

DYSKRYMINACJA ZE WZGLĘDU
NA ORIENTACJĘ SEKSUALNĄ
W ZATRUDNIENIU

Informator dla pracodawców

Warszawa 2015

Wydawca:

Kancelaria Prezesa Rady Ministrów
Biuro Pełnomocnika Rządu do spraw Równego Traktowania
Al. Ujazdowskie 1/3
00-583 Warszawa

www.rownetraktowanie.gov.pl

Wstęp

Lesbijki, geje, osoby biseksualne oraz transpłciowe doświadczają dyskryminacji na wielu różnych płaszczyznach. Żyją w świecie, w którym za normę uznaje się heteroseksualność i wszystko podporządkowuje się podziałowi na tożsamość męską i żeńską. Zwyczajna impreza integracyjna zorganizowana dla pracowników i pracownic wraz z rodzinami może wykluczać osoby nieheteroseksualne, które nie zdecydowały się na tzw. „coming out”, czyli „ujawnienie” swojej orientacji seksualnej lub transpłciowości. Wyraz „ujawnienie” został zapisany w cudzysłowie, bowiem słowo to ma konotację negatywną, tymczasem informacja o orientacji i transpłciowości nie powinna jej nosić.

Podobnie jest z językiem, w którym występuje wiele pejoratywnych określeń dotyczących osób nieheteroseksualnych. Używanie ich, nawet w żartach i bez złych intencji, może przyczyniać się do budowania wrogiej atmosfery w miejscu pracy, gdzie osoba bezpośrednio nimi dotknięta będzie mogła poczuć się zastraszona i napiętnowana. Mimo wprowadzenia zapisów dotyczących zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową, osoby LGBT często zgłaszają naruszenie tych praw przez pracodawców do organizacji monitorujących sytuację na rynku pracy. Do najczęstszych przejawów nierównego traktowania i dyskryminacji zaliczyć można stawianie innych wymagań niż pozostałym pracownikom, odmowę zatrudnienia, zwolnienie lub odmowę awansu.

Prawo

Zgodnie z **Konstytucją RP** wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny (art. 32).

Zgodnie z **Kodeksem pracy** pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, w szczególności bez względu na płeć¹ oraz **orientację seksualną** (art. 18^{3a} §1).

Zgodnie z **ustawą z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania** zakazuje się nierównego traktowania osób fizycznych ze względu na płeć, **orientację seksualną** w zakresie: podejmowania kształcenia zawodowego, warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, przystępowania i działania w związkach zawodowych, organizacjach pracodawców oraz samorządach zawodowych, dostępu i warunków korzystania z instrumentów rynku pracy i usług rynku pracy (art. 8 ust. 1).

¹ W polskim prawie antydyskryminacyjnym, wdrażającym prawo Unii Europejskiej w tym zakresie, pojęcie tożsamości płciowej zawiera się w kryterium płci. W dalszej części opracowania używana będzie forma „płeć (tożsamość płciowa)”.

Co to jest dyskryminacja?

Dyskryminacja oznacza odmienne traktowanie różnych podmiotów (osób), które znajdują się w podobnej (porównywalnej) sytuacji.

Z reguły dyskryminacja ma związek z przynależnością do grupy wyróżnionej na podstawie cech takich jak: płeć (tożsamość płciowa), rasa, pochodzenie etniczne, narodowość, religia, wyznanie, światopogląd, wiek, niepełnosprawność oraz orientacja seksualna. Dyskryminacja to zachowanie lub zaniechanie jakichś działań, najczęściej wynikające z uprzedzeń i stereotypów. Efektem dyskryminacji często jest wykluczenie społeczne danej osoby lub grupy.

Jakie są rodzaje dyskryminacji?

Dyskryminacja bezpośrednia – sytuacja, w której osoba fizyczna ze względu na płeć (tożsamość płciową), rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną jest traktowana mniej korzystnie niż jest, była lub byłaby traktowana inna osoba w porównywalnej sytuacji.

Przykłady:

- ✓ uzależnienie zatrudnienia od wcześniejszego ujawnienia swojej orientacji seksualnej;
- ✓ domaganie się od kandydata na pracownika zaświadczenia lekarskiego stwierdzającego, że kandydat nie jest nosicielem HIV i nie choruje na AIDS (wyjątek – niektóre zawody wymagają nienagannego stanu zdrowia);

- ✓ wyrządzanie pracownikowi przykrości z powodu jego orientacji seksualnej;
- ✓ odmowa zatrudnienia osoby o orientacji homoseksualnej na określonym stanowisku pracy;
- ✓ zwolnienie z pracy pod nieuzasadnionym pretekstem po ujawnieniu homoseksualnej orientacji pracownika.

