



POLSKIE TOWARZYSTWO
PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

Warszawa, dnia 8 lipca 2021 r

prof. dr hab. Małgorzata Szwejkowska
Dziekan studiów prawno- administracyjnych
dr Paweł Śmiałek
Adiunkt
Instytut Prawa
Akademia Ekonomiczno – Humanistyczna
w Warszawie

Wymóg szczepień na COVID-19 w zatrudnieniu
– dyskryminacja czy dozwolone nierówne traktowanie

Pytanie prawne przedstawione do analizy prawnej przez Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego:

- 1. Czy pracodawca, który poda szczepienie na COVID-19 jako warunek zatrudnienia lub nakaże pracę zdalną osobom niezaszczepionym może być narażony na zarzut dyskryminacji ze strony osób, które nie chcą się szczepić?*
- 2. Czy podobnie może być w przypadku, jeśli pracodawca w jakiś sposób będzie chciał nagrodzić pracowników za szczepienia na COVID-19?*

Uwagi wstępne

Odpowiadając na pytania przedstawione w powyższym zapytaniu sformułowanym przez Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego wskazać trzeba w pierwszej kolejności na dyspozycję art. 32 Konstytucji RP, tj. przepis statuujący zasadę równości i zakaz dyskryminacji kogokolwiek w życiu politycznym, społecznym czy gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny.

Z regulacji konstytucyjnej wynika, iż: po pierwsze, art. 32 ust. 1 Konstytucji gwarantuje wszystkim równość wobec prawa. Oznacza to, że konstytucyjne rozważania o równości mogą się głównie koncentrować na sferze prawa (jego stanowienia i stosowania), a mogą mieć tylko pośrednie odniesienie do sfery faktów. Po drugie, przepis art. 32 ust. 2 Konstytucji stanowi, że nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny. Zakaz dyskryminacji składa się na treść prawa do równego traktowania równości i oznacza zakaz wprowadzania zróżnicowanym charakterze arbitralnym. Ma on charakter uniwersalny, zarówno pod względem podmiotowym, jak i przedmiotowym. Art. 33 Konstytucji RP jest natomiast uszczegółowieniem art. 32 ustawy zasadniczej. Jego treść wypełnia obowiązek takiego samego traktowania kobiet i mężczyzn, gdy podmioty te znajdują się w identycznej lub podobnej sytuacji oraz traktowania ich odmiennie, gdy znajdują się w odmiennej sytuacji faktycznej. Po trzecie, w nauce prawa i orzecznictwie TK wskazuje się, że równość dwóch lub więcej podmiotów polega na ich przynależności do co najmniej jednej oraz tej samej klasy, wyróżnionej ze względu na określoną cechę istotną. Wyprowadza się stąd ogólną normę polegającą na tym, że podmioty znajdujące się w podobnej sytuacji powinny być traktowane w sposób podobny. W art. 32 ust. 1 Konstytucji chodzi więc o równe traktowanie podmiotów znajdujących się w tej samej sytuacji prawnej.

Z kolei w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się z reguły, że zasada równości polega na tym, że *„wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną (relevantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących”* (vide: spośród wielu, orzeczenie TK z dnia 9 marca 1988 r. sygn. akt: U 7/87, wyrok TK z dnia 15 lipca 2010 r. sygn. akt: K 63/07). Formuła ta była i jest powszechnie przyjmowana w dalszych orzeczeniach TK, w tym została w pełni zaakceptowana po wejściu w życie Konstytucji z 1997 roku. Ponadto TK zauważa, że *„[r]ówność w rozumieniu konstytucyjnym nie ma charakteru abstrakcyjnego i absolutnego zgodnie z powszechnie przyjętym założeniem nie oznaczają identyczności (tożsamości) praw wszystkich jednostek. Równość (prawo do równego traktowania) funkcjonuje zawsze w pewnym kontekście sytuacyjnym, odniesiona musi być do zakazów lub nakazów albo nadania uprawnień określonym jednostkom (grupom jednostek) w porównaniu ze statusem innych jednostek (grup). Równość nie oznaczają jednakowej sytuacji faktycznej i prawnej wszystkich, ale polega na jednakowemu uzdolnieniu do rozmaitych praw”* (vide: postanowienia TK z dnia 24 października 2001 r. sygn. akt: SK 10/01).

