

KATARZYNA MARIA ZOŃ

Uniwersytet Wrocławski
katarzyna.zon@prawo.uni.wroc.pl

Różnicowanie pracowników ze względu na dziedzictwo genetyczne w prawie polskim

1. Wprowadzenie

Obserwowany współcześnie dynamiczny rozwój genetyki poza niewątpliwymi korzyściami powoduje również wiele negatywnych konsekwencji. Przejawy zagrożeń związanych z wykorzystaniem nowoczesnych technologii medycznych dostrzec można również w sferze zatrudnienia. Celem artykułu jest próba analizy przesłanki dziedzictwa genetycznego w kontekście kryteriów różnicowania pracowników w prawie polskim z uwzględnieniem standardów międzynarodowych w tym zakresie. Choć współcześnie dyskryminacja genetyczna nie stanowi realnego zagrożenia, nie można wykluczyć wystąpienia jej w bliskiej przyszłości¹. Celowość przedmiotowych rozważań potwierdza również wymiar praktyczny poruszanej problematyki oraz powinność ustawodawcy dostosowywania regulacji prawnych do rzeczywistości, w której funkcjonują, czyli z uwzględnieniem między innymi osiągnięć współczesnej nauki.

Na wstępie przeanalizowana zostanie problematyka żądania przez pracodawcę danych genetycznych od pracownika lub kandydata do pracy oraz zagadnienie dopuszczalności przeprowadzania w sferze zatrudnienia testów genetycznych, za pomocą których możliwe jest poznanie ludzkiego genotypu. Następnie na tle zasady równego traktowania pracowników oraz zakazu dyskryminacji omówione

¹ Reakcja ustawodawców państw europejskich na zagrożenie dyskryminacją genetyczną jest różnorodna. W niektórych krajach wprowadzono ustawy zakaz stosowania dyskryminacji genetycznej wobec pracowników (Francja, Dania), w innych natomiast postanowienie takie nie zostało przez ustawodawcę wprost przewidziane (Polska).

będą przejawy dyskryminacji ze względu na dziedzictwo genetyczne, występujące w każdej fazie stosunku pracy. Dla pełnej realizacji tematu niniejszą analizę uzupełnią standardy międzynarodowe w tym zakresie. Podsumowanie przedmiotowych rozważań stanowią sformułowane w ostatniej części wnioski płynące z obowiązujących obecnie przepisów oraz postulaty *de lege ferenda* w zakresie problematyki poruszanej w pracy.

2. Podstawy żądania przez pracodawcę danych genetycznych pracownika

Przedmiotowe rozważania na tle prawa polskiego należy rozpocząć od przywołania art. 51 ust. 1 Konstytucji RP², który stanowi, że „nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby”. W związku z powyższym należy zastanowić się nad istnieniem podstawy prawnej rangi ustawowej do uzyskiwania przez pracodawcę informacji o dziedzictwie genetycznym pracownika. W tym zakresie rozważany będzie art. 22¹ Kodeksu pracy — ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r.³ (k.p.) oraz art. 27 ustawy o ochronie danych osobowych z dnia 29 sierpnia 1997 r.⁴ (u.o.d.o.).

2.1. Dane genetyczne pracownika na tle regulacji art. 22¹ k.p.

Celem wprowadzenia art. 22¹ k.p. było dostosowanie treści kodeksowej do wskazanego powyżej art. 51 Konstytucji RP⁵. Nowelizacja w tym zakresie stanowiła normatywną próbę ograniczenia zakresu danych, których przetwarzanie przez pracodawcę było dopuszczalne wobec pracowników oraz kandydatów do pracy. Wymieniony w art. 22¹ § 1 k.p. zamknięty katalog danych osobowych jednoznacznie wskazuje, że nie może być on dowolnie rozszerzany przez pracodawcę. Powyższe ograniczenie wynika z konieczności ochrony sfery życia prywatnego pracownika oraz osoby ubiegającej się o pracę. Ma ono ponadto na celu uniemożliwienie lub utrudnienie pracodawcy dyskryminowania kandydatów do pracy i pracowników ze względu na jakiegokolwiek kryteria zabronione przepisami

² Dz.U. 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze sprost.

³ Tekst jednolity Dz.U. 1998 r. Nr 21, poz. 94 z późn. zm.

⁴ Tekst jednolity Dz.U. 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.

⁵ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 1162), [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/%28\\$AllByUnid%29/2C5F50B0FEEEA959C1256C850057A9AA/\\$file/1162.PDF](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/%28$AllByUnid%29/2C5F50B0FEEEA959C1256C850057A9AA/$file/1162.PDF) (dostęp: 12 lutego 2013 r.).

prawa pracy⁶. Z drugiej jednak strony w regulacji tej uwzględniono prawo pracodawcy do pozyskania informacji, które są niezbędne do oceny przydatności pracownika. W związku z tym, że ustanowiona granica dotycząca zakresu pozyskiwanych danych reguluje wyłącznie relację między pracodawcą a pracownikiem (kandydatem do pracy), treść tego przepisu nie obejmuje sytuacji, gdy dane zostaną uzyskane przez pracodawcę z innych źródeł⁷.

