia przedsiębiorstw. Tak jest do tej pory. Jedynie w art. 156 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej pojawia się ogólnikowy zapis o zachęcaniu do współpracy państw członkowskich w obszarze prawa zrzeszania się w związki zawodowe.

Wszystko to powoduje, że podejście związków zawodowych vis-à-vis ERZ jest bardzo różne i przede wszystkim uwarunkowane tym, czy konkretna rada jest odpowiednio „uzwiązkowiona”, a więc czy zasiadają w niej osoby wskazane/zaakceptowane przez organizacje związkowe. Chociaż to też nie zawsze wystarcza. Niewątpliwie istnieją poprawne horyzontalne relacje między ERZ a europejskimi federacjami branżowymi, nawet jeżeli mają one tylko formalny charakter. W przypadku organizacji krajowych sytuacja wygląda gorzej, wiele z nich nie potrafi wypracować odpowiedniej strategii wobec ERZ (Hann, 2010). Wbrew potocznym poglądom, problemem nie są wyłącznie bariery kulturowe czy językowe, ale przede wszystkim zróżnicowanie krajowych stosunków przemysłowych (Whittall, 2000; Huzzard, Docherty, 2005). Powoduje to m. in., że odmienne postrzegane są relacje: związki zawodowe — ERZ. Dodatkowo związkom trudno jest poprzez rady budować transgraniczną solidarność pracowniczą w przypadku sektorów silnie narażonych na rywalizację konkurencyjną, gdy pojawiają się zagrożenia związane z ponadgraniczną relokacją produkcji czy zabieganiem przez lokalne zarządy filii o pozyskanie nowych inwestycji wewnątrz korporacyjnych (Banuyls i in., 2008; Pernicka, Glassner, Dittmar, 2014). Jednym z przykładów na potwierdzenie tej tezy o problemach z solidarnością może być przypadek szwedzkiej firmy Electrolux, która w 2004 r. postanowiła w znacznym stopniu ograniczyć produkcję w starych państwach członkowskich i dokonać delokalizacji produkcji między innymi do Polski. Zostało to solidarnie oprotestowane przez związki zawodowe. Jednak kiedy w grudniu 2005 r. ogłoszono plany zamknięcia zakładów w Norymberdze (Niemcy), szwedzkie związki (oraz szwedzcy członkowie ERZ) uznali, że nie widzą potrzeby kontestowania decyzji centralnego zarządu nie tylko z tego względu, że się z nią zgadzały, lecz dlatego że wyrażały twarde przekonanie, iż kwestie te powinny być „załatwiane” na poziomie krajowym. Różnice podejścia pomiędzy przedstawicielami pracowników okazały się nie do pokonania (Artus, 2006). Ostatecznie niemieckie związki przeniosły protest na poziom krajowy, organizując długotrwały strajk wspierany przez lokalną społeczność. Jego konse-

kwencją były relatywnie wysokie odpawy dla pracowników tracących miejsca pracy. Wzajemne zaufanie uległo znacznemu nadwerężeniu. Związki zawodowe generalnie mają poważne problemy z wykorzystywaniem ERZ do budowania ponadgranicznej solidarności w sytuacjach awaryjnych. Pokazuje to przykład General Motors i Ford, gdzie obie rady wcześniej aktywne i efektywne, i wręcz przedstawiane jako wzorce *best practice*, kompletnie zagubiły się podczas kryzysu finansowego i ekonomicznego w latach 2008–2009 (Mählmeyer, Rampeltshammer, Hertwig, 2017). Związki zawodowe skupiły się na szukaniu krajowych i lokalnych rozwiązań, sprowadzając ERZ do roli jedynie czegoś w rodzaju „hubu” informacyjnego. W rezultacie w obu przypadkach wzrosła wzajemna nieufność wśród członków ERZ prowadząca do obniżenia poziomu integracji w radach. Warto zwrócić uwagę, że jeszcze przed kryzysem T. Fetzer uznawał ERZ w General Motors za pozytywny przykład przezwyciężenia uprzedzeń, chociaż proroczo ostrzegał, że współpraca transgraniczna w „społeczności ryzyka” takiej jak ERZ wydaje się delikatna i mocno zależna od nakładania się na siebie lokalnych i krajowych interesów (Fetzer, 2008).

Klimat wokół ERZ skomplikował się jeszcze bardziej po akcesji do UE państw postkomunistycznych z EŚW. W europejskim ruchu związkowym obowiązywał oficjalny paradygmat rozszerzania istniejących ERZ o przedstawicieli z nowych państw członkowskich oraz tworzenia nowych ERZ w korporacjach ponadnarodowych, które po rozszerzeniu UE zaczęły spełniać wymogi dyrektywy, gdyż miały lokalizacje w Europie Środkowo-Wschodniej. Zauważalne było jednak pewne napięcie. Z moich rozmów ze związkowcami z EŚW wyłania się jasny obraz: wyobrażali sobie, że będzie można wykorzystać ERZ jako platformę do dyskusji na tematy znacznie poważniejsze niż tylko informowanie i konsultacja. Chodzi m.in. o możliwość działań na rzecz wyrównywania standardów pracy w filiach tej samej korporacji ponadnarodowej. Jak można sobie wyobrazić, nie wzbudziło to entuzjazmu związków zawodowych z Europy Zachodniej, obawiających się, że może to doprowadzić do obniżenia standardów w ich krajowych lokalizacjach. W rezultacie początkowy entuzjazm związkowców z EŚW w odniesieniu do możliwości wykorzystania ERZ jako narzędzia wpływu na sytuację krajową zaczął się przeradzać w rosnącą frustrację z formuły „klubu dyskusyjnego”, jak wielu z nich zaczęło postrzegać ERZ.

Należy także zwrócić uwagę na pojawiające się przypadki wyraźnej „ociężałości” zachodnioeuropejskich związków w odniesieniu do tworzenia ERZ, w sytuacji gdy miałyby one być zdominowane przez przedstawicieli z EŚW. Kuriozalnym przykładem jest duńska korporacja Jysk, gdzie lokalne związki doprowadziły *de facto* do „zamrożenia” istniejącej ERZ wobec perspektywy wejścia w jej skład licznej grupy przedstawicieli z państw EŚW. Doprowadziło to do nerwowych reakcji ze strony polskich i słowackich związków, na które europejska federacja branżowa UNI, która z założenia

powinna być instytucją pośredniczącą i koordynującą w kwestiach ERZ, mogła tylko bezradnie rozłożyć ręce. Jak się wydaje, zaczynamy mieć do czynienia z sytuacjami, w których instytucja ERZ nie tylko nie jest wykorzystywana przez związki zawodowe do budowania solidarności ponadgranicznej, lecz co gorsza może służyć jako źródło wzajemnych animozji między związkami z państw o „mocniejszej” i „słabszej” jakości stosunków przemysłowych. Ma to szczególne znaczenie, gdy uświadamimy sobie, że ERZ obok zajmowania się informacją (niewystarczającą) i konsultacją (nieefektywną) wkroczyły na pole zarezerwowane dotychczas dla związków zawodowych.

TCA: czy wewnętrzny spór związków zawodowych pozostawi to narzędzie ERZ?

Światli działacze związkowi nawoływali do rozwoju wspólnych ponadgranicznych negocjacji w korporacjach ponadnarodowych już w latach 70. ubiegłego wieku (Levinson, 1972). Okazało się to wówczas niemożliwe, nie tylko ze względu na oczywiście negatywne podejście ze strony zarządów korporacji, ale także dlatego, że same związki zawodowe nie były gotowe na tak daleko idące ograniczanie swej krajowej autonomii rokowań zbiorowych.

Dopiero pojawienie się instytucji ERZ, a więc platform stałej komunikacji przedstawicielstw pracowników z zarządami korporacji, stało się katalizatorem negocjowania ponadnarodowych układów ramowych (*transnational company agreements*, TCA) w wymiarze europejskim, ale także i globalnym (Telljohann i in., 2009). W tym drugim przypadku TCA podpisywane są przeważnie po stronie pracowniczej przez globalne federacje związkowe (*Global Unions*) i w zasadzie odnoszą się do przestrzegania międzynarodowych standardów pracy. Ze znacznie bardziej skomplikowaną sytuacją mamy do czynienia w przypadku europejskich TCA (a dokładnie: obejmujących Europejski Obszar Gospodarczy), których jest obecnie około 100. Jak pokazuje dotychczasowa praktyka, są one dokumentami zdecydowanie bardziej konkretnymi. Ich zapisy mogą mieć znaczący wpływ na sytuację pracowników w lokalizacjach krajowych w odniesieniu do ich warunków pracy, dostępu do szkoleń, organizacji pracy itd. Częste są przypadki, że TCA nie regulują tylko „kwestii miękkich”, ale obejmują klasyczne obszary rokowań zbiorowych — chodzi tu o działania doraźne odnoszące się przeważnie do zasad ochrony pracowników w trakcie restrukturyzacji o charakterze ponadgranicznym (Adamczyk, Surdykowska, 2015).

Można by powiedzieć: świetnie, oto tworzy się europejski poziom rokowań zbiorowych, a więc to, czego wciąż brakuje w Unii Europejskiej. Jest jednak pewien problem — w negocjowanie większości TCA zaangażowane są ERZ, w wielu przypadkach jako jedyny czynnik negocjacyjny po stronie pracowniczej. Przykładowo

w marcu 2019 r. zostało podpisane europejskie TCA w globalnym koncernie Unilever dotyczące *strategic HR development*. Po stronie pracowników sygnatariuszem była ERZ. Zachodnioeuropejskie związki zawodowe są bardzo przywiązane do zasady swej wyłącznej kompetencji w odniesieniu do prowadzenia rokowań zbiorowych. Dlatego, choć początkowo zaskoczone rozwojem TCA, zaczęły szybko wypracowywać odpowiednią strategię wobec tego zjawiska. Europejska Konfederacja Związków Zawodowych w 2006 r. zadeklarowała, że to europejskie federacje branżowe oraz lokalne związki zawodowe działające w danej korporacji powinny negocjować i „zarządzać” porozumieniami ponadnarodowymi wynegocjowanymi z zarządem centralnym oraz wezwała federacje branżowe do wypracowania własnych, bardziej konkretnych procedur i zaleceń dotyczących procesu negocjacji (Müller, Platzer, Rüb, 2010), co też się stało. Wydaje się, że motywacje tych działań były czysto pragmatyczne — wynikały przede wszystkim z chęci odsunięcia ERZ od rozwijających się negocjacji w korporacjach ponadnarodowych, a nie z chęci wzmacniania negocjacji zbiorowych o wymiarze ponadgranicznym. Wizja tzw. europeizacji stosunków przemysłowych po wejściu do UE słabiej rozwiniętych państw postkomunistycznych zaczęła być przez związki zachodnie postrzegana coraz bardziej jako zagrożenie niż jako potencjalna korzyść. Związki z EŚW patrzyły na to wręcz odwrotnie — im podobala się idea postrzegania TCA jako przyszłego narzędzia do wspólnych ponadgranicznych rokowań zbiorowych w korporacjach (Adamczyk, Surdykowska, 2012). Wynikało to ze świadomości istnienia fundamentalnych ograniczeń na poziomie krajowym. „Trudno jest negocjować lokalnie podwyżki płac, kiedy strategiczne decyzje podejmowane są w Paryżu”, już w 2000 r. wyjaśniał mi szef związków zawodowych w polskiej filii francuskiej korporacji. Warto wiedzieć, że to przede wszystkim naciski ze strony środkowoeuropejskich związków zawodowych (w szczególności polskich) spowodowały, że EKZZ włączyła temat promowania TCA do programu priorytetów związanych z koordynacją rokowań zbiorowych w 2012 r. (ETUC, 2012) i ponawiała to w późniejszych latach.

Już się wydawało, że doszło do pewnego konsensusu wewnątrz związkowej rodziny. EKZZ zaczęła wspierać koncepcję ustanowienia opcjonalnych ram prawnych (*optional legal framework*, OLF) dla TCA. Chodzi o to, że strony negocjujące porozumienie mogłyby uzgodnić, że będzie ono w oparciu o odpowiednią regulację UE prawnie wiążące we wszystkich państwach nim objętych. Jednocześnie zastosowanie OLF zagwarantowałoby to, że związki zawodowe, a konkretnie europejskie federacje branżowe, będą głównym czynnikiem negocjacji TCA po stronie pracowniczej. Idea była szlachetna, choć trzeba otwarcie stwierdzić, że niemożliwa do realizacji poprzez mechanizm europejskiego dialogu społecznego — z góry można było przewidywać, że oprotestują ją pracodawcy, z założenia niechętni przyjmowaniu jakichkolwiek regulacji mogących przyznać związkom zawodowym kompetencje o wymiarze unij-

nym. Można było jednak liczyć na podjęcie takiej inicjatywy przez instytucje UE, z których najbardziej zainteresowany szukaniem efektywnego rozwiązania był Parlament Europejski. Wymagało to jednak solidarnego podejścia ze strony związkowej. W 2018 r. okazało się, że ono nie istnieje. Dla części związków skandynawskich nie do zaakceptowania była koncepcja przyjmowania jakichkolwiek ram prawnych na poziomie UE odnoszących się do negocjacji zbiorowych. Związki z EŚW odpowiadały, że potrzebują silnych TCA, aby ukrócić proceder stosowania podwójnych standardów w odniesieniu do warunków zatrudnienia w korporacjach operujących na terenie UE. W rezultacie doszło do impasu, co jest przejawem głębszego podziału dotyczącego braku spójnej związkowej wizji europejskich stosunków przemysłowych.

W zaistniałej sytuacji w maju 2019 r. na kongresie EKZZ w Wiedniu przyjęto program działania, który w odniesieniu do TCA wskazywał, że organizacja będzie dążyć do zawarcia jakiejś nieokreślonej trójstronnej umowy ramowej na temat ich statusu (ale ani słowa o OLF). Potępione zostały także potencjalne inicjatywy legislacyjne dotyczące TCA, które mogłyby ograniczyć autonomię związków krajowych, oraz uznano, że TCA niepodpisane przez związki to „pseudoporozumienia”, których nie należy włączać do baz danych MOP i Komisji Europejskiej. Trudno nie odnieść wrażenia, że jest to strategia czysto defensywna. Nasuwa się nieodparcie pytanie: jak to jest, że dzięki pojawieniu się ERZ europejskie związki zawodowe dostały w podarunku możliwość prowadzenia ponadnarodowych negocjacji zbiorowych, lecz na skutek wewnętrznych animozji same z tego rezygnują, *de facto* oddając ten prezent z powrotem ERZ? A warto zauważyć, że ERZ zaczynają cieszyć się coraz większą sympatią zarządów macierzystych korporacji. Gdy są użyteczne, ale raczej nie tak, jakby tego chciały związki zawodowe.

Koniec marzeń? ERZ jako użyteczne uzupełnienie zarządzania pracownikami w korporacji ponadnarodowej

Kiedy w 1999 r. uczestniczyłem w wielkiej konferencji podsumowującej 5 lat dyrektywy o europejskich radach zakładowych (co miało symulować przewidziany w zapisach dyrektywy jej przegląd po 5 latach), wystąpienia przedstawicieli biznesu były dość sceptyczne, a nawet pogardliwe. Mówiono o „turystyce socjalnej”, którą dla przedstawicieli pracowników udających się na posiedzenia ERZ muszą finansować korporacje ponadnarodowe. Po 20 latach narracja wielu zarządów korporacji jest już odmienna. ERZ są postrzegane jako bardzo przydatne, zwłaszcza jeżeli próbuje się je przekształcić w *business-friendly instrument* (Timming, 2007; Pugliano, Waddington, 2019). Wynika to z tego, że ERZ są instytucją „w ruchu”, co oznacza, że ich plastyczność

(*malleability*) może przy odpowiedniej strategii być wykorzystywana instrumentalnie zarówno przez pracowników, jak i menedżment (Waddington, Kerckhofs, 2003). Korporacje ponadnarodowe zorientowały się, że ograniczenia, jakie w odniesieniu do informowania i konsultowania pracowników narzucają przepisy rynku akcji (uniemożliwiające przekazywanie z wyprzedzeniem informacji o własnych planach podmiotom innym niż akcjonariusze), dają im wolną rękę do wykorzystywania ERZ do własnych celów (Pugliano, Waddington, 2019). Zapewnia im to hierarchia preferencji w prawie UE, gdzie reguły rynkowe przeważają nad zasadami demokracji przemysłowej. Tym samym „plastyczność” EWC staje się przydatna przede wszystkim dla celów zarządów korporacji, gdyż rady zaczynają służyć promowaniu *internal management cohesion* (Leher i in., 2001).

Wśród przyczyn takiej sytuacji należy wymienić bierność legislatora UE w odniesieniu do tworzenia wspólnych standardów w obszarze prawa pracy. Dopiero niedawno pojawiła się inicjatywa Europejskiego filaru praw socjalnych, a w ślad za nią propozycja wprowadzenia klauzuli *passerelle* (możliwość głosowania większością kwalifikowaną) w obszarze polityki społecznej⁸. Brakuje jednak reakcji na widoczne gołym okiem niedoróbki obecnej dyrektywy o ERZ. Problemem jest także postawa związków zawodowych. Wydaje się, że zachodnioeuropejskie związki zawodowe od samego początku uważały ERZ przede wszystkim za instrument pomocny w obronie interesów pracowniczych na poziomie lokalnym, ograniczony w swoim działaniu do pozyskiwania informacji i przeprowadzania konsultacji. Rozszerzenie UE spowodowało, że w ERZ pojawili się przedstawiciele związków zawodowych z ESW, mający zdecydowanie wyższe oczekiwania, w szczególności dotyczące budowania wspólnych standardów wewnątrz korporacji. Ta rozbieżność interesów powoduje, że związki zawodowe stają się niezdolne do wykorzystania ERZ, aby rozwijać transgraniczną solidarność pracowników. Dochodzi do swoistego paradoksu. Obawa niektórych organizacji członkowskich przed rozwijaniem europejskiego poziomu rokowań zbiorowych spowodowała, że EKZZ ograniczyła swoje ambitne plany walki o ramy prawne dla TCA. Ma to jednak swoją cenę. Jakkolwiek by się nie zachwycać istnieniem wewnętrznych zasad europejskich federacji branżowych, TCA będą „spychane” pod kuratelę ERZ, a więc ciał pozazwiązkowych. W rezultacie TCA będą zapewne ewoluować w kierunku instrumentów wertykalnej komunikacji i zarządzania zmianami w korporacjach ponadnarodowych. Ich zarządy będą niewątpliwie z tego zadowolone. Z jednej strony będą mogły wyказаć się opinią przedsiębiorstwa społecznie odpowiedzialnego, z drugiej zaś dzięki TCA ograniczą koszty zarządzania personelem w wymiarze europejskim oraz ryzyko działań konfrontacyjnych ze strony przedstawicielstw pracowniczych w przypadkach restrukturyzacji.

Okazuje się, że po 25 latach od przyjęcia dyrektywy 94/45/WE jej beneficjentami w przypadku wielu ERZ stają się korporacje ponadnarodowe, wykorzystując ra-

dy do integracji i internacjonalizacji niektórych działalności (Koutroukis, 2015), przy czym odwoływanie do przepisów rynkowych legitymizuje ich strategie „celowego unikania” (*deliberate avoidance*) w odniesieniu do podstawowego celu, któremu miały służyć ERZ, a więc włączeniu pracowników w procesy efektywnej konsultacji planów ponadnarodowego pracodawcy (Pugliano, Waddington, 2019). Oznacza to, że korporacje ponadnarodowe, nawet te posiadające ERZ, będą mogły dalej w państwach UE o słabej jakości stosunków przemysłowych stosować zasadę „czyń jak Rzymianie”. Tym bardziej że w przypadku europejskich pracowników korporacji ponadnarodowych prawodawca unijny jakoś nie potrafi zastosować podejścia równościowego, którym uzasadniano legislacyjne ujednolicenie standardów zatrudnienia i wynagradzania pracowników delegowanych w UE.

A co do przyszłości ERZ.... W lutym 2019 r. sąd włoski orzekł, że nie ma nic nagannego ani niezgodnego z prawem w decyzji korporacji Sofidel o organizowaniu posiedzeń ERZ w formule wideokonferencji, motywowanej tym, że rezygnacja z podróży lotniczych przedstawicieli pracowników ograniczy „śląd węglowy” (*carbon footprint*), przyczyniając się do walki ze zmianą klimatyczną. Podobne „furtki” legislacyjne istnieją już w prawie francuskim i niemieckim, więc zupełnie możliwe, że wraz z postępowaniem zmiany technologicznej europejskie rady zakładowe ze swoimi konsultacjami i negocjacjami przeniosą się do wirtualnego świata zarządzanego przez korporacje ponadnarodowe. I tak może zakończyć się sen o ponadgranicznej reprezentacji pracowniczej.

* Artykuł wyraża wyłącznie osobiste poglądy autora i nie może być utożsamiany ze stanowiskiem NSZZ „Solidarność”.

¹ Dyrektywa 2009/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6 maja 2009 r. w sprawie ustanowienia europejskiej rady zakładowej lub trybu informowania pracowników i konsultowania się z nimi w przedsiębiorstwach lub w grupach przedsiębiorstw o zasięgu wspólnotowym (wersja przekształcona).

² Można mieć wrażenie pewnej generalnej niechęci unijnego prawodawcy do odwoływania się do związków zawodowych w kontekście europejskim. Zwróćmy uwagę, że Traktaty zawierają jedynie ogólne sformułowanie: przedstawiciele pracowników. Coś jest na rzeczy, ponieważ na przykład Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności wyraźnie wskazuje związki zawodowe jako organizacje przedstawicielskie.

³ Od lat nierozstrzygnięta jest kwestia, czy konsultacja jest procesem, który następuje po podjęciu decyzji (jak twierdzą korporacje), czy też ma tę decyzję poprzedzać (jak wydaje się wielu członkom ERZ).

⁴ UN Guiding Principles on Business and Human Rights, https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eNpdf

⁵ Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises (the Zero Draft), <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>

⁶ Po raz pierwszy zastosowano wówczas procedurę konsultacji z partnerami społecznymi zapisaną w Protokole społecznym dołączonym do Traktatu z Maastricht. Więcej o samej procedurze zob. Adamczyk, Surdykowska, 2014.

⁷ Która w tym przypadku skorzystała z klauzuli *opt out* i do 1997 r. nie była objęta dyrektywą.

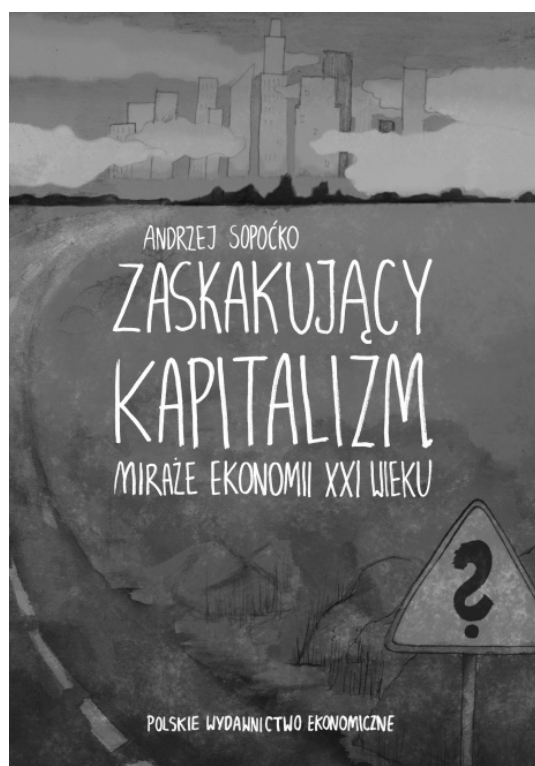
⁸ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Skuteczniejsze podejmowanie decyzji w dziedzinie polityki społecznej: obszary, w których można wprowadzić na większą skalę głosowanie większością kwalifikowaną, COM (2019) 186 final. Strasburg, 16.04.2019.