Występują dwa aspekty równości: w stanowieniu prawa i w stosowaniu prawa. Równość w stanowieniu prawa oznacza nakaz kierowany do prawodawcy w procesie tworzenia norm prawnych

generalnych i abstrakcyjnych dotyczący kształtowania w sposób jednakowy (podobny) sytuacji prawnej podmiotów, które uznaje się za podobne według kryteriów przyjętych przez prawodawcę. Równość w stanowieniu prawa oznacza zatem wyróżnianie poszczególnych klas (kategorii) podobnych podmiotów prawa w treści norm prawnych. Z kolei równość w stosowaniu prawa oznacza nakaz równego traktowania przez władze publiczne w indywidualnych przypadkach adresatów norm prawnych, uznanych przez prawodawcę za podmioty podobne, czyli zaliczone do danej klasy (kategorii) istotnej.

Jak podkreśla sąd konstytucyjny *„oceniając daną regulację prawną z punktu widzenia zasady równości, należy w pierwszej kolejności rozważyć czy można wskazać cechę istotną uzasadniającą równe traktowanie podmiotów prawa, czyli czy podmioty są podobne pod jakimś istotnym względem. Ustalenie to wymaga analizy celu i treści aktu normatywnego, w którym została zawarta badana norma prawna. Jeżeli natomiast prawodawca różnicuje sytuację podmiotów prawa, należy ustalić, czy są one zasadnie potraktowane odmiennie”* (vide: wyrok TK z dnia 15 lipca 2010 r. sygn. akt K 63/07)

Art. 32 Konstytucji nie może być jednak jedynie postrzegany wyłącznie jako zasada prawa, jest on bowiem również źródłem prawa podmiotowego. Umieszczenie art. 32 w pierwszej części rozdziału II ustawy zasadniczej nie przesądza o tym, że prawo do równego traktowania nie jest konstytucyjnym prawem podmiotowym jednostki. Przeciwnie, omawiany układ przepisów konstytucyjnych jest wyrazem woli ustrojodawcy, aby pewne prawa podmiotowe były traktowane jako szczególnie ważne z punktu widzenia konstytucyjnej pozycji jednostki. Za powyższym przemawia także wykładnia językowa analizowanej regulacji, która prowadzi do konstatacji, że art. 32 Konstytucji wyraża prawo podmiotowe – w postaci prawa do równego i niedyskryminacyjnego traktowania. Teza ta znajduje potwierdzenie w orzecznictwie SN, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 grudnia 1999 r. w sprawie II UKN 270/99 stanął na stanowisku, że *„przepis art. 32 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji RP, zgodnie z którym wszyscy są wobec prawa równi, jest przepisem bezpośrednio obowiązującym i jako przysługujący obywatelom prawo podmiotowe do równego traktowania może być bezpośrednio stosowany przez sądy (art. 8 ust. 1 Konstytucji RP)”* (vide: wyrok SN z dnia 17 grudnia 1999 r., sygn. akt II UKN 270/99).

Sąd konstytucyjny wskazuje z kolei, że *„[s]woisty charakter prawa do równego traktowania polega na tym, że (...) art. 32 Konstytucji określa sytuację prawną jednostki wspólnie z inną normą, która wyznacza sytuację prawną innych podmiotów. (...) Uznając więc prawo do równego traktowania za konstytucyjne prawo jednostki Trybunał Konstytucyjny podkreśla, iż ma ono charakter niejako prawa drugiego stopnia („metaprawa”),*

ozn. przysługuje ono w związku z konkretnymi normami prawnymi lub innymi działaniami organów władzy publicznej, a nie w oderwaniu od nich – niejako samoistne” (vide: postanowienie z dnia 24 października 2001 r., sygn. akt: SK 10/01).