Wymienione w art. 22¹ k.p. dane podzielone zostały w literaturze na cztery sfery⁸: identyfikacji personalnej, pracy, tajemnicy prywatnej oraz tajemnicy osobistej niedostępnej dla pracodawcy, do której należy zaliczyć dane genetyczne. W związku z tym, że nie zostały one wskazane w ustawowym katalogu danych, ich żądanie jest dopuszczalne wyłącznie, gdy obowiązek taki wynika z odrębnych przepisów (art. 22¹ § 4 k.p.). Podstawy takiej nie sposób jednak odnaleźć w polskim ustawodawstwie. Jak wskazuje W. Zimny, domaganie się w trakcie rekrutacji innych informacji niż przewidują przepisy prawa czy uzależnienie zatrudnienia od ich podania stanowi jawnie dyskryminującą praktykę. Tak samo należy traktować sytuację, gdy wymóg przekazania danych spoza tych ram kierowany jest wobec osoby już zatrudnionej⁹. W związku z powyższym żądanie przez pracodawcę od osoby ubiegającej się o zatrudnienie danych genetycznych niewymienionych w art. 22¹ k.p. stanowi przejaw dyskryminacji genetycznej już na etapie nawiązania stosunku pracy.

2.2. Dane genetyczne pracownika na tle regulacji art. 27 u.o.d.o.

Rozważenia wymaga również relacja art. 22¹ k.p. do art. 27 u.o.d.o., dotyczącego przesłanek dopuszczalności przetwarzania danych wrażliwych. Na wstępie wyjaśnić należy, że zgodnie z art. 7 pkt 2 u.o.d.o. „przez przetwarzanie danych rozumie się jakiegokolwiek operacje wykonywane na danych osobowych, takie jak zbieranie, utrwalanie, przechowywanie, opracowywanie, zmienianie, udostępnianie i usuwanie, a zwłaszcza te, które wykonuje się w systemach informatycznych”. Definicja ta jest bardzo szeroka i obejmuje swoim zakresem właściwie wszystkie etapy — od pozyskiwania danych po ich usunięcie. Ponadto ustawodawca wśród danych osobowych wyróżnił dane wrażliwe (sensytywne, delikatne), do których zaliczył między innymi dane o kodzie genetycznym (art. 27 ust. 1 u.o.d.o.). Ich

⁶ A. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2012, Komentarz do art. 22¹ k.p., Legalis.

⁷ J. Iwulski, W. Santera, *Komentarz do Kodeksu pracy*, wyd. 2, Warszawa 2011, s. 218.

⁸ M. Gersdorf, K. Rączka, M. Rączkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2011, s. 152–153.

⁹ W. Zimny, *Przesłanki legalizujące przetwarzanie*, „Biuletyn Ochrona Danych Osobowych” 2000, nr 4, s. 5.

szczególny charakter wiąże się z większym poczuciem zagrożenia oraz możliwością wywołania na różnych polach decyzji o charakterze dyskryminacyjnym¹⁰. W związku z powyższym zasadniczo zakazane jest przetwarzanie danych wrażliwych, czyli również danych o kodzie genetycznym. Pewną niekonsekwencją w zakresie ochrony tego rodzaju informacji jest dopuszczenie zbyt wielu wyjątków od powyższej reguły i zezwolenie na przetwarzanie danych wrażliwych w nadmiernym zakresie¹¹. Każda z przesłanek przetwarzania danych wrażliwych ma charakter autonomiczny oraz niezależny¹². Stanowią one zamknięty katalog wyjątków, które nie powinny być interpretowane rozszerzająco. Zaistnienie jednej z tych podstaw powoduje, że pracodawca musi działać zgodnie z zasadami przetwarzania danych osobowych, czyli legalności, związania celem (celowości), poprawności, adekwatności i ograniczenia czasowego¹³.

Ze względu na ograniczone ramy przedmiotowe pracy, omówione zostaną wyłącznie dwie przesłanki uprawniające do przetwarzania danych wrażliwych, najistotniejsze moim zdaniem dla analizowanej problematyki. Pierwszą z nich stanowi pisemna zgoda osoby, której dane dotyczą (art. 27 ust. 2 pkt 1 u.o.d.o.). W doktrynie istnieją spory dotyczące możliwości uzyskania przez pracodawcę innych informacji niż wymienione w art. 22¹ k.p. na podstawie uprzedniej zgody wyrażonej przez pracownika na mocy u.o.d.o. Dominuje pogląd uznający taką zgodę za nieskuteczną ze względu na brak swobody wynikający ze stosunku podporządkowania¹⁴. Dodatkowe wątpliwości w tym zakresie powoduje niekorzystna dla pracowników sytuacja na rynku pracy. W przypadku kandydatów do pracy brak zgody zasadniczo ogranicza szanse tego podmiotu na uzyskanie zatrudnienia w porównaniu z innymi kandydatami¹⁵. Uznać zatem należy, że art. 22¹ k.p. wyłącza możliwość przetwarzania innych danych osobowych na podstawie pisemnej zgody pracownika czy kandydata do pracy, gdyż regulacja k.p. stanowi *lex specialis* wobec postanowień u.o.d.o.