Bibliografia

- Adamczyk, S., Surdykowska, B. (2012). The importance of transnational company agreements from the perspective of industrial relations in the new member states: the Polish case. W: S. Leonardi (red.), *Transnational Company Agreements. A stepping stone towards a real internationalisation of industrial relations?* (151–162). Rome: Edesse.
- Adamczyk, S., Surdykowska, B. (2014). Niewykorzystany potencjał europejskiego dialogu społecznego. *Roczniki Administracji i Prawa Wyższej Szkoły Humanitas w Sosnowcu*, I, 263–275.
- Adamczyk, S., Surdykowska, B. (2015). Europejskie układy ramowe — niedoceniana przez związki zawodowe szansa na wymknięcie się z pułapki globalizacji. *Monitor Prawa Pracy*, (11), 577–581.
- Adedayo Ijalaye, D. (1978). *The Extension of Corporate Personality in International Law*. Oceana.
- Arthurs, H. (2014). Making Bricks Without Straw: The Creation of a Transnational Labour Regime. Articles & Book Chapters, 1605, http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly_works/1605,
- Artus, I. (2006). Strike action to save the life of a plant is followed by its „honourable death”: The conflict at AEG in Nuremberg. *Transfer*, 12(4), 563–575, <https://doi.org/10.1177/102425890601200407>
- Cassese, A. (1986). *International Law in the Divided World*. Clarendon.
- Cata Backer, L. (2011). On the Evolutions of the United Nations' „Protect-Respect-Governance Remedy”. *Santa Clara Journal of International Law*, (9), 101–156.
- Compa, L. (2014). When in Rome: the exercise of power by foreign multinational companies in the United States. *Transfer*, 20(2), 271–293, <https://doi.org/10.1177/1024258914526105>
- Crawford, J. (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford, <https://doi.org/10.1093/he/9780199699698.001.0001>
- de Brabandere, E. (2010). Human Rights and Transnational Corporations: The Limits of Direct Corporate Responsibility. *Human Rights and International Legal Discourse*, 4 (1), 66–88.
- de Spiegelaere, S., Jagodziński, R. (2016). *European Works Councils and SE works councils in 2015. Facts&Figures*. Brussels: ETUI.
- Durham, W. L. (1984). The Proposed Vredeling Directive: A Modest Proposal of the Exportation of Industrial Democracy. *Virginia Law Review*, 70(7), 1469–1503, <https://doi.org/10.2307/1073051>
- ETUC. (2012). Resolution on 6–7 March 2012: „Collective bargaining: The ETUC priorities and working programme”. ETUC.
- ETUI. (2019). Benchmarking Working Europe 2019, Brussels: ETUI.
- Fetzer, T. (2008). European Works Councils as Risk Communities: The Case of General Motors. *European Journal of Industrial Relations*, 14(3), 289–308, <https://doi.org/10.1177/0959680108094136>
- Gill, S. (1998). New constitutionalism, democratisation and global political economy. *Pacifica Review: Peace, Security & Global Change*, 10(1), 23–38, <https://doi.org/10.1080/14781159808412845>
- Gładoch, M. (2014). *Dialog społeczny w zbiorowym prawie pracy*. Toruń: TNOiK.
- Gould, W. B. (1976). Multinational Corporations and Multinational Unions: Myths, Reality and the Law. *The International Lawyer*, 10(4), 655–667.
- Hann, D. (2010). The continuing tensions between European Works Councils and trade unions — a comparative study of the financial sector. *Transfer*, 16(4), 525–540, <https://doi.org/10.1177/1024258910382968>
- Huzzard, T., Docherty, P. (2005). Between global and local: eight European Works Councils in retrospect and prospect. *Economic and Industrial Democracy*, 26(4), 541–568, <https://doi.org/10.1177/0143831X05057452>
- Jagodziński, R. (2011). EWCs after 15 years — success or failure? *Transfer*, 17(2), 203–216, <https://doi.org/10.1177/1024258911401532>
- Koutroukis, T. (2015). *The added value of European Works Councils: A case study approach in Greek subsidiaries*. MPRA Paper, 62741.
- Lecher, W. i in. (2001). *European Works Councils: Developments, Types and Networking*. Aldeshot: Gover.
- Levinson, C. (1972). *International Trade Unionism*. London: Routledge.
- Mählmeyer, W., Rampeltshammer, L., Hertwig, M. (2017). European Works Councils during the financial and economic crisis: Activation, stagnation or disintegration? *European Journal of Industrial Relations*, 23(3), 225–242, <https://doi.org/10.1177/0959680116685951>
- Mueller, F. (1996). National stakeholders in the global context for corporate investment. *European Journal of Industrial Relations*, 2(3), 345–368, <https://doi.org/10.1177/095968019623004>
- Mueller, F., Purcell, J. (1992). The Europeanization of manufacturing and the decentralization of bargaining: multinational management strategies in the European automobile industry. *International Journal of Human Resource Management*, 3(1), 15–34, <https://doi.org/10.1080/09585199200000128>
- Müller, T., Platzer, H. -W. (2003). European Works Councils: a new Mode of EU Regulation and the Emergence of a European multi-level Structure of Workplace Industrial Relations. W: B. Keller, H. -W. Platzer (red.): *Industrial Relations and European Integration — Trans- and Supranational Developments and Prospects*. London: Routledge, 58–84, <https://doi.org/10.4324/9781315198903-4>

- Müller, T., Platzter, H. -W. i Rüb, S. (2010). Transnational company policy and coordination of collective bargaining: New challenges and roles for European industry federations. *Transfer*, 16(4), 509–524, <https://doi.org/10.1177/1024258910383083>
- OECD. (2018). *Multinational enterprises in the global economy Heavily debated but hardly measured*, available at: <https://www.oecd.org/industry/ind/MNEs-in-the-global-economy-policy-note.pdf>
- Pugliano, W., Waddington, J. (2019). Management, European Works Councils and institutional malleability. *European Journal of Industrial Relations*, <https://doi.org/10.1177/0959680118824512>
- Schulten, T. (1996). European works councils: prospects for a new system of industrial relations. *European Journal of Industrial Relations*, 2(3), 303–324, <https://doi.org/10.1177/095968019623002>
- Skupień, D. (2008). *Europejskie rady zakładowe*. Toruń: TNOiK.
- Streeck, W. (1997). Neither European nor works councils: a reply to Paul Knutsen. *Economic and Industrial Democracy*, 18(2), 325–337, <https://doi.org/10.1177/0143831X97182007>
- Telljohann, V., da Costa, I., Müller, T., Rehfeldt, U., Zimmer, R. (2009). European and international framework agreements: new tools of transnational industrial relations. *Transfer*, 15(3–4): 505–525, <https://doi.org/10.1177/10242589090150031701>
- Timming, A. R. (2007). European Works Councils and the dark side of managing worker voice. *Human Resource Management Journal*, 17(3), 248–264, <https://doi.org/10.1111/j.1748-8583.2007.00043.x>
- UNCTAD. (1993). *World Investment Report*. New York–Geneva.
- UNCTAD. (2010). *World Investment Report*. New York–Geneva.
- Waddington, J. (2011). *European works councils. A transnational industrial relations institution in the making*. New York/Abington: Routledge, <https://doi.org/10.4324/9780203843536>
- Waddington, J., Kerckhofs, P. (2003). European Works Councils: what is the current state of play. *Transfer*, 9(2), 303–325, <https://doi.org/10.1177/09596801030093004>
- Whittall, M. (2000). The BMW European Works Council: a cause for European industrial relations optimism? *European Journal of Industrial Relations*, 6(1), 61–83, <https://doi.org/10.1177/095968010061004>
- Wratny, J. (2019). *Fenomen partycypacji pracowniczej w nurcie przemian stosunków pracy*. Warszawa: C.H. Beck.
- Zambrana Téva, N. (2012). Shortcomings and Disadvantages of Existing Legal Mechanism to Hold Multinational Accountable for Human Rights Violations. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 4(2), 397–410.

nowość



W książce autor próbuje wyjaśnić przyczyny obecnego rozwarstwienia społecznego, przede wszystkim osłabienia klasy średniej. Obecnie, przynajmniej w krajach rozwiniętych, ta właśnie klasa ulega osłabieniu. Proces ten jeszcze nie dotknął krajów rozwijających się, ale można się obawiać, że wkrótce tam też się pojawi. Przykłady idą od góry, czyli z krajów ze światowej czołówki. Statystyki są tu niepokojące, ale jeszcze gorzej jest z analizą źródeł i procesów prowadzących do pogłębiających się różnic. Zdaniem autora za rozwarstwienia społeczne odpowiedzialne są procesy, będące zarazem *signum temporis* obecnych czasów, a więc: globalizacja, sekurytyzacja, cyfryzacja i komputeryzacja. Sposoby ich działania różnią się od siebie ale łączy jedno — w podstawowej części są zupełnie odmienne od zakorzenionych w świadomości społecznej oczekiwań i poglądów. Konstrukcję książki oparto więc na obalaniu istniejących przekonań, przedstawianych jako *miraże*.

Księgarnia internetowa: www.pwe.com.pl

Wykładnia i praktyka

Odpowiedzialność odszkodowawcza pracodawcy za rozstrój zdrowia psychicznego pracownika

Employer's liability for damages for the mental health of an employee

dr hab. prof. UKSW Monika Gładoch

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego,
Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Pracy
ORCID: 0000-0001-9814-5627
e-mail: gladoch_law@wp.pl

Streszczenie Bezprawne zachowania pracodawcy lub przełożonych w miejscu pracy mogą wywoływać reakcję chorobową u pracownika będącą następstwem długotrwałego stresu. W kodeksie pracy przewidziano szczególne regulacje mające na celu ograniczenie patologicznych zjawisk. Z tytułu mobbingu, dyskryminacji, w tym molestowania, przysługuje pracownikowi roszczenie o odszkodowanie. Ma on także prawo dochodzenia roszczeń na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, co z wielu względów, przede wszystkim dowodowych, okazuje się skuteczniejszym rozwiązaniem. Nie wszystkie przypadki bezprawności w pracy można bowiem zakwalifikować jako mobbing lub dyskryminację. Ponadto dorobek orzecznictwa i teorii prawa cywilnego dotyczący zadośćuczynienia za rozstrój zdrowia okazuje się niezwykle przydatny w procesie.

Słowa kluczowe: stres, rozstrój zdrowia, mobbing, wypalenie zawodowe, odszkodowanie, związek przyczynowy.

Summary Unlawful behavior of the employer or superiors at the workplace causes an employee's illness, this is a result of prolonged stress. The Labour Code provides for specific regulations aimed at limiting pathological situations in the work. The employee has a claim for compensation for mobbing, discrimination, including harassment. He also has the right to pursue claims under the provisions of the Civil Code. Perhaps is this the better way of redress, mainly because of evidence problems. Not all unlawful behavior at work is mobbing or discrimination. In addition, experience of theory and practice of civil law of the compensation for health problems, are extremely helpful in the process.

Keywords: stress, health disorder, mobbing, staff burn-out, compensation, causation.

JEL: J70, J71, J83, K15, K31

Uwagi wstępne

Obowiązek poszanowania godności i innych dóbr osobistych pracownika (art. 11¹ k.p.) jest jedną z podstawowych zasad prawa pracy. Do katalogu dóbr osobistych zalicza się m.in. zdrowie, które w art. 23 k.c. zostało wymienione na pierwszym miejscu. Pomimo to Sąd Najwyższy za najważniejsze uznaje cześć i godność jako wartości właściwe każdemu człowiekowi, o czym przesądził m.in. w wyroku z 29 października 1971 r. (II CR 455/71, LexisNexis nr 314375, OSNCP 1972/4/77, z glosą E. Radomskiej, „Pań-

stwo i Prawo” 1973, nr 6, s. 167, oraz z omówieniem A. Szpunara i W. Wanatowskiej, „Nowe Prawo” 1972, nr 12, s. 1798 i 1974, nr 1, s. 56). W ocenie Sądu Najwyższego cześć, dobre imię i dobra sława człowieka są pojęciami obejmującymi wszystkie dziedziny życia osobistego, zawodowego i społecznego (por. Dmowski, Trzaskowski, 2014).

Okazuje się, że nierzadko naruszenie godności skutkuje rozstrojem zdrowia psychicznego, co prowadzi do wniosku, że oba dobra są ze sobą związane. Bezprawność pracodawcy odnosząca się do czci pracownika wywołuje u niego negatywną reakcję zdrowotną, polegającą na dolegliwościach

psychosomatycznych, prowadzących jednocześnie do rozstroju zdrowia psychicznego pracownika. Innymi słowy, można dostrzec pewną zależność między bezprawnym naruszeniem godności a chorobami odnoszonymi się do psychiki. Zachowanie pracodawcy lub przełożonych polegające na ośmieszeniu pracownika, deprecjonowaniu jego umiejętności i zdolności zawodowych, przeczuciu na niego odpowiedzialności za błędy w organizacji pracy lub decyzjach poszczególnych organów powodują u pracownika naturalną potrzebę obrony, udowodnienia swoich racji i posiadanych kompetencji, które w połączeniu z innymi czynnikami (takimi jak przeciążenie pracą i brak reakcji przełożonych) rodzi stres. Duży stopień nasilenia i długotrwałość stresu niechybnie prowadzi do zaburzeń psychosomatycznych, do których zalicza się: astmę oskrzelową, chorobę niedokrwienną serca, chorobę wrzodową żołądka lub dwunastnicy, cukrzycę, nadciśnienie tętnicze, nadczynność tarczycy, niektóre choroby skóry (tzw. psychodermatozy), czyli świąd samoistny, pokrzywkę, nadmierne pocenie, łysienie plackowate i łuszczykę, oraz niektóre postaci otyłości i zapalenie jelita grubego (Mastalerz-Migas, Pokorna-Kalwak, Steciwko, 2017, s. 9). Tymczasem przegląd orzecznictwa sądowego i piśmiennictwa prowadzi do wniosku, że zarówno sądy jak i przedstawiciele doktryny nie do końca zdają sobie sprawę z zaburzeń psychosomatycznych wynikających ze stresu. Za nietrafne z medycznego punktu widzenia trzeba uznać stwierdzenie Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 22 kwietnia 2015 r. (II PK 166/14, LEX nr 1712815), zgodnie z którym „pogląd zaskarżonego wyroku, iż ból kręgosłupa był skutkiem mobbingu, nie jest przekonywający; bardziej prawdopodobne jest jego powstanie od wysiłku fizycznego w niewłaściwej pozycji lub od długotrwałego siedzenia przed komputerem”. Ten błędny osąd został wyrażony także w literaturze (Jędrejek, 2017, s. 224).

Opisane objawy wywołane stresem na ogół towarzyszą lub poprzedzają inne choroby dotyczące zdrowia psychicznego, takie jak depresje, stany lękowe i nerwice. Wymagają one długotrwałego leczenia, którego okres jest trudny do zdiagnozowania, ponieważ na ogół zależy od cech osobniczych pacjenta. W przypadku rażącej bezprawności może dojść nawet do skrajnej postaci depresji, kiedy u pracownika pojawiają się myśli samobójcze. Problem ten dostrzeżono w judykaturze. W ocenie Sądu Najwyższego „zagadnienie związku przyczynowego nie może być ograniczone tylko do reakcji między zdarzeniami w świecie fizycznym. Obiektywnie dające się stwierdzić fakty, zachodzące w sferze psychiki, wywołane przez bezprawne zachowanie się innej osoby, mogą także u normalnej pod względem psychicznym osoby doprowadzić do reakcji wyrażającej się w targnięciu się na swoje życie” (wyrok SN z 21 czerwca 1976 r., IV CR 193/76, OSP 1977/6/106, z glosą A. Kocha, OSP 1977/6/106).

W kontekście cytowanego wyroku warto zwrócić uwagę na niezwykle wymowną wypowiedź prof. Antoniego Kępińskiego, który wyjaśnił: „w etiologii chorób psychosomatycznych — zawału serca, choroby wrzodowej, nadciśnieniowej, by wymienić ważniejsze z nich — urazy psychiczne odgrywają niepoślednią rolę. W konsekwencji uraz psychiczny może spowodować większe spustoszenie w ustroju niż uraz fizyczny. Między jednym a drugim istnieją zresztą

pewne podobieństwa. Zarówno uraz fizyczny, jak i psychiczny wywołują ból. Charakter bólu jest wprawdzie inny (...). Oba jednak rodzajom bólu towarzyszy analogiczne złe samopoczucie wahające się od rozdrażnienia do skrajnego, niedającego się już znieść cierpienia, w którym śmierć idące skutki powstają w przypadku stresu chronicznego, kiedy następuje adaptacja patologiczna do stresu, która w skrajnej sytuacji może prowadzić do śmierci. Nasilenie lub długotrwałe działanie stresu zmniejsza aktywność radzenia sobie ze stresem i następuje wówczas prowadzące do choroby załamanie »normalnego funkcjonowania«”. Obejmuje ono poziom somatyczny (np. choroby psychosomatyczne), jak i społeczny (tzw. dewiacje społeczne — alkoholizm, narkomania, przestępczość, samobójstwa itp.) (Mańkowska, 2016, s. 135).

Zdarzenia mogące wywoływać rozstrój zdrowia psychicznego w miejscu pracy: mobbing, molestowanie i wypalenie zawodowe

Najczęstszą reakcją pracownika na molestowanie lub mobbing jest stres, a przy znacznym jego nasileniu także rozstrój zdrowia psychicznego. Skutek ten można zresztą pośrednio odczytać z definicji obu pojęć. Na podstawie art. 18^{3a} § 5 k.p. przejawem dyskryminowania jest także niepożądane zachowanie, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika i stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery (molestowanie). Zasady doświadczenia życiowego prowadzą do wniosku, że w przypadku molestowania musi nastąpić negatywna reakcja pracownika albo w postaci stresu, albo nawet choroby, które stanowią właściwą człowiekowi reakcję na tego rodzaju bezprawie. Przy mobbingu doprowadzenie do rozstroju zdrowia daje podstawę do dochodzenia przez pracownika zadośćuczynienia pieniężnego za doznana krzywdę (art. 94³ § 3 k.p.). Jak słusznie dostrzeżono w literaturze, „pod względem konstrukcji molestowanie i mobbing są bardzo zbliżone do siebie: opierają się na terrorze psychicznym” (Tomaszewska, 2014, s. 138).

W miejscu pracy mogą jednak zachodzić inne negatywne zjawiska, które choć zostały już opisane w psychologii pracy, nie znajdują wprost odzwierciedlenia w przepisach. Problem z ich prawnym uregulowaniem wynika zasadniczo z faktu, że nie zawsze można udowodnić pracodawcy bezprawność, a kwestia odpowiedzialności i związku przyczynowego również nie jest jednoznaczna. Chodzi tu przede wszystkim o tzw. wypalenie zawodowe. Zjawisko to było przedmiotem badań już w latach 70. ubiegłego wieku. Przez długi okres ograniczano je jednak do wybranych zawodów związanych ze służbą zdrowia, opieką społeczną, edukacją i więziennictwem. Dopiero niedawno badacze rozszerzyli listę profesji zagrożonych wypaleniem zawodowym i objęli nimi również sferę biznesu, czyli przede wszystkim menedżerów (Rubin, 2012, s. 7). W 1974 r. Herbert J. Freudenberger wprowadził do literatury przedmiotu określenie wypalenie zawodowe (*staff burn-out*), opisując je jako stan wyczerpania psychicznego lub fizycznego jednostki spowodo-

wany nadmiernym obciążeniem zadaniami związanym ze środowiskiem pracy. Z kolei Ch. Maslach opisała trójwymiarową teorię wypalenia zawodowego, zgodnie z którą wypalenie zawodowe to syndrom obejmujący wyczerpanie fizyczne i psychiczne, depersonalizację oraz brak skuteczności (Rubin, 2012, s. 8). Wypalenie zawodowe na ogół wiąże się z niepowodzeniem w realizacji oczekiwanego i pożądanego rezultatu, a główną cechą początkową jest zbyt duże oddanie się sprawie. W literaturze tłumaczy się, że „wypalenie jest procesem utraty, rozczarowania, które zazwyczaj występuje u ludzi silnie zmotywowanych” (Makowski, Michalska-Rechowicz, Tomczyk, 2014, s. 15). Nie w każdym przypadku wypalenia zawodowego można zarzucić pracodawcy bezprawność. W piśmiennictwie zaczęto już jednak zwracać uwagę na problemy związane z organizacją pracy, przede wszystkim w odniesieniu do czasu pracy i urlopu wypoczynkowego, co może przyczyniać się do rozwoju zjawiska, a w jego konsekwencji do rozstroju zdrowia (Nowak, 2019, s. 15). Jednakże w psychologii sugeruje się na ogół, że wypalenie zawodowe jest raczej przewlekłą, wielowymiarową reakcją na stres. Nie sposób go traktować jako psychopatologii, choć może doprowadzić do wielu zaburzeń psychicznych, w tym do uzależnienia, zaburzeń lękowych, a nawet głębokiej depresji (Makowski, Michalska-Rechowicz, Tomczyk, 2014, s. 32).

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzenia można by dojść do wniosku, że w odróżnieniu od molestowania i mobbingu dochodzenie zadośćuczynienia w razie zaistnienia rozstroju zdrowia będącego następstwem wypalenia zawodowego będzie dużo trudniejsze, przede wszystkim z uwagi na problemy dowodowe. W praktyce okazuje się jednak, że również udowodnienie mobbingu, nawet w przypadku oczywistej bezprawności pracodawcy, jest niezwykle skomplikowane, co wynika z niejasnej, a jednocześnie bardzo rozbudowanej definicji legalnej zjawiska. W orzecznictwie dominuje pogląd, zgodnie z którym „z legalnej definicji zawartej w art. 94³ § 2 k.p. wynika, że mobbing to zachowania: (1) dotyczące pracownika lub skierowane przeciwko pracownikowi, (2) polegające na uporczywym i długotrwałym nękanii lub zastraszaniu pracownika, (3) wywołujące u niego zaniżoną ocenę przydatności zawodowej, (4) powodujące lub mające na celu poniżenie lub ośmieszenie pracownika, (5) powodujące izolowanie go lub wyeliminowanie z zespołu współpracowników. Treść tej definicji wskazuje, że określone w niej ustawowe cechy mobbingu muszą być spełnione łącznie” (wyrok SN z 11 lutego 2014 r., I PK 165/13, LEX nr 1444594).

Obecnie nie ma jednak żadnych przeszkód prawnych, aby zadośćuczynienia dochodzić na podstawie przepisów kodeksu cywilnego. W wyroku z 9 marca 2011 r. (II PK 226/10, LEX nr 817522) Sąd Najwyższy wyraził następujący pogląd: „Brak podstaw prawnych i uzasadnienia do zasądzenia na podstawie art. 94³ § 1–3 k.p. zadośćuczynienia pieniężnego za krzywdę wywołaną mobbingiem, który wywołał rozstrój zdrowia u pracownika, nie wyklucza dochodzenia zadośćuczynienia za stosowanie mobbingu, który nie wywołał rozstroju zdrowia u pracownika, ani za naruszenie jego dóbr osobistych, o których mowa w art. 11¹ k.p. w związku z art. 23 i 24 k.c. i art. 300 k.p., które nie wyczer-

pywały ustawowych cech mobbingu lub nie doprowadziły do rozstroju zdrowia u pracownika”. Również w uzasadnieniu wyroku z 1 marca 2018 r. (III PK 18/17, LEX nr 249684) Sąd Najwyższy podkreślił, że „Naganne zachowanie pracodawcy może jednak nie ograniczać się do nienależytego wykonania umowy o pracę (właśnie w zakresie jej rozwiązania), ale może przybrać postać czynu niedozwolonego”. Sąd ten zwrócił uwagę, że „działanie w celu wyrządzenia innej osobie szkody — choćby podejmowane w ramach stosunku zobowiązaniowego — zawsze jest kwalifikowane jako delikt (uzasadnienie uchwały SN z 7 października 2009 r., III CZP 68/09, OSNC 2010/4/52)”. Warto zwrócić uwagę, że podobne poglądy były wyrażane już w poprzednim ustroju pracy. W uchwale składu 7 sędziów z 4 grudnia 1987 r. (III PZP 85/86, LexPolonica nr 302103, OSNCP 1988/9/109) Sąd Najwyższy rozstrzygnął, że „Pracownik, który doznał uszczerbku na zdrowiu wskutek spowodowanej warunkami pracy choroby, niebędącej chorobą zawodową, może z mocy art. 300 k.p. dochodzić od zakładu pracy roszczeń odszkodowawczych na podstawie przepisów prawa cywilnego w granicach przewidzianych w ustawie z 12 czerwca 1975 r. o świadczeniach z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych (tekst jedn. DzU z 1983 r. nr 30, poz. 144 ze zm.)”.

Bezprawność zachowania pracodawcy

Procesy sądowe wszczynane w związku z rozstrojem zdrowia, stanowiącego następstwo choroby zawodowej lub wypadku przy pracy, z uwagi na szeroką i wyczerpującą regulację prawną oraz bogate orzecznictwo sądowe są — co do zasady — traktowane jako typowe. Dzięki temu pracownik może liczyć na świadczenia stanowiące rodzaj zabezpieczenia na przyszłość. Do zaburzeń psychicznych wywołanych pracą, które nie kwalifikują się jako wypadek przy pracy lub choroba zawodowa, podchodzi się w odmienny sposób, na ogół bardziej sceptycznie, co wiąże się z trudnościami dowodowymi w trakcie procesu. Problemy te wynikają na ogół z dwóch powodów. Po pierwsze, z trudności w udowodnieniu związku przyczynowego pomiędzy rozstrojem zdrowia a pracą, ponieważ zaburzenie psychiczne może być wypadkową różnych czynników (również pozazawodowych). Po drugie, reakcje psychiczne zależą od indywidualnych predyspozycji (cech) człowieka, a to oznacza, że nie zawsze można mówić o „typowych” następstwach zdarzeń. Innymi słowy, wrażliwość ludzka jest na tyle zróżnicowana, że każdy odbiera stres w inny sposób. Tymczasem judykatura w przypadku reakcji na stres sugeruje poszukiwanie pewnego obiektywnego (inaczej typowego czy też powszechnego) sposobu reagowania. W ocenie Sądu Apelacyjnego w Gdańsku „działania mobbingowe muszą być przy tym na tyle intensywne i naganne, że przyczynią się do powstania u pracownika bardzo silnego odczucia zastraszania i bezradności sytuacji” (wyrok z 16 czerwca 2016 r., III APa 13/16, LEX nr 2356487). Jeszcze bardziej zasadniczy pogląd wyraziły Sądy Apelacyjne w Szczecinie i Gdańsku, tłumacząc: „Ocena, czy nastąpiło nękanie i zastraszanie pracownika oraz czy działania te miały na celu i mogły lub doprowadziły do zaniżonej oceny jego przydatności zawodowej, do jego poniżenia, ośmieszenia, izolacji, bądź wyeliminowa-

nia z zespołu współpracowników, musi opierać się na obiektywnych kryteriach. Przy ocenie tej przesłanki niezbędne jest stworzenie obiektywnego wzorca ofiary rozsądnej, co z zakresu mobbingu pozwoli wyeliminować przypadki wynikające z nadmiernej wrażliwości pracownika” (wyrok z 24 maja 2018 r., III APa 15/17, LEX nr 2584010, wyrok z 9 września 2015 r., III APa 19/15, LEX nr 1842315). Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na fakt, że „wykonywanie pracy zawsze związane jest z pewnym stresem i podobnie jak inne czynności życiowe z pewnym stresem” (wyrok SN z 20 sierpnia 2002 r., II UKN 572/2001, niepubl.). W innym wyroku Sąd Najwyższy wskazuje na różnorodność postaw i oczekiwań pracowników w miejscu pracy, wyjaśniając, że „także stres jest właściwością osobniczą i niewymierną, przeto nie można uznać, że wystosowanie przez pracodawcę do powoda pism w okresie zwolnienia lekarskiego naruszało jego dobra osobiste” (wyrok SN z 25 sierpnia 2003 r., I PKN 330/02, niepubl.).

Podejście sądów nie wydaje się trafne. Niektóre stwierdzenia zawarte w powołanych wcześniej uzasadnieniach wyroków sądowych zostały wyrażone w niedopuszczalny, a wręcz oburzający sposób, jak „wzorec ofiary rozsądnej”. W przypadku procesu o zadośćuczynienie obowiązkiem pracownika jest bowiem udowodnienie bezprawnego zachowania pracodawcy, a zatem wykazanie, że czyn sprawcy był niezgodny z obowiązującymi zasadami porządku prawnego. Źródła tych zasad mogą wynikać z: 1) norm powszechnie obowiązujących jako reguł postępowania wyznaczonych przez nakazy i zakazy wynikające z norm prawa pozytywnego, w szczególności prawa cywilnego, karnego, administracyjnego, pracy, finansowego itp.; 2) nakazów i zakazów wynikających z zasad współżycia społecznego (dobre obyczaje) (Bieniek, 2013). Bezprawność musi być zatem obiektywna, w odróżnieniu od reakcji na nią, która zawsze ma charakter indywidualny. Nie ma zatem powodów, aby w procesie odwoływać się do „typowych” wzorców reagowania pracowników na stres, tym bardziej że celem zadośćuczynienia jest wyrównanie krzywdy poszkodowanego, czyli cierpienia. Cierpienie jest realne, a zarazem niezwykle subiektywne, gdyż nikt poza osobą, która go doznaje, nie jest w stanie zrozumieć i poczuć jego skali. Nietypową reakcję na stres można rozważać jedynie w kategorii związku przyczynowego. W wyroku z 6 kwietnia 2011 r. (I CSK 475/10, LEX nr 846539) Sąd Najwyższy podkreślił, że „Anormalne jest następstwo, gdy do niego doszło tylko wskutek nadzwyczajnego zbiegu okoliczności, którego przeciętnie nikt nie bierze pod uwagę” (zob. wyrok SN z 11 lutego 2003 r., V CKN 1640/00, niepubl.), np. ustrojowej predyspozycji do nienormalnej reakcji na bodźce zewnętrzne (zob. wyrok SN z 22 czerwca 1972 r., I Pr 186/72, OSN 1973/46). Rozstrój zdrowia psychicznego pracownika nie jest normalnym następstwem niesłusznego zwolnienia z pracy lub wydania krzywdzącej go opinii”.