Oceniając daną regulację prawną z punktu widzenia zasady równości, należy w pierwszej kolejności rozważyć czy można wskazać cechę istotną uzasadniającą równe traktowanie podmiotów prawa, czyli czy podmioty są podobne pod jakimś istotnym względem. Ustalenie to wymaga analizy celu i treści aktu normatywnego, w którym została zawarta badana norma prawna. Jeżeli natomiast prawodawca różnicuje sytuację podmiotów prawa, należy ustalić, czy są one zasadnie potraktowane odmiennie.

Należy zauważyć, że dopuszczalne jest także zróżnicowanie sytuacji prawnej podmiotów podobnych, czyli odstępstwo od zasady równości. Odstępstwo takie nie musi oznaczać naruszenia art. 32 Konstytucji. W dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że zróżnicowanie podmiotów podobnych jest dopuszczalne, jeżeli zostanie dokonane według kryterium, które spełnia następujące warunki:

- po pierwsze - musi ono mieć charakter relewantny, czyli musi pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma, oraz ma służyć realizacji tego celu i treści; wprowadzone zróżnicowania muszą być racjonalnie uzasadnione;

- po drugie - musi mieć charakter proporcjonalny; waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych;

- po trzecie - musi pozostawać w związku z zasadami, wartościami i normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych (por. wyrok z 16 grudnia 1997 r., sygn. K 8/97, OTK ZU nr 5-6/1997, poz. 70, z 24 lutego 1999 r., sygn. SK 4/98, OTK ZU nr 2/1999, poz. 24; z 28 maja 2002 r., sygn. P 10/01; z 21 lutego 2006 r., sygn. K 1/05, OTK ZU nr 2/A/2006, poz. 18; z 28 marca 2007 r., sygn. K 40/04, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 33).

Z pola widzenia nie można tracić również art. 31 ust. 3 Konstytucji, zgodnie z którym „*[o]graniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać*

istoty wolności i praw". Istotą unormowania, zawartego w art. 31 ust. 3, jest wyznaczenie granic ingerencji władzy publicznej w sferę wolności i praw konstytucyjnych (tzw. granic ograniczeń, w doktrynie niemieckiej nazywanych *Schranken-Schranken*) poprzez ogólne określenie przesłanek, których spełnienie jest konieczne do wprowadzania ograniczeń praw i wolności jednostki (vide: M. Wyrzykowski, *Granice praw i wolności – granice władzy*, [w:] *Obywatel – jego wolności i prawa*, opr. B. Oliwa-Radzikowska, Warszawa 1998). Zakres unormowania art. 31 ust. 3 ma charakter uniwersalny, bo wyznaczone w nim granice ingerencji władzy publicznej dotyczą wszystkich konstytucyjnych wolności i praw (np. wyroki TK: z 19 maja 2011 r., K 20/09, pkt III.2.2).

Kluczowe znaczenie dla wyznaczania dopuszczalnych ograniczeń wolności praw konstytucyjnych ma sformułowanie „tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie”. Stanowi ono podstawę zasady proporcjonalności. Zasada ta, chociaż niesformułowana wprost w art. 31 ust. 3 Konstytucji, ma charakter formalny. Sama nie wskazuje wprost dopuszczalnego zakresu ingerencji w prawa konstytucyjne. Proporcjonalność stanowi klauzulę limitacyjną, której charakter wynika z właściwości zasad prawa składających się na treść poszczególnych wolności i praw oraz zasad wymienionych w art. 31 ust. 3. Zasady te mają charakter optymalizacyjny, mogą być realizowane w określonym stopniu i mogą pozostawać ze sobą w kolizji. Kolizje te są rozstrzygane w oparciu o zasadę proporcjonalności. Pozwala ona ustalić, w jakim stopniu można ograniczyć dane prawa konstytucyjne ze względu na konieczność realizacji innego prawa lub konieczność realizacji zasady o charakterze przedmiotowym. Zasada ta składa się z trzech zasad szczegółowych, które tworzą tzw. test proporcjonalności. Pierwszą z nich jest zasada konieczności, w myśl której ograniczenie praw konstytucyjnych jest dopuszczalne tylko przy użyciu środków prawnych, za pomocą których można zrealizować cel usprawiedliwiający ograniczenie (vide: P. Tuleja, uwagi do art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskie. Komentarz*, Warszawa 2019, LEX/el)