Poza przesłanką zgody szerszego rozważenia w kontekście analizowanego zagadnienia wymaga art. 27 ust. 2 pkt. 6 u.o.d.o. Umożliwia on przetwarzanie danych wrażliwych jeśli „przetwarzanie jest niezbędne do wykonania zadań administratora danych odnoszących się do zatrudnienia pracowników i innych osób, a zakres przetwarzanych danych jest określony w ustawie”. Względy celowości

¹⁰ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2011, s. 548–549.

¹¹ *Ibidem*, s. 138.

¹² *Ibidem*, s. 554.

¹³ A. Drozd, *Zasady przetwarzania danych w aktach osobowych pracowników*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2005, nr 3, s. 11.

¹⁴ M. Gersdorf, K. Rączka, J. Skoczyński, *Kodeks pracy. Komentarz*, red. Z. Salwa, wyd. 6, Warszawa 2005, s. 119–120; E. Kulesza, *Dopuszczalność kontroli pracowników w świetle przepisów o ochronie danych osobowych*, [w:] *Kontrola pracownika. Możliwości techniczne i dylematy prawne*, red. Z. Góral, Warszawa 2010, s. 87; odmienny pogląd wyraził A. Świątkowski, *op. cit.*

¹⁵ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op. cit.*, s. 458.

we regulacji oraz użyte przez ustawodawcę sformułowanie powodują, że przepis ten można odnieść zarówno do pracowników, jak i kandydatów do pracy¹⁶. Na jego podstawie pracodawca może przetwarzać tylko takie dane sensytywne, które są niezbędne do wykonywania zadań odnoszących się do zatrudnienia, wykonywania przez pracodawcę obowiązków wynikających z zatrudnienia, a mających swoje źródło w przepisach prawa¹⁷. Niezwykle ważne jest zatem spełnienie kryterium niezbędności, dlatego wyłącznie w nielicznych przypadkach, np. w odniesieniu do zatrudnienia na określonym stanowisku, możliwe będzie zbieranie danych dotyczących stanu zdrowia¹⁸. Dlatego też analizowana przesłanka nie może być, moim zdaniem, podstawą żądania danych o kodzie genetycznym, gdyż zasadniczo stanowi to nieproporcjonalne wkroczenie w sferę prywatności pracownika.

3. Dopuszczalność przeprowadzania testów genetycznych w zatrudnieniu

Dane genetyczne pracownika mogą być poznane również za pomocą testu genetycznego, jednakże wykorzystywanie tego badania w zatrudnieniu budzi uzasadnione obawy. Dalsze rozważania zostaną zawężone wyłącznie do testów prognostycznych czyli umożliwiających wykrycie genu związanego z konkretną chorobą lub predyspozycji do określonego rodzaju schorzeń¹⁹.

Pracodawca może domagać się informacji o zdrowiu pracownika tylko w sytuacji, gdy uprawnia go do tego przepis prawa²⁰. Natomiast w polskim prawodawstwie nie ma bezpośredniej regulacji w przedmiocie dopuszczalności przeprowadzania testów genetycznych. W związku z tym należy rozważyć powyższe zagadnienie w kontekście podstawowego obowiązku pracodawcy ochrony życia i zdrowia pracowników oraz obowiązku pracownika poddania się badaniom lekarskim. Art. 229 k.p. przewiduje przeprowadzenie trzech rodzajów obowiązkowych profilaktycznych badań pracowników: wstępnych, okresowych oraz kontrolnych, które kończą się wydaniem orzeczenia lekarskiego stwierdzającego przeciwwskazania zdrowotne do pracy na określonym stanowisku pracy lub ich brak²¹. Pracodawca nie ma dostępu do dokumentacji medycznej wskazującej na

¹⁶ *Ibidem*, s. 560.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*, s. 561.

¹⁹ M. Grzymkowska, *Standardy bioetyczne w prawie europejskim*, Warszawa 2009, s. 130.

²⁰ M. Wujczyk, *Prawo pracownika do ochrony prywatności*, Warszawa 2012, s. 294.

²¹ Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 30 maja 1996 r. w sprawie przeprowadzania badań lekarskich pracowników, zakresu profilaktycznej opieki zdrowotnej nad pracownikami oraz orzeczeń lekarskich wydawanych do celów przewidzianych w Kodeksie pracy (Dz.U. Nr 69, poz. 332 z późn. zm.).