Dyskryminacja pośrednia – to sytuacja, w której dla osoby fizycznej ze względu na płeć (tożsamość płciową), rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje lub szczególnie niekorzystna dla niej sytuacja, chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne.

Przykład:

- ✓ wprowadzenie uregulowań dotyczących dofinansowania do wypoczynku (np. preferencyjnych cen w ośrodku wypoczynkowym) dla małżonków; przepis pozornie niedyskryminujący wyklucza osoby pozostające w niesformalizowanych związkach nie z własnej winy oraz niejako wymusza ujawnienie orientacji seksualnej.

Dyskryminacja w zatrudnieniu

Jest zabroniona na podstawie Kodeksu pracy (umowy o pracę) i ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Eu-

ropejskiej w zakresie równego traktowania (umowy cywilnoprawne).

- ✓ Ochrona przed dyskryminacją w zatrudnieniu dotyczy takich przesłanek, jak: płeć (tożsamość płciowa), rasa, pochodzenie etniczne, narodowość, religia, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek, orientacja seksualna i przynależność związkowa, a w przypadku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę także zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy.
- ✓ Zabroniona jest dyskryminacja w odniesieniu m.in. do dostępu i warunków zatrudnienia pracowniczego (na umowę o pracę), awansowania, zatrudnienia na podstawie umowy cywilnoprawnej, korzystania z usług rynku pracy świadczonych przez urzędy pracy, pracy na własny rachunek, działalności gospodarczej lub zawodowej, podejmowania kształcenia i doskonalenia zawodowego. Zakaz dyskryminacji dotyczy m.in. molestowania, molestowania seksualnego i działań odwetowych wobec osób ujawniających wystąpienie dyskryminacji.

Dyskryminacja w rekrutacji

Rekrutacja jest pierwszym i często bardzo ważnym momentem nawiązania kontaktu pomiędzy potencjalnymi pracodawcą/czynią i pracownikiem/cą. Jest to obszar, w którym osoby ubiegające się o pracę niejednokrotnie padają ofiarą stereotypów i uprzedzeń ze strony osób prowadzących rekrutację.

Ogłoszenia o pracę

Zgodnie z Kodeksem pracy od osoby ubiegającej się o zatrudnienie pracodawca/pracodawczyni może wymagać następujących informacji: imię (imiona) i nazwisko, imiona rodziców, data urodzenia, miejsce zamieszkania (adres do korespondencji), wykształcenie oraz przebieg dotychczasowego zatrudnienia. Jest to katalog zamknięty. Wszystkie inne pytania dotyczące osoby ubiegającej się o pracę, a dotyczące prywatnego życia są niezgodne z prawem!

Rozwój zawodowy

Dyskryminacja ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową może przejawiać się również poprzez utrudnianie lub uniemożliwianie rozwoju zawodowego oraz nierówne wynagradzanie za tę samą pracę. Zgodnie z obowiązującym prawem orientacja seksualna i tożsamość płciowa osoby zatrudnionej nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na decyzje pracodawcy odnośnie uczestnictwa osoby zatrudnionej w szkoleniach podnoszących kwalifikacje. Dyskryminacją jest też odmowa awansu ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową. Pracodawca nie może również różnicować wynagrodzeń osób zatrudnionych, wykonujących pracę jednakowej wartości, kierując się przesłanką orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej.

Ofiary dyskryminacji mogą dochodzić swoich praw!

- ✓ Mogą skorzystać z ochrony prawnej przed dyskryminacją - w zależności od sytuacji - przed sądem pracy lub sądem cywilnym.

- ✓ Mogą korzystać z pomocy w podjęciu decyzji, w jaki sposób dochodzić swoich praw. Takiej pomocy udzielają instytucje i organizacje zajmujące się przeciwdziałaniem dyskryminacji osób nieheteroseksualnych.