Drugą z nich jest zasada najłagodniejszego środka, zwana też zasadą przydatności, która zakłada, że jeśli istnieje kilka możliwych sposobów ograniczenia danego prawa konstytucyjnego ze względu na konstytucyjnie usprawiedliwiony cel, należy wybrać środek jak najmniej uciążliwy. Przede wszystkim trzeba unikać sytuacji, gdy środek prawny ograniczający w sposób uzasadniony wolność lub prawo konstytucyjne osoby powoduje równocześnie ograniczenie innych praw.

Trzecim elementem zasady proporcjonalności jest zasada proporcjonalności *sensu stricto*. Polega ona na wazieniu dwóch lub więcej kolidujących ze sobą zasad i wskazaniu, która z nich w danych okolicznościach faktycznych i prawnych ma pierwszeństwo. Jeżeli rozstrzygnięcie kolizji zasad

dokonywane jest w procesie stanowienia prawa lub jego kontroli, ma charakter abstrakcyjny i przybiera postać reguły prawnej.

Zasada proporcjonalności jest efektywnym i racjonalnym środkiem wyznaczania konstytucyjnych granic ingerencji w konstytucyjne wolności lub prawa. Wprowadza ona jednak element relatywizmu w ich ochronę. Po pierwsze dlatego, że stosowanie jej trzech zasad składowych zależy od wielu okoliczności faktycznych i prawnych. Po drugie dlatego, że ważenie kolidujących ze sobą zasad nie opiera się na ściśle określonej hierarchii zasad konstytucyjnych. Konstytucyjną ochroną przed nadmierną relatywizacją ingerencji w konstytucyjne prawa jest zakaz naruszania ich istoty. Z art. 31 ust. 3 wynika, że na treść każdego z konstytucyjnych praw składa się wiązka uprawnień. Wśród tych uprawnień są uprawnienia kluczowe dla realizacji prawa konstytucyjnego. Są one immanentnie związane z jego treścią. Ograniczenie lub likwidacja tych uprawnień prowadzi do wydrążenia danego prawa z jego normatywnej treści (vide: wyrok TK z dnia 2 października 2012 r., sygn. akt: K 27/11).

(II)

Konstytucyjna zasada równego traktowania oraz zakaz dyskryminacji znalazły rozwinięcie w aktach prawnych niższego rzędu. W ramach stosunków pracowniczych najistotniejsze znaczenie dla omawianej materii, mają przepisy ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r., poz. 1320), w szczególności przepisy 18^{3a} – 18^{3e} KP. Ponadto w pewnym zakresie znajdują do nich zastosowanie także przepisy ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2156, t.j.). Podkreślenia wymaga jednak, iż zgodnie z treścią art. 2 ust. 2 przywołanej ustawy jej rozdziały 1 i 2 mogą być stosowane do pracowników wyłącznie w zakresie nieuregulowanym przez Kodeks pracy.

