EMILIA DOROSZKIEWICZ

Uniwersytet w Białymstoku

e.doroszkiewicz@wp.pl

Dyskryminacja osób transpłciowych w sferze zatrudnienia

Transgender discrimination in the employment sphere

Streszczenie. Artykuł porusza problematykę dyskryminacji osób transpłciowych w sferze zatrudnienia. W niniejszym opracowaniu przybliżę m.in. podstawy prawne zakazu dyskryminacji osób z tzw. cechą *trans*, wymienię typowe problemy, z jakimi borykać się mogą zarówno kandydaci na pracowników, jak i pracownicy, którzy zmienili płeć w związku z, moim zdaniem, brakiem dostatecznej regulacji prawnej w tym zakresie. Przedstawię również propozycje zmian, jakie powinny dokonać się w ustawodawstwie celem poprawy sytuacji osób transpłciowych na rynku pracy.

Słowa kluczowe: dyskryminacja; dyskryminacja osób transpłciowych; pracownik transpłciowy.

Summary. The article is about transgender discrimination in the employment sphere. In this study I present legal basis of transgender discrimination in polish and European Union law. Moreover, I describe typical problems transgender candidates for employees and transgender employees. In my opinion, these problems are related with lack of legal regulation in labour law concerning transgender employees. Also, I present proposal for changes in legislation which are necessary to improve the situation of transgender people in the labour market.

Key-words: discrimination; transgender discrimination; transgender employee.

1. Uwagi wstępne

Problem dyskryminacji osób transpłciowych jest niezwykle istotny, gdyż aktualnie status prawny takich osób nie jest regulowany wprost przez ustawodawcę. Ponadto również w kodeksie pracy nie ma norm, które odnosiłyby się *expressis verbis* do ochrony przed nierównym traktowaniem osób transpłciowych. Na skalę problemu wpływ ma także bez wątpienia fakt, iż środowisko LGBT, do którego zaliczyć można osoby transpłciowe jest ostatnio tematem bardzo nośnym medialnie. Przez wzgląd na te okoliczności wypadałoby poczynić parę uwag na temat sytuacji osób transpłciowych w sferze stosunków pracy.

2. Pojęcie płci oraz transpłciowości

Na gruncie prawa pracy, (...) płeć jest ważna w głównie z dwóch przyczyn. Po pierwsze, jest to cecha prawnie chroniona, w odniesieniu do niej niedozwolona jest jakiegokolwiek dyskryminacja. Po drugie, z przynależnością do konkretnej płci związana jest możliwość, w określonych przez ustawodawcę przypadkach, odmiennego kształtowania sytuacji prawnej kobiet i mężczyzn¹. W związku tym na samym wstępie istnieje potrzeba zdefiniowania pojęcia płci, z tego względu, iż płeć determinuje pozycję człowieka nie tylko w społeczeństwie, ale również jego pozycję prawną w sferze stosunków pracy. Płeć utożsamiana zazwyczaj z grupą cech pozwalających rozróżnić osobniki męskie od żeńskich, jest kategorią niejednorodną i obejmuje, m.in. płeć gonadalną (opisywaną na podstawie gruczołów płciowych w postaci jajników u kobiet i jąder u mężczyzn), płeć społeczną (inaczej metrykalną czy prawną, określaną tuż po narodzinach na podstawie zewnętrznych narządów płciowych) czy płeć psychiczną (określaną przez identyfikację z określoną płcią)².

Rozpoczynając rozważania na temat sytuacji osób transpłciowych w zatrudnieniu należy wyjaśnić, że pojęcie transpłciowości jest pojęciem szerszym i obejmuje swym zakresem zarówno osoby transseksualne, transgengeryczne, jak i transwetystyczne. Transseksualizm definiowany jest jako zaburzenie identyfikacji płciowej i roli płciowej, które przejawia się niezgodnością między psychicznym poczuciem przynależności do określonej płci a biologiczną budową ciała, płcią socjalną, metrykalną i prawną³. Zatem w sytuacji, w której istnieje silne, wewnętrzne poczucie przynależności do innej płci niż do tej określonej przy urodzeniu, wówczas mamy do czynienia ze zjawiskiem transseksualności. Transseksualiści odczuwają potrzebę trwałej zmiany płci spowodowanej brakiem tożsamości pomiędzy płcią biologiczną a płcią psychiczną. Osoby transseksualne ze względu na potrzebę poddania się zarówno zabiegowi chirurgicznej zmiany płci, jak i zmianę płci stwierdzoną orzeczeniem sądu wymagają szczególnej ochrony przed dyskryminacją w sferze aktywności zawodowej. Dlatego niezwykle ważne jest zapewnienie im prawa do równego traktowania zarówno po tych zmianach, jak i podczas transformacji. Czas, w którym transseksualny pracownik poddaje się korekcie płci, jest niezwykle dla niego trudny i to nie tylko ze względu

¹ A. Szczebra, *Prawne aspekty ochrony osób transpłciowych w zatrudnieniu*, w: *Dyskryminacja ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową w zatrudnieniu. Raport Kampanii Przeciwko Homofobii*, red. K. Śmiszek, Warszawa 2011, s. 14.