Świadkowie dyskryminacji nie powinni pozostawać obojętni. W takiej sytuacji można:

- ✓ zapoznać się z obowiązującymi przepisami prawnymi, zakazującymi dyskryminacji i związanymi z nimi środkami ochrony prawnej;
- ✓ wezwać osobę dopuszczającą się dyskryminacji do zaprzestania dyskryminującej praktyki lub zachowania, powołując się na obowiązujące przepisy prawa;
- ✓ powiedzieć osobie dyskryminowanej, że dyskryminacja jest niezgodna z prawem, przekazać jej informacje o możliwych metodach reagowania oraz wskazać instytucje i organizacje udzielające pomocy ofiarom dyskryminacji;
- ✓ wesprzeć osobę, która doznała dyskryminacji stając po jej stronie lub oferując pomoc;
- ✓ w przypadku sprawy o dyskryminację wystąpić w roli świadka dyskryminującego zdarzenia.

W przypadku, gdy do dyskryminacji doszło w miejscu pracy, współpracownik stając po stronie osoby doświadczającej dyskryminacji również podlega ochronie prawnej. Ewentualne próby wyciągnięcia konsekwencji za udzielenie pomocy ofierze dyskryminacji są zabronione!

Sąd

Odwrócony ciężar dowodu

W polskim prawie obowiązuje zasada, według której na osobie wnoszącej sprawę do sądu ciąży obowiązek udowodnienia stanu rzeczy, na który się powołuje. Ta zasada nie obowiązuje w sprawach o dyskryminację. W przypadku tego typu spraw jest odwrotnie – z uwagi na to, że pracownikowi/pracownicy lub osobie starającej się o pracę trudno jest udowodnić dyskryminację, stosuje się zasadę przeniesienia ciężaru dowodu na pracodawcę. To strona pozwana musi udowodnić, że nie naruszyła zasady równego traktowania. Oczywiście zasada ta nie oznacza, że osoba, która twierdzi, że stała się ofiarą dyskryminacji zwolniona jest od podejmowania jakichkolwiek działań. Musi ona uprawdopodobnić przed sądem, że doszło do naruszenia zasady niedyskryminacji, wskazując cechę, która była przyczyną dyskryminacji.

Po uprawdopodobnieniu, że doszło do nierównego traktowania, pracodawca musi udowodnić, że nierównego traktowania nie było lub w świetle prawa było ono dozwolone. Jeżeli pracownik/pracownica domaga się wyższego odszkodowania niż minimalne wynagrodzenie, musi udowodnić, że żądanie to jest zasadne.

Uгода

Pracownik i pracodawca mogą zawrzeć ugody. Istnieje kilka sposobów jej zawarcia. Do ugody może dojść przed sądem lub poza sądem.

- ✓ Do ugody może dojść pomiędzy stronami bez pośrednictwa żadnych innych osób i podmiotów. Pracownik

i pracodawca w drodze negocjacji mogą określić roszczenia, jakie ma spełnić pracodawca na rzecz pracownika lub pracownik na rzecz pracodawcy (np. zapłata uzgodnionej kwoty). Taka ugoda nie stanowi jednak tytułu egzekucyjnego, co oznacza, że jeżeli zobowiązanie nie zostanie wypełnione, konieczne będzie wniesienie sprawy do sądu.

- ✓ Zawarcie ugody z udziałem komisji pojednawczej – komisje pojednawcze powołują wspólnie pracodawca i zakładowa organizacja związkowa. Jeśli w zakładzie pracy nie działa organizacja związkowa, komisję pojednawczą powołuje pracodawca po uzyskaniu pozytywnej opinii pracowników. Jeżeli postępowanie przed komisją pojednawczą nie zakończy się ugodą, pracownik może złożyć pozew do sądu pracy.
- ✓ Do ugody sądowej może dojść także podczas sprawy w sądzie. Do ugodowego zakończenia sporu strony powinny skłaniać sąd, propozycja zawarcia ugody może wyjść także od każdej ze stron. Postępowanie sądowe może zostać zakończone ugodą już na pierwszej rozprawie, może jednak dojść do niej także na dalszych etapach postępowania. Pracodawca i pracownik mogą dojść do porozumienia również bez pośrednictwa sądu, przedstawiając mu tylko warunki uzgodnionej wcześniej ugody, lub zawrzeć ugodę przed mediatorem.

Zarządzanie różnorodnością - to się opłaca!