przyczynę wydania zaświadczenia o określonej treści, co bez wątplenia realizuje prawo do prywatności pracownika. Zasadniczo w świetle obowiązującej regulacji przeprowadzenie testów prognostycznych w ramach badań lekarskich kandydatów do pracy jest zatem zakazane, jeśli nie ma ono na celu ochrony zdrowia osoby zainteresowanej. Wyjątki dotyczące określonych zawodów, uregulowane w ustawie, musiałyby realizować postulat adekwatności do celów oraz niezbędności, gdyż badania te zbyt intensywnie ingerują w prawo pracownika do prywatności. Podkreślić należy, że wykonanie powyższych testów nigdy nie może następować w celu realizacji interesu ekonomicznego pracodawcy czy zwiększenia wydajności pracownika. Istotnym zagadnieniem jest również problematyka dyskryminacji genetycznej ze względu na dziedzictwo genetyczne osoby spokrewnionej. Problem ten dostrzeżony został w ustawodawstwie niemieckim. Zakazano tam wyraźnie dyskryminacji nie tylko na podstawie swoich cech genetycznych, ale również z powodu genotypu osoby spokrewnionej²². Wobec powyższego przeprowadzenie tych badań nie może być traktowane jako realizacja obowiązku pracowniczego, odmowa poddania się im nie stanowi naruszenia obowiązków pracowniczych i niewykonania polecenia służbowego. Zachowanie to nie może być zatem przyczyną uzasadniająca wypowiedzenie umowy o pracę.

4. Dyskryminacja pracowników a kryterium dziedzictwa genetycznego

Zgodnie z art. 32 ust. 2 Konstytucji RP: „nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny”. W związku z bardzo szerokim zakresem tej normy, obejmującym właściwie ogół sfer funkcjonowania człowieka, jej rozwinięcie i uszczegółowienie na płaszczyźnie prawa pracy odnaleźć można w rozdziale II k.p.²³.

4.1. Zasada równego traktowania pracowników

Punktem wyjścia do analizy prowadzonej w niniejszym podpunkcie jest zasada równego traktowania w zatrudnieniu wyrażona w art. 18^{3a} § 1 k.p. Ma ona powszechny charakter i dotyczy wszystkich pracowników — bez względu na podstawę nawiązania stosunku pracy oraz osoby ubiegające się o zatrudnienie.

²² Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz — GenDG) z dnia 24 kwietnia 2009 r., <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gendg/gesamt.pdf> (dostęp: 10 lutego 2013 r.).

²³ J. Iwulski, W. Santera, *op. cit.*, s. 159.

nie²⁴. Pojęcie równego traktowania zdefiniowane zostało przez ustawodawcę w art. 18^{3a} § 2 k.p. jako „niedyskryminowanie w jakikolwiek sposób, bezpośrednio lub pośrednio, z przyczyn określonych w § 1”. Natomiast zgodnie z art. 18^{3a} § 1 k.p. „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 s z c z e g ó l n o ś c i bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także bez względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy” [podkr. — K.Z.]. Wprowadzony katalog zabronionych kryteriów różnicowania pracowników, określający zakres podmiotowy zasady równego traktowania, ma charakter przykładowy. Ustawodawca dopuszcza zatem istnienie również innych niedozwolonych przesłanek. Na tle powyższego ocenić należy, że przesłanka dziedzictwa genetycznego objęta została zwrotem „w szczególności”. Natomiast z szeroko określonego zakresu przedmiotowego analizowanej zasady wynika konieczność stosowania tej regulacji w każdej fazie stosunku pracy.

W dalszych rozważaniach zaakcentowania wymaga wprowadzenie przez ustawodawcę rozróżnienia na dyskryminację bezpośrednią oraz pośrednią. Zgodnie z art. 18^{3a} § 3 k.p. „dyskryminowanie bezpośrednio istnieje wtedy, gdy pracownik z jednej lub z kilku przyczyn określonych w § 1 był, jest lub mógłby być traktowany w porównywalnej sytuacji mniej korzystnie niż inni pracownicy”. Ma ona zatem miejsce, jeśli decyzja wobec konkretnych pracowników podjęta została przez pracodawcę na podstawie prawnie zabronionych kryteriów²⁵. Natomiast o pośredniej dyskryminacji w zatrudnieniu można mówić wówczas, gdy stosowane przez pracodawców kryteria różnicowania pracowników stawiają w niekorzystnej sytuacji istotnie większy odsetek przedstawicieli jednej kategorii wyróżnionej z uwagi na zabronione kryteria²⁶. Należy zastrzec, że nie są uważane za pośrednią dyskryminację w zatrudnieniu przypadki, kiedy kryteria różnicowania pracowników są właściwe i konieczne oraz uzasadnione obiektywnymi względami, niemającymi związku z prawnie zakazanymi przesłankami dyferencjacji. W związku z tym, że niektóre choroby genetyczne częściej występują u jednej z płci czy u określonej rasy, ocena przydatności do pracy na podstawie kryterium genetycznego mogłaby powodować dyskryminację pośrednią ze względu na zakazane kryteria wymienione w 18^{3a} § 1 k.p. Dziedzictwo genetyczne jako zabroniona przesłanka różnicująca powinno zatem być uwzględniane w obu aspektach dyskryminacji, zarówno bezpośredniej, jak i pośredniej. Uznanie, że kryterium dziedzictwa genetycznego stanowi podstawę dyskryminacji, nie jest równoznacz-

²⁴ A. Świątkowski, *op. cit.*

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ *Ibidem.*

ne z niedopuszczalnością podjęcia pozytywnych środków mających na celu zachowanie równowagi wobec osób upośledzonych ze względu na posiadane dziedzictwo genetyczne, co potwierdza wyraźnie treść regulacji art. 18^{3b} § 3 k.p.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na obowiązek pracodawcy, zgodnie z którym ma on „przeciwdziałać dyskryminacji w zatrudnieniu, w szczególności ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy”. Łączna interpretacja art. 18^{3a} k.p. oraz przytoczonego powyżej art. 94 pkt. 2b k.p. wskazuje, że pracodawca nie tylko nie może stosować dyskryminacji, ale dodatkowo powinien jej jeszcze przeciwdziałać.