***De lege lata* ustawodawca, mając na względzie treści zacytowanych powyżej przepisów, w tym w szczególności art. 31 ust. 3 Konstytucji, nie zdecydował się na wprowadzenie obowiązku poddania się szczepieniom przeciwko COVID – 19. Szczepienia przeciwko COVID – 19 odbywają się zatem na zasadzie dobrowolności. Potencjalny pracownik w procesie rekrutacji nie ma obowiązku prawnego udzielania informacji o swoim stanie zdrowia, w tym czy jest lub nie jest osobą zaszczepioną – zakres danych podlegających udostępnieniu jest enumeratywnie wymieniony w treści art. 22¹§ 1 – 4 KP.**

(III)

Udzielając odpowiedzi na pytanie nr 1 „Czy pracodawca, który poda szczepienie COVID-19 jako warunek zatrudnienia lub nakaże pracę zdalną osobom niezaszczepionym może być narażony na zarzut

dyskryminacji ze strony osób, które nie chcą się szczepić?”, na wstępie należy zauważyć, iż jak podkreśla się w literaturze przedmiotu z prawnego punktu widzenia przy ocenie czy doszło do naruszenia zasady równości w jakimkolwiek przypadku ustala się cechy osób, których sytuację się porównuje, a które mają znaczenie w kontekście danej regulacji prawnej mogącej znaleźć zastosowanie do tego przypadku. W oparciu o takie cechy, określane jako **cechy relewantne (istotne)**, można określić, które osoby znajdują się w takiej samej sytuacji i powinny być przez prawo potraktowane tak samo. Wszystkie bowiem podmioty prawne, charakteryzujące się daną cechą istotną w równym stopniu, mają być traktowane równo, tzn. według jednakowej miary, bez zróżnicowań zarówno dyskryminacyjnych, jak i faworyzujących. W przeciwnym wypadku pracodawca (dotyczy także potencjalnego pracodawcy w procesie rekrutacyjnym) naraża się na zarzut dyskryminacji.

Następnie ponownie zauważyć trzeba, że materię dotyczącą przeciwdziałania wszelkim formom dyskryminacji w ramach stosunku pracy ustawodawca uregulował w art. 18^{3a} -18^{3c} KP. Z postanowień Kodeksu pracy wynika nakaz równego traktowania pracowników w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, w szczególności bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony, zatrudnienie w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy. Katalog cech, z uwagi na wystąpienie których może dojść do nierównego traktowania ma w Kodeksie pracy charakter otwarty.

Bezspornie wprowadzenie warunku zaszczepienia się przeciwko COVID -19 tworzy dla grupy potencjalnych pracowników nieposiadających tego szczepienia, a posiadających te same cechy relewantne co grupa zaszczepiona, przestrzeń do dyskryminacji. Pracodawca wprowadzający jako przesłankę zatrudnienia wymóg potwierdzenia faktu zaszczepienia się przeciwko COVID – 19 może tym samym stosując taki wymóg narazić się na zarzut dopuszczenia się dyskryminacji w kontekście zasady równego traktowania w nawiązaniu stosunku pracy – art. 18^{3a} § 1 w zw. z art. 18^{3b} § 1 pkt 1 KP. **Zarzut dyskryminacji może w takich przypadkach, jak się wydaje opierać się albo o kryterium światopoglądu (przekonania (oceny) potencjalnego pracownika na temat negatywnego wpływu szczepionki na życie i zdrowie ludzkie) bądź o kryterium zdrowotne (przeciwskazania u potencjalnego pracownika natury zdrowotnej do szczepienia).** Z uwagi na tę dyferencjację obrona wobec zarzutu dyskryminacji wymaga odrębnej oceny.

Powstaje wówczas pytanie czy nierówne traktowanie w tym zakresie może być uznane za legalne. Tu trzeba się odnieść do art. 18^{3a} § 4 KP, w oparciu o który ustawodawca zakazuje **dyskryminacji**

pośredniej pracowników - gdy na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje albo szczególnie niekorzystna sytuacja w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych wobec wszystkich lub znacznej liczby pracowników należących do grupy wyróżnionej ze względu na jedną lub kilka przyczyn określonych w § 1 art. 18^{3a} KP. Postępowanie takie może jednak być legalne, jeżeli ma zostać w ten sposób osiągnięty zgodny z prawem cel, a środki służące do osiągnięcia tego celu są właściwe i konieczne.