Kiedy dochodzi do rozstroju zdrowia psychicznego, mamy do czynienia z krzywdą, jako skutkiem bezprawnego zachowania sprawcy. W potocznym rozumieniu krzywda oznacza „szkodę moralną, fizyczną lub materialną wyrządzoną komuś niezaskuszenie, bezprawnie” (Szymczak, 1998, s. 1002). Pojęcie krzywdy starano się wyjaśnić w orzecnic-

twie. W ujęciu Sądu Apelacyjnego w Lublinie „Najogólniej rzecz ujmując krzywdą jest zło wyrządzone przez człowieka drugiemu człowiekowi. Nie można ograniczać pojęcia krzywdy jedynie do »bólu i cierpień fizycznych i psychicznych«, albowiem krzywda nie jest wewnętrzną cechą pokrzywdzonego, gdyż jako relacja pokrzywdzonego ze sprawcą istnieje niezależnie od fizycznych czy psychicznych przeżyć pokrzywdzonego, a wielość jej elementów o cechach materialnych, fizycznych, psychicznych i moralnych współwystępuje i dookreśla się wzajemnie” (wyrok z 14 lutego 2019 r., I ACa 210/18, LEX nr 2630375).

Przedstawiciele doktryny nie mają wątpliwości, że zadośćuczynienie powinno być zasądzone również w przypadku krzywdy psychicznej, nie traktując jej jako mniej „wymiernej” od rozstroju zdrowia fizycznego. W ocenie Sądu Najwyższego rozstrój zdrowia „polega na wywołaniu dysfunkcji organizmu człowieka przez doprowadzenie do zakłócenia funkcjonowania jego poszczególnych układów i systemów (np. układu pokarmowego, systemu nerwowego)” (postanowienie SN z 22 marca 2012 r., I PK 202/11, niepubl.). Nie ulega wątpliwości, że rozstrój zdrowia może dotyczyć także sfery psychiki. G. Bieniek wyjaśnia, że „zadośćuczynienie pieniężne ma na celu przede wszystkim złagodzenie cierpień. Obejmuje ono wszystkie cierpienia fizyczne i psychiczne, zarówno już doznane, jak i te, które wystąpią w przyszłości. Ma więc ono charakter całościowy i powinno stanowić rekompensatę pieniężną za całą krzywdę doznaną przez poszkodowanego, mowa jest bowiem o »odpowiedniej sumie tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę«, przyznawaną jednorazowo” (Bieniek, 2013, s. 754). W podobnym duchu wypowiedział się także Sąd Najwyższy w wyroku z 11 lipca 2000 r., II CKN 1119/98, tłumacząc, że „zadośćuczynienie pieniężne obejmuje zarówno cierpienia fizyczne, jak i cierpienia psychiczne”.

Związek z pracą a rozstrój zdrowia

W przypadku procesu o zadośćuczynienie w związku z rozstrojem zdrowia na powódzie (pracowniku) spoczywa obowiązek udowodnienia przesłanek odpowiedzialności, zgodnie z regułą z art. 6 k.c. Aprobując zasadę kontryktoryjności, Sąd Najwyższy dopuszcza wprawdzie możliwość powoływania dowodów z urzędu, jednak, co do zasady, nie stosuje jej w sytuacji, gdy pracownik jest reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika (wyrok SN z 12 stycznia 2001 r., III CKN 981/98, LEX nr 1167362).

Jak wcześniej wspomniano, najtrudniejszym elementem zdaje się być kwestia dowodzenia związku przyczynowego pomiędzy rozstrojem zdrowia a bezprawnością zaistniałą w miejscu pracy. Nie ulega wątpliwości, że jedynie adekwatny związek przyczynowy jest przesłanką odpowiedzialności deliktowej (wyrok SN z 24 maja 2013 r., V CSK 337/12, LEX nr 1381042). Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w judykaturze: „Dla stwierdzenia adekwatnego związku przyczynowego w danym indywidualnym stanie faktycznym każdorazowo należy ustalić, czy zdarzenie stanowi warunek konieczny wystąpienia szkody (test *conditio sine qua non*), następnie ocenić, czy szkoda jest normalnym następstwem tego zdarzenia (selekcja następstw). Pierwszy test umożli-

wia stwierdzenie, czy między zdarzeniem a szkodą zachodzi obiektywna zależność, i wymaga badania, czy niewystąpienie zdarzenia w danej konkretnej sytuacji powodowałoby, że oznaczona szkoda także nie wystąpiłaby. Dla jego wyniku nie mają znaczenia możliwe inne zdarzenia, które mogą mieć wpływ na istnienie i wysokość szkody. Natomiast przy selekcji następstw konieczne jest ustalenie w sposób obiektywny, czy prawdopodobieństwo skutku zwiększa się każdorazowo wraz z wystąpieniem przyczyny danego rodzaju” (wyrok SN z 25 stycznia 2018 r., IV CSK 215/17, LEX nr 2510947).

Warto podkreślić, że zarówno judykatura jak i doktryna uważają wymóg wykazania przesłanki związku przyczynowego za spełniony, jeżeli poszkodowany udowodnił bardzo wysoki stopień prawdopodobieństwa, że zdarzenie i szkoda pozostają w adekwatnym związku przyczynowym. Pogląd ten stosuje się najczęściej do tzw. procesów lekarskich, zainicjowanych na skutek zaniedbań lub błędów medycznych. Trend ten uzasadnia się potrzebą ochrony uzasadnionych interesów poszkodowanych, przy występujących trudnościach dowodowych (por. wyrok SN z 4 listopada 2005 r., V CK 182/05, LEX nr 180901; wyrok SA w Poznaniu z 17 stycznia 2006 r., I ACa 1983/04, LEX nr 186503; wyrok SA w Poznaniu z 23 listopada 2006 r., I ACa 503/06, LEX nr 298565; wyrok SN z 17 czerwca 1969 r., II CR 165/69, OSPiKA 1970/7/155). Ułatwienia dowodowe wynikają w szczególności z niedoskonałości poziomu nauki i wiedzy medycznej, a także nieuchwytności i niemożności poddania obserwacji procesów biologicznych zachodzących w człowieku. Widać tu oczywistą analogię do sytuacji procesowej pracownika, który doznał rozstroju zdrowia na skutek bezprawności w miejscu pracy. Warto zatem rozważyć, czy tego rodzaju ułatwienia dowodowe nie powinny być uwzględniane w postępowaniach pracowniczych.

Należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden problem występujący w omawianych postępowaniach. W razie wystąpienia wielości przyczyn może pojawić się problem ustalenia związku przyczynowego. Sędzia będzie zobowiązany rozstrzygnąć, na ile negatywny skutek wywołały faktycznie okoliczności związane z pracą w sytuacji, gdy epizody depresyjne przydarzały się pracownikowi już wcześniej (przed zatrudnieniem) lub też gdy doznawał on jednocześnie krzywdy w życiu osobistym. Innymi słowy chodzi o to, jak ustalić związek przyczynowy, kiedy równolegle występuje wielość przyczyn, które mają wpływ na zdrowie pracownika. Podpowiedź na rozwiązanie prezentowanego problemu może stanowić rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego, który w wyroku z 9 września 2011 r. (III PK 4/11, LEX nr 1119709) wyjaśnił: „Choroba samoistna pracownika nie wyłącza ani nie ogranicza odpowiedzialności pracodawcy za wywołanie u tego pracownika, wskutek warunków pracy niezgodnych z przepisami BHP, rozstroju zdrowia, jeżeli ponad wszelką wątpliwość nie zostanie udowodnione, że szkoda powstałaby i bez zdarzenia uzasadniającego taką odpowiedzialność”.

Również w piśmiennictwie starano się wyjaśnić problem zbiegu przyczyn. Kiedy mamy do czynienia z sytuacją, w której działają równocześnie dwie przyczyny, z których każda samodzielnie wywołała szkodę lub szkoda jest wynikiem współdziałania dwóch lub więcej przyczyn, z których

każda oddzielnie by jej nie wywołała, a zarazem każda z tych przyczyn jest niesamodzielna i dopiero szkodliwy skutek następuje poprzez ich wspólne współdziałanie, to odpowiadają wszyscy sprawcy skutku — jednocześnie każdy z nich odpowiada za całą szkodę. Wyjątkiem będzie sytuacja, gdy odpowiedzialność któregoś ze współsprawców nie zaistnieje z uwagi na brak pozostałych przesłanek odpowiedzialności. Wówczas odpowiadali będą tylko pozostali sprawcy (por. Rzetecka-Gil, 2011).

Na podstawie powyższej tezy należy dojść do wniosku, że w razie udowodnienia pracodawcy bezprawności może on ponosić odpowiedzialność deliktową nawet wówczas, gdy równolegle wystąpiły inne przyczyny mające wpływ na pogorszenie się stanu zdrowia pracownika. Będą one miały oczywiście znaczenie przy ustaleniu wysokości zadośćuczynienia.

Wysokość zadośćuczynienia

Ustalenie wysokości zadośćuczynienia stanowi jedno z najciekawszych, a zarazem najtrudniejszych zagadnień procesowych. Najwięcej komentarzy wywołują oczywiście wyroki, w których zasądzono znaczne kwoty. *De lege lata* ani kodeks pracy, ani kodeks cywilny nie dają żadnych wskazówek dotyczących miarkowania kwot zadośćuczynienia, czy szerzej — odszkodowania. Jedynie w art. 18^{3d} k.p. stwierdza się, że 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. Warto przypomnieć, iż podstawę dochodzenia zadośćuczynienia w związku z rozstrojem zdrowia stanowi art. 445 k.c. w związku z art. 300 k.p. Pracownik nie ma prawa do podwójnego zadośćuczynienia. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 15 listopada 2001 r. (II UKN 620/00, OSNP 2003/15/367) „czyn niedozwolony pracodawcy, powodujący rozstrój zdrowia pracownika, narusza także jego dobra osobiste (art. 23), ale nie rodzi roszczenia o zasądzenie zadośćuczynienia na podstawie art. 445 i w związku z art. 444 k.c. oraz równocześnie na podstawie art. 448 k.c.” (por. szerzej Sadlik, 2008).

Zarówno w doktrynie, jak i judykaturze można odszukać wypowiedzi dotyczące sposobu ustalania wielkości zadośćuczynienia. W piśmiennictwie podkreśla się, że „szkoda niemajątkowa wynika wskutek uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia stanowi naruszenie dóbr osobistych (...). Dlatego podstawowe znaczenie musi mieć rozmiar szkody niemajątkowej. O wysokości decydują takie czynniki, jak stopień cierpienia fizycznych i psychicznych, ich intensywność i długotrwałość”. (Szpunar, 1999, s. 182). Sąd Najwyższy dostrzega wartość zdrowia jako dobra „szczególnie cennego”, tym samym uważa, iż zasądzenie zbyt niskich kwot zadośćuczynienia w przypadku doznawania przez osobę zatrudnioną ciężkiego uszczerbku na zdrowiu prowadzi do niepożądanego deprecjacji tego dobra (wyrok SN z 16 lipca 1997 r., II CKN 273/97, niepubl.).

Judykatura zwraca uwagę na potrzebę indywidualizacji szkody. Sąd Najwyższy w wyroku z 3 lipca 2013 r. (V KK 464/12) orzekł: „Kryteria oceny wysokości zadośćuczynie-

nia (art. 445 § 1 k.c.) winny być rozważane w związku z konkretną osobą pokrzywdzonego, zaś przydatność kierowania się przy ustalaniu wysokości zadośćuczynienia sumami zasądzonymi z tego tytułu w innych przypadkach jest ograniczona, albowiem porównanie takie może stanowić orientacyjną wskazówkę i nie może naruszać zasady indywidualizacji okoliczności wyznaczających rozmiar krzywdy doznanej przez konkretnego poszkodowanego. Przy określeniu wysokości zadośćuczynienia winno uwzględniać się np. stopień i rodzaj cierpień fizycznych i psychicznych, ich intensywność i czas ich trwania, wiek pokrzywdzonego, rodzaj i rozmiar doznanych obrażeń, nieodwracalność następstw uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia. Nie budzi także wątpliwości, że z uwagi na kompensacyjny charakter zadośćuczynienia jego wysokość musi przedstawiać wartość ekonomiczną, adekwatną do warunków gospodarki rynkowej”. Podobne stanowisko zostało wyrażone także w wyroku Sądu Najwyższego z 26 marca 2015 r. (V CSK 317/14). Sąd Najwyższy wyjaśnił w nim: „W przypadku uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia należy wziąć pod uwagę między innymi rodzaj i stopień intensywności cierpień fizycznych lub psychicznych, czas ich trwania, nieodwracalność skutków urazu, wpływ skutków wypadku na dotychczasowy styl życia pokrzywdzonego, rodzaj dotychczas wykonywanej przez niego pracy zarobkowej, szanse na przyszłość, a także poczucie nieprzydatności społecznej czy wywołaną następstwem deliktu bezradność życiową pokrzywdzonego”. W podobnym duchu wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z 14 lutego 2019 r. (I ACa 210/18, LEX nr 2630375). Zdaniem tego sądu „Na wysokość zadośćuczynienia ma wpływ wiele czynników natury subiektywnej (związanej z osobą poszkodowanego) jak również i natury obiektywnej (do których może się odnieść i dokonanie ich oceny również osoba trzecia), a w tym przede wszystkim rodzaj zła wyrządzonego i zakres jego ingerencji w dotychczasowe życie i funkcjonowanie pokrzywdzonego. Znaczenie ma oczywiście również czas trwania krzywdy, tj. okres od momentu jej wyrządzenia do jej zakończenia, w tym również zakończenia trwania krzywdy przez śmierć pokrzywdzonego”.

Wątpliwości sądów budzi praktyka powoływania się w procesie na inne wyroki sądowe. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie „Posługiwanie się przez pozwanego orzeczeniami innych sądów w zakresie związanym z wysokością zasądzanych kwot zadośćuczynienia nie może być uznane za zabieg trafny, zwłaszcza w sytuacji braku argumentacji dotyczącej podobieństwa sytuacji życiowej pokrzywdzonych w analizowanych postępowaniach do sytuacji powódki w jakiej się ona znalazła w wyniku wypadku komunikacyjnego” (wyrok z 16 stycznia 2019 r., I ACa 619/18, LEX nr 2668034).

Warto zwrócić uwagę na kwestię ustalenia zakresu odszkodowania. Zdaniem doktryny „zadośćuczynienie powinno uwzględniać nie tylko krzywdę istniejącą w dacie orzekania, lecz i tę, którą poszkodowany będzie w przyszłości na pewno odczuwać, oraz krzywdę, którą można przewidzieć w dacie wyrokowania z dużym prawdopodobieństwem” (Wałachowska, 2007, s. 120). Podobny pogląd jest obecny w orzecznictwie. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku

z 24 kwietnia 2019 r. (V ACa 287/18, LEX nr 2679660) uznał, że „Zadośćuczynienie winno mieć charakter całociowy i obejmować wszystkie cierpienia fizyczne i psychiczne, zarówno już doznane, jak i te, które zapewne wystąpią w przyszłości”.

Dla ustalenia wysokości kwoty zadośćuczynienia istotne znaczenie może mieć postawa pracodawcy (sprawcy), który wyrządził szkodę. W tym miejscu warto zacytować tezę wyroku Sądu Najwyższego z 9 stycznia 1978 r. (IV CR 510/77, OSCP 1978/210) w następującym brzmieniu: „Nie bez znaczenia dla rozmiaru poczucia krzywdy jest w świetle art. 445 § 1 k.c. zachowanie się i postawa osoby odpowiedzialnej za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym. Obojętne zachowanie się tej osoby wobec wyrządzonej szkody może pogłębić u pokrzywdzonego poczucie krzywdy (...)”.

W przypadku rozstroju zdrowia wywołanego na skutek mobbingu lub molestowania w orzecznictwie zwraca się uwagę na konieczność uwzględnienia aspektu prewencyjnego. Tym samym zadośćuczynienie ma stanowić nie tylko rekompensatę za krzywdę, której doznał pracownik, lecz także zapobiegać negatywnym zjawiskom w przyszłości. W doktrynie wskazano, że ochrona dóbr osobistych pracownika, obok zabezpieczenia interesów materialnych pracownika, jest podstawowym zadaniem prawa pracy (Szewczyk, 2007, s. 39).

W wyroku z 8 sierpnia 2017 r. (I PK 206/16, LEX nr 233306) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że „Pojęcie »odpowiednia suma« użyte w art. 94³ § 3 k.p., której może domagać się pracownik w przypadku rozstroju zdrowia, jest pojęciem niedookreślonym. W orzecznictwie przyjmuje się, że zadośćuczynienie ma mieć przede wszystkim charakter kompensacyjny, wobec czego jego wysokość nie może stanowić zapłaty symbolicznej, lecz musi przedstawiać ekonomicznie odczuwalną wartość”.

W tym miejscu rodzi się pytanie, czy zasada, o której mowa w zacytowanym wyroku, może mieć zastosowanie również do innych przejawów bezprawności po stronie pracodawcy, które nie zostały jednak udowodnione jako mobbing. Chodzi zatem o sytuację, kiedy pracownik dochodzi roszczenia o zadośćuczynienia jedynie na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, nie powołując się na regulacje dotyczące mobbingu. W mojej ocenie sytuacja ofiary bezprawności pracodawcy, bez względu na to, czy pracownik udowodnił mobbing, czy też nie, w obu przypadkach jest taka sama. Jedyna różnica sprowadza się do tego, że pracownik wybrał inną podstawę prawną dochodzenia roszczeń. Skoro jednak rozstrój zdrowia nastąpił w miejscu pracy i jest on skutkiem występujących tam patologicznych zjawisk, regułę zasądzania kwoty w wymiarze prewencyjnym należy stosować w obu przypadkach. W praktyce pracownik rezygnuje z udowadniania mobbingu z obawy o wynik procesu, mimo że krzywda i bezprawność są niezaprzeczalne. Jak wcześniej wyjaśniono, definicja mobbingu jest na tyle skomplikowana i niejasna, że utrudnia dochodzenie praw przed sądem. Dodatkowym argumentem przemawiającym za prezentowanym poglądem jest stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 7 kwietnia 2010 r. (II PK 291/09, OSNP 2011/19-20/246). W ocenie Sądu Najwyższego, skoro mobbing jest kwalifikowany jako delikt (wykroczenie przeciw

prawu), a jego istota zawsze polega na naruszaniu dóbr osobistych pracownika (takich jak godność, dobre imię, zdrowie), to należy przyjąć, że pracownik może skorzystać z cywilnoprawnych roszczeń służących ochronie tych dóbr (art. 24 § 1 i 2 k.c.). Podstawę dochodzenia od pracodawcy roszczeń majątkowych (zadośćuczynienia i odszkodowania z tytułu mobbingu) stanowi w pierwszej kolejności art. 94³ § 3 i 4 k.p. Przed sądem pracy pracownik może dochodzić od pracodawcy naprawienia tej części szkody majątkowej i niemajątkowej z tytułu mobbingu, która nie może być zaspokojona na podstawie art. 94³ § 3 i 4 k.p. Chodzi tutaj w szczególności o roszczenie przewidziane w art. 444 k.c., do którego odpowiednio odsyła art. 300 k.p., czyli o naprawienie szkody majątkowej spowodowanej uszkodzeniem ciała lub wywołaniem rozstroju zdrowia (w tym także rentę). Nie ulega wątpliwości, że pracownik może dochodzić innych roszczeń niż bezpośrednio wymienione w przepisach prawa pracy, co prowadzi do wniosku, że w każdym przypadku rozstroju zdrowia pracownika w miejscu pracy sąd powinien przyjąć identyczne zasady miarkowania zadośćuczynienia.

Z uwagi na zakres zadośćuczynienia zasadne jest wyjaśnienie również kwestii rekompensaty kosztów leczenia przez pracodawcę. Przez pewien okres w judykaturze dominowało stanowisko o potrzebie wyboru publicznej placówki medycznej. Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 19 maja 2016 r. (III CZP 63/15) dowodzi zmiany poglądu w tym zakresie. Zgodnie ze wspomnianą uchwałą „Świadczenie ubezpieczyciela w ramach umowy obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych obejmuje także uzasadnione i celowe koszty leczenia oraz rehabilitacji poszkodowanego niefinansowane ze środków publicznych (art. 444 § 1 k.c.)”. W uzasadnieniu cytowanego rozstrzygnięcia Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na dorobek orzecznictwa, wyjaśniając: „W zasadzie nie neguje się objęcia tymi pojęciami także kosztów leczenia prywatnego, ponieważ poszkodowany nie ma obowiązku korzystania w ogóle lub przede wszystkim ze świadczeń w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego w Narodowym Funduszu Zdrowia. (...) Jako koszty konieczne i celowe wskazuje się przede wszystkim koszty leczenia i rehabilitacji w placówce prywatnej, gdy świadczenia te wykraczają poza zakres dostępnych świadczeń w ramach powszechnej opieki zdrowotnej lub poszkodowanemu oferowane są takie świadczenia w czasie nieracjonalnym z medycznego punktu widzenia. Niekiedy wskazuje się także na jeszcze inne sytuacje, a więc na większe szanse powrotu do zdrowia, jakie stwarza leczenie prywatne (większa szansa efektywności leczenia, wyższa jakość usługi medycznej) i na poważny charakter uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia poszkodowanego (ryzyko śmierci poszkodowanego lub nieodwracalnego kalectwa)”.

Wnioski

Pracownik, który na skutek bezprawności w miejscu pracy doznał rozstroju zdrowia psychicznego, może wystąpić o zadośćuczynienie od pracodawcy. Obowiązkiem strony inicjującej proces będzie udowodnienie bezprawności, winy oraz

związku przyczynowego pomiędzy bezprawnością a rozstrojem zdrowia. W przypadku tego rodzaju procesów niezwykle trudne jest udowodnienie związku przyczynowego pomiędzy sytuacją w pracy a zaistniałym rozstrojem zdrowia, co wynika z problemu w zakresie jednoznacznego stwierdzenia przyczyn choroby pracownika (np. etiologii depresji). Wydaje się zatem uzasadnione skorzystanie z teorii występującej w procesach lekarskich, która zakłada, że dla przyznania zadośćuczynienia poszkodowanemu wystarczy już samo udowodnienie wysokiego stopnia prawdopodobieństwa powstania choroby w związku z doznaną krzywdą (bezprawnością).

W procesach o zadośćuczynienie istotną rolę odgrywa wysokość przyznanego roszczenia. Nie ulega wątpliwości, że musi być to kwota na tyle istotna, aby stanowiła wynagrodzenie za cierpienie pracownika. Powinna być to zarazem suma na tyle dolegliwa, aby stanowić przestrożę przed ponownym naruszeniem prawa w miejscu pracy. Z uwagi na szczególny charakter norm prawa pracy, jak i dorobek orzecznictwa unijnego w zakresie dyskryminacji warto się zastanowić nad zmianą przepisów, po to aby prawo w sposób jednoznaczny stanowiło o prewencyjnym charakterze zadośćuczynienia. Chodzi zatem o otwartość sędziów na zasądzanie wyższych kwot na rzecz poszkodowanego pracownika.

Bibliografia

- Dmowski, S., Trzaskowski, R. (2014). W: J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz*. LEX.
- Bieniek, G. (2013). W: J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, cz. III: Zobowiązania*. Warszawa.
- Jędrejek, G. (2017). *Dochodzenie roszczeń związanych z mobbingiem, dyskryminacją i molestowaniem*. Warszawa.
- Kępiński, A. (2008). *Rytm życia*. Kraków.
- Mańkowska, B. (2016). *Wypalenie zawodowe. Źródła, mechanizmy, zapobieganie*. Gdańsk.
- Mastalerz-Migas, A., Pokorna-Kalwak, D., Steciwko, A. (2017). W: A. Steciwko, A. Mastalerz-Migas (red.), *Stres oraz wypalenie zawodowe. Jak rozpoznać, zapobiegać i leczyć*. Wrocław.
- Nowak, M. (2019). Wypalenie zawodowe a prawo do odpoczynku — wybrane zagadnienia. *Monitor Prawa Pracy*, (1).
- Rubin, J. (2012). *Wypalenie zawodowe. Kontekst organizacyjny*. Wrocław.
- Rzetecka-Gil, A. (2011). *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania — część ogólna*. LEX.
- Sadlik, R. (2008). Kiedy pracodawca narusza dobra osobiste pracownika. *Służba Pracownicza*, (6).
- M. Szymczak (red.). (1998). *Słownik języka polskiego. Tom I*. Warszawa.
- Szewczyk, H. (2007). *Ochrona dóbr osobistych w zatrudnieniu*. Warszawa.
- Szpunar, A. (1999). *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*. Bydgoszcz.
- Tomaszewska, M. (2014). W: K. W. Baran (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*. Warszawa.
- Wałachowska, M. (2007). *Zadośćuczynienie pieniężne za doznana krzywdę*. Toruń.

Wpływ zwyczaju na treść i wykonywanie stosunku pracy w orzecznictwie i na tle doktryny

The influence of custom on the provisions of an employment relation and performance of work in such a relation according to jurisprudence and legal doctrine

mgr Magdalena Gumola

asystent w Izbie Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego
e-mail: astamr@sn.pl

Streszczenie Przedmiotem artykułu są podstawowe problemy związane z pozycją zwyczaju w stosunkach pracowniczych, ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa sądowego i wypracowanej w nim metody postępowania się zwyczajem w odniesieniu do prawa stanowionego. Autorka wskazuje, że zwyczaj może zaistnieć zarówno w treści stosunku pracy, uzupełniając wzajemne prawa i obowiązki stron tego stosunku, jak i stanowiąc niekiedy immanentny element sposobu wykonywania pracy. Co więcej, wydaje się, że niekiedy zwyczaj, stanowiąc w pierwszej kolejności o sposobie wykonywania stosunku pracy, staje się z czasem elementem treści stosunku pracy, kształtując wzajemne prawa i obowiązki stron. Warunkiem, aby tak się stało, jest znajomość i akceptacja, choćby bierna, danego zwyczaju przez obie strony stosunku pracy.