4.2. Przejawy dyskryminacji ze względu na dziedzictwo genetyczne

Uznanie, że kryterium dziedzictwa genetycznego stanowi zakazaną podstawę dyskryminacji pracowników, powoduje, że następstwa powyższego rozpatrywane są w kontekście art. 18^{3b} § 1 k.p. Naruszeniem art. 18^{3a} k.p. jest różnicowanie przez pracodawcę sytuacji pracownika z jednej lub kilku przyczyn wymienionych w tym przepisie powodujące wskazane w katalogu otwartym skutki, chyba że pracodawca udowodni, że kierował się obiektywnymi powodami. Okoliczności określone w tym paragrafie odnoszą się do poszczególnych faz istnienia stosunku pracy, od momentu jego nawiązania, przez etap kształtowania wynagrodzenia za pracę oraz innych warunków zatrudnienia, przyznawania świadczeń związanych z pracą, typowania do udziału w szkoleniach podnoszących kwalifikacje zawodowe, aż po rozwiązanie stosunku pracy²⁷. Skutki naruszenia zasady równego traktowania dzieli się na trzy grupy²⁸. Pierwsza z nich obejmuje stosunek pracy, czyli odmowę jego nawiązania lub rozwiązania. W tym zakresie jawnie dyskryminującym działaniem będzie podejmowanie decyzji o zatrudnieniu nie na podstawie obecnej zdolności do pracy kandydata, ale prawdopodobieństwa zachorowania w przyszłości na określoną chorobę. Druga grupa dotyczy sytuacji w trakcie trwania stosunku pracy i polega ona na niekorzystnym ukształtowaniu wynagrodzenia za pracę lub innych warunków zatrudnienia (np. miejsca, czasu pracy) albo nieuwzględnianiu przy awansowaniu lub przyznawaniu innych świadczeń związanych z pracą (np. premii). Posiadane przez pracodawcę informacje genetyczne nie mogą być zatem wykorzystane tak, by w efekcie z pracownikami zawierane były umowy np. wyłącznie

²⁷ K. Walczak, *Kodeks pracy. Komentarz* (komentarz do art. 18^{3a} k.p.), wyd. 9, Warszawa 2013, Legalis.

²⁸ M.T. Romer, *Prawo pracy. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2012, s. 165.

na czas określony. Trzecia grupa skutków, związana z rozwojem zawodowym pracownika, obejmuje w szczególności pominięcie przy typowaniu do udziału w szkoleniach podnoszących kwalifikacje zawodowe. Przejawem zakazanego działania w tym zakresie byłoby na przykład dokonywanie oceny opłacalności szkolenia danego pracownika, przy uwzględnieniu jego dziedzictwa genetycznego. Za jawnie dyskryminujący uznać należy wybór pracowników mających mniejsze obciążenia genetyczne. Analizowany przepis wymienia wyłącznie przykładowe przejawy naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu, nie wyczerpując wszystkich możliwych sytuacji. W związku z tym każdy przypadek powinien być oceniany *in concreto*. W razie postawienia zarzutu naruszenia nakazu równego traktowania zgodnie z art. 18^{3b} § 1 k.p. ciężar dowodu przerzucony zostaje na pracodawcę. Podmiot ten powinien udowodnić działanie w ramach prawa i kierowanie się względami obiektywnymi²⁹.

5. Regulacja prawa międzynarodowego wobec różnicowania pracowników ze względu na dziedzictwo genetyczne

5.1. Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu

Z treści licznych aktów prawa międzynarodowego wynika generalny zakaz dyskryminacji genetycznej. Mimo że w niektórych z nich przesłanka dziedzictwa genetycznego czy cech genetycznych nie została wprost wymieniona w otwartym katalogu zabronionych kryteriów dyskryminacji³⁰, to fakt ten nie świadczy bynajmniej o dopuszczalności jego stosowania³¹. Natomiast w art. 6 Powszechnej Deklaracji UNESCO w sprawie Genomu Ludzkiego i Praw Człowieka z dnia 11 listopada 1997 r.³² wprost zakazano dyskryminacji opartej na cechach genetycznych. Również w art. 21 ust. 1 Karty Praw Podstawowych z dnia 30 marca 2010 r.³³ kryterium to zostało bezpośrednio wymienione jako niedozwolona podstawa różnicowania.

²⁹ *Kodeks pracy. Komentarz*, red. W. Muszalski, wyd. 6, Warszawa 2007, s. 51.

³⁰ Por. art. 2 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, art. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, art. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

³¹ J. Kapelańska-Pręgowska, *Prawne i bioetyczne aspekty testów genetycznych*, Warszawa 2011, s. 146.