² Zob. K. Imieliński, S. Dulko, M. Filar, *Transpozycje płci. Transseksualizm i inne zaburzenia identyfikacji płciowej*, Kraków 2001, s. 3-5.

³ K. Imieliński, S. Dulko, *Przekleństwo Androgyne. Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, Warszawa 1988, s. 118.

na jego długotrwałość, ale również dlatego, że to właśnie na tym etapie rozbieżność między prawną płcią pierwotną a wyglądem zewnętrznym, świadczącym o jej zmianie, powoduje niechęć społeczną i brak akceptacji, a w konsekwencji – relatywnie duże ryzyko dyskryminacji⁴. Natomiast transgenerysta wyraża niezadowolenie ze swojej płci, lecz nie chce w pełni przyjąć ram płci przeciwnej, tzn. nie jest najczęściej zainteresowany operacyjną zmianą płci czy zmianą danych osobowych. Zatem nie identyfikuje się w pełni z żadną z płci. Jeśli chodzi o osobę transwetystyczną to czuje ona potrzebę czasowej przynależności do płci przeciwnej. Zwykle przejawia się to w określonym zachowaniu czy sposobie ubioru.

3. Status prawny osób transpłciowych w prawie pracy

Jak zostało już zaznaczone na wstępie, status prawny osób transpłciowych nie został uregulowany wprost przez polskiego ustawodawcę. Jeśli chodzi o sferę stosunków pracy, to również w kodeksie pracy nie ma takich norm, które bezpośrednio odnoszą się do ochrony przed dyskryminacją i nierównym traktowaniem osób transpłciowych. Niemniej jednak, z całą pewnością jako podstawy prawne zakazu dyskryminacji takich osób wskazać można art. 32 ust. 1 Konstytucji RP⁵, który ustanawia równość wobec prawa wszystkich jednostek i równe ich traktowanie przez władzę publiczną, natomiast ust. 2 wskazuje na zakaz dyskryminacji w życiu politycznym, społecznym, gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny. Ponadto art. 11² kodeksu pracy⁶ ustanawia równość praw wszystkich pracowników z racji wykonywania jednakowo tych samych obowiązków, a art. 11³ k.p. statuuje zakaz jakiegokolwiek dyskryminacji w zatrudnieniu. Dzięki takiemu ujęciu możliwe jest umiejscowienie zakazu nierównego traktowania ze względu na tożsamość płciową w obrębie wszelkich zabronionych kryteriów dyskryminacji⁷. Należy zauważyć, iż ani w art. 11³ k.p., ani w art. 18^{3a} § 1 k.p. ustawodawca nie zdecydował się na wymienienie odrębnie tożsamości płciowej jako niedozwolonej przyczyny dyskryminacji obok innych wymienionych przez niego przyczyn dyskryminacji. Jednakże, dzięki wprowadzeniu otwartego katalogu przyczyn dyskryminacji zarówno w art. 32 Konstytucji RP, jak i w wymienionych powyżej artykułach kodeksu pracy, zakaz dyskryminacji dotyczy każdej jednostki, bez względu na jej indywidualne cechy. Należy wyraźnie zaznaczyć, że osoby transpłciowe, tak samo jak inni pracownicy, narażone są na akty dyskryminacji zarówno bezpośredniej, jak i pośredniej.

⁴ A. Szczebra, *Prawne...*, s. 15.

⁵ Dz.U. Nr 78, poz.483.

⁶ Dz. U. Nr 24, poz. 141 z późn. zm.

⁷ A. Szczebra, *Prawne...*, s. 17.

Ich sytuację pracowniczą należy porównywać z sytuacją innego pracownika, która nie posiada tzw. cechy *trans*, stawiając pytanie np. „czy zostałbym jednakowo potraktowany, gdybym nie zmienił płci?”.