Słowa kluczowe: prawo zwyczajowe, zwyczaj w stosunkach pracowniczych i w judykaturze, treść stosunku pracy, wykonywanie stosunku pracy.

Summary The article is concerned with basic issues connected with the role of custom in employment relations, with a particular emphasis on judicial jurisprudence and the method established therein to use the custom in relation to statutory law. This has a primary importance in view of the fact that custom penetrates the system mainly through court rulings, also in the system of civil law and not only the case law. The conclusions reached indicate that custom may occur both in the provisions of an employment relation, as an addition to mutual rights and obligations of the parties to that relation and sometimes constitutes an inherent element of the manner in which work is performed. Moreover, it seems that, in certain cases, the custom, being in the first place a determinant of the manner in which work is performed, with time becomes an element of the provisions of the employment relation, thereby shaping the mutual rights and obligations of the parties. In order for that to occur, a given custom must be, at least passively, known and accepted by both parties to an employment relationship.

Keywords: customary law, custom in employment relation and in judicial jurisprudence, provisions of the employment relationship, performance of work under the employment relation.

JEL: K31

Uwagi wstępne

Zwyczaj towarzyszył ludziom od zawsze, budując ich tożsamość jako gatunku, był jednym z czynników wyodrębnienia ich w plemionach i narodach, grupach etnicznych i społecznych, stanowił bazę rozwoju kultury i obyczajowości. Warunkował przynależność człowieka do takiej, a nie innej społeczności. L. Petrażycki, oscylując między nauką a literaturą, wskazał, że prawo zwyczajowe, będące „nieświadomym tworem zbiorowego doświadczenia społecznego, zawiera instynktowną mądrość społeczną pochodzenia empirycznego” (Petrażycki, 1898).

Poniższe rozważania poświęcone są pewnemu wycinkowi tak szerokiego tematu, jakim jest rola zwyczaju w życiu społeczności ludzkiej, a mianowicie pozycji zwyczaju w stosunkach pracowniczych, ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa sądowego i wypracowanej w nim metody postępowania się zwyczajem w odniesieniu do prawa stanowionego. Nie ulega wątpliwości, że zwyczaj jako kategoria prawna przenika do systemu przede wszystkim poprzez judykaturę i obserwacja ta odnosi się nie tylko do prawa precedensowego, ale także systemów prawa cywilnego (Safjan, 2005, s. 84).

W artykule posługuję się głównie pojęciem zwyczaju, traktując go zamiennie z praktyką zakładową i unikając określenia prawo zwyczajowe. Należy podkreślić, że oba te wyrażenia nie doczekały się do dziś wyraźnego rozgraniczenia w teorii prawa, co oznacza, że w dalszym ciągu różnicowanie ich jest niejednoznaczne.

Zwyczaj a prawo zwyczajowe

Zdaniem A. Preisnera prawo zwyczajowe pojawia się dopiero w momencie uznania zwyczaju (normy zwyczajowej) przez odpowiedni organ państwa. Z drugiej strony M. Safjan wskazuje, że „dystynkcja między zwyczajem a prawem zwyczajowym nie jest wyraźna” (Safjan, 2005, s. 79). Natomiast A. Patulski zauważa, że przeprowadzenie linii demarkacyjnej pomiędzy ustalonymi zwyczajami a prawem zwyczajowym jest niezmiernie trudne (Patulski, 2017, s. 1279).

Mimo podejmowanej w doktrynie próby różnicowania zwyczaju od prawa zwyczajowego, opartej przeważnie na poglądzie, że prawo zwyczajowe stanowi pewną wyższą formę zwyczaju, w którą zwyczaj może się z czasem przekształcić (ustalone zwyczaje mogą mieć charakter „imperatywny” — *iuscogens*, wówczas stają się „prawem zwyczajowym”, względnie nieimperatywny — *iusdispositivus*) (Patulski, 2017, s. 1279), różnicowanie tych dwóch pojęć nadal wywołuje w doktrynie kontrowersje.

Ze względu na istniejące rozbieżności i charakter poniższych rozważań, mających na celu zbadanie funkcjonowania zwyczaju w stosunkach pracy na przykładzie orzecznictwa, w artykule używam pojęcia „zwyczaj”. Tym bardziej że dla uznania istnienia zwyczaju wystarczy jego powszechność (powtarzalność przez określony krąg podmiotów) i trwałość (w odpowiednio długim czasie). Nie jest jednak konieczne uznanie za immanentną cechę zwyczaju potrzeby podporządkowania się (akceptacji) przez daną grupę określonej regule postępowania, co ma miejsce w często przyjmowanej definicji prawa zwyczajowego.

W obliczu obserwowanego obecnie znacznego rozluźnienia różnorakich norm społecznych, także w przypadku zwyczaju dominujące jest przekonanie o możliwości a nie przymusie jego stosowania. Przeważający sposób posilkowania się zwyczajem w orzecznictwie sądowym zdaje się to potwierdzać. W tym znaczeniu zwyczaj jest bliższy obyczajowi. Można uznać, że zwyczaj (obyczaj), występujący jako pierwszy, jest źródłem prawa zwyczajowego, akceptowanego przez większą zbiorowość. W tym sensie zwyczaj stał się podstawą norm prawnych. Jednak znacznie ważniejsze dla uznania reguł zwyczajowych za normy prawa stosowanego od upowszechnienia się przekonania o ich „prawności” ma stopień rozpowszechnienia się określonych zachowań zwyczajowych.

Inne stanowisko zajmował Z. Ziemiński, który dla uznania zwyczaju za konieczne, poza praktyką określonych zachowań, uważał przekonanie, że zachowania te należą do wiążącego wzorca zachowań ludzkich, to znaczy że wyznaczone przez tę normę postępowanie jest obowiązkiem prawnym (Ziemiński, 1980, s. 261).

Zwyczaj — pojęcie

Obecnie jako kluczowe kryteria istnienia zwyczaju należałoby przyjąć powszechną i trwałą praktykę pewnej aktywności ludzkiej, w przypadku stosunków pracy akceptowaną przez obie strony.

Jak zauważono w doktrynie, z istoty zwyczaju wynika, że w zakładzie pracodawcy rozpoczynającego działalność nie może być zwyczaju zakładowego (Jaśkowski, 2008, s. 2). Podobnie E. Maniewska w odniesieniu do obowiązków informacyjnych pracodawcy konkludowała, że kryterium działania w sposób zgodny z ustalonymi zwyczajami będzie miało zastosowanie tylko wówczas, gdy w zakładzie pracy będzie przyjęta ustalona (trwała) i powszechnie znana praktyka udzielania informacji pracownikom przez pracodawcę (Maniewska, 2013).

W przepisach prawnych zwyczaj funkcjonuje często w bezpośrednim sąsiedztwie klauzul generalnych, takich jak np. zasady współzycia społecznego czy społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa (art. 354 k.c., art. 56, art. 65 § 1 k.c.). O ile klauzule można uznać za zasady prawa, zwyczaj nie spełnia takiej roli. Wyodrębnienie zwyczaju potwierdza, że abstrahuje on od norm etycznych ze względu na zbieżność z codzienną praktyką, czasem o charakterze porządkującym bądź technicznym. Błędem byłoby mylenie go, a już w szczególności utożsamianie z różnego rodzaju zbiorami zasad deontologicznych, np. zasadami etyki różnych grup zawodowych. Zwyczaj nie ma wagi norm moralnych ani religijnych, natomiast reguluje wiele aspektów codzienności, choć jego zakres funkcjonowania może mieć wąski charakter, ograniczony do danej grupy społecznej, a w kontekście prawa pracy czasami występujący wyłącznie w obrębie zakładu pracy, a nawet filii, działu, departamentu.

Nieco inny był pogląd Sądu Najwyższego II RP, który wskazał w orzeczeniu z 15 grudnia 1936 r. (II C 1927/36, LEX nr 1639084), że do warunków powstania prawa zwyczajowego między innymi konieczne jest, aby zwyczaj sam nie sprzeciwiał się moralności i dobremu obyczajom. Nie należy jednak tracić z pola widzenia tego, że wówczas zakres stosowania zwyczaju w prawie był znacznie szerszy i bardziej rozpowszechniony, a obie te instytucje częściej się przenikały.

Umocowanie zwyczaju

Niewątpliwie w prawie pracy wzrasta znaczenie autonomii woli stron przy kształtowaniu treści stosunku pracy i sposobu jego wykonania. W ocenie Sądu Najwyższego postępujący proces autonomizacji pracy jest konieczny i nieunikniony z uwagi na zaistniałe przemiany o charakterze gospodarczym, zmiany w sferze stosunków społecznych oraz dynamiczny rozwój nietypowych form organizacji pracy (por. wyroki SN z 7 września 1999 r., I PKN 277/99, OSNP 2001/1/18 oraz z 11 października 2007 r., III UK 70/07, OSNP 2008/23-24/366). Wraz z tym procesem coraz większe znaczenie mają przepisy

kodeksu cywilnego oraz zawarte w nich sposoby wykładni oświadczeń woli i wykonania zobowiązań.

Należy zgodzić się z poglądem, że prawne znaczenie zwyczaju wynika z przepisów kodeksu cywilnego, stosowanych odpowiednio do stosunków pracy (art. 300 k.p.). Zwyczaj — obok ustawy i zasad współżycia społecznego — określa skutki czynności prawnej (art. 56 k.c.). Służy on także wykładni oświadczenia woli (art. 65 k.c.) oraz sposobu wykonania zobowiązania (art. 354 k.c.) (Jaśkowski, 2019).

Artykuł 56 k.c. stosowany odpowiednio w stosunkach pracy na podstawie art. 300 k.p. wskazuje, że „czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów”. Natomiast zgodnie z art. 65 § 1 k.c. „oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”. Artykuł 354 k.c. stanowi w § 1, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje — także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel (§ 2).

Obecność zwyczaju w treści i wykonywaniu stosunków pracy

Według poglądu panującego w prawoznawstwie treścią stosunku prawnego są prawa i obowiązki występujące najczęściej w stosunku prawnym w ścisłej korelacji. Na treść stosunku pracy składają się wyłącznie te prawa i obowiązki pracodawcy i pracownika, które tworzą więź zobowiązaniową między tymi podmiotami (Zieliński, 1986, s. 73). Są one uregulowane w umowie stron, kodeksie pracy, innych ustawach i aktach wykonawczych, regulaminach, porozumieniach zbiorowych, statutach oraz posiłkowo w kodeksie cywilnym.

Natomiast wykonywanie pracy to podstawowe świadczenie, jakie pracownik jest obowiązany spełniać na rzecz podmiotu zatrudniającego na mocy umowy o pracę lub innego aktu będącego podstawą stosunku pracy. Przez „wykonywanie pracy” należy rozumieć działalność pracownika polegającą na faktycznym spełnianiu czynności podpadających pod prawne pojęcie pracy podporządkowanej (Zieliński, 1986 s. 204).

W doktrynie wyjaśnia się, że wiele przyzwyczajęń i nawyków szanowanych w danej społeczności może pełnić funkcje źródła zobowiązań lub służyć wykładni oświadczeń woli oraz określać sposób ich wykonania (Jaśkowski, 2008, s. 3).

Potwierdzeniem jest orzecznictwo Sądu Najwyższego, w którym zwyczaj zajmuje może nie poczesne, ale utrwalone i stałe miejsce, służąc zarówno określeniu treści stosunku pracy, jak i precyzując sposób jego wykonania.

Warunek powstania zwyczaju

Poza wskazaną wyżej powszechnością w stosowaniu zwyczaju orzecznictwo Sądu Najwyższego ukształtowało niewątpliwie słuszną zasadę, że koniecznym warunkiem przyjęcia istnienia zwyczaju jest jego znajomość przez obie strony stosunku pracy.

W wyroku z 26 czerwca 1998 r. (I PKN 214/98, OSNAPiUS 1999/14/460) Sąd Najwyższy stwierdził, że sądy obu instancji trafnie uznały, że nie może być argumentem umniejszającym winę powódki „pożyczającej sobie pieniądze z kasy sklepu” okoliczność, iż inne pracownice sklepu czyniły tak samo oraz że powódka w dniu wypłaty jej wynagrodzenia zwracała pieniądze do kasy. Jeżeli bowiem nawet pracownice wprowadziły praktykę stosowaną przez powódkę, to niewątpliwie nie o niej nie wiedziała pozwana, a tylko jej wiedza na ten temat i jej przyzwolenie mogłoby odebrać postępowaniu powódki cechę ciężkiego naruszenia obowiązków pracowniczych.

Warto zaznaczyć, że mimo wskazanych w powyższym wyroku przez Sąd Najwyższy równoprawnie „wiedzy i pozwolenia”, z powołanego w dalszej części artykułu orzecznictwa w przeważającej mierze zdaje się raczej wynikać, że przy zachowanym warunku wiedzy ze strony pracodawcy dla uznania zwyczaju wystarczy jego do rozumiana akceptacja oparta na milczącej tolerancji.

Zwyczaj jako źródło praw i obowiązków pracownika

W sposób dosłowny Sąd Najwyższy w wyroku z 23 października 2003 r. (I PK 425/02, OSNP 2004/20/345) stwierdził, że zakres obowiązków pracowniczych określają przepisy prawa pracy, postanowienia umowy o pracę oraz — jeżeli chodzi o ich konkretny kształt — zwyczaj zakładowy. Co więcej, stwierdzenie to, włączające zwyczaj w zakres obowiązków pracowniczych, jest powoływane w kolejnych orzeczeniach, np. w wyroku SN z 22 sierpnia 2013 r. (II PK 339/12, OSNP 2014/5/68) czy wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 12 listopada 2015 r. (I ACa 471/15, LEX nr 2020474). Ten ostatni respektując miejsce zwyczaju zakładowego wśród obowiązków pracowniczych, zastrzegł jednak, że z wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. wynika zasadnicza reguła, że pracownika obowiązują przede wszystkim przepisy zawarte w kodeksie pracy, umowie o pracę i regulaminach. Sam zwyczaj nie może być z tymi regulacjami sprzeczny, a jak podkreślił Sąd Najwyższy może je jedynie konkretyzować. Każdy zatrudniony ma bowiem obowiązek przestrzegać przepisów i powstrzymywać się od kontynuowania zwyczaju, który byłby z tymi przepisami sprzeczny.

W literaturze bezpośrednio zwyczaj za źródło praw i obowiązków uznał T. Bakalarz. Wyraził on pogląd, że powołując się za pośrednictwem art. 300 k.p. na przepis art. 354 k.c., należy uznać, że pracownik jest zobowiązany do wykonania swojego świadczenia (świadczenia

pracy) również zgodnie z przyjętymi zwyczajami, jeśli są one w takim zakresie ustalone. Obowiązek kodyfikacji wiedzy może więc mieć umocowanie w tzw. zwyczaju zakładowym, jako ugruntowanym w orzecznictwie źródle praw i obowiązków (Bakalarz, 2011, s. 24). Natomiast A. Marek uznał, że warunki pracy regulowane są zarówno przez przepisy prawa pracy (powszechne i wewnętrzne), np. układy zbiorowe pracy, jak i ustalone u danego pracodawcy poprzez utrwalone zwyczaje i praktykę zakładową (Marek, 2009, s. 1).

W wyroku z 15 listopada 2006 r. (I PK 128/06, OSNP 2007/23-24/346), w którym Sąd Najwyższy wskazał, że choć co do zasady wnioski o udzielenie urlopu „na żądanie” (art. 167² k.p.) powinien być zgłoszony najpóźniej w dniu rozpoczęcia urlopu, to regulamin pracy albo przyjęta u pracodawcy praktyka zakładowa (zwyczaj) mogą przewidywać późniejsze zgłoszenie wniosku o udzielenie urlopu „na żądanie”, doszło do modyfikacji treści stosunku pracy zgodnie z istniejącą u pracodawcy praktyką zakładową. W uzasadnieniu tego wyroku Sąd Najwyższy zarzucił sądowi drugiej instancji, że zagadnienie funkcjonowania u pozwanego pracodawcy pewnego zwyczaju (zakładowej praktyki) udzielania urlopów na żądanie zostało przez niego zbagatelizowane. U pozwanego pracodawcy istniała praktyka udzielania takiego urlopu również na wniosek zgłoszony do godz. 9.00 w dniu następnym po dniu, w którym pracownik skorzystał z tego urlopu. Sąd Najwyższy wywiódł zatem, że należy zgodzić się z poglądem skarżącego, że przewidziany w art. 167² zdanie drugie k.p. obowiązek pracownika ma charakter względny w tym znaczeniu, że obowiązek ten może podlegać modyfikacjom (np. w regulaminie pracy albo w przyjętej u danego pracodawcy i powszechnie stosowanej wobec wszystkich pracowników przez dłuższy czas praktyce zakładowej).

Należy zauważyć, że w powołanym orzeczeniu Sąd Najwyższy daje co prawda zwyczajowi prymat nad przepisem kodeksu pracy, jednak nie jest to przepis prawa pracy o charakterze bezwzględnie obowiązującym.

W jednym z najnowszych orzeczeń z 13 stycznia 2016 r. (II PK 301/14, LEX nr 1968442) Sąd Najwyższy także wskazał na utrwaloną praktykę, zwyczaj zakładowy oraz wymagania art. 31 k.p. jako kryteria przyznania pracownikom ze „ściślej kadry dyrektorów” strony pozwanej dodatkowych apanaży (nagród uznaniowych).

W wyroku z 13 grudnia 2007 r. (I PK 133/07, LEX nr 863912) Sąd Najwyższy skonfrontował regulamin pracy i umowę o pracę z przyjętą u pracodawcy praktyką zakładową i wywiódł z tego wniosek, że nie można uznać, aby powód nie dopełnił obowiązków nałożonych na niego w przypisanym do jego stanowiska pracy zakresie czynności oraz w regulaminie, jeśli przyjęta u strony pozwanej praktyka zakładowa zawężyła obowiązek zawiadamiania policji i pogotowia ratunkowego do wypadków drogowych.

W wyroku z 6 maja 2009 r. (II PK 95/09, OSNP 2011/1-2/6) Sąd Najwyższy uznał, że oczywiście urlop może zostać wprowadzony w ramach innych stosunków prawnych niż stosunek pracy, np. w umowie zlecenia;

prawo do niego mogłoby ukształtować się w konkretnych okolicznościach również jako mające swoje źródło w zwyczaju. Także dla prawa do ekwiwalentu w innych niepracowniczych stosunkach prawnych musiałaby istnieć wyraźna podstawa prawna w umowie bądź też prawo do ekwiwalentu musiałoby ukształtować się w drodze zwyczaju.

Wśród wydanych orzeczeń szczególnie interesujący jest wyrok z 9 marca 2017 r. (II PK 411/15, LEX nr 2294396), w uzasadnieniu którego Sąd Najwyższy kilkakrotnie wskazał na potrzebę uwzględnienia praktyki zakładowej dla ustalenia wysokości wynagrodzenia pracownika w okresie zwolnienia z obowiązku wykonywania pracy. W ustalonym stanie faktycznym Sąd Najwyższy uznał, że priorytet należy przypisać umowie stron, która podlega regułom interpretacji przewidzianym w art. 65 k.c. w zw. z art. 300 k.p.: „§ 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. § 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu”. Sąd rozstrzygający spór jest więc zobligowany do ustalenia woli stron w kwestii wysokości wynagrodzenia za czas zwolnienia z wykonywania pracy, która znalazła swój wyraz w zgodnym zamiarze stron i celu porozumienia, z uwzględnieniem okoliczności towarzyszących wykonywaniu pracy i zawarciu porozumienia co do rozwiązania umowy oraz ustalonych zwyczajów, co może mieć postać utrwalonej praktyki bądź regulacji wewnętrznych; w końcu może też uwzględnić zasady współżycia społecznego. Należy też mieć na względzie art. 56 k.c. w zw. z art. 300 k.p. regulujący skutki czynności prawnej. W braku stosownych ustaleń stron skutek ten można więc wyinterpretować na podstawie kryteriów określonych w art. 56 k.c., czyli biorąc pod uwagę przepisy, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. Interesujące jest, że również w tym orzeczeniu Sąd Najwyższy wskazał, że „wszystkie kryteria są równorzędne względem siebie i powinny być rozważane łącznie. Nie można poprzestać tylko na jednym z nich”. W analizowanym stanie faktycznym, jak wspomniano wyżej, nie ma wprost przepisu prawa stanowiącego podstawę ustalenia wysokości wynagrodzenia. Jak stwierdził Sąd Najwyższy, normą art. 81 § 1 k.p. można się posłużyć przez analogię, ale też należy uwzględnić pozostałe kryteria wynikające z art. 65 k.c., przy czym zasady współżycia społecznego wskazują na okoliczności towarzyszące porozumieniu, a ustalone zwyczaje na przepisy wewnętrzne i stosowane zwyczajowo regulacje.

Sąd Najwyższy wskazał również, że w świetle zagadnienia obowiązującego zwyczajowych norm wewnętrznych nie jest też obojętna okoliczność wysokości wynagrodzenia powoda w porównaniu do wynagrodzenia innych osób zwalnianych przez pozwanego w tym samym okresie.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 30 marca 1995 r. (III APr 14/95, OSA 1996/2/3) ocenił działania

dyrektora jako służące osiągnięciu osobistej korzyści majątkowej, a w konsekwencji zakwalifikował je jako ciężkie naruszenie podstawowych obowiązków pracowniczych, a ocenę tę uzależnił od istniejącego zwyczaju zakładowego dopuszczającego udzielanie zaliczek tylko w sytuacjach wyjątkowych, z przeznaczeniem uzyskanych środków na pomoc pracownikom w uregulowaniu szczególnych materialnych potrzeb rodziny (np. opłacenie czynszu, kosztów energii elektrycznej, wyposażenie dzieci do szkoły).

Natomiast w wyroku z 23 października 2003 r. (I PK 45/02, OSNP 2004/20/345) Sąd Najwyższy podkreślił, że zakres obowiązków pracowniczych określają nie tylko przepisy prawa pracy i postanowienia umowy o pracę, ale także zwyczaj zakładowy. U pracodawcy ukształtował się zwyczaj, zgodnie z którym w przypadku gdy nie było dla kierowców zleceń wyjazdu mogli oni przebywać poza zakładem pracy, w domu, pozostając w gotowości do świadczenia pracy. Korzystając z tego zwyczaju, powód poinformował pracownicę kadr o zamiarze skorzystania z urlopu i uzyskał jej aprobatę. Taki tryb uzyskania urlopu niewątpliwie nie był zgodny z obowiązującym u pracodawcy sposobem uzyskania urlopu drogą decyzji prezesa. Ostatecznie jednak Sąd Najwyższy uznał, że nie można powodowi w tej sytuacji postawić zarzutu umyślnego działania w postaci naruszenia obowiązku przestrzegania czasu pracy przez samowolne opuszczenie miejsca pracy, a nawet zarzutu rażącego niedbalstwa w tym zakresie.

Wpływu zwyczaju przy wykładni treści układów zbiorowych dotyczyła uchwała Sądu Najwyższego z 27 marca 2007 r. (II PZP 3/07, OSNP 2007/17–18). Wskazano w niej, że ustalony zwyczaj, jeżeli da się go stwierdzić w zakresie kształtowania nagród z zysku i ich wysokości, może i powinien być brany pod uwagę przy wyjaśnianiu treści postanowień układów zbiorowych pracy.

Z powołanych wyżej orzeczeń wynika, że istniejący w zakładzie pracy zwyczaj może stać się treścią stosunku pracy, kształtując nowe prawa bądź obowiązki pracownika po jednej, a pracodawcy po drugiej stronie istniejącego stosunku zobowiązaniowego.

Wykonywanie stosunku pracy w oparciu o zwyczaj

Pracownik przez sam fakt nawiązania stosunku pracy zobowiązuje się do sumiennego i starannego wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz i pod kierownictwem pracodawcy. K. Jaśkowski traktuje zwyczaj wewnątrzzakładowy jako uzupełniające kryterium oceny staranności i sumienności pracownika (obecnie art. 100 § 1 k.p.) (Jaśkowski, 2007, s. 127).

Także judykatura w wielu orzeczeniach wskazuje na zwyczaj jako jeden z kryteriów prawidłowego wykonywania pracy.

W wyroku z 26 czerwca 1998 r. (I PKN 211/98, OSNAPiUS 1999/14/457) Sąd Najwyższy uznał, że „z reguły nie można przypisać znacznego stopnia winy (art. 52 § 1 pkt 1 k.p.) pracownikowi naruszającemu

przepisy regulaminu pracy dotyczące zasad opuszczania miejsca pracy w czasie pracy oraz udzielenia urlopu wypoczynkowego, jeżeli jego zachowanie jest zgodne ze zwyczajem akceptowanym przez pracodawcę”. W sprawie tej przełożony powołał akceptował możliwość opuszczenia zakładu pracy w celu załatwienia spraw służbowych bez dokonania wpisów w księdze wyjść, jak również udania się na urlop bez wyraźnego jego udzielenia. Jeżeli wniosek urlopowy nie był uwzględniany, to wówczas pracownika zawiadamiano o konieczności powrotu do pracy. Co istotne, w tej sytuacji Sąd Najwyższy uznał, że z reguły nie można skutecznie postawić pracownikowi zarzutu winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa, jeżeli postępuje on zgodnie ze zwyczajem, mimo że świadomie narusza przepisy regulaminu pracy. Interesujące jest również to, iż w doktrynie wskazano, że należałoby ostrzej wyteżować ten wyrok, gdyż można było przyjąć, że zachowanie pracownika zgodne ze zwyczajem zakładowym w ogóle nie jest sprzeczne z prawem. Zwyczaj w tej sprawie tworzył bowiem swoistą interpretację norm prawa dla stosunków pracy u danego pracodawcy (Jaśkowski, 2007, s. 2).

Notabene J. Jaśkowski w powołanym artykule poszedł o krok dalej, przyznając zwyczajowi moc prawostanowiącą do tego stopnia, że dopuścił możliwość wydania polecenia wbrew zwyczajowi, gdy wymagają tego wyjątkowe sytuacje, w szczególności przewidziane w art. 151 § 1 pkt 1 k.p. (akcja ratownicza) oraz wąsko rozumiane szczególne potrzeby pracodawcy. W tych sytuacjach ochrona praw pracownika wynikających ze zwyczaju musi ustąpić jego obowiązkowi dbałości o dobro zakładu pracy (art. 100 § 2 pkt 4 k.p.). Jeżeli jednak pracodawca nie złożył oświadczenia o odstąpieniu od stosowania zwyczaju, to po ustaniu tych nadzwyczajnych okoliczności jest on ponownie obowiązany do postępowania zgodnego ze zwyczajem (Jaśkowski, 2007, s. 2).

Tym razem więc Sąd Najwyższy wskazał, że należy interesowi pracodawcy, przynajmniej czasowo, dać prymat nad istniejącym zwyczajem.