Zarządzanie różnorodnością stanowi strategię zarządzania personelem opierającą się na przekonaniu, że różnorodność personelu (wszystkie możliwe aspekty, pod względem których ludzie się od siebie różnią i są do siebie podobni)

jest jednym z kluczowych zasobów organizacji, który w określonych warunkach może stać się źródłem korzyści biznesowych. Zarządzanie różnorodnością jest strategią, która posiada potencjał do bycia najskuteczniejszym mechanizmem eliminowania dyskryminacji, i mobbingu w środowisku pracy. Zgodnie z Kodeksem pracy pracodawca jest zobowiązany do przeciwdziałania dyskryminacji (art. 94 pkt 2b) w sposób aktywny i wdrażania odpowiednich mechanizmów w celu zapewnienia miejsca pracy gwarantującego równe traktowanie wszystkim zatrudnionym osobom. Doskonałym rozwiązaniem w tym zakresie jest wprowadzanie przez pracodawców regulacji wewnętrznych dotyczących przeciwdziałania dyskryminacji oraz mobbingowi w ich firmach.

Trzeba pamiętać!

- ✓ Dyskryminacja jest w Polsce zabroniona.
- ✓ Ofiary dyskryminacji nie są bezbronni, polskie prawo zapewnia im ochronę.
- ✓ Zgodnie z obowiązującym prawem pracodawca ma obowiązek zapewnić środowisko pracy wolne od dyskryminacji.
- ✓ W postępowaniach o naruszenie zasady równego traktowania stosowany jest tzw. odwrócony ciężar dowodu – ten, kto zarzuca naruszenie zasady równego traktowania uprawdopodobnia fakt jej naruszenia, ten komu zarzucono naruszenie tej zasady jest zobowiązany wykazać, że nie dopuścił się naruszenia.
- ✓ Pomocy ofiarom dyskryminacji mogą udzielić instytucje i organizacje powołane do reagowania w takich sytuacjach.

- ✓ Ofiary dyskryminacji nie ponoszą odpowiedzialności za zachowania osób, które je dyskryminują.
- ✓ Świadcowie dyskryminacji nie powinni pozostawać obojętni. Mogą poinformować osobę dyskryminowaną o możliwych metodach reagowania i pomóc jej w poszukiwaniu organizacji, która wspiera osoby doświadczające dyskryminacji.

Podstawowe pojęcia:

Gej – mężczyzna o orientacji homoseksualnej.

Homofobia – postawa społeczna charakteryzująca się wrogością, uprzedzeniem i lękiem wobec przedstawicieli mniejszości seksualnych. Homofobia jest uprzedzeniem, a więc uwarunkowaną społecznie awersyjną postawą wobec gejów, lesbijek, osób biseksualnych oraz transeksualnych, opartą wyłącznie na ich orientacji seksualnej, ignorującą indywidualne cechy członków/-kiń tej grupy.

Lesbijka – kobieta o orientacji homoseksualnej.

LGBT – skrót do słów ang. słów lesbian, gay, bisexual, transexual/transgender – czyli lesbijki, geje, osoby biseksualne i transeksualne/transpłciowe.

Molestowanie – każde niepożądane zachowanie, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby fizycznej i stworzenie wobec niej zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery.

Molestowanie seksualne – każde niepożądane zachowanie o charakterze seksualnym wobec osoby fizycznej lub odnoszące się do płci, którego celem lub skutkiem jest naruszenie

godności tej osoby, w szczególności przez stworzenie wobec niej zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery; na zachowanie to mogą się składać fizyczne, werbalne lub pozawerbalne elementy.

Mowa nienawiści – wypowiedzi (ustne i pisemne) oraz przedstawienia ikoniczne i ilustracje łączące, oskarżające, wyszydzające i poniżające grupy i jednostki m.in. z powodów takich, jak: wyznanie, rasa, pochodzenie etniczne i narodowe. W zaleceniach Komitetu Rady Europy można znaleźć definicję ogólną mowy nienawiści, według której są to: „wypowiedzi, które szerzą, propagują i usprawiedliwiają nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm oraz inne formy nietolerancji, podważające bezpieczeństwo demokratyczne, spójność kulturową i pluralizm” – Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy nr R/97/20. W Polsce znieważanie lub nawoływanie do nienawiści na tle narodowościowym, rasowym, etnicznym lub wyznaniowym jest zabronione i karane na podstawie art. 256 i 257 Kodeksu karnego. Brak jest wciąż przepisu szczególnego prawa karnego chroniącego wprost osoby przed nienawiścią z powodu orientacji psychoseksualnej lub tożsamości płciowej. Jednak w zależności od stanu faktycznego zachowanie osoby używającej mowy nienawiści może wyczerpywać znamiona przestępstwa, np. z art. 190 (groźba), art. 212 (pomówienie) lub art. 216 (zniewaga) Kodeksu karnego.