Należy zatem przeanalizować w pierwszej kolejności czy cel przyświecający potencjalnemu pracodawcy, który zdecydowałby się na wprowadzenie wymogu zaszczepienia się przeciwko COVID – 19 jest celem zgodnym z prawem. Tutaj odpowiedź musi być twierdząca. Bez wątplenia bowiem zgodnie z art. 207 KP na pracodawcy ciąży obowiązek zapewnienia pracownikom bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, w tym zapewnienia ochrony życia i zdrowia pracowników, przy wykorzystaniu osiągnięć nauki i techniki (art. 207 § 2 KP). Szczepionka przeciwko COVID – 19, jako najnowsze osiągnięcie nauki, stanowi optymalny i najefektywniejszy sposób zwalczania zagrożenia dla życia i zdrowia ludzkiego związanego z ryzykiem zakażenia wirusem SARS – COV – 2. Tym samym **wprowadzenie wymogu zaszczepienia się stanowi dążenie do osiągnięcia celu zgodnego z prawem, tj. ochrony życia i zdrowia pracowników, co stanowi obowiązek pracodawcy.** W konsekwencji tej konstatacji powstaje pytanie czy jest to środek właściwy i celowy? W obecnym stanie rzeczy, także na to pytanie należałoby odpowiedzieć twierdząco bowiem szczepienie przeciwko COVID – 19 jest jak dotąd jedynym potwierdzonym naukowo wysoce skutecznym sposobem profilaktyki COVID – 19. Nie będzie jednak to dotyczyło sytuacji, gdy u potencjalnego pracownika zdiagnozowano przeciwwskazania do poddania się szczepieniu przeciwko COVID – 19 – niespełnienie kryterium celowości. Nadto stwierdzić trzeba, że przedmiotowy wymóg nie może być uznany za właściwy i celowy w tych wszystkich przypadkach, gdy praca może być świadczona przez pracownika w wyłączenie w tak zwanym trybie zdalnym. W takiej sytuacji bowiem niecelowe jest nakazanie pracownikowi zaszczepienia się nie stwarza on bowiem zagrożenia epidemiologicznego dla ogółu pracowników wykonujących pracę w ramach struktury organizacyjnej danego zakładu pracy.

(IV)

Odnośnie polecenia pracy w trybie zdalnym pracownikom niezaszczepionym należy wskazać, iż odbywa się to zgodnie z treścią art. 3 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID 19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r., poz. 1842), zgodnie z

którą w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, ogłoszonego z powodu COVID-19, oraz w okresie 3 miesięcy po ich odwołaniu, w celu przeciwdziałania COVID-19 pracodawca może polecić pracownikowi wykonywanie, przez czas oznaczony, pracy określonej w umowie o pracę, poza miejscem jej stałego wykonywania (praca zdalna). Zwalczenie zarzutu dyskryminacji polegającego na nierównym traktowaniu poprzez zlecenie pracownikom niezaszczepionym tzw. pracy zdalnej powinno opierać się na tych samych kryteriach, które zaprezentowano już powyżej. Należy stwierdzić, że takie zróżnicowane traktowanie pracowników realizowane jest w celu zgodnym z prawem, a działania te są właściwe i celowe, o ile brak szczepienia przeciwko COVID – 19 opiera się na kryterium światopoglądowym. Przedmiotowy wymóg nie może być uznany za właściwy i celowy w tych wszystkich przypadkach, gdy praca może być świadczona przez pracownika w tzw. trybie zdalnym.