W wyroku z 27 stycznia 2004 r. (I PK 219/03, OSNP 2004/23/404) Sąd Najwyższy, uchylając wyrok sądu drugiej instancji i przekazując mu sprawę do ponownego rozpoznania, wskazał, że wymaga rozważenia, czy obowiązki pracownicze zostały naruszone przez pozwanego pracownika zatrudnionego na stanowisku kierowniczym, a w szczególności czy obowiązek przekazania dokumentacji stronie powodowej, czyli pracodawcy, wynikał z umowy o pracę, z zakresu czynności pozwanego, ze zwyczajów przyjętych na kontraktach realizowanych przez stronę powodową, ewentualnie z polecenia służbowego, a zatem czy pozwanemu można przypisać brak należytej staranności i sumienności w wykonywaniu obowiązków pracowniczych.

Reasumując, orzecznictwo dopuszcza priorytet zwyczaju zarówno przed przepisami regulaminu pracy, jak i umowy o pracę, uznając, że nawet przy świadomym naruszeniu regulaminu, pod warunkiem działania pracownika w zgodzie ze zwyczajem zakładowym, nie do-

chodzi do sprzeczności z prawem. Również obowiązki wynikające z kodeksu pracy mogą podlegać modyfikacjom, ustępując miejsca zwyczajowi. Zwyczaj może kształtować prawo do urlopu i ekwiwalentu za urlop. Ostatecznie ocena ciężkiego naruszenia podstawowych obowiązków pracowniczych również może być uzależniona od istniejącego zwyczaju zakładowego.

Pozycja zwyczaju wśród prawa stanowionego

Miejsce prawa stanowionego przed zwyczajem.

Niewątpliwie w systemie prawa stanowionego ustawa, a nie zwyczaj czy precedens, jest głównym źródłem prawa (Florek, 2010, s. 16). Dominujące w doktrynie jest zapatrywanie reprezentowane przez A. Preisnera, iż nie wydaje się możliwe w jakimkolwiek przypadku, by uznać za dopuszczalne zjawisko derogowania przepisów ustawy przez normy prawa zwyczajowego, a raczej należy je uważać za uzupełnienie sfery norm stanowionych (Preisner, 1997 s. 193). Również A. Patulski stwierdził, że w razie sporu na tle sposobu wykonywania danego zobowiązania przez strony stosunku pracy należy w pierwszej kolejności mieć na uwadze treść samej umowy o pracę, a dalsze kryteria związane z zasadami współżycia społecznego czy z ustalonymi zwyczajami nie powinny mieć charakteru nadrzędnego w stosunku do praw i obowiązków wynikających z samej treści zobowiązania (Patulski, 2017, s. 1290).

Trybunał Konstytucyjny postanowieniem z 1 marca 2010 r. (P 107/08, OTK-A 2010/3/27) uznał, że dotychczasowa praktyka zarówno organów, jak i sądów długotrwałego stosowania danej normy, połączonego z powszechnym przekonaniem o jej obowiązującym charakterze, może stanowić kryterium do uznania jej za prawo zwyczajowe. Istotnie jednak, gdyby zakwestionowana norma prawna spełniała kryteria uznania za prawo zwyczajowe, to w systemie prawa stanowionego, jakim jest niewątpliwie polski system, nie ma miejsca na prawo zwyczajowe tworzone w opozycji do norm prawa stanowionego. Przepisy regulujące procedurę administracyjną oraz cywilną są przepisami prawa publicznego i nie odwołują się do zwyczajów czy prawa zwyczajowego.

Ten sam duch przyświecał Sądowi Najwyższemu w wyroku z 9 maja 2013 r. (II PK 199/12, LEX nr 1555440), który stanowczo uznał, że założenie, iż kolejność wykorzystania urlopu może zależeć od decyzji pracownika lub pracodawcy albo nawet od zwyczaju, jest błędnym zapatrywaniem, gdyż kolejność wykorzystania urlopu wynika z ustawy, tzn. w pierwszej kolejności pracownik wykorzystuje urlop zaległy, a dopiero po nim urlop bieżący. Nawet gdyby pracodawca kierował się określoną praktyką (zwyczajem) lub na podstawie indywidualnego zarządzenia wymagał, żeby pracownicy w pierwszej kolejności korzystali z urlopu bieżącego, a dopiero potem z urlopu zaległego, byłoby to sprzeczne z przepisami prawa o urlopach wypoczynkowych.

W wyroku z 4 listopada 2008 r. (I PK 82/08, OSNP 2010/9-10/107) stanowisko Sądu Najwyższego jest również jednoznaczne. Stwierdza on, że brak kolegialnej woli rady nadzorczej spółki akcyjnej zawarcia umowy o zakazie konkurencji z członkiem zarządu po ustaniu jego zatrudnienia nie może być zastąpiony praktyką lub zwyczajem zawierania takich umów z innymi członkami zarządu. Rada nadzorcza powinna wyrazić kolegialnie wolę zawarcia takiej umowy z członkiem zarządu jeszcze przed jej podpisaniem (art. 379 w związku z art. 390 § 1 i art. 388 k.s.h. oraz w związku z art. 101³ k.p.). Zdaniem Sądu Najwyższego błędne założenie polega na tym, że zwyczaj miałby sanować brakującą część uchwały rady nadzorczej. W przedmiotowej sprawie Sąd Najwyższy wywiódł, że zwyczaj nie stanowi jednak źródła prawa jako podstawy dla zawarcia umowy o zakazie konkurencji. Zwyczaj nie stanowi też oświadczenia woli, lecz może być tylko przydatny w jego wykładni (art. 56 i 65 k.c.) oraz w ocenie wykonania zobowiązania (art. 354 k.c.). Tam więc gdzie prawo pozytywne wymaga wyrażenia oświadczenia woli przez organ spółki, tam zwyczaj nie może go zastąpić. Nie można zatem zgodzić się na zastępowanie brakującego stanowiska rady nadzorczej przez zwyczaj tam, gdzie sposób wyrażenia woli przez radę nadzorczą spółki określa ustawa.

Linia orzecznicza, która nie dopuszcza co do zasady przyznania zwyczajowi prymatu nad prawem pisanym ma charakter dominujący. Jest ona niewątpliwie zgodna z doktryną uznającą, że w państwie prawnym, gdzie m.in. sędziowie podlegają tylko konstytucji i ustawom, prawo zwyczajowe powinno być jedynie swoistym uzupełnieniem prawa stanowionego (pisanego), jako że to ostatnie stanowi wyższą formę prawa.

Często zarówno w judykaturze jak i doktrynie akcentuje się pomocniczy charakter zwyczaju. Tak przykładowo można odczytywać intencje Sądu Najwyższego zawarte w wyroku z 4 listopada 2008 r. (II PK 79/08, OSNP 2010/7-8/90), gdzie skonstatował on, że stosowanie się przez pracodawcę do reguł oceny ustalonych prawem i przyjętych także zwyczajowo w wymiarze sprawiedliwości nie powinno wzbudzać w ocenianym (chodziło o sędziego) uczucia braku zaufania przełożonego czy też przekonania o negatywnej ocenie zawodowej.

Zwyczaj przed prawem pisanym. Orzecznictwo sądowe akcentuje, że także w stosunkach pracy występują takie elementy czynności prawnej, które nie muszą być uregulowane przez strony tego stosunku (Patulski, 2017, s. 1289).

Judykatura niekiedy dowodzi, że jest możliwe nadanie zwyczajowi pierwszeństwa nad aktami pisanyymi, w szczególności w odniesieniu do aktów prawnych niższego rzędu, jak choćby regulaminy pracy.

W szeroko cytowanym wyroku z 26 czerwca 1998 r. (I PKN 211/98, OSNAPiUS 1999/14/457) Sąd Najwyższy wskazał, że nie można skutecznie postawić pracownikowi zarzutu winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa, jeżeli postępuje on zgodnie ze zwyczajem, mimo iż świadomie narusza przepisy regulaminu pracy. W lite-

raturze podnosi się, że przy wykonywaniu obowiązków pracowniczych pracodawca mógłby domagać się od pracownika konkretnych świadczeń zgodnych ze zwyczajem, chociażby odbiegały one od przepisów prawa pracy na niekorzyść pracownika (Jaśkowski, 2008, s. 4). Z drugiej strony pracodawca, który akceptuje zwyczaj ograniczający jego uprawnienia, nie może stosować sankcji wobec pracowników postępujących zgodnie ze zwyczajem, jeżeli nie zostaną oni o tym uprzedzeni. Pracodawca nie może także z reguły egzekwować prawa wbrew ustalonym w zakładzie zwyczajom tylko w odniesieniu do niektórych pracowników, z uwagi na obowiązek ich równego traktowania (art. 11², art. 11³ oraz art. 18^{3a} i n. k.p.) (Jaśkowski i Maniewska, 2019).

Konkludując, jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 23 października 2003 r., I PK 425/02, zakres obowiązków pracowniczych określają przepisy prawa pracy, postanowienia umowy o pracę oraz jeśli chodzi o ich konkretny kształt — zwyczaj zakładowy.

Uchylenie normy zwyczajowej

Niewątpliwie możliwość derogowania występuje w drugą stronę, przez likwidację normy zwyczajowej za pomocą norm stanowionych, choćby prawa wewnętrznego, np. regulaminu pracy. W takiej sytuacji występuje jednak konieczność wyraźnego i jednoznacznego zlikwidowania określonej praktyki, w czym niezbędne staje się działanie w trybie określonym przepisami kodeksu pracy o obowiązku informowania pracowników. Przykładowo, w sposób wskazany w art. 94 k.p., gdzie pracodawca jest obowiązany w szczególności zaznaczać pracowników podejmujących pracę z zakresem ich obowiązków, sposobem wykonywania pracy na wyznaczonych stanowiskach oraz ich podstawowymi uprawnieniami. W kontekście prawa do informacji może być analizowany szerzej wspomniany już art. 354 k.c. w zw. z art. 300 k.p. Ponieważ polskie prawo pracy nie zawiera ogólnych przepisów o wykonywaniu przez pracodawcę zobowiązań wynikających ze stosunku pracy, przyjmuje się, iż posiłkowo sposób ich wykonania jest określany właśnie poprzez tę regulację (Maniewska, 2013).

Za utrwalone w doktrynie należy natomiast uznać stanowisko, zgodnie z którym zwyczaj nie może tworzyć zobowiązania, jeżeli do jego powstania wymagana jest forma pisemna pod rygorem nieważności. W kodeksie pracy dotyczy to umów o zakazie konkurencji (art. 101³) oraz o wspólnej odpowiedzialności materialnej za powierzone mienie pracodawcy (Jaśkowski, 2007, s. 127). Ustawodawca w przepisie art. 101³ k.p. zastrzegł dla umów o zakazie konkurencji (zawieranych w trakcie i po ustaniu stosunku pracy) formę pisemną pod rygorem nieważności. Należy zauważyć, że rygor ten nie ma zastosowania przy nawiązaniu stosunku pracy. Różnica ta podkreśla autonomiczność umów o zakazie konkurencji. W rezultacie niedopuszczalne jest powstanie umów o zakazie konkurencji *per facta concludentia* lub poprzez ustne porozumienie. Zastrzeżenie kwalifiko-

wanej formy czynności prawnej oznacza również, że zobowiązanie nie może powstać na skutek przyjętego zwyczaju. W orzecznictwie zaakceptowano pogląd, zgodnie z którym zastrzeżenie formy pisemnej pod rygorem nieważności odnosi się także do zmian w umowie o zakazie konkurencji (Prusinowski, 2014).

Mniej interesujące dla rozważań zawartych w artykule są te orzeczenia, które nie podejmują próby wyłożenia treści zwyczaju funkcjonującego w środowisku pracy, niemniej ze względu na sam fakt wskazania na jego znaczenie poprzez treść norm prawa cywilnego, warte są odnotowania. Jest to między innymi wyrok Sądu Najwyższego z 13 marca 2014 r. (I PK 200/13, OSNP 2015/9/119), zgodnie z którym przepis art. 65 § 1 k.c. nakazuje brać pod uwagę przy interpretacji oświadczeń woli stron zawierających umowę o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy okoliczności, w jakich oświadczenia zostały złożone (czyli kontekst sytuacyjny), zasady współżycia społecznego (w tym zasady uczciwości przy kontraktowaniu) oraz ustalone zwyczaje (art. 56 k.c.), i dopiero na tym tle badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy.

W tym kontekście należy także powołać wyrok z 12 września 2000 r. (I PKN 529/00, OSNAPiUS 2002/7/163), w którym Sąd Najwyższy uznał, że przewidzianemu w art. 38 ust. 1 ustawy z 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych (DzU nr 118, poz. 561 ze zm.) uprawnieniu pracownika do złożenia oświadczenia o zamiarze nabycia nieodpłatnie akcji odpowiada zobowiązanie spółki powstałej w wyniku komercjalizacji do przyjęcia tego oświadczenia. Zobowiązanie to powinno być wykonane w sposób odpowiadający celowi społeczno-gospodarczemu, zasadom współżycia społecznego oraz zwyczajom (art. 354 k.c.).

Podsumowanie

Przy założeniu istnienia dystynkcji pomiędzy zwyczajem a prawem zwyczajowym wydaje się, że zwyczaj, określany też jako zwyczaj zakładowy bądź praktyka zakładowa, definiowany jako powszechna i trwała praktyka aktywności ludzkiej, jest w prawie pracy silniej obecny niż prawo zwyczajowe.

Z powołanego orzecznictwa oraz na tle doktryny prawa pracy należy wysnuć wniosek, że zwyczaj może zaistnieć zarówno w treści stosunku pracy, uzupełniając wzajemne prawa i obowiązki stron tego stosunku, jak i stanowić niekiedy immanentny element sposobu wykonywania pracy. Co więcej, wydaje się, że niekiedy zwyczaj, stanowiąc w pierwszej kolejności o sposobie wykonywania stosunku pracy, staje się czasem elementem treści stosunku pracy, kształtując wzajemne prawa i obowiązki stron. Warunkiem jest znajomość i akceptacja, choćby bierna, danego zwyczaju przez obie strony stosunku pracy. Natomiast w szczególnych sytuacjach, kiedy do powstania zobowiązania pod rygorem nieważności jest wymagana forma pisemna, zwyczaj nie może tworzyć zobowiązania.

Stosunki pomiędzy zwyczajem a prawem stanowionym mają charakter jeśli nie równorzędny, to obustronny. Istnieje zarówno możliwość derogowania zwyczaju za pomocą prawa stanowionego, jak i zwyczaj może skutkować niestosowaniem norm prawa pisanego. Nie można jednak tracić z pola widzenia faktu, że przeważająca linia judykatury nie dopuszcza co do zasady przyznania zwyczajowi prymatu nad prawem pisanym.

Ostatecznie należy również wskazać, że bardzo często, choć nie zawsze, zwyczaj poszerza sferę wolności i autonomii pracownika w stosunku pracy.

Na koniec warto pokusić się o zestawienie zwyczajów dotychczas wyłożonych i przyjętych w judykaturze: 1) utrwalona praktyka co do terminu składania wniosku o urlop (modyfikująca art. 167² k.p.); 2) zwyczaj jako jedno z kryteriów przyznania nagród uznaniowych; 3) zwyczaj jako wskaźnik sytuacji, w których należy zawiadomić policję i pogotowie; 4) zwyczaj jako źródło prawa do urlopu i ekwiwalentu za urlop; 5) praktyka zakładowa jako wskaźnik ustalenia wysokości wynagrodzenia pracownika w okresie zwolnienia z obowiązku wykonywania pracy; 6) istniejący zwyczaj jako kryterium przyznania zaliczek; 7) zwyczaj jako czynnik kształtujący prawo przebywania w domu poza zakładem pracy; 8) zwyczaj jako przesłanka zasad opuszczania miejsca pracy oraz udzielania urlopu wypoczynkowego; 9) zwyczaj jako podstawa zasady przekazywania dokumentacji.

Konkludując, zwyczaj w prawie pracy funkcjonuje trwale i niezależnie jako odrębny od moralności system norm i wartości, a judykatura wskazuje, że jego walor praktyczny i stosowany nie ulega erozji, choć zapatrywanie na miejsce zwyczaju w hierarchii źródeł prawa nie jest jednolite.

Bibliografia

- Bakalarz, T. (2011). Ochrona wyników badań naukowych. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (6).
- Florek, L. (2010). *Ustawa i umowa w prawie pracy*. Warszawa.
- Jaśkowski, K. (2007). Zwyczaj w prawie pracy. *Gdańskie Studia Prawnicze*, (2).
- Jaśkowski, K. (2008). Funkcje zwyczaju w prawie pracy. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (1).
- Jaśkowski, K. (2019) Komentarz do art. 9 k.p. W: K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Kodeks pracy. Komentarz. WKP*.
- Maniewska, E. (2013). *Obowiązki informacyjne pracodawcy wobec pracownika w umownym stosunku pracy* LEX nr 176833.
- Marek, A. (2009). Spory zbiorowe, cz. I. Obowiązujące etapy i procedury. *Służba Pracownicza*, (2).
- Patulski, A. (2017). W: K. W. Baran (red.), *System prawa pracy. Tom I. Część ogólna*. Warszawa.
- Petrażycki, L. (1898). *Zagadnienia prawa zwyczajowego. Towarzystwo Leona Petrażyckiego 1938 r.*
- Preisner, A. (1997). Zwyczaj i prawo zwyczajowe. W: J. Trzciniński (red), *Charakter i struktura norm konstytucji*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Prusiniowski, P. (2014). W: Z. Góral (red.), *Zakaz konkurencji w prawie pracy*. LEX nr 199272.
- Safjan, M. (2005). Refleksje o roli zwyczaju. W: A. Nowicka (red.), *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Soltyskiemu*. Poznań.
- Zieliński, T. (1986). *Prawo pracy. Zarys systemu*. Warszawa: PWN.
- Ziemiński, Z. (1980). *Problemy podstawowe prawoznawstwa*. Warszawa.

ZNAJDZIESZ NAS TU



www.pizs.pl

tel. 795 145 873

ul. Podwale 17

00-252 Warszawa



Z problematyki zakresu podmiotowego prawa do rekompensaty na gruncie ustawy o emeryturach pomostowych

Selected issues within the scope of the subjective right to compensation upon the basis of the Act on Bridging Pensions

mgr Katarzyna Szlachta-Kisiel

Uniwersytet Jagielloński, doktorantka Wydziału Prawa i Administracji,
Katedra Prawa Pracy i Polityki Społecznej
ORCID: 0000-0002-6782-4245
e-mail: katarzyna.szlachta-kisiel@doctoral.uj.edu.pl

Streszczenie Wprowadzając z dniem 1 stycznia 2009 r. instytucję rekompensaty do dotychczas ukształtowanego systemu ubezpieczeń społecznych ustawodawca zdecydował o zabezpieczeniu roszczeń wszystkich ubezpieczonych legitymujących się co najmniej 15-letnim okresem pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze. Jednak ukształtowane dwie ścieżki interpretacji przepisów dotyczących prawa do rekompensaty sprawiają, że ustalone w ten sposób dwa zakresy podmiotowe uprawnionych nie odzwierciedlają w pełni założeń systemowych i celowościowych tej instytucji. Przedstawienie w artykule tych koncepcji interpretacji przepisów prawa do rekompensaty oraz próba ustalenia ich wzajemnych relacji są istotne dla zamierzonej przez ustawodawcę realizacji przepisów dotyczących prawa do rekompensaty.

Słowa kluczowe: rekompensata, emerytura pomostowa, warunki szczególne, wcześniejsza emerytura.

Summary Introducing, as of 1.01.2009, the institution of compensation to the, hitherto developed, system of social insurance, the legislator resolved the issue of securing the claims of all the insured who were able to prove that they had been working for no fewer than 15 years under special conditions, or performing work having a special nature. Nevertheless, the two paths of interpreting the legal regulations relevant to the right to compensation mean that the two, thus developed, subjectives copes of the entitled do not reflect the system and objective-related assumptions of this institution in their entirety. Presenting these conceptions of interpreting legal regulations within the scope of the right to compensation, and also an attempt to determine their mutual relations, are of significance for the implementing the legal provisions relevant to the right to compensation in the manner which is intended by the legislator.

Keywords: compensation, bridging pension, special conditions, earlier retirement.

JEL: K31

Wprowadzenie

Jednym z założeń i celów reformy ubezpieczeń społecznych, jaka miała miejsce od 1 stycznia 1999 r., było ograniczenie liczby przyznawanych emerytur we wcześniejszym wieku emerytalnym. Jednak zmieniając zasady w czasie gry ustawodawca przewidział szereg rozwiązań przejściowych, mających za zadanie łagodzenie skutków reformy. Po dziesięciu latach od wdrożenia reformy ubezpieczeniowej ustawodawca wprowadził w życie przepisy ustawy o emeryturach pomostowych, ponownie przywracając, co prawda w ograniczonym zakresie, emerytury we wcześniejszym wieku emerytalnym dla osób wykonują-

cych prace w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze. Tą samą ustawą ustawodawca przewidział szczególny rodzaj odszkodowania — rekompensatę za utratę możliwości nabycia prawa do wcześniejszej emerytury z tytułu pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze. Na przestrzeni dziesięciu lat stosowania przepisów ustawy o emeryturach pomostowych wykształciły się dwie, biegnące w odmiennych kierunkach, koncepcje wykładni przepisów dotyczących prawa do rekompensaty.

W oparciu o metodę analizy dogmatycznoprawnej przedstawione zostaną oba punkty widzenia i pojmowania przesłanek prawa do rekompensaty. Zestawienie to

jest niezwykle istotne dla praktyki stosowania prawa, bowiem każda z tych koncepcji wykładni wyznacza inny zakres podmiotowy uprawnionych do rekompensaty.

Reforma

Wprowadzając przepisy ustawy z 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (DzU z 2018 r., poz. 1270 ze zm., dalej: ustawa emerytalna), która weszła w życie 1 stycznia 1999 r., ustawodawca podzielił ubezpieczonych na dwie grupy, pozostawiając dla ubezpieczonych urodzonych przed 1 stycznia 1949 r. dotychczasowe zasady nabywania prawa do emerytury według koncepcji zdefiniowanego świadczenia, a dla urodzonych po 31 grudnia 1948 r. wprowadził nowe zasady — według koncepcji zdefiniowanej składki. Możliwość nabycia prawa do emerytury we wcześniejszym wieku emerytalnym z tytułu pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze została pozostawiona tylko dla systemu zdefiniowanego świadczenia, co gwarantuje art. 32 ustawy emerytalnej. Dla tej grupy ubezpieczonych reforma nie wniosła żadnych zmian w zakresie prawa do emerytury we wcześniejszym wieku emerytalnym. Natomiast dla grupy ubezpieczonych urodzonych po 31 grudnia 1948 r. *in genere* nie było już ustawowych możliwości skorzystania z prawa do wcześniejszej emerytury z tytułu pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze. Była to jedna z najbardziej newralgicznych kwestii reformy, bowiem zróżnicowanie prawa do emerytury ze względu na datę urodzenia dotyczy ograniczenia zakresu podmiotowego wcześniejszego przechodzenia na emeryturę w stosunku do osób urodzonych po 31 grudnia 1948 r. (Antonów, 2003, s. 74). Kwestia takiego zróżnicowania była przedmiotem badania przez Trybunał Konstytucyjny zgodności przepisów ustawy emerytalnej z Konstytucją RP. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego przyjęte granice wieku emerytalnego znajdują podstawę w wartościach i normach konstytucyjnych oraz uzasadnienie w całokształcie przepisów wprowadzających reformę ubezpieczeń społecznych, która ma na celu urzeczywistnienie prawa do zabezpieczenia społecznego na wypadek dożycia wieku emerytalnego w aktualnych, zmienionych warunkach demograficznych i gospodarczych, i nie naruszają konstytucyjnej zasady równości. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego realizacja tego celu następuje przez stopniową likwidację istniejących odrębności i przywilejów branżowych, ograniczenie uprawnień do wcześniejszych emerytur i ujednolicenie wieku emerytalnego (wyroki TK z 22 czerwca 1999 r., K. 5/99, OTK 1999/5/100, z 4 stycznia 2000 r., K. 18/99, OTK 2000/1/1 i z 12 września 2000 r., K. 1/00, OTK 2000/6/185).

W chwili wejścia w życie ustawy emerytalnej zmiany w zakresie nabywania prawa do emerytury we wcześniejszym wieku emerytalnym z tytułu pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze zastały ubezpieczonych na różnym etapie życia zawodowego. Wśród ubezpieczonych urodzonych po 31 grudnia 1948 r. była grupa ubezpieczonych, którzy w chwili wejścia w życie ustawy emerytalnej posiadali wymagany w przepisach dotychczasowych ogólny staż pracy i staż pracy w szczególnych wa-

runkach lub o szczególnym charakterze. Była także grupa ubezpieczonych, którzy albo nie wypracowali jeszcze wymaganego ogólnego stażu pracy, albo wymaganego stażu pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze, oraz tacy, którzy nie zdążyli jeszcze wypracować obu rodzajów staży wymaganych w przepisach obowiązujących do dnia wprowadzenia reformy ubezpieczeń społecznych do nabycia prawa do wcześniejszej emerytury z tytułu pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze.

Respektując jednak konstytucyjną zasadę ochrony praw nabytych, wyinterpretowaną z dyrektywy demokratycznego państwa prawnego, ustawodawca wprowadził przepis przejściowy — art. 184 ustawy emerytalnej — na mocy którego ubezpieczeni, którzy w dniu wejścia w życie ustawy osiągnęli okres zatrudnienia w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze wymagany w przepisach dotychczasowych do nabycia prawa do emerytury w wieku niższym niż 60 lat dla kobiet i 65 lat dla mężczyzn, tj. co najmniej 15 lat takiej pracy, oraz okres składkowy i nieskładkowy, o którym mowa w art. 27 (20 lat dla kobiet i 25 lat dla mężczyzn), mogą, po osiągnięciu wieku przewidzianego w art. 32, 33, 39 i 40, nabyć prawo do emerytury w obniżonym wieku emerytalnym¹. Przepis ten zaspokaja oczekiwania tych ubezpieczonych urodzonych po 31 grudnia 1948 r., którzy 1 stycznia 1999 r. mieli już wypracowany zarówno ogólny staż pracy jak i staż pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze a nie osiągnęli jeszcze wcześniejszego wieku emerytalnego, przewidzianego w przepisach dotychczasowych stosownie do wykonywanej pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze. Nadal jednak pozostała grupa ubezpieczonych wykonujących przed 1 stycznia 1999 r. pracę w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze, których ustawodawca po wprowadzeniu reformy pozostawił bez możliwości nabycia prawa do wcześniejszej emerytury z uwagi na zmianę zasad nabywania prawa do świadczenia. Na skutek wprowadzonych zmian ustawowych utracili oni możliwość nabycia prawa do wcześniejszej emerytury z tytułu pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze.