W kontekście sytuacji osób transpłciowych, ale również innych przedstawicieli środowiska LGBT⁸ szczególny nacisk należy położyć ponadto na aspekt ochrony ich godności pracowniczej (art. 11¹ k.p. nakłada na pracodawcę obowiązek poszanowania godności pracownika oraz innych jego dóbr osobistych). Podobnie art. 30 Konstytucji RP stanowi o przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka, która jest źródłem jego wolności i praw, a jej ochrona jest obowiązkiem władz publicznych. Ważnym składnikiem godności osobowej jest bezsprzecznie możliwość nieskrępowanego wyrażania swojej tożsamości i ekspresji płciowej, która ma doniosłe znaczenie dla realizacji własnej osobowości oraz zdefiniowania swojej roli w społeczeństwie⁹. Ponadto osoby transpłciowe również mogą paść ofiarą molestowania czy molestowania seksualnego w miejscu pracy. Zatem transpłciowy pracownik, który w wyniku zastosowania wobec niego przekazu werbalnego, pozawerbalnego czy też kontaktu fizycznego, odwołującego się do jej płciowości w sposób przez niego niepożądany, znalazł się w sytuacji noszącej znamiona molestowania seksualnego, korzysta ze wszystkich uprawnień z tytułu naruszenia nakazu równego traktowania w zatrudnieniu bez względu na płeć¹⁰.

4. Typowe problemy osób transpłciowych w sferze stosunków pracy

Osoby transpłciowe są grupą wymagającą odrębnego potraktowania, jeśli chodzi o sferę stosunków pracy. Należy zwrócić uwagę, że ich ochrona przed dyskryminacją jest ważna począwszy od etapu ich rekrutowania do pracy, w trakcie trwania zatrudnienia, a skończywszy na jego ustaniu. Jeśli chodzi o fazę nawiązania stosunku pracy, to niezwykle ważne jest w kontekście osób transpłciowych, że zgodnie z art. 22¹ § 4 k.p. pracodawca może żądać od osoby ubiegającej się o zatrudnienie podania informacji odnoszących się do płci kandydata tylko w przypadkach, w których obowiązek ich podania wynika z przepisów prawa. Ponadto należy zwrócić uwagę na § 1 tego artykułu i wskazać, że wśród wymienionych w nim danych osobowych, których ujawnienia pracodawca może żądać od kandydata do pracy, nie ma wymienionej płci. Obowiązuje to nie tylko w trakcie rozmowy

⁸ Z ang. *lesbian, gay, bisexual, transgender*. Jest to zbiorcze określenie odnoszące się do osób homoseksualnych, biseksualnych, osób transgeneracyjnych, w tym również transpłciowych.

⁹ A. Śledzińska-Simon, *Prawna sytuacja osób transpłciowych w Polsce*, w: *Sytuacja prawna osób transpłciowych w Polsce. Raport z badań i propozycje zmian*, red. W. Dynarskie, K. Śmiszek, Warszawa 2013, s. 152.

¹⁰ A. Szczebra, *Prawne...*, s. 20-21.

kwalifikacyjnej, ale i na etapie składania dokumentów aplikacyjnych, bowiem z art. 22¹ § 1 k.p. nie płynie wniosek, że pracodawca może żądać przesłania CV ze zdjęciem, co mogłoby skutkować odrzuceniem kandydatury np. ze względu na zbyt męski czy zbyt kobiecy wygląd. Takie rozwiązanie prawne przyczynia się do ochrony życia osobistego osób transpłciowych, a pracodawcy daje dostęp wyłącznie do tych danych, które pozwolą mu dowiedzieć się o kwalifikacjach kandydata¹¹. Kolejny problem, jaki może się pojawić na tym etapie, wiąże się ze sprostowaniem świadectwa pracy. Zgodnie z art. 97 § 3 k.p. skorygowanie świadectwa pracy możliwe jest tylko w przypadku, gdy sąd stwierdzi niezgodne z prawem rozwiązanie umowy o pracę z pracownikiem bez wypowiedzenia z jego winy. Zatem w sytuacji, gdy przyszły pracodawca będzie wymagał takiego dokumentu od transpłciowego kandydata, wówczas zostanie ujawniona bardzo wrażliwa informacja w postaci wcześniejszej płci przed operacyjną, jak i sądową jej korektą.

Jeśli chodzi zaś o dyskryminację w czasie trwania stosunku pracy, to przede wszystkim chodzi o dyskryminujące ustalenie warunków zatrudnienia (przede wszystkim wynagrodzenia), utrudnienie lub uniemożliwienie awansowania czy też pominięcie w typowaniu do szkoleń podnoszących kwalifikacje pracownika. Natomiast jeśli chodzi o etap rozwiązywania stosunku pracy, to istnieje ryzyko, że głównym powodem zwolnienia takiego pracownika może być jego tożsamość płciowa, zwłaszcza zmiana płci w trakcie zatrudnienia. Możliwa jest ponadto sytuacja, w której pracodawca rozwiązuje stosunek pracy z transseksualną kobietą i motywuje to wyłącznie tym, iż osiągnęła ona wiek emerytalny przewidziany dla kobiet, w sytuacji, gdy wiek ten jest niższy niż wiek przewidziany dla mężczyzn. W konsekwencji zmusza się ją do zaprzestania aktywności zawodowej o pięć lat szybciej w porównaniu do pracownika – mężczyzny.