³² *Europejskie standardy bioetyczne. Wybór materiałów*, tłum. i red. T. Jasudowicz, Toruń 1998, s. 161–168.

³³ Dz.Urz. UE. C nr 83, s. 389.

Wskazany powyżej ogólny zakaz dyskryminacji genetycznej został skonkretyzowany w zakresie zatrudnienia. Generalny zakaz selekcji pracowników ze względu na dziedzictwo genetyczne przewidziano w rezolucji Parlamentu Europejskiego w sprawie etycznych i prawnych problemów inżynierii genetycznej z 16 marca 1989 r.³⁴ W akcie tym zakazano wykonywania testów genetycznych kandydatom do pracy. Natomiast ich przeprowadzenie, po spełnieniu licznych przesłanek, zostało dopuszczone wobec pracowników, z tym że wyłącznie oni byłiby podmiotami uprawnionymi do otrzymania wyników. Ponadto uznano, że analizy genetycznej nie powinno się wykorzystywać na skalę powszechną, a pozbywanie się pracowników z predyspozycjami do chorób nie może stanowić alternatywy dla doskonalenia środowiska pracy.

W tym kontekście warto przywołać również postanowienia Kodeksu praktyki w sprawie ochrony danych osobowych pracowników z 1997 r., wypracowanego w ramach Międzynarodowej Organizacji Pracy (MOP). W pkt 3.20 wskazano, że badania genetyczne w sferze zatrudnienia stanowią nieproporcjonalne naruszenie praw jednostki, w związku z czym wszelkie decyzje pracodawcy podejmowane na podstawie prawdopodobieństwa zachorowania na określoną chorobę stanowią przejaw dyskryminacji. Ze względu na wagę przedmiotowych regulacji przy ich tworzeniu skuteczniejszym rozwiązaniem byłoby posłużenie się formą konwencji czy chociażby skierowanych do państw zaleceń.

5.2. Testy genetyczne w zatrudnieniu

Akty prawa międzynarodowego wyznaczają również standardy dotyczące wykorzystania testów genetycznych w zatrudnieniu. Pierwszym dokumentem poświęconym w całości tej problematyce była rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy R(92)3 w sprawie testów genetycznych i genetycznych testów przesiewowych wykonywanych do celów opieki zdrowotnej z dnia 10 lutego 1992 r.³⁵ Wśród zawartych tam postanowień w zakresie omawianego zagadnienia szczególnie istotna jest zasada 6. Zgodnie z nią dostęp do określonych rodzajów aktywności lub ich dalszego wykonywania, w szczególności pracy zawodowej, nie powinien być uzależniony od poddania się genetycznym badaniom diagnostycznym lub przesiewowym. Jak wskazano dalej, poza koniecznością bezpośredniej ochrony osoby zainteresowanej bądź osoby trzeciej, wyjątki od reguły muszą być uzasadnione związkiem ze specyficznymi warunkami określonego rodzaju aktywności. W tym kontekście przywołać należy również Konwencję o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w kontekście zastosowań biologii i medycy-

³⁴ *Europejskie standardy...*, s. 149–150.

³⁵ *Ibidem*, s. 129–135.

ny: Konwencję o prawach człowieka i biomedycynie z 4 kwietnia 1997 r. (EKB)³⁶ oraz konkretyzujący jej postanowienia czwarty protokół dodatkowy dotyczący testów genetycznych dla celów medycznych z 27 listopada 2008 r.³⁷ Choć Polska nie jest stroną EKB, to ze względu na podpisanie tego aktu w 1999 r. zobowiązana jest do powstrzymywania się od działań, które udaremniłyby przedmiot i cel traktatu. Powyższe oznacza, że polskie regulacje nie mogą stać w sprzeczności z europejskimi standardami. Testy genetyczne stanowią narzędzie poznania ludzkiego genotypu oraz wynikających z niego informacji mających szczególne znaczenie nie tylko dla osoby poddającej się badaniu, ale również dla osób trzecich. Jak wskazano w Sprawozdaniu Wyjaśniającym do EKB za ich pomocą możliwe jest ujawnienie charakterystyki genetycznej, predyspozycji do choroby genetycznej czy podatności zachorowania na nią, co w konsekwencji może stanowić narzędzie dyskryminacji³⁸. Fundamentalną zasadę zakazującą wszelkiej formy dyskryminacji osoby ze względu na dziedzictwo genetyczne statuuje art. 11 EKB. Celem tej regulacji było dodanie do listy zakazanych przesłanek z art. 14 EKPCz dziedzictwa genetycznego³⁹. Dodatkowo art. 12 EKB ściśle ograniczył możliwość przeprowadzania prognostycznych testów genetycznych wyłącznie do celów medycznych oraz eksperymentów naukowych związanych z celem zdrowotnym. Oznacza to, że ich przeprowadzenie zawsze powinno wynikać z ochrony zdrowia danej jednostki. Z przywołanych regulacji wyraźnie wynika, że postanowienia EKB zasadniczo wykluczają wykonanie takiego badania nawet za zgodą osoby zainteresowanej, jeśli nie uzasadniają tego względy leczenia czy badań medycznych⁴⁰. Ponadto brak równorzędności stron stosunku pracy powoduje, że zgoda wyrażona przez pracownika nie jest swobodna. W tej relacji trudno jest wyeliminować element bezpośredniej lub pośredniej presji, pod którą działa pracownik. Biorąc to pod uwagę, wykluczono zastosowanie testów prognostycznych w ramach badań lekarskich kandydatów do pracy, chyba że mają na celu ochronę zdrowia osoby zainteresowanej, czyli na przykład w sytuacji, gdy warunki pracy mogłyby powodować szkodliwe konsekwencje dla zdrowia osoby zainteresowanej z racji jej predyspozycji genetycznych⁴¹. Powyższe nie może jednak stanowić alternatywy dla obowiązku pracodawcy doskonalenia środowiska pracy, zaofiarowania pracownikowi innego stanowiska oraz poprawy warunków bezpieczeń-