Rekompensata

1 stycznia 2009 r. weszła w życie ustawa z 19 grudnia 2008 r. o emeryturach pomostowych (DzU z 2018 r. poz. 1924), która daje ubezpieczonym urodzonym po 31 grudnia 1948 r. możliwość nabycia prawa do wcześniejszej emerytury z tytułu pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze, jeżeli obok spełnienia innych warunków, przed 1 stycznia 1999 r. wykonywali pracę w szczególnych warunkach lub pracę o szczególnym charakterze w rozumieniu art. 3 ust. 1 i 3 ustawy o emeryturach pomostowych lub art. 32 i art. 33 ustawy emerytalnej oraz po 31 grudnia 2008 r. wykonywali pracę w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze w rozumieniu art. 3 ust. 1 i 3 ustawy o emeryturach pomostowych. Wykaz prac w szczególnych warunkach określony w załączniku nr 1 do ustawy o emeryturach pomostowych oraz wykaz prac

o szczególnym charakterze określony w załączniku nr 2 do tej ustawy jest zdecydowanie mniejszy niż zawarty w przepisach rozporządzenia Rady Ministrów z 7 lutego 1983 r. w sprawie wieku emerytalnego pracowników zatrudnionych w szczególnych warunkach lub w szczególnym charakterze (DzU nr 8, poz. 43). Z tego względu należy uznać, że ustawa o emeryturach pomostowych jest aktem *lex specialis* względem ustawy emerytalnej, dla której przepisem wykonawczym jest właśnie rozporządzenie Rady Ministrów z 7 lutego 1983 r. Ponadto wskazać trzeba, że jedynie ograniczona grupa z tych ubezpieczonych, którzy utracili możliwość nabycia prawa do wcześniejszej emerytury także na podstawie przepisu przejściowego art. 184 ustawy emerytalnej, będzie miała możliwość skorzystania z dobrodziejstwa ustawy o emeryturach pomostowych. Tylko nieliczni ubezpieczeni, których praca była uznawana za pracę w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze przed 1999 r. i dalej po 2008 r. jest pracą w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze na gruncie ustawy o emeryturach pomostowych, mają taką możliwość.

Wprowadzając kolejny wyjątek od reguły narzuconej przez ustawę emerytalną, że dla ubezpieczonych urodzonych po 31 grudnia 1948 r. nie przewiduje się emerytur we wcześniejszym wieku emerytalnym z tytułu pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze, ustawodawca nie rekompensuje w ten sposób takiej pracy wszystkim ubezpieczonym wykonującym pracę w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze. W nakreślonym stanie faktycznym pozostaje grupa ubezpieczonych, którzy z jednej strony nie mogą skorzystać z dobrodziejstwa normy art. 184 ustawy emerytalnej, ponieważ na dzień 1 stycznia 1999 r. nie spełniają warunków stażowych, a z drugiej strony nie mogą skorzystać z dobrodziejstwa ustawy o emeryturach pomostowych, ponieważ praca w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze, którą dotychczas wykonywali, nie jest już pracą o takim charakterze na gruncie tej ustawy.

Tej właśnie grupy ubezpieczonych, jak się wydaje, dotyczy rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę także w ustawie o emeryturach pomostowych, gdzie wprowadza on pojęcie i instytucję rekompensaty, ustalając określoną jej definicję i warunki nabycia. Definicja legalna rekompensaty zawarta w art. 2 pkt 5 ustawy określa, że jest to odszkodowanie za utratę możliwości nabycia prawa do wcześniejszej emerytury z tytułu pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze dla osób, które nie nabyły prawa do emerytury pomostowej. Materialnoprawne przesłanki nabycia prawa do rekompensaty zawarł ustawodawca w art. 21 ustawy o emeryturach pomostowych ustalając, że rekompensata przysługuje ubezpieczonemu, jeżeli ma okres pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze w rozumieniu przepisów ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, wynoszący co najmniej 15 lat (art. 21 ust. 2). Rekompensata nie przysługuje osobie, która nabyła prawo do emerytury na podstawie przepisów ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (art. 21 ust. 2).

Odszkodowawczy charakter rekompensaty wynika z pewnego układu chronologicznego zmian przepisów pra-

wa dokonywanych przez ustawodawcę. Rekompensata jest odszkodowaniem za utratę możliwości nabycia prawa do wcześniejszej emerytury z tytułu pracy w szczególnych warunkach lub pracy o szczególnym charakterze (w związku z wygaśnięciem z dniem 31 grudnia 2008 r. dotychczasowych przepisów emerytalnych przewidujących takie uprawnienie i wejściem w życie ustawy o emeryturach pomostowych) przewidziane dla tych osób, które nie nabyły prawa do emerytury pomostowej z powodu braku odpowiednich przesłanek określonych w obowiązujących przepisach (Wajda, 2013, s. 913–914).

Systemowa wykładnia normy art. 21 ust. 2 ustawy o emeryturach pomostowych prowadzi do wniosku, że rekompensata jest adresowana wyłącznie do ubezpieczonych objętych systemem zdefiniowanej składki, którzy przed osiągnięciem powszechnego wieku emerytalnego nie nabyli prawa do emerytury z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych obliczonej według formuły zdefiniowanego świadczenia (Zieleniecki, 2014, s. 816). Wniosek taki podyktowany jest konkretnymi zapisami norm prawa, z których wynika, że rekompensata jest przyznawana w formie dodatku, zwiększenia kapitału początkowego (art. 23 ustawy o emeryturach pomostowych), a kapitał początkowy z kolei (art. 173 ustawy emerytalnej) ustalany jest dla ubezpieczonych urodzonych po 31 grudnia 1948 r., czyli objętych systemem zdefiniowanej składki. W świetle obowiązujących przepisów za emeryturę wcześniejszą z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych należy uważać emeryturę przyznaną na podstawie przepisów ustawy emerytalnej, a więc emeryturę przyznaną w wieku niższym niż powszechny wiek emerytalny:

- ❑ emeryturę częściową (art. 26b)²,
- ❑ emeryturę górniczą (art. 50a),
- ❑ emeryturę górniczą bez względu na wiek (art. 50e),
- ❑ emeryturę kolejową (art. 50),
- ❑ emeryturę z tytułu pracy twórczej lub artystycznej (art. 33),
- ❑ emeryturę z tytułu pracy w szczególnych warunkach lub w szczególnym charakterze (art. 32 i art. 184).

❑ emeryturę wcześniejszą (art. 29 w związku z art. 46).

Odrębne przepisy także wskazują na emerytury finansowane z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, są to mianowicie tak zwane emerytury nauczycielskie przyznawane na podstawie art. 88 ustawy z 26 stycznia 1982 r. Karta Nauczyciela, w tym również z uwzględnieniem art. 21 ustawy z 16 listopada 2016 r. o zmianie ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych oraz niektórych innych ustaw³, a także emerytury dla rodzica opiekującego się niepełnosprawnym dzieckiem przyznane na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z 15 maja 1989 r. w sprawie uprawnień do wcześniejszej emerytury pracowników opiekujących się dziećmi wymagającymi stałej opieki (Szlachta-Kisiel, 2018, s. 27).

Dwie koncepcje wykładni

Odmienność wykształconych od 2009 r. dwóch koncepcji wykładni przepisów regulujących prawo do rekompensaty sprowadza się do odmiennego pojmowania i ustalania za-

kresu podmiotowego tych przepisów. Przyczyną tej odmienności jest niewątpliwie zastosowanie odmiennych koncepcji nabycia prawa do świadczenia — nabycie prawa *in abstracto* oraz nabycie prawa *in concreto*. Pierwsza koncepcja zakłada nabycie prawa do świadczenia w formie przewidzianych w ustawach norm, określających przesłanki powstania poszczególnych uprawnień oraz nabywania ich w drodze tzw. ekspektatyw przez nieskonkretyzowanych adresatów. Druga koncepcja przyjmuje nabycie prawa do świadczenia w drodze decyzji administracyjnych dotyczących osób indywidualnie chronionych (Zieliński, 1992, s. 10).

Każda z tych koncepcji prowadzi do objęcia prawem do rekompensaty innego zakresu ubezpieczonych oraz ma wpływ na postrzeganie charakteru prawnego decyzji organu rentowego.

Koncepcja *in concreto*. Zgodnie z przywołanym wyżej art. 21 ustawy o emeryturach pomostowych, rekompensata przysługuje ubezpieczonemu, jeżeli ma okres pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze w rozumieniu przepisów ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, wynoszący co najmniej 15 lat. Rekompensata nie przysługuje osobie, która nabyła prawo do emerytury na podstawie przepisów ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych.

Na podstawie tak określonej przesłanki pozytywnej badana jest okoliczność, czy wnioskodawca udokumentował co najmniej 15 lat pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze, wykonywanej stale i w pełnym wymiarze czasu pracy przed 1 stycznia 2009 r. (przed wejściem w życie ustawy o emeryturach pomostowych), dokonując tych ustaleń zgodnie z art. 32 ustawy emerytalnej i rozporządzenia Rady Ministrów z 7 lutego 1983 r. w sprawie wieku emerytalnego pracowników zatrudnionych w szczególnych warunkach lub w szczególnym charakterze.

W oparciu zaś o określoną przez ustawodawcę przesłankę negatywną, przewidzianą w tym samym art. 21, zostaje ustalone, czy wnioskodawca nabył prawo do emerytury z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Wykładnia funkcjonalna tej przesłanki sprowadza się do ustalenia, że przepis ten odnosi się do każdej emerytury finansowanej z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, do której wnioskodawca nabył prawo przed osiągnięciem powszechnego wieku emerytalnego. Przyjmując za podstawę do ustalenia przesłankę nabycia prawa do rekompensaty koncepcję nabycia prawa *in concreto*, badany jest fakt istnienia określonej decyzji przyznającej prawo do takiego świadczenia, a więc formalnie nabytego prawa do świadczenia. Nie rozstrzyga się tutaj o istniejącym a niezmaterializowanym w sposób formalny prawie do jakiegokolwiek emerytury we wcześniejszym wieku emerytalnym. Tak ustalony sposób wykładni przesłanek określonych w art. 21 ustawy o emeryturach pomostowych wynika także niewątpliwie z ustalonego w nauce prawa deklaratoryjnego charakteru decyzji ustalającej prawo do świadczenia (Zieliński, 1984, s. 149) z systemu ubezpieczeń społecznych.

W procedurze ustalania prawa do rekompensaty koncepcja ta sięga również do przesłanki, która została wyin-

terpretowana z art. 2 pkt 5 ustawy o emeryturach pomostowych, stanowiącym definicję rekompensaty ustaloną i zawartą przez ustawodawcę w tak zwanym słowniczku ustawowym. Z normy tej została wyodrębniona przesłanka związana z prawem do emerytury pomostowej, przyjmując, że prawo do rekompensaty może nabyć ten ubezpieczony, który poza spełnieniem przesłanek wynikających z art. 21 spełni także przesłankę braku prawa do emerytury pomostowej. I znów — rozumianej jako formalnie ustalone prawo do świadczenia. Nie jest natomiast badana ta okoliczność, czy w związku z wejściem w życie ustawy o emeryturach pomostowych wnioskodawca utracił czy nie utracił możliwości nabycia prawa do emerytury pomostowej z uwagi na zmianę zakresu prac uznawanych za prace wykonywane w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze.

Tak określone ramy przesłanek nabycia prawa do rekompensaty powodują, że zakres podmiotowy tego uprawnienia jest szeroki. Prawo do rekompensaty nabędą ci ubezpieczeni, którzy utracili możliwość nabycia prawa do emerytury z tytułu pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze na podstawie art. 184 ustawy emerytalnej (ponieważ nie zdążyli wypracować wymaganych rodzajów stażu pracy na 1 stycznia 1999 r.), jak również ci, którzy wypracowali wymagany staż pracy ogółem i staż pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze na 1 stycznia 1999 r. lecz nie zgłosili wniosku o świadczenie z art. 184 ustawy emerytalnej, i tym samym formalnie nie nabyli do niego prawa. W myśl tej koncepcji wykładni prawo do rekompensaty nabędą także ci ubezpieczeni, którzy co prawda utracili możliwość nabycia prawa do emerytury na podstawie art. 184, z uwagi na brak odpowiedniego stażu na 1 stycznia 1999 r., lecz nie utracili możliwości nabycia prawa do emerytury pomostowej (wykonywana przez nich praca w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze nadal jest uznawana za taką pracę na gruncie ustawy o emeryturach pomostowych), ale nie złożyli wniosku o to świadczenie i formalnie nie nabyli do niego prawa.

Wydaje się także, że ta koncepcja wykładni opiera się ponadto na argumentie *a maiore ad minus*, ponieważ skoro wnioskodawca nie skorzystał z przysługującego mu „większego” uprawnienia, jakim jest prawo do emerytury we wcześniejszym wieku emerytalnym, to nie ma przeszkód, żeby skorzystał z uprawnienia „mniejszego”, jakim jest prawo do rekompensaty.

W tej koncepcji wykładni przepisów regulujących prawo do rekompensaty nie ma różnicy znaczeniowej między określeniem „utracił możliwość nabycia prawa” a określeniem „nie nabył prawa”. Wynika to zapewne z faktu, że z art. 2 ust. 5 została wyinterpretowana jedna przesłanka nabycia prawa do rekompensaty, tj. „nienabycie prawa do emerytury pomostowej”, stosowana łącznie z przesłankami z art. 21 ustawy o emeryturach pomostowych. Wynikający z założeń koncepcji *in concreto* formalizm decyzyjny organu rentowego przekłada się oczywiście na deklaratoryjny charakter tej decyzji, która nie tworzy, nie znosi i nie zmienia istniejącego stosunku prawnego, lecz potwierdza istniejące prawa oraz w sposób wiążący stwierdza istnienie okre-

ślonego stanu prawnego, który istnieje niezależnie od decyzji organu rentowego. Taka wykładnia wpisuje się także w konstytucyjną zasadę ochrony praw nabytych, co nie jest bez znaczenia dla trwałości i pewności stosunków prawa ubezpieczeń społecznych, lecz powoduje jednocześnie, że prawo do rekompensaty nabywają ubezpieczeni, którzy nie utracili możliwości nabycia prawa do wcześniejszej emerytury z tytułu pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze, a jedynie nie skorzystali z tego prawa.

Koncepcja *in abstracto*. Ten sposób postrzegania wykładni przepisów dotyczących prawa do rekompensaty wykształcił się niewątpliwie pod silnym wpływem wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 25 listopada 2010 r. (K 27/09, OTK-A 2010/9/109), w którym Trybunał uznał, że art. 21 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy o emeryturach pomostowych, w zakresie w jakim nie przyznaje prawa do rekompensaty osobom, urodzonym po 31 grudnia 1948 r., podejmującym pracę w szczególnych warunkach lub w szczególnym charakterze po 31 grudnia 1998 r., które nie legitymują się okresem pracy w szczególnych warunkach lub pracy o szczególnym charakterze — w rozumieniu przepisów ustawy emerytalnej — wynoszącym 15 lat, jest zgodny z art. 2 Konstytucji RP i wynikającą z niego zasadą ochrony praw słusznie nabytych oraz zasadą zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa, a także jest zgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji i wynikającą z niego zasadą równości.

Pomimo iż stan faktyczny mający odbicie we wskazanym wyżej wyroku Trybunału Konstytucyjnego różni się od omawianego w tym artykule, wyrok ten jest kluczowy dla dalszych rozważań, bowiem przez pryzmat określonego stanu faktycznego Trybunał wskazuje przesłanki nabycia prawa do rekompensaty i zakres podmiotowy tego prawa. W uzasadnieniu wyroku Trybunał podniósł, że rekompensata jest odszkodowaniem za utratę możliwości nabycia prawa do wcześniejszej emerytury z tytułu pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze dla osób, które rozpoczęły taką pracę przed 1 stycznia 1999 r. i nie nabyły prawa do emerytury pomostowej w zamian za utratę możliwości nabycia prawa do wcześniejszej emerytury z tytułu pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze. Trybunał zaznaczył, że zakwestionowaną regulację należy postrzegać jako część długoletniej reformy systemu ubezpieczeń społecznych, obejmującej m.in. ograniczenie uprawnień do wcześniejszej emerytury i ujednolicenie wieku emerytalnego wszystkich kategorii zatrudnionych. Wybrane przez ustawodawcę kryterium daty rozpoczęcia pracy i okresu jej wykonywania, jako kryterium decydujące o przyznaniu danej osobie prawa do rekompensaty, jest konstytucyjnie uzasadnione i ściśle związane z funkcją rekompensaty jako instytucji polskiego systemu emerytalnego. Zarówno emerytura pomostowa, jak i prawo do rekompensaty stanowią element tzw. systemu wygasającego i dotyczą osób, których szczególne uprawnienia zostały w całości lub w części ukształtowane w różnych dotychczasowych systemach ubezpieczeń społecznych.

Ta koncepcja wykładni przepisów dotyczących prawa do rekompensaty kładzie nacisk w pierwszej kolejności na przesłanki wyinterpretowane z treści art. 2 pkt 5 ustawy

o emeryturach pomostowych jako te, które mają swój wyraz i odniesienie do historycznie ukształtowanych zmian w ustawodawstwie ubezpieczeń społecznych i dążenie ustawodawcy do ograniczania i likwidacji przywilejów emerytalnych, przy jednoczesnej gwarancji ochrony praw nabytych pod rządami różnych ustaw dotyczących prawa do emerytury i dokonywanych w nich zmian. Z tego punktu widzenia przesłankami z art. 2 pkt 5 mającymi wpływ na prawo do rekompensaty jest przesłanka utraty możliwości nabycia prawa do wcześniejszej emerytury z tytułu pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze oraz przesłanka nienabycia prawa do emerytury pomostowej. Jak więc widać, w tym nurcie wykładni z art. 2 pkt 5 wyinterpretowane zostały dwie przesłanki, a nie jedna, jak w pierwszej koncepcji. Istnieje dla tych przesłanek wspólny punkt wyjścia — brak możliwości realizacji prawa do emerytury we wcześniejszym wieku emerytalnym z uwagi na zmiany w ciągu historycznym przepisów ustaw regulujących te materie. Z przytoczonej bowiem w art. 2 pkt 5 ustawy o emeryturach pomostowych definicji rekompensaty jednoznacznie wynika, że *ratio legis* wprowadzenia tego rozwiązania było dążenie do wyrównania szkody poniesionej przez osoby legitymujące się 15-letnim stażem pracy w warunkach szczególnych lub o szczególnym charakterze, a niespełniające innych warunków do przyznania im emerytury z tytułu takiego zatrudnienia, tj. zarówno w trybie art. 184 ustawy emerytalnej, jak i emerytury pomostowej (wyrok SN z 16 maja 2018 r., III UK 88/17).

Ustalenie tych przesłanek na podstawie przedłożonych przez wnioskodawcę dokumentów do wniosku o prawo do emerytury z rekompensatą będzie się wiązać z koniecznością ustalenia, czy wnioskodawca, mimo że nie składał takich wniosków, spełniał warunki (utracił możliwość) do emerytury z art. 184 ustawy emerytalnej i emerytury pomostowej. Jest to możliwe jedynie z zastosowaniem koncepcji nabycia prawa do świadczenia *in abstracto*, a więc niezależnie od woli wnioskodawcy dotyczącej zmaterializowania takiego uprawnienia. Stworzenie pewnej fikcji istnienia wniosku o świadczenie emerytalne we wcześniejszym wieku emerytalnym jest konieczne w tej koncepcji wykładni przepisów dotyczących prawa do rekompensaty, bowiem ustalenie przesłanki utraty prawa do emerytury z art. 184 ustawy emerytalnej bądź nienabycia prawa do emerytury pomostowej z faktu nieobjęcia załącznikiem 1 i 2 pracy w warunkach szczególnych lub o szczególnym charakterze wykonywanej przez wnioskodawcę należy umiejscowić w czasie, aby ustalić hipotetycznie prawo do tych świadczeń lub stwierdzić okoliczności utraty możliwości nabycia prawa do nich. W świetle tej interpretacji przepisów rekompensata nie przysługuje osobie, która nabyła prawo do emerytury (spełniła warunki) w niższym wieku emerytalnym, nawet jeśli tego prawa nie zrealizowała. *Per analogiam* prawa do rekompensaty nie nabydzie osoba, która nie przeszła na emeryturę pomostową mimo spełnienia warunków (Jankowska i Jędrasik-Jankowska, 2011, s. 408). Analiza układu warunkującego prawo do emerytury pomostowej (rekompensaty — dopisek autorki) prowadzi do wniosku, że świadczenie to przysługuje tym pracownikom, którzy osiągnęli co najmniej 15-letni okres pracy w szcze-

gólnych warunkach lub o szczególnym charakterze w rozumieniu art. 32 ust. 1 i 3 ustawy emerytalnej, ale nie nabyli prawa do emerytury pomostowej z powodu nieuznania ich pracy za wykonywaną w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze w rozumieniu art. 3 ust. 1 i 3 ustawy o emeryturach pomostowych (Zieleniecki, 2014, s. 816).

Dalsze dwie przesłanki prawa do rekompensaty, wynikające z art. 21 ustawy o emeryturach pomostowych, nazwane i pojmowane są tak samo w obu koncepcjach. Tak więc i tutaj brana jest pod uwagę okoliczność, czy wnioskodawca udokumentował co najmniej 15 lat pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze, wykonywanej stale i w pełnym wymiarze czasu pracy przed 1 stycznia 2009 r. oraz czy wnioskodawca nabył prawo do emerytury z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych.

Ta koncepcja wykładni wypracowała cztery przesłanki nabycia prawa do rekompensaty:

1) utrata przez ubezpieczonego możliwości przejścia na emeryturę we wcześniejszym wieku emerytalnym w związku z wygaśnięciem po 31 grudnia 2008 r. — w stosunku do ubezpieczonych urodzonych po dniu 31 grudnia 1948 r. a przed 1 stycznia 1969 r. — podstawy prawnej przewidującej takie uprawnienie;

2) niespełnienie przez ubezpieczonego warunków uprawniających go do emerytury pomostowej;

3) legitymowanie się przez ubezpieczonego co najmniej 15-letnim okresem pracy w szczególnych warunkach lub pracy o szczególnym charakterze w rozumieniu przepisów ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych;

4) nieuzyskanie przez ubezpieczonego prawa do emerytury według zasad przewidzianych w ustawie o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 31 marca 2016 r., III AUa 1899/15, LEX nr 2044406).

Wskazać należy, że ten rodzaj wykładni i rozumienia przepisów o nabyciu prawa do rekompensaty najpełniej oddaje cel tej instytucji w oparciu szczególnie o przesłanki wywiedzione z art. 2 pkt 5 ustawy o emeryturach pomostowych, uwzględniając aspekty celowościowo-funkcjonalne ustawy o emeryturach pomostowych i uregulowanych w niej instytucji (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 23 kwietnia 2018 r., III AUa 921/16, LEX nr 2545191). Ten sposób widzenia rekompensaty znacząco zawęża krąg osób uprawnionych, a wprowadzając rozróżnienie znaczeniowe między określeniami „utracił możliwość nabycia prawa” i „nie nabył prawa” pozostawia prawo do rekompensaty tylko dla tych ubezpieczonych, którzy nie są w stanie nabyć prawa do żadnej wcześniejszej emerytury mimo udokumentowania 15 lat pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze.

Warto zauważyć, że ten sposób widzenia przesłanek prawa do rekompensaty przenosi się także na postrzeganie charakteru prawnego decyzji organu rentowego. Decyzja ta bowiem, co już zostało wskazane przy omawianiu koncepcji *in concreto*, ustala istnienie lub nieistnienie prawa lub obowiązku dla konkretnego zainteresowanego, ale te-

go prawa lub obowiązku nie stwarza (Modliński, 1967, s. 1608–1609). W układzie przesłanek koncepcji *in abstracto* należy zwrócić uwagę, że przyjęcie tej koncepcji kształtuje i tworzy nową sytuację prawną adresata, o której mógł nie mieć świadomości lub której nie chciał, nie składając wniosku o określone świadczenie. Następuje tu zatem ingerencja w sytuację prawną zainteresowanego, bowiem nie zmierzał on do ustalenia prawa do emerytury z art. 184 ustawy emerytalnej czy emerytury pomostowej, a jedynie prawa do rekompensaty. Ustalając zaistnienie przesłanek wyinterpretowanych z art. 2 pkt 5 ustawy o emeryturach pomostowych, następuje przetworzenie normy generalnej i abstrakcyjnej w normę indywidualną i konkretną właściwą dla zindywidualizowanego wnioskodawcy, i od wyniku tego procesu zależy prawo do rekompensaty dla tego wnioskodawcy, co prowadzi do ukształtowania konkretnego stanu prawnego przed ustaleniem dalszych przesłanek wynikających z art. 21 ustawy o emeryturach pomostowych. W tym zakresie przesłanki z art. 2 pkt 5 mają niewątpliwie charakter konstytutywny, bowiem od tych ustaleń wstępnych zależy dalsze prawo do rekompensaty. W tym miejscu nasuwa się racjonalny wniosek, że przyjmowane w tej koncepcji cztery przesłanki nabycia prawa do rekompensaty muszą wystąpić kumulatywnie i w dodatku w takim układzie, który nie atrybuje celowego (lub niecelowego) zaniechania przez zainteresowanego nabycia prawa do wcześniejszej emerytury. Wydana w myśl tej koncepcji decyzja organu rentowego będzie nadal decyzją o charakterze deklaratoryjnym, jednak z tym pierwiastkiem konstytutywności odnoszącym się do spełnienia lub niespełnienia przez wnioskodawcę przesłanek z art. 2 pkt 5 ustawy o emeryturach pomostowych.

Podsumowanie i kwintesencję tej koncepcji wykładni przepisów dotyczących prawa do rekompensaty zawarł Sąd Najwyższy w wyroku z 16 maja 2018 r. (III UK 88/17). Wskazał bowiem jednoznacznie, że w oparciu o tak określone przesłanki prawo do rekompensaty dotyczy takich ubezpieczonych, którzy nie mogą nabyć prawa do emerytury pomostowej i którzy równocześnie utracili możliwość nabycia prawa do emerytury w obniżonym wieku emerytalnym (nie spełniają przesłanek z art. 184 ustawy emerytalnej). Nie dotyczy natomiast ubezpieczonych, którzy po spełnieniu wszystkich ustawowych warunków wcześniejszego przejścia na emeryturę nie zrealizowali tego uprawnienia. Koncepcja ta zawęża zdecydowanie krąg uprawnionych do rekompensaty jedynie do tych ubezpieczonych, którzy realnie utracili możliwość skorzystania z dobrodziejstwa emerytury we wcześniejszym wieku emerytalnym z tytułu wypracowanego co najmniej 15-letniego okresu pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze.