Orientacja seksualna – to sposób, w jaki dana osoba określa swoją seksualność z punktu widzenia płci osób, w których się zakochuje lub z którymi nawiązuje relacje intymne. Najczęściej mówi się o orientacjach (tożsamościach): heteroseksualnej, biseksualnej i homoseksualnej. Orientację seksualną najczęściej opisuje się na continuum (linii), gdzie na jednym krańcu wyróżnia się całkowitą heteroseksualność, na przeciwnym homoseksualność, a między nimi znajdują się różne wymiary biseksualności.

Płeć społeczno-kulturowa (gender) – pojęcie odnoszące się do różnic społeczno-kulturowych (a nie biologicznych) między kobietami i mężczyznami, które są nabyte (przyswojone w procesie wychowania i socjalizacji). Płeć społeczno-kulturowa jest zespołem atrybutów, postaw, ról społecznych i zachowań, przypisywanych mężczyźnie lub kobiecie przez szeroko rozumianą kulturę. Mechanizmy społeczne powodują, że od kobiet i mężczyzn oczekuje się wypełnienia tych norm i ról. Płeć społeczno-kulturowa jako zespół norm może zmieniać się w czasie, jest zależna od kręgu kulturowego, w którym funkcjonuje oraz od dominującej religii.

Tożsamość płciowa – poczucie przynależności do danej płci, wewnętrzna identyfikacja z kobietą lub mężczyzną, może być różna od płci biologicznej, połączona z silnym pragnieniem korekty ciała, tak aby odpowiadało ono płci odczuwanej (transseksualizm). Nie jest związana z orientacją seksualną.

Transfobia – postawa społeczna charakteryzująca się wrogością, uprzedzeniem oraz dyskryminacją osób transpłciowych (transseksualnych, transwestytycznych, transgenderowych). Wiele osób transpłciowych doświadcza również homofobii ze strony osób błędnie traktujących medycznie rozpoznane zaburzenia tożsamości płciowej jako formę homoseksualizmu.

Transpłciowość – ogólny termin przypisywany całej różnorodności jednostek, zachowań i grup wykazujących tendencje do odbiegania od roli płciowej człowieka, przydzielonej zwykle (choć nie zawsze fizjonomicznie, jednak zawsze genetycznie) przy urodzeniu, a także od przypisywanych jej tradycyjnych ról społecznych. Transgenderyzm jest formą tożsamości płciowej (samoidentyfikacja jako mężczyzna, kobieta), która nie zgadza się z „rodzajem przypisanym” (identyfikacja w oczach innych jako kobieta bądź mężczyzna na podstawie płci fizycznej/genetycznej). Transgenderyzm nie pociąga za sobą ustalonej orientacji seksualnej.

Transseksualizm – zaburzenie identyfikacji płciowej, postać zespołu dezaprobaty płci, polegająca na pragnieniu życia i bycia akceptowanym jako osoba płci przeciwnej fizycznie. Osoby o biologicznych cechach płci męskiej, ale poczuciu bycia płci żeńskiej oznaczamy M/K lub nazywamy transseksualistkami, natomiast osoby o biologicznych cechach płci żeńskiej, lecz czujące się mężczyzną oznaczamy K/M lub nazywamy transseksualistami. Nie można mylić z transwestytyzmem, który jest skłonnością do czasowej identyfikacji z płcią przeciwną, która może wyrażać się chęcią upodobnienia do niej, np. poprzez zakładanie jej ubrań i naśladowanie zachowania. Transwestytyzm nie jest związany z osiągnięciem satysfakcji seksualnej lecz psychicznej i/lub emocjonalnej. Nie jest on związany z orientacją seksualną.

Notatki

Materiał opracowany na podstawie:

- 1) „Równe traktowanie w administracji publicznej Podręcznik”, red. Dorota Bregin, Małgorzata Łojkowska, Michał Pawłęga, Ewa Rutkowska, Warszawa 2014;
- 2) „Mowa nienawiści”, red. Michał Bilewicz, Marta Marchlewska, Wiktor Soral, Mikołaj Winiewski, Warszawa 2014, Fundacja im. Stefana Batorego.