³⁶ *Ibidem*, s. 3–150.

³⁷ Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Genetic Testing for Health Purposes, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/203.htm> (dostęp: 15 lutego 2013 r.).

³⁸ *Europejskie standardy bioetyczne...*, s. 49.

³⁹ *Ibidem*, s. 32.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 34.

⁴¹ *Ibidem*.

stwa⁴². Co więcej, to pracodawca powinien wykazać, że przekazywane mu dane mają bezpośredni i konieczny związek z pracą. W odniesieniu do danych wrażliwych, czyli również danych genetycznych, kryteria te będą określone bardziej restrykcyjnie⁴³. Zatem w tym zakresie tak istotne jest rozróżnienie między troską o zdrowie na korzyść określonej jednostki a interesami osób trzecich, najczęściej o charakterze komercyjnym⁴⁴. Odmienne działanie pracodawcy należałoby ocenić jako nadmierną ingerencję w prawo prywatności jednostki. Warto wskazać, że zakaz wynikający z art. 12 EKB nie jest absolutny i państwa-strony mogą na podstawie art. 26 ust. 1 EKB ograniczyć jego zastosowania. Ustawodawca krajowy może zezwolić na wykonanie prognostycznego testu genetycznego także w innym celu, niezwiązanym z ochroną zdrowia. W tym kontekście uzasadnione są rozważania dotyczące wprowadzenia przymusowych testów genetycznych dla kandydatów do konkretnych zawodów, wynikające z konieczności ochrony zdrowia i życia innych osób⁴⁵. Jednakże ze względu na wagę praw pozostających w kolizji w takim przypadku, każdorazowo konieczne będzie staranne rozważenie konkretnej sytuacji. Uwzględnienie wyjątku dopuszczającego zastosowanie testów genetycznych przez pracodawcę w celu ograniczenia niebezpieczeństwa związanego z wykonywaniem zawodu może być dla pracownika ryzykowne. Wskazuje się, że znając predyspozycje genetyczne pracownika do wystąpienia określonych schorzeń, pracodawca nie powierzałby mu zadań, których wykonanie wiązałoby się ze zwiększeniem prawdopodobieństwa wystąpienia choroby⁴⁶. Jednakże wątpliwe byłoby zatrudnienie przez pracodawcę osoby niewykonywującej wszystkich czynności właściwych dla danego stanowiska. Należy przy tym wziąć pod uwagę fakt, że nawet możliwość przeprowadzenia testów genetycznych poza celami medycznymi nigdy nie może prowadzić do dyskryminacji ze względu na dziedzictwo genetyczne⁴⁷. Wynika to z bezwzględnego charakteru zakazu dyskryminacji z art. 11 EKB.

6. Wnioski i postulaty *de lege ferenda*

Celem prowadzonych rozważań była analiza dziedzictwa genetycznego w kontekście dozwolonych przez prawo kryteriów różnicowania pracowników. Na ich tle należy ocenić, że zasadniczo stanowi ono zakazaną przesłankę dyferencjacji pracowników. Generalny zakaz w tym zakresie wynika z konieczności

⁴² J. Kapelańska-Pręgowska, *op. cit.*, s. 327.

⁴³ *Ibidem*, s. 320.

⁴⁴ *Europejskie standardy bioetyczne...*, s. 34.

⁴⁵ J. Kapelańska-Pręgowska, *op. cit.*, s. 329.

⁴⁶ M. Grzymkowska, *op. cit.*, s. 132.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 133.

zastosowania obiektywnych kryteriów, zapewniających optymalną ochronę jednostki przed dyskryminacją. Kluczową kwestią jest zatem ustalenie istnienia wyjątków od wskazanej reguły, które spełniają warunki legalności, celowości oraz proporcjonalności i w żadnym wypadku nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Podstawą ich wyróżnienia w akcie rangi ustawowej mogą być najwyższe wartości, czyli ochrona życia, zdrowia i bezpieczeństwa samego pracownika oraz innych osób.