Ponadto w obu analizowanych powyżej sytuacjach może znaleźć zastosowanie art. 18^{3b} § 2 pkt 1 KP który stanowi, że: „zasady równego traktowania w zatrudnieniu nie naruszają działania, proporcjonalne do osiągnięcia zgodnego z prawem celu różnicowania sytuacji pracownika, polegające na niezatrudnieniu pracownika z jednej lub kilku cech prawnie chronionych, jeżeli rodzaj pracy lub warunki jej wykonywania powodują, że przyczyna lub przyczyny wymienione w tym przepisie są **rzeczywistym i decydującym wymaganiem zawodowym stawianym pracownikowi**” (patrz np. praca w tzw. systemie ochrony zdrowia, w służbach porządkowych itp.) (por. K. Kędziora, K. Śmiszek [w:] *Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz*, Warszawa Wolters Kluwer 2016, dostęp LEX on – line).

(V)

Odnosząc się do pytania nr 2 „Czy pracodawca, który w jakiś sposób będzie chciał nagrodzić pracowników za szczepienia na COVID-19, może być narażony na zarzut dyskryminacji ze strony osób, które nie chcą się szczepić?”, w pierwszej kolejności, należy odwołać się do treści art. 18^{3a} § 4 KP, wskazując ponownie, że cel, do którego zmierzają podejmowane przez pracodawcę działania, bez wątpienia jest zgodny z prawem (patrz pkt 1). Czy jednak działania te można jednoznacznie uznać za właściwe i celowe, tu odpowiedź nie może być pozytywna. W świetle obowiązującego prawa przyznanie dodatkowej nagrody pieniężnej, dnia wolnego od pracy lub upominku może zostać uznane za dyskryminację osób, które nie decydują się na zaszczepienie. Podkreślenia wymaga bowiem, że zgodnie z obowiązującymi przepisami szczepienia mają charakter dobrowolny. Dlatego nie wszyscy pracownicy muszą się na nie zdecydować. Faworyzowanie zatrudnionych, którzy się zaszczepili może zostać uznane za działanie wbrew zasadzie równego traktowania w miejscu pracy. Warto

pamiętać, że nie wszyscy pracownicy mogą się zaszczepić ze względu na stan zdrowia i nie każdy ufa ekspresowo przebadanym środkom.

Dla porządku warto w tym miejscu również zaznaczyć, że Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie przyjmuje, że stosowanie zasady równego traktowania w zatrudnieniu powinno polegać na podwyższaniu świadczeń należnych pracownikom traktowanym gorzej. Nie obowiązuje więc przepis, który w określonym zakresie pozbawia świadczeń jednych pracowników, a przez to faworyzuje innych. Oznacza to, że pracownik traktowany gorzej może domagać się uprawnień przyznanych pracownikom traktowanym lepiej, a nie, że uprawnień tych pozbawieni są pracownicy traktowani w sposób korzystniejszy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 września 2008 r., I PK 87/06, OSNP 2007 nr 17-18, poz. 246 i powołane tam orzeczenia).

Odnosząc powszechnie obowiązując pogląd na grunt szczepień przeciwko COVID-19 zauważyć należy, że część pracowników zdrowotnie niezdolnionych do przyjęcia szczepionki będzie na gorszej pozycji ze względu na cechę prawnie relewantną, to jest stan zdrowia. Brak nadto jakichkolwiek rozwiązań legislacyjnych, które mogłyby uprawniać pracodawcę do wprowadzeniach takich rozwiązań. Ponadto nawet ich wprowadzenie mogłoby posiadać przymiot potencjalnej niezgodności ze wzorcem kontroli obejmującym art. 32 i art. 33 Konstytucji RP.

Reasumując powyższy wywód, **ze względu na dobrowolny charakter szczepionki, przyznanie dodatkowego dnia wolnego, premii, nagrody bądź innego uprzywilejowania według obowiązującego prawa, byłoby działaniem dyskryminującym pracowników, którzy szczepionki nie przyjęli, w zależności od okoliczności ze względu na światopogląd lub stan zdrowia.**