Podsumowanie

Rekompensata w rozumieniu ustawy o emeryturach pomostowych ma służyć zniwelowaniu negatywnych skutków wejścia w życie ustawy o emeryturach pomostowych przy jednoczesnym ograniczeniu czasowym i wiekowym obowią-

zywania przepisów ustawy emerytalnej w zakresie możliwości nabywania prawa do emerytury w obniżonym wieku emerytalnym. Ustanowienie rekompensaty ma stanowić szczególnego rodzaju odszkodowanie dla tych osób, które wskutek zmiany stanu prawnego od 1 stycznia 2009 r. w związku z wejściem w życie ustawy o emeryturach pomostowych, znacząco ograniczającej krąg osób uprawnionych do tych uprzywilejowanych świadczeń z uwagi na charakter wykonywanej pracy, przy jednoczesnym ograniczeniu do 31 grudnia 2008 r. możliwości nabywania prawa do wcześniejszej emerytury z ustawy emerytalnej, nie nabędą prawa do żadnego z tych świadczeń. W tym właśnie znaczeniu rekompensata ma stanowić wyrównanie, zrekompensowanie „krzywd” tym osobom, które utraciły możliwość nabycia prawa do wcześniejszej emerytury z tytułu pracy w szczególnych warunkach lub o szczególnym charakterze oraz tych, które nie nabędą prawa do emerytury pomostowej (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 23 kwietnia 2018 r., III AUa 921/16, LEX nr 2545191), co jest naturalnym wnioskiem wynikającym z *argumentum a rubrica* analizowanych ustaw.

Praktyka stosowania norm prawnych określających prawo do rekompensaty przez organ rentowy w myśl koncepcji *in concreto* zakreśla stosunkowo szeroki krąg uprawnionych i opiera się na przesłankach określonych w art. 21 ustawy o emeryturach pomostowych oraz po części znajdujących wyraz w art. 2 pkt 5 tej ustawy. Te same normy art. 21 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy o emeryturach pomostowych, przy zastosowaniu koncepcji *in abstracto* stosowanej przez judykaturę, prowadzi do wyznaczenia wąskiego kręgu osób uprawnionych i wpływa na postrzeganie charakteru prawnego decyzji organu rentowego. Koncepcja przyjęta przez judykaturę ma swoje źródło także w zaistniałym stanie faktycznym obejmującym reformę ubezpieczeń z 1999 r. oraz wejście w życie ustawy o emeryturach pomostowych.

Ponieważ przedstawione koncepcje prowadzą do ustalenia innego zakresu podmiotowego uprawnionych do rekompensaty, w procesie rozpoznawania wniosku zasadne wydaje się być odniesienie się do obu tych koncepcji w następującej po sobie sekwencji. Ponieważ w ubezpieczeniach społecznych regułą jest kształtowanie sfery prawnej ubezpieczonych z mocy prawa, toteż prawa do świadczeń powstają z zastosowaniem mechanizmu ich nabywania *in abstracto*. Zgodnie z art. 100 ust. 1 ustawy emerytalnej prawo do świadczeń powstaje z dniem spełnienia wszystkich warunków wymaganych do jego nabycia, co oznacza, że prawo do świadczenia powstaje nawet gdy nie został złożony wniosek o jego przyznanie. Nabycie prawa *in abstracto* nie aktualizuje natomiast obowiązku instytucji ubezpieczeniowej do ustalenia i realizacji świadczenia bez uprzedniego podjęcia przez ubezpieczonego stosownej czynności, tj. złożenia wniosku o świadczenie, przez który wnioskodawca ujawnia się jako uprawniony do świadczenia i zainteresowany jego realizacją. Wniosek o świadczenie nie jest elementem warunkującym nabycie prawa do świadczenia, a stanowi jedynie żądanie realizacji powstałego *ex lege* prawa, poprzez jego zmaterializowanie w wydanej w myśl koncepcji *in concreto* decyzji, co musi być po-

przedzone analizą istniejących *in abstracto* przesłanek prawa do rekompensaty.

Na zakończenie należy wskazać, że przyjęcie takiego rozwiązania w określaniu i badaniu przesłanek prawa do rekompensaty nie jest pozbawione trudności w procesie redagowania decyzji organu rentowego, w szczególności decyzji odmawiającej prawa do rekompensaty z powodu niespełnienia przesłanek wynikających z art. 2 pkt 5 ustawy o emeryturach pomostowych, jednak problem ten pozostaje poza zakresem niniejszego artykułu.

¹ W tym miejscu została pominięta przesłanka nieprzystąpienia do Otwartego Funduszu Emerytalnego jako nieistotna dla niniejszego wyводу.

² Przepis obowiązujący od 1 stycznia 2013 r. (DzU z 2012 r. poz. 637 ze zm.) do 30 września 2017 r. (DzU z 2017 r. poz. 38).

³ Nauczyciele, którzy spełnili warunki określone w art. 88 ust. 2a ustawy z 26 stycznia 1982 r. — Karta Nauczyciela (DzU z 2018 r. poz. 967 ze zm.) oraz: 1) przed 1 października 2017 r. osiągnęli wiek wynoszący 60 lat dla kobiet i 65 lat dla mężczyzn, a nie osiągnęli wieku, o którym mowa w art. 24 ust. 1a i 1b ustawy z 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, w brzmieniu obowiązującym 30 września 2017 r., albo 2) od 1 października 2017 r. do 31 sierpnia 2018 r. osiągnęli wiek wynoszący 60 lat dla kobiet i 65 lat dla mężczyzn — mogą skorzystać z tego uprawnienia po uprzednim rozwiązaniu na swój wniosek stosunku pracy albo rozwiązaniu lub wygaśnięciu stosunku pracy w okolicznościach określonych w art. 20 ust. 1, 5c i 7 ustawy — Karta Nauczyciela oraz po zgłoszeniu wniosku o emeryturę do 31 sierpnia 2018 r.

Bibliografia

- Antonów, K. (2003). *Prawo do emerytury*. Kraków: Zakamycze.
- Jankowska, K., Jędrasik-Jankowska, I. (2011). *Prawo do emerytury. Komentarz do ustaw z orzecnictwem*. Warszawa: Lexis-Nexis.
- Modliński, E. (1967). O charakterze stosunków prawnych ubezpieczenia społecznego. *Nowe Prawo*, (12), za: Szyjewska-Bagińska, J. (2016). Decyzje Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wydawane w postępowaniu abolicyjnym — uwagi na marginesie wyroku SA w Gdańsku w sprawie III AUa 1789/15. *Ubezpieczenia Społeczne. Teoria i Praktyka*, (3).
- Szlachta-Kisiel, K. (2018). Zmiany w prawie do renty z tytułu niezdolności do pracy. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, (8).
- Wajda, D. (2013). W: B. Gudowska, K. Ślebzak (red.), *Emerytury i renty z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Emerytury pomostowe. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Zieleniecki, M. (2014). W: K. Antonów (red.), *Emerytury i renty z FUS. Emerytury pomostowe. Okresowe emerytury kapitałowe. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Zieliński, T. (1992). Ochrona praw nabytych — zasada państwa prawnego. *Państwo i Prawo*, (3).
- Zieliński, T. (1984). *Zarys wykładu prawa pracy. Część III*. Katowice: Uniwersytet Śląski.

Z orzecnictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Dyskryminacja ze względu na niepełnosprawność a rozwiązanie umowy o pracę z przyczyn obiektywnych w oparciu o kryteria wydajności i absencji

Discrimination based on a disability and dismissal for objective reasons based on criteria of productivity and absenteeism

Streszczenie Trybunał Sprawiedliwości UE po raz kolejny wydał orzeczenie dotyczące zagadnienia dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność. W wyroku z 11 września 2019 r. w sprawie C-397/18, DW przeciwko Nobel Plastiques Ibérica SA, Trybunał uznał, że stan zdrowia pracownika uznanego za szczególnie podatnego na ryzyka związane z pracą w rozumieniu prawa krajowego, wchodzi w zakres pojęcia „niepełnosprawności” w rozumieniu dyrektywy 2000/78 jedynie wówczas, gdy ten stan powoduje ograniczenie zdolności wynikające w szczególności z długotrwałego osłabienia funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które w oddziaływaniu z różnymi barierami może utrudniać danej osobie pełne i skuteczne uczestnictwo w życiu zawodowym na równych zasadach z innymi pracownikami. Rozwiązanie umowy o pracę z pracownikiem niepełnosprawnym z przyczyn obiektywnych w oparciu o kryteria wydajności i absencji stanowi pośrednią dyskryminację ze względu na niepełnosprawność, chyba że pracodawca wprowadził uprzednio wobec tego pracownika racjonalne usprawnienia w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2000/78 w celu zagwarantowania przestrzegania zasady równego traktowania osób niepełnosprawnych.

Słowa kluczowe: równe traktowanie w zatrudnieniu, dyskryminacja ze względu na niepełnosprawność, rozwiązanie umowy o pracę z przyczyn obiektywnych w oparciu o kryteria wydajności i absencji.

Summary The Court of Justice of the EU on 11 September 2019 issued a judgement in case C-397/18, DW vs. Nobel Plastiques Ibérica SA, concerning the issue of discrimination based on a disability. According to the ruling the state of health of a worker categorised as being particularly susceptible to occupational risks, within the meaning of national law, only falls within the concept of 'disability', within the meaning of that directive, where that state leads to a limitation of capacity arising from, inter alia, long-term physical, mental or psychological impairments which, in interaction with various barriers, may hinder the full and effective participation of the person concerned in their professional life on an equal basis with other workers. Moreover a dismissal for objective reasons based on criteria of productivity and absenteeism, constitutes indirect discrimination on grounds of disability unless the employer has beforehand provided that worker with reasonable accommodation, within the meaning of Article 5 of that directive, in order to guarantee compliance with the principle of equal treatment in relation to persons with disabilities.

Keywords: equal treatment in employment, discrimination based on a disability, dismissal for objective reasons based on criteria of productivity and absenteeism.

JEL: K31

Wyrok Trybunału zapadł na tle następującego stanu faktycznego. DW pracowała w Nobel Plastiques Ibérica na stanowisku związanym z procesem montażu i formowania rur z tworzyw sztucznych. U pracownicy zdiagnozowano zapalenie nadkłykcia boczego, które to schorzenie zostało uznane za „chorobę zawodową”. W 2011 r. DW została zakwalifikowana do kategorii „pracowników szczególnie podatnych na ryzyko związane z pracą” w rozumieniu art. 25 ustawy nr 31/1995 z 8 listopada 1995 r o zapobieganiu ryzykom związanym z pracą. DW była czasowo niezdolna do pracy w licznych okresach w latach 2011–2016. Od zdiagnozowania schorzenia DW przechodziła badania lekarskie po każdym powro-

cie do pracy. W ich wyniku była uznawana za „zdolną z pewnymi ograniczeniami” do pracy na swoim stanowisku lub do wykonywania zadań związanych z „formowaniem przy użyciu pary”. W celu przeprowadzenia w przedsiębiorstwie zwolnień z przyczyn obiektywnych, przyjęto następujące cztery kryteria: praca na stanowisku związanym z procesem montażu i formowania rur z tworzyw sztucznych, wydajność poniżej 95%, mniejsza wszechstronność na stanowiskach pracy w przedsiębiorstwie i wysoki wskaźnik absencji. Zdaniem Nobel Plastiques Ibérica DW spełniała wskazane kryteria, ponieważ jej stanowisko pracy było związane z procesami montażu i formowania rur z tworzywa sztucznego, śred-

nia ważona wydajność w 2016 r. wynosiła 59,82%, wykazywała bardzo ograniczoną wszechstronność w najważniejszych obowiązkach związanych ze stanowiskiem pracy, a wskaźnik absencji w 2016 r. wynosił 69,55%. Dlatego też Nobel Plastiques Ibérica rozwiązała z DW umowę o pracę z przyczyn obiektywnych, powołując się na względy gospodarcze, techniczne, produkcyjne i organizacyjne. W tym samym okresie rozwiązano umowy o pracę z dziewięcioma innymi osobami pracującymi w przedsiębiorstwie. DW zaskarżyła decyzję o rozwiązaniu umowy o pracę do sądu pracy nr 3 w Barcelonie (Juzgado de lo Social no 3 de Barcelona) żądając uznania rozwiązania umowy o pracę za nieważne lub, subsidiarnie, za nieuzasadnione. W tych okolicznościach sąd pracy nr 3 w Barcelonie postanowił zawiesić postępowanie i przedłożyć Trybunałowi pytania prejudycjalne.

Przez pytanie pierwsze sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy dyrektywę Rady 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiającą ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. 2000, L 303, s. 16 — wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 5, t. 4, s. 79) należy interpretować w ten sposób, że stan zdrowia pracownika uznanego za szczególnie podatnego na ryzyka związane z pracą w rozumieniu prawa krajowego, który to stan nie pozwala temu pracownikowi na zajmowanie określonych stanowisk pracy, ponieważ stwarzałoby to zagrożenie dla jego zdrowia lub dla innych osób, wchodzi w zakres pojęcia „niepełnosprawności” w rozumieniu tej dyrektywy. Trybunał przypomniał, że w następstwie zatwierdzenia przez UE Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawach osób niepełnosprawnych, pojęcie „niepełnosprawności” w rozumieniu dyrektywy 2000/78 należy rozumieć jako dotyczące ograniczenia zdolności wynikającego w szczególności z długotrwałego osłabienia funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które w oddziaływaniu z różnymi barierami może utrudniać danej osobie pełne i skuteczne uczestnictwo w życiu zawodowym na równych zasadach z innymi pracownikami (wyroki w sprawach HK Danmark, C-335/11 i C-337/11 oraz Ruiz Conejero, C-270/16). Trybunał wskazał, że dyrektywa 2000/78 nie obejmuje jedynie niepełnosprawności wrodzonej lub będącej następstwem wypadków, ale również niepełnosprawność spowodowaną chorobą. Zróżnicowanie zakresu stosowania dyrektywy w zależności od przyczyny niepełnosprawności byłoby bowiem sprzeczne z celem tej dyrektywy, którym jest urzeczywistnienie równego traktowania (zob. podobnie wyrok w sprawie HK Danmark). Trybunał podkreślił, że pojęcie niepełnosprawności odnosi się do przeszkody w wykonywaniu działalności zawodowej, a nie do braku możliwości wykonywania takiej działalności. Dlatego też stan zdrowia osoby niepełnosprawnej pozwalający na wykonywanie pracy, choćby w niepełnym wymiarze czasu pracy, może mieścić się w pojęciu niepełnosprawności (zob. podobnie wyrok w sprawie HK Danmark). Trybunał zaznaczył, że „długotrwały” charakter ograniczenia należy rozpatrywać w odniesieniu

do konkretnego stanu niezdolności danej osoby w dniu, w którym przyjęto wobec niej akt, który miałby być dyskryminujący, zaś wśród wskazówek pozwalających stwierdzić, że takie ograniczenie jest „długotrwałe”, wymienił fakt, że w dniu podnoszonego dyskryminującego zachowania niezdolność danej osoby nie wskazuje ściśle określonej perspektywy jej ustania w krótkim terminie, lub fakt, że ta niezdolność może się istotnie przedłużyć przed jej wyzdrowieniem (wyrok w sprawie Daouidi, C-395/15 i przytoczone tam orzecznictwo).

Odnosząc poczynione uwagi do przedmiotowej sprawy Trybunał wskazał, że DW jako osoba, która doznawała przez długi czas ograniczenia zdolności do pracy wynikającego z osłabienia funkcji fizycznych, była zaliczana do kategorii pracowników „szczególnie podatnych na ryzyka związane z pracą” w rozumieniu art. 25 ustawy nr 31/1995. Na jego podstawie pracowników takich nie zatrudnia się na stanowiskach pracy, na których z powodu ich cech osobistych, znanego stanu fizjologicznego lub stwierdzonej niepełnosprawności fizycznej, psychicznej lub sensorycznej mogą stwarzać zagrożenie dla siebie lub dla innych pracowników bądź innych osób związanych z przedsiębiorstwem. Trybunał podkreślił, że okoliczność, iż określona osoba została uznana za szczególnie podatną na ryzyko związane z pracą w rozumieniu prawa krajowego, nie może sama z siebie oznaczać, że osoba ta jest dotknięta „niepełnosprawnością” w rozumieniu dyrektywy 2000/78 z uwagi na oparcie omawianych pojęć na odmiennych przesłankach. To do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy w sprawie stan zdrowia DW spowodował ograniczenie jej zdolności do pracy spełniające przesłanki wskazane w niniejszym wyroku, tj. stan ten powoduje ograniczenie zdolności wynikające w szczególności z długotrwałego osłabienia funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które w oddziaływaniu z różnymi barierami może utrudniać danej osobie pełne i skuteczne uczestnictwo w życiu zawodowym na równych zasadach z innymi pracownikami. W przypadku spełnienia tych przesłanek należałoby uznać, że w dniu rozwiązania umowy o pracę DW była osobą niepełnosprawną w rozumieniu dyrektywy 2000/78.

Następnie Trybunał odpowiedział na pozostałe pytania, rozpatrywane łącznie, zmierzające do ustalenia, czy art. 2 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2000/78 należy interpretować w ten sposób, że rozwiązanie umowy o pracę z pracownikiem niepełnosprawnym z „przyczyn obiektywnych” z tego powodu, że odpowiada on kryteriom, które pracodawca bierze pod uwagę w celu ustalenia osób, z którymi zamierza rozwiązać umowy o pracę, takim jak wydajność poniżej określonego wskaźnika, mniejsza wszechstronność na stanowiskach pracy w przedsiębiorstwie, a także wysoki wskaźnik absencji, stanowi bezpośrednią lub pośrednią dyskryminację ze względu na niepełnosprawność w rozumieniu tego przepisu. Pytania te dotyczą zatem ustalenia, czy przy założeniu, że DW jest osobą niepełnosprawną w rozumieniu dyrektywy 2000/78, w wyniku zastosowania kryteriów doboru pra-

cowników do zwolnienia (takich jak wydajność poniżej 95%, mniejsza wszechstronność na stanowiskach pracy w przedsiębiorstwie i wysoki wskaźnik absencji), była dyskryminowana ze względu na niepełnosprawność w rozumieniu tej dyrektywy. Trybunał zauważył, że kryteria takie jak wskaźnik wydajności, poziom wszechstronności na stanowiskach pracy w przedsiębiorstwie oraz wskaźnik absencji stosuje się w taki sam sposób do osób niepełnosprawnych i osób niedotkniętych niepełnosprawnością. Kryteria te nie wprowadzają odmiennego traktowania bezpośrednio związanego z niepełnosprawnością w rozumieniu art. 1 w związku z art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78, ponieważ nie są one nierozzerwalnie związane z niepełnosprawnością (zob. wyroki w sprawach HK Danmark oraz Bedi, C-312/17).

Dokonując oceny, czy w rozpatrywanej sprawie mogła zaistnieć dyskryminacja pośrednia ze względu na niepełnosprawność, Trybunał zauważył, że mimo iż kryteria te wydają się być neutralne, mogą stwarzać niekorzystną sytuację dla pracowników niepełnosprawnych i w ten sposób powodować odmiennie traktowanie pośrednio związane z niepełnosprawnością w rozumieniu dyrektywy 2000/78. Pracownik niepełnosprawny jest bowiem co do zasady bardziej narażony na wykazywanie wskaźnika absencji wyższego niż pracownik pełnosprawny z uwagi na dodatkowe ryzyko nieobecności z powodu choroby związanej z niepełnosprawnością (zob. podobnie wyroki w sprawach HK Danmark oraz Ruiz Conejero, C-270/16). Ponadto w odniesieniu do kryteriów polegających na wykazywaniu się wydajnością niższą niż określony wskaźnik oraz mniejszą wszechstronnością na stanowiskach pracy w przedsiębiorstwie, Trybunał stwierdził, że pracownik niepełnosprawny, na skutek ograniczenia jego zdolności, ma co do zasady mniejsze możliwości uzyskania dobrych wyników niż pracownik pełnosprawny. Niekorzystne traktowanie pośrednio wynikające z niepełnosprawności jest sprzeczne z ochroną ustanowioną w dyrektywie 2000/78 tylko gdy stanowi dyskryminację w rozumieniu art. 2 ust. 1 tej dyrektywy (wyroki w sprawach Chacón Navas, C-13/05 oraz Ruiz Conejero). Na podstawie art. 2 ust. 2 lit. b) ppkt (ii) dyrektywy 2000/78 dyskryminacja pośrednia ma miejsce, gdy przepis, kryterium lub pozornie neutralna praktyka może doprowadzić do szczególnie, niekorzystnej sytuacji między innymi dla osób szczególnie o określonej niepełnosprawności, w stosunku do innych osób, chyba że pracodawca lub każda osoba, do której odnosi się ta dyrektywa, jest zobowiązany,

na mocy przepisów krajowych, podejmować właściwe środki zgodnie z zasadami określonymi w art. 5 w celu zlikwidowania niedogodności spowodowanych tym przepisem, kryterium lub tą praktyką. Zgodnie z art. 5 zdanie pierwsze tej dyrektywy w celu zagwarantowania przestrzegania zasady równego traktowania osób niepełnosprawnych przewiduje się wprowadzenie racjonalnych usprawnień. Pracodawca powinien zastosować właściwe środki, z uwzględnieniem potrzeb konkretnej sytuacji, aby umożliwić osobie niepełnosprawnej dostęp do pracy, wykonywanie jej lub rozwój zawodowy bądź kształcenie, o ile środki te nie nakładają na pracodawcę nieproporcjonalnie wysokich obciążeń (art. 5 zdanie drugie dyrektywy 2000/78). Pojęcie „racjonalnych usprawnień” należy rozumieć jako usunięcie różnych barier, które mogą utrudniać osobom niepełnosprawnym pełne i skuteczne uczestnictwo w życiu zawodowym na równych zasadach z innymi pracownikami (wyroki w sprawach HK Danmark oraz Komisja/Włochy, C-312/11). Stanowisko pracy DW zostało dostosowane w konsekwencji uznania jej za pracownika szczególnie podatnego na ryzyka związane z pracą. DW była przeważnie kierowana na stanowiska, które wymagały obchodzenia się z małymi rurami, na których zagrożenia dla zdrowia były mniejsze niż na stanowiskach, gdzie wykorzystywane były rury o dużej średnicy. Jak wskazał Trybunał, to do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy dostosowania te były wystarczające, by móc uznać je za racjonalne usprawnienia w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2000/78. Jeżeli sąd odsyłający uznałby, że pracodawca nie dokonał przed rozwiązaniem z DW umowy o pracę racjonalnych usprawnień w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2000/78, to należałoby stwierdzić, że w rozpatrywanej sprawie rozwiązanie umowy o pracę z niepełnosprawnym pracownikiem z tego powodu, że odpowiada on kryteriom zwolnienia, polegającym na uzyskaniu wydajności poniżej 95%, na mniejszej wszechstronności na stanowiskach pracy w przedsiębiorstwie i wykazywaniu wysokiego wskaźnika absencji, stanowi pośrednią dyskryminację ze względu na niepełnosprawność w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. b) ppkt (ii) tej dyrektywy (zob. wyrok w sprawie HK Danmark).

dr Aleksandra Ziętek-Capiga
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Warszawskiego

Księgarnia

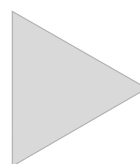
Internetowa

PWE

ZNAJDŹ

WYBIERZ

ZAMÓW



www.pwe.com.pl

Z orzecnictwa Sądu Najwyższego

Praca w godzinach nadliczbowych a norma i wymiar czasu pracy

Overtime work and the standard and length of working time

Streszczenie Autorka referuje orzecznictwo Sądu Najwyższego odnoszące się do problematyki wynagradzania pracy w godzinach nadliczbowych w przypadku skrócenia czasu pracy poniżej norm określonych w art. 129 § 1 k.p. oraz wobec pracowników zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu.

Słowa kluczowe: norma czasu pracy, dodatek za pracę w godzinach nadliczbowych.

Summary The author reports the case-law of the Supreme Court regarding the issue of remuneration of overtime work in the case of shortening working time below the standards set out in art. 129 § 1 of Labour Code and towards part-time employees.

Keywords: working time standard, allowance for overtime work.

JEL: K31

Pojęcie godzin nadliczbowych nie jest w pełni jasne.

Przepis art. 151 § 1 k.p. co do zasady określa pracę w godzinach nadliczbowych jako pracę wykonywaną ponad obowiązujące pracownika normy czasu pracy. Podstawowy wymiar czasu pracy wynosi 8 godzin na dobę i przeciętnie 40 godzin tygodniowo w przyjętym okresie rozliczeniowym (art. 129 § 1 k.p.). Przekroczenie którejkolwiek z tych norm jest pracą w godzinach nadliczbowych, chyba że do pracownika odnoszą się regulacje szczególne dotyczące normy, wymiaru i rozkładu czasu pracy.

Skrócenie czasu pracy poniżej norm określonych w art. 129 § 1 k.p. przewiduje art. 145 § 1 k.p., który upoważnia do skrócenia czasu pracy poniżej normy określonej w art. 129 k.p. dla pracowników zatrudnionych w warunkach szczególnie uciążliwych lub szczególnie szkodliwych dla zdrowia.

W praktyce pojawiło się pytanie, czy skrócenie czasu pracy pracownika na podstawie regulacji szczególnych generuje powstawanie godzin nadliczbowych powyżej normy 8-godzinnej, czy też już powyżej normy obniżonej.