Obecnie dyskryminacja genetyczna nie stanowi jeszcze zjawiska powszechnie występującego w zatrudnieniu. Zasadne wydaje się jednak prewencyjne wprowadzenie regulacji w tym zakresie, poprzez dodanie wprost dziedzictwa genetycznego do katalogu zakazanych w art. 18^{3a} § 1 k.p. kryteriów dyskryminacji. W związku z tym uzasadnione jest prowadzenie regularnego monitoringu praktyki pracodawców, aby regulacja została wprowadzona w odpowiednim momencie. Choć niewątpliwie kryterium dziedzictwa genetycznego mieści się w otwartym katalogu zakazanych przesłanek różnicowania pracowników, to wyraźne jego wskazanie stanowić będzie przejaw uwzględniania w regulacji prawnej osiągnięć współczesnej nauki.

W doktrynie postuluje się również zmianę art. 22¹ k.p., gdyż wynikająca z tego przepisu ochrona pracownika (kandydata) nie jest wystarczająca. W tym zakresie M. Wujczyk proponuje, by wprost wskazać dane, których pracodawca nie mógłby żądać od pracownika⁴⁸. Uważam, że takie rozwiązanie nie zabezpiecza w pełni interesu pracownika, gdyż nie ogranicza możliwości ingerencji pracodawcy. W efekcie mógłby on się domagać wszelkich danych niewymienionych w przepisie, co byłoby niezwykle ryzykowne dla pracownika czy kandydata do pracy i zdecydowanie pogarszałoby jego sytuację na rynku pracy. Rozwiązaniem bardziej korzystnym dla pracownika jest wprowadzenie katalogu danych, które miałby on obowiązek udostępnić⁴⁹. W tym kontekście zasadny wydaje się pogląd o konieczności zawarcia w k.p. przepisu wyraźnie zakazującego podejmowania negatywnych działań w stosunku do pracownika, który odmówił odpowiedzi na pytanie dotyczące danych spoza katalogu⁵⁰. W doktrynie wskazuje się również na konieczność wprowadzenia zakazu przetwarzania przez pracodawcę niektórych danych pracownika⁵¹. Jedynie wyjątkowo mogłyby one zostać uwzględnione jako elementy oceny przydatności, zdolności kandydata do wykonywania szczególnych zawodów np. pilotów, kierowców ciężarówek czy ze względu na konieczność kontroli stanu zdrowia wynikającą z wykonywanej przez nich pracy mogącej powodować zmiany w organizmie⁵².

⁴⁸ M. Wujczyk, *op. cit.*, s. 403.

⁴⁹ E. Kulesza, *Dopuszczalność kontroli pracowników...*, s. 91.

⁵⁰ J. Kapelańska-Pręgowska, *op. cit.*, s. 176.

⁵¹ E. Kulesza, *Dopuszczalność kontroli pracowników...*, s. 81.

⁵² *Ibidem*, s. 92.

Przeprowadzanie prognostycznych testów genetycznych w zatrudnieniu powinno być moim zdaniem wprost zakazane. Jedynie wyjątkowo ich wykonanie mogłoby uzasadniać ochrona zdrowia i bezpieczeństwa pracowników oraz innych osób⁵³. Ponadto do osiągnięcia zamierzonego rezultatu nie mógłby doprowadzić inny środek⁵⁴, co wskazuje na wyraźnie subsydiarny charakter przeprowadzanych badań. Konieczne byłoby wprowadzenie dodatkowego zastrzeżenia, zgodnie z którym pracodawca wiedziałby wyłącznie o istnieniu bądź braku przeciwwskazań do wykonywania danej pracy, bez dostępu do dokumentacji medycznej zawierającej wskazanie przyczyny wydania zaświadczenia o takiej treści⁵⁵.

Podsumowując, obowiązujące w polskim porządku prawnym przepisy nie są adekwatne do wkraczających również w sferę prawa pracy nowych technologii medycznych. W związku z tym wymagana jest interwencja ustawodawcy w przedmiotowym zakresie.

Differentiation between employees based on genetic heritage in Polish law

Summary

This study focuses on the problem of the possibility of discrimination against employees or future employees based on their genetic heritage. This issue is related to the dynamic development of modern genetics the effects of which are perceptible in labor relations.

At the beginning of above considerations is the relationship between the scope of personal data which employer may demand to provide (Article 221 of the Labor Code) and employee's genetic data. In this context admissibility of carrying out genetic tests in employment should be taken into consideration. The most significant in this respect is the principle of equal treatment of employees (Article 183a of the Labor Code). According to the above-mentioned provision, employees should be treated equally in relation to each aspect of the employment relationship. Catalogue of prohibited discrimination criteria contains a phrase "in particular." Therefore, it may include other prohibited grounds for discrimination, such as genetic heritage. This thesis finds support in rules of international law which set standards in this area. To sum up, genetic heritage is not an acceptable criterion of differentiation between employees. Current regulations of Polish labor law may be insufficient when confronted with new medical technologies and may need an improvement in this respect.

Keywords: genetic heritage, equal treatment in employment, prohibition against discrimination in employment, genetic data, genetic tests in employment

⁵³ E. Kulesza, *Kilka uwag o przetwarzaniu danych osobowych pracowników przez pracodawcę — regulacje obowiązujące i uwagi de lege ferenda*, [w:] *Ochrona danych osobowych wczoraj, dziś, jutro*, Warszawa 2006, s. 10.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.