Sąd Najwyższy odnosząc się do tego zagadnienia w wyroku z 20 marca 2019 r., I PK 258/17 (LEX nr 2638577) wskazał, że w tym zakresie niezbędne jest zwrócenie uwagi na relację zachodzącą między art. 151 § 1 k.p. a art. 145 § 1 k.p. Zgodnie z pierwszym przepisem pracę w nadgodzinach stanowi „praca wykonywana ponad obowiązujące pracownika normy czasu pracy”, z art. 145 § 1 k.p. można się natomiast dowiedzieć, że skrócenie czasu pracy poniżej norm określonych w art. 129 § 1 k.p. może polegać na „obniżeniu tych norm”. Jeśli weźmie się pod uwagę, że za pracę w godzinach nadliczbowych uważa się również „pracę wykonywaną ponad przedłużony dobowy wymiar czasu pracy, wynikający z obowiązującego pracownika systemu i rozkładu czasu pracy”, to należy uznać, że ustawodawca dopuszcza indywidualizację pułapu wyznaczającego po-

wstawanie godzin nadliczbowych. Linia demarkacyjna nie jest w tym wypadku stała. Nie obrazuje jej jeden uniwersalny wzorzec, co potwierdza zwrot „obowiązująca pracownika norma czasu pracy”, o którym mowa w art. 151 § 1 k.p. Według Sądu Najwyższego znaczy to tyle, że wyznaczenie ekstremum (określanego jako praca w godzinach nadliczbowych) zależy od tego, jakie rozwiązanie „obowiązuje” konkretnego pracownika. Generalnie wyznacza je ustawodawca w art. 129 § 1 k.p. Od tego modelu możliwe są jednak wyjątki, które zostaną wprowadzone w granicach obowiązujących przepisów (zdaniem Sądu wysoce dyskusyjne jest, czy mogą one opierać się wyłącznie na woli stron zobrazowanej korzystniejszym dla pracownika postanowieniem umownym). Sąd wskazał, że za przykład może posłużyć art. 15 ust. 2 ustawy z 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (DzU z 2018 r. poz. 511), który przewiduje, że czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo. W orzecnictwie jednolicie przyjmuje się, że w tym wypadku rekompensata za pracę w godzinach nadliczbowych należy się już za ósmą godzinę pracy (wyroki SN: z 3 sierpnia 2016 r., I PK 168/15, LEX nr 2087686; z 2 października 2008 r., I PK 64/08, OSNP 2010/7-8/86; z 6 lipca 2005 r., III PK 51/05, OSNP 2006/5-6/85). Sąd Najwyższy uwypuklił, że podstawę prawną do zindywidualizowania normy czasu pracy wyznaczającej przekroczenie z art. 151 § 1 k.p. przewiduje też art. 145 § 1 k.p. W tym przypadku ustawodawca posłużył się nieco innym mechanizmem. Nie uregulował jednolitej normy czasu pracy dla danego zbioru zatrudnionych, ale scedował to działanie na pracodawcę, który określa tę kwestię po konsultacji z pracownikami lub ich przedstawicielami, a także po zasięgnięciu opinii lekarza. *Per analogiam* względem art. 150 k.p. należy przyjąć, że „ustalenie pracodawcy” z art. 145 § 2 k.p.

powinno przybrać formę układu zbiorowego pracy albo regulaminu pracy. W takim wypadku norma czasu pracy będzie „obowiązywać” danego pracownika (w rozumieniu art. 151 § 1 k.p.) na podstawie postanowienia regulaminu pracy (układu zbiorowego pracy) w związku z upoważnieniem z art. 145 § 1 k.p. Według Sądu Najwyższego nie ma wątpliwości, że wykonywanie pracy ponad tak określony limit stanowi pracę w godzinach nadliczbowych.

Tym samym Sąd Najwyższy w wyroku z 20 marca 2019 r., I PK 258/17, rozstrzygnął, że jeżeli w regulaminie pracy ustalono normę czasu pracy dla pracowników zatrudnionych pod ziemią w wymiarze 7,5 godz. na dobę, to pracownik nabywa prawo do dodatku za pracę w godzinach nadliczbowych po przekroczeniu tej normy.

Z uzasadnienia Sądu Najwyższego zdaje się dodatkowo wynikać, że obowiązujące pracownika normy czasu pracy, których przekroczenie daje pracownikowi prawo do dodatku z tytułu pracy w godzinach nadliczbowych, mogą wynikać zarówno z ustawy, jak i z zakładowych źródeł prawa pracy. Sąd Najwyższy jednocześnie podał pod wątpliwość, czy obniżenie tych norm w drodze umowy stron będzie powodowało ten sam skutek. Wątek ten, choć interesujący, nie został jednak rozwinięty w uzasadnieniu wyroku.

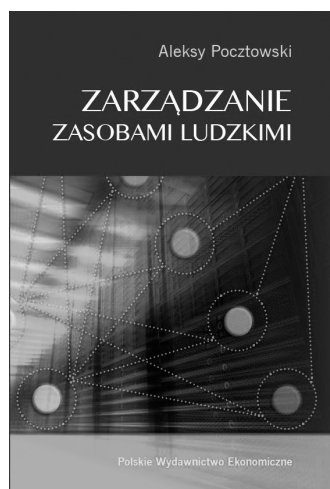
Przy okazji prezentacji najnowszego orzecznictwa Sądu Najwyższego dotyczącego problematyki godzin nadliczbowych warto także przypomnieć starszą wypowiedź Sądu Najwyższego zawartą w wyroku z 4 kwietnia 2014 r., I PK 249/13 (OSNP 2015/9/121). Sąd Najwyższy odniósł się w niej do kwestii pracy w godzinach nadliczbowych pracowników zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu.

Sąd Najwyższy, odwołując się do brzmienia art. 151 § 5 k.p. (który obowiązuje od 1 stycznia 2004 r.), wskazał, że aktualnie obowiązuje zasada, zgodnie z którą strony ustalają w umowie dopuszczalną liczbę godzin pracy po-

nad określony w umowie wymiar czasu pracy pracownika zatrudnionego w niepełnym wymiarze, której przekroczenie uprawnia do dodatku za pracę w godzinach nadliczbowych. W praktyce przyjmuje się zaś, że dopuszczalna liczba godzin powinna być oznaczona powyżej indywidualnego niepełnego wymiaru czasu pracy, a poniżej maksymalnego wymiaru czasu pracy wynikającego z pełnego wymiaru czasu pracy. Sąd dostrzegł, że uznaje się też, iż godziny przepracowane ponad ustalony w umowie czas pracy nie są godzinami nadliczbowymi, lecz pracą ponadnormatywną, wynagradzaną jak za godziny nadliczbowe, oraz że art. 151 § 5 k.p. nie stanowi samoistnej podstawy prawa pracownika do dodatku. Świadczenie to przysługuje bowiem pod warunkiem porozumienia stron w przedmiocie określenia godzin, za które ma zostać wypłacony dodatek.

Sąd Najwyższy przesądził, że dodatek za godziny nadliczbowe należy się dopiero za pracę ponad dopuszczalne (dla zdrowia) normy. Kryterium otrzymania dodatku jest dobowy rozmiar realnie wykonanej pracy i jego porównanie z ustawową normą, a nie umówiony dobowy czas pracy. Tym samym potwierdził tezę, że art. 151 § 5 k.p. nie stanowi samoistnej podstawy prawa pracownika do dodatku. Świadczenie to przysługuje bowiem pod warunkiem porozumienia stron w przedmiocie określenia godzin, za które ma zostać wypłacony dodatek, a pracownikowi zatrudnionemu w niepełnym wymiarze czasu pracy nie przysługuje dodatek, o którym mowa w art. 151 § 1 k.p., jeżeli nie ustali na podstawie art. 151 § 5 k.p. dopuszczalnej liczby godzin pracy ponad określony w umowie wymiar czasu pracy (taki pogląd był wcześniej wyrażony w wyroku SN z 9 lipca 2008 r., I PK 315/07, OSNP 2009/23-24/310, oraz w postanowieniu SN z 27 marca 2012 r., III PK 77/11, LEX nr 1214595).

dr Eliza Maniewska



Księgarnia internetowa: www.pwe.com.pl

Wiedza, umiejętności, zdolności, zdrowie, motywacja i wyznawane wartości przez osoby świadczące pracę decydują o ich zatrudnialności, stanowią źródło konkurencyjności organizacji oraz pomyślności regionów i krajów. Upowszechnianie się tego faktu w świadomości społecznej prowadzi do wzrostu profesjonalizmu w zakresie zarządzania zasobami ludzkimi, które ewoluuje od rutynowego administrowania w kierunku zrównoważonego zarządzania, integrującego — w strategiach i metodach rozwiązywania kwestii HR — aspekty ekonomiczne, społeczne i ekologiczne.

Zarządzanie zasobami ludzkimi, jako dziedzina badań oraz wdrożeń praktycznych rozwiązań dotyczących funkcjonowania ludzi w organizacji i na rynku pracy, jest związane z wieloma wyzwaniami, które determinują jego obecny i przyszły rozwój. Zaliczyć do nich należy zmiany technologiczne, które zmieniają charakter pracy oraz polityki i praktyki HR, czyniąc je coraz bardziej sieciowymi, zdalnymi i wirtualnymi. Zmiany demograficzne, generacyjne, w połączeniu z rosnącą mobilnością na rynkach pracy, to kolejne wyzwanie w obszarze zarządzania zasobami ludzkimi, które wiąże się z rosnącą różnorodnością. Należy też pamiętać o presji płynącej z rynków pracy na wzrost efektywności pracy, optymalizację kosztów i innowacyjność usług HR.

Zasygnalizowane powyżej kwestie stanowią przedmiot rozważań w książce, w której autor przedstawia problematykę zarządzania zasobami ludzkimi całościowo, łącząc jego teoretyczne i praktyczne aspekty oraz podkreślając znaczenie kontekstu w rozwijaniu teorii i doskonaleniu

praktyki w tej dziedzinie zarządzania.

Książka jest przeznaczona dla: osób prowadzących badania w obszarze zarządzania zasobami ludzkimi, studentów ekonomii, zarządzania, socjologii na wyższych uczelniach różnych typów, słuchaczy w szkołach zarządzania, uczestników kursów dla menedżerów, kadry zarządzającej, pracowników i innych praktyków HR

Zdaniem Państwowej Inspekcji Pracy

Urlop rodzicielski a wypowiedzenie umowy

Pracodawca wręczył pracownikowi oświadczenie o wypowiedzeniu umowy o pracę z zachowaniem 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia. Po otrzymaniu wypowiedzenia pracownik wystąpił do pracodawcy z wnioskiem o udzielenie urlopu rodzicielskiego (pozostało mu jeszcze do wykorzystania 16 tygodni urlopu). Czy pracodawca ma obowiązek uwzględnić wniosek pracownika i udzielić mu urlopu rodzicielskiego? Czy w takim przypadku wypowiedzenie zachowuje skuteczność i umowa ulegnie rozwiązaniu wraz z upływem okresu wypowiedzenia?

Po wykorzystaniu urlopu macierzyńskiego albo zasiłku macierzyńskiego za okres odpowiadający okresowi urlopu macierzyńskiego pracownik ma prawo do urlopu rodzicielskiego w wymiarze do 32 tygodni — w przypadku urodzenia jednego dziecka lub do 34 tygodni — w przypadku urodzenia dwojga lub więcej dzieci przy jednym porodzie.

Urlop rodzicielski przysługuje łącznie obojgu rodzicom dziecka.

Zgodnie z art. 182^{1c} k.p. urlop rodzicielski jest udzielany jednorazowo albo w częściach nie później niż do zakończenia roku kalendarzowego, w którym dziecko kończy 6. rok życia. Urlop rodzicielski jest udzielany bezpośrednio po wykorzystaniu urlopu macierzyńskiego albo zasiłku macierzyńskiego za okres odpowiadający okresowi urlopu macierzyńskiego, nie więcej niż w 4 częściach, przypadających bezpośrednio jedna po drugiej albo bezpośrednio po wykorzystaniu zasiłku macierzyńskiego za okres odpowiadający części urlopu rodzicielskiego, w wymiarze wielokrotności tygodnia. Urlop rodzicielski w wymiarze do 16 tygodni może być udzielony w terminie nieprzypadającym bezpośrednio po poprzedniej części tego urlopu albo nieprzypadającym bezpośrednio po wykorzystaniu zasiłku macierzyńskiego za okres odpowiadający części tego urlopu. Liczba wykorzystanych w tym trybie części urlopu pomniejsza liczbę części przysługującego urlopu wychowawczego.

Wniosek o urlop rodzicielski składa się na piśmie w terminie nie krótszym niż 21 dni przed rozpoczęciem korzystania z urlopu. Pracodawca jest obowiązany uwzględnić wniosek pracownika o udzielenie urlopu rodzicielskiego.

W zależności od decyzji pracownik może więc wykorzystać cały urlop rodzicielski jednorazowo lub występować o udzielenie urlopu w częściach (maksymalnie 4), przy czym w razie zrobienia przerwy pomiędzy poszczególnymi częściami urlopu, wymiar urlopu rodzicielskiego wykorzystanego po przerwie nie może przekroczyć 16 tygodni.

W okresie wypowiedzenia umowy o pracę pracownik może korzystać ze wszystkich uprawnień pracowniczych, w tym także z urlopu rodzicielskiego. Jeżeli więc pracownik jest uprawniony do urlopu rodzicielskiego, to może wystąpić do pracodawcy z wnioskiem o udzielenie urlopu także po otrzymaniu oświadczenia pracodawcy o wypowiedzeniu umowy o pracę. Wniosek pracownika jest dla

pracodawcy wiążący. Pracodawca nie może zatem odmówić udzielenia urlopu rodzicielskiego.

Do urlopu rodzicielskiego stosuje się odpowiednio art. 177 k.p. Zgodnie z tym przepisem pracodawca nie może wypowiedzieć ani rozwiązać umowy o pracę w okresie ciąży, a także w okresie urlopu macierzyńskiego pracownicy, chyba że zachodzą przyczyny uzasadniające rozwiązanie umowy bez wypowiedzenia z jej winy i reprezentująca pracownicę zakładowa organizacja związkowa wyraziła zgodę na rozwiązanie umowy. Rozwiązanie przez pracodawcę umowy o pracę za wypowiedzeniem w okresie ciąży lub urlopu macierzyńskiego może nastąpić tylko w razie ogłoszenia upadłości lub likwidacji pracodawcy.

Pracownik korzystający z urlopu rodzicielskiego jest więc objęty ochroną przed wypowiedzeniem lub rozwiązaniem umowy o pracę na zasadach analogicznych jak w przypadku pracownic w ciąży lub pracowników korzystających z urlopu macierzyńskiego.

Należy wskazać, iż ochrona stosunku pracy przewidziana w art. 177 k.p. ma szeroki zakres i uniemożliwia pracodawcy nie tylko wręczenie wypowiedzenia pracownicy w ciąży, ale również rozwiązanie umowy o pracę w tych przypadkach, gdy pracownica zaszła w ciążę dopiero w okresie wypowiedzenia. W wyroku z 29 marca 2001 r., I PKN 330/00 (OSNP 2003/1/11), Sąd Najwyższy orzekł, że pracownica, która początkowo nie kwestionowała wypowiedzenia jej umowy o pracę, może żądać uznania tej czynności za bezskuteczną, gdy po dokonaniu wypowiedzenia okazało się, że jest w ciąży lub gdy w okresie wypowiedzenia zaszła w ciążę. Z kolei w wyroku z 30 maja 2017 r., I PK 174/16 (OSNP 2018/6/7), Sąd Najwyższy stwierdził, że pracodawca ma obowiązek niezwłocznego cofnięcia oświadczenia o wypowiedzeniu umowy o pracę, gdy dowie się, że w czasie biegu wypowiedzenia pracownica zaszła w ciążę, co zostało potwierdzone odpowiednim zaświadczeniem lekarskim (art. 177 § 1 w związku z art. 185 § 1 k.p.). W przypadku uchybienia temu obowiązkowi, niejednoznaczne oświadczenie pracodawcy w przedmiocie cofnięcia wypowiedzenia może uzasadniać przywrócenie terminu do wniesienia odwołania od wypowiedzenia umowy o pracę (art. 265 § 1 w związku z art. 264 § 1 k.p.).

Przepis art. 177 k.p. stosowany odpowiednio do pracownika korzystającego z urlopu rodzicielskiego nie tylko więc zakazuje pracodawcy wypowiedzenia umowy o pracę w okresie urlopu rodzicielskiego, ale także stoi na przeszkodzie rozwiązaniu umowy o pracę w sytuacji, gdy do wypowiedzenia umowy doszło jeszcze przed rozpoczęciem urlopu, ale upływ terminu wypowiedzenia przypadałby już w trakcie urlopu rodzicielskiego. W takim przypadku pracodawca powinien cofnąć wypowiedzenie, aby nie narażać się na zarzut naruszenia przepisów prawa pracy.

Katarzyna Pietruszyńska-Jarosz
radca prawny
Departament Prawny
Głównego Inspektoratu Pracy

Nowe przepisy

Przegląd Dzienników Ustaw z 2019 r. od poz. 1677 do poz. 1873

Prawo pracy

Rozporządzenie Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z 30 sierpnia 2019 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie świadectwa pracy (poz. 1709)

Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 97 § 4 ustawy z 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy (DzU z 2019 r. poz. 1040 ze zm.). Zmienia § 2 ust. 2, § 3 oraz § 7 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z 30 grudnia 2016 r. w sprawie świadectwa pracy (DzU z 2018 r. poz. 1289 ze zm.), a także uchyla § 4 i § 6 tego rozporządzenia oraz zmienia załącznik do rozporządzenia określający wzór świadectwa pracy.

Rozporządzenie weszło w życie 7 września 2019 r.

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 10 września 2019 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie określenia wzorów formularzy oświadczeń o prowadzeniu działalności gospodarczej i o stanie majątkowym (poz. 1735)

Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 11 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (DzU z 2017 r. poz. 1393 ze zm.). Zmienia załącznik nr 3 do rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 14 czerwca 2017 r. w sprawie określenia wzorów formularzy oświadczeń o prowadzeniu działalności gospodarczej i o stanie majątkowym (DzU poz. 1162 ze zm.), określający wzór oświadczenia o stanie majątkowym.

Rozporządzenie weszło w życie 15 września 2019 r.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 9 września 2019 r. w sprawie wynagrodzenia zasadniczego asystentów i starszych asystentów prokuratorów (poz. 1763)

Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 178 § 2 ustawy z 28 stycznia 2016 r. — Prawo o prokuraturze (DzU z 2019 r. poz. 740). Zastępuje rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 21 listopada 2016 r. w sprawie wynagrodzenia zasadniczego asystentów i starszych asystentów prokuratorów (DzU poz. 1905). Określa wysokość wynagrodzenia zasadniczego asystentów i starszych asystentów prokuratury od 1 stycznia 2019 r.

Rozporządzenie weszło w życie 17 września 2019 r.

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 18 września 2019 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie wysokości zasadniczego wynagrodzenia miesięcznego lekarzy i lekarzy dentyistów odbywających specjalizację w ramach rezydentury (poz. 1789)

Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 16j ust. 5 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentyisty (DzU z 2019 r. poz. 537 ze zm.). Zmienia § 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 6 września 2018 r. w sprawie wysokości zasadniczego wynagrodzenia mie-

sięcznego lekarzy i lekarzy dentyistów odbywających specjalizację w ramach rezydentury (DzU poz. 1737), który określa wysokość zasadniczego wynagrodzenia miesięcznego lekarza i lekarza dentyisty odbywającego daną specjalizację w pozostałych dziedzinach medycyny w ramach rezydentury.

Rozporządzenie weszło w życie 20 września 2019 r., z mocą od 1 lipca 2019 r.

Rozporządzenie Ministra Energii z 28 sierpnia 2019 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach energetycznych (poz. 1830)

Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 237¹⁵ § 2 ustawy z 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy (DzU z 2019 r. poz. 1040). Określa wymagania bezpieczeństwa i higieny pracy przy eksploatacji urządzeń energetycznych. Zastępuje rozporządzenie Ministra Gospodarki z 28 marca 2013 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach energetycznych (DzU poz. 492).

Rozporządzenie wejdzie w życie 26 marca 2020 r.

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 27 września 2019 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie stanowisk i wymaganych kwalifikacji urzędników sądowych i innych pracowników oraz szczegółowych zasad wynagradzania referendarzy sądowych, starszych referendarzy sądowych, asystentów sędziów, starszych asystentów sędziów, urzędników oraz innych pracowników wojewódzkich sądów administracyjnych (poz. 1856)

Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 28 ustawy z 25 lipca 2002 r. — Prawo o ustroju sądów administracyjnych (DzU z 2018 r. poz. 2107 ze zm.). Zmienia załącznik nr 3 do rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 22 marca 2011 r. w sprawie stanowisk i wymaganych kwalifikacji urzędników sądowych i innych pracowników oraz szczegółowych zasad wynagradzania referendarzy sądowych, starszych referendarzy sądowych, asystentów sędziów, starszych asystentów sędziów, urzędników oraz innych pracowników wojewódzkich sądów administracyjnych (DzU poz. 384, ze zm.), określający tabelę miesięcznych stawek wynagrodzenia zasadniczego asystentów sędziów, starszych asystentów sędziów, urzędników sądowych i innych pracowników wojewódzkich sądów administracyjnych.

Rozporządzenie weszło w życie 1 października 2019 r.

Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 16 września 2019 r. w sprawie okresów służby i wypożyczenia członków załóg statków powietrznych w przewozie lotniczym przy użyciu samolotu wykonywanym taksówką powietrzną, w załodze jednoosobowej oraz w służbie ratownictwa medycznego (poz. 1860)

Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 103ca ust. 10 ustawy z 3 lipca 2002 r. — Prawo lotnicze (DzU z 2019 r. poz. 1580 ze zm.).

Rozporządzenie weszło w życie 16 października 2019 r.

Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 11 września 2019 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o organizacjach pracodawców (poz. 1809)

Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 11 września 2019 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o europejskich radach załączkowych (poz. 1832)

Obwieszczenie Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z 12 września 2019 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej w sprawie podklas działalności według Polskiej Klasyfikacji Działalno-

ści (PKD), w których wydawane są zezwolenia na pracę sezonową cudzoziemca (poz. 1845)

Zabezpieczenie społeczne

Obwieszczenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z 9 sierpnia 2019 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi w sprawie określenia wysokości jednorazowego odszkodowania z tytułu wypadku przy pracy rolniczej lub rolniczej choroby zawodowej oraz zasiłku chorobowego (poz. 1678)

Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 30 sierpnia 2019 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o indywidualnych kontach emerytalnych oraz indywidualnych kontach zabezpieczenia emerytalnego (poz. 1808)

dr Agnieszka Zwolińska

PWE POLECA

Konstytucyjne interregnum Transformacje porządków prawnych

§ ? ? § ? ? §

REDAKCJA NAUKOWA
Krzysztof J. Kaleta
Małgorzata Nowak
Konrad Wyszowski

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne

Książka, którą oddajemy do rąk Czytelników, stanowi ukończenie niespełna dwuletnich badań prowadzonych przez kilkunastu studentów i doktorantów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, działających w ramach Koła Naukowego Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej IVR.

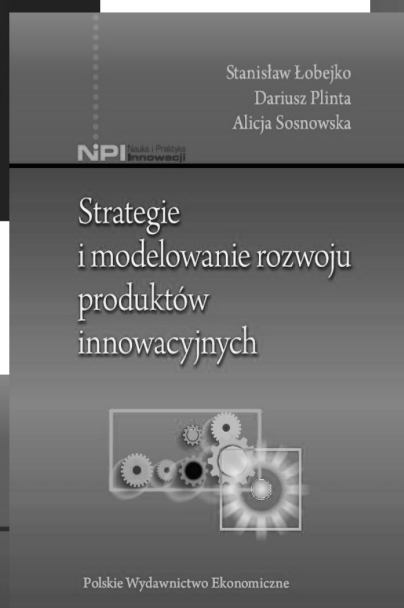
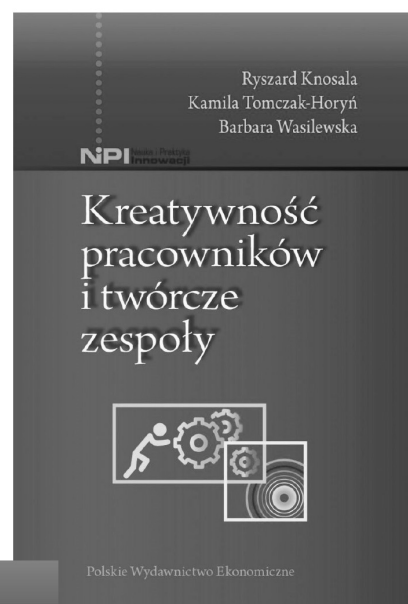
Pojęcie interregnum w symboliczny sposób oddaje istotę zagadnień podjętych w ramach niniejszej monografii. Jej przedmiot stanowi analiza XX-wiecznych transformacji ustrojowych, które dokonały się w kręgu euroatlantyckiej kultury prawnej. Celem badań było uchwycenie najistotniejszych elementów zmiany ustrojowej ujmowanej możliwie szeroko, a zatem obejmującej przekształcanie się reżimów monarchicznych w ustroje o charakterze republikańskim, procesy liberalizacji lub demokratyzacji reżimów autorytarnych czy wreszcie formowanie się całkowicie nowych bytów państwowych. Opisywane metamorfozy ustrojowe zostały uchwycone in statu nascendi, w perspektywie dynamicznej, w okresie kształtowania się nowych form ustrojowych, a zatem ścierania się starego porządku z nowym.

Monografia ma walor nie tylko informacyjny, przejawiający się w opisie biegu zdarzeń składających się na poszczególne procesy zmiany ustrojowej. Podejmuje także uniwersalne problemy związane z napięciem między legalnością a legitymizacją ustroju w warunkach doniosłej zmiany politycznej lub społecznej.

www.pwe.com.pl

PWE poleca

serię „Nauka i Praktyka Innowacji”



www.pwe.com.pl



Szczególna teoria zatrudnienia

Adam Noga



Jak wykorzystać przedsiębiorstwa, rynki i państwa
do tworzenia atrakcyjnej pracy

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne

Co zrobić, żeby praca była atrakcyjna, dostosowana do naszych potrzeb, a nie taka, w której człowiek jest jej przedmiotem? W książce, którą oddajemy do rąk Czytelników, autor daje odpowiedź na to pytanie. Za Johnem Maynardem Keynesem jedni powiadają, że pracę zawdzięczamy państwu, inni za Josephem Schumpeterem, że zawdzięczamy ją przedsiębiorcom, a jeszcze inni za Friedrichem Hayekiem, że zawdzięczamy ją rynkom. Wszyscy mają tylko trochę racji. Parafrazując Milтона Friedmana, można powiedzieć, że zatrudnienie jest zjawiskiem pracy, tak jak inflacja jest zjawiskiem pieniądza. Miejsca pracy tworzymy sobie sami jako gospodarstwa domowe. Szczególna teoria zatrudnienia (STZ), opracowana przez autora niniejszej książ-

ki, jest oparta na hipotezie, że w historii myśli ekonomicznej zbyt dużą wagę przypisywano substytucyjności i komplementarności dóbr, zbyt małą natomiast współproduktywności dóbr. Współproduktywność dóbr to wzajemne zdobywanie dostępu do jednego z dóbr na skutek wykorzystywania (konsumpcji) dobra drugiego. STZ wykorzystuje zjawisko współproduktywności dóbr i zakłada, że atrakcyjna praca zależy od samych gospodarstw domowych, a rynki, państwa i przedsiębiorstwa mogą tylko pomóc w jej kreowaniu dzięki nabywaniu i tworzeniu przez gospodarstwa domowe dóbr współproduktywnych. Największy potencjał współproduktywności mają dobra ekologiczne, intelektualne i społeczne.