5. Pozycja prawna transpłciowego pracownika w prawie brytyjskim

Jak już zostało to ustalone, na gruncie kodeksu pracy tożsamość płciowa nie stanowi samodzielnego kryterium niedozwolonego różnicowania. Odmienne sytuacja ma miejsce w innych krajach Unii Europejskiej, np. w Wielkiej Brytanii, gdzie obowiązuje ustawa zwana *Equality Act 2010*, która reguluje kwestie niedyskryminacji i równouprawnienia. W dokumencie tym dyskryminacja ze względu na zmianę płci wymieniona jest jako niedozwolona przyczyna dyskryminacji. Termin ten ma w tej ustawie szeroki zakres i odnosi się do osoby, która nie tylko przeszła proces zmiany płci lub jest w jego trakcie, ale również

¹¹ A. Szczebra, *Prawne...*, s. 22.

do osoby, która za zamiar poddać się takiej korekcie, dzięki dokonaniu zmian o charakterze fizjologicznym lub innych charakterystycznych dla danej płci¹². Co ciekawe, ochrona osoby transpłciowej na podstawie tego aktu rozpoczyna się od momentu oświadczenia woli zmiany płci przez pracownika. Może to być wyrażone przez ogłoszenie takiego zamiaru, zmianie w stylu ubierania się lub zmianie zachowania, jak również rozpoczęciu sesji psychologicznych poświęconych zmianie płci. (...) Ochrona nie jest uwarunkowana poinformowaniem pracodawcy o swoim transseksualizmie czy rozpoczęciem procesu korekty płci¹³. Odrębnie potraktowana została również nieobecność pracownika w pracy spowodowana procesem zmiany płci. Za akt dyskryminacji zostanie uznana sytuacja, w której pracodawca odmówi udzielenia urlopu koniecznego ze względu na dopełnienie formalności w związku z korektą płci (np. wizyta lekarska), mimo iż ma on możliwość zorganizowania zastępstwa w wykonywaniu jego obowiązków.

Uważam, iż błędem polskiego ustawodawcy jest brak umieszczenia tożsamości płciowej obok innych niedozwolonych przyczyn dyskryminacji zwartych w kodeksie pracy. W moim przekonaniu zabieg ten pozbawiłby wszelkich wątpliwości interpretacyjnych i z całą pewnością wzmocniłby ochronę przed dyskryminacją osób transpłciowych w zatrudnieniu, ponieważ obecne traktowanie dyskryminacji osób *trans* w ramach dyskryminacji ze względu na płeć zmusza do rozumienia pojęcia płci nie tyle w kategoriach prawnych lub czysto biologicznych, ale również w kategoriach kulturowo-społecznych, a wydaje się, że na razie brak jest w społeczeństwie konsensu w tym zakresie¹⁴.

6. Regulacja unijna

W przeciwieństwie do regulacji polskiej, o sytuacji osób transpłciowych traktują akty prawa Unii Europejskiej o charakterze tzw. *soft law*. Chodzi tu o Rezolucję Parlamentu Europejskiego z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie unijnego planu przeciwdziałania homofobii i dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową¹⁵. W akcie tym Parlament Europejski ustanowił wytyczne odnoszące się do równego traktowania osób transpłciowych w sferze zatrudnienia, nakładając szereg powinności w tym zakresie głównie na Komisję Europejską oraz państwa członkowskie. Warto zaznaczyć, że rezolucja, poza sferą zatrudnienia, odnosi się również do równego traktowania w sferach życia, takich jak

¹² M. Wujczyk, *Zakaz dyskryminacji w prawie pracy. Rozważania porównawcze de lege lata i de lege ferenda na gruncie polskich i brytyjskich przepisów antydyskryminacyjnych*, Warszawa 2016, s. 97.

¹³ M. Wujczyk, *Zakaz ...*, s. 149.

¹⁴ Tamże, s. 148.

¹⁵ Dz.U. UE C 093/04 z 24.03.2017 r.

przykładowo: edukacja, ochrona zdrowia, równy dostęp do towarów i usług, wolność zgromadzeń oraz wolność wypowiedzi.

W rezolucji tej, Parlament Europejski wezwał Komisję Europejską i państwa członkowskie do współpracy w sprawie polityki ochrony praw osób transpłciowych w perspektywie długookresowej, tj. do opracowania harmonogramu, strategii lub planu działania, które obejmą tematy i cele określone w tej rezolucji. Komisja powinna położyć szczególny nacisk na kwestię tożsamości płciowej w trakcie monitorowania przebiegu wdrażania dyrektywy 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy¹⁶, a także wydać wytyczne zawierające doprecyzowanie, że osoby transpłciowe także objęte są terminem „płeć” w stosunku do tej dyrektywy. Z powyższego wynika, że osoby transpłciowe korzystają z ochrony przed dyskryminacją ze względu na przesłankę płci przewidzianą w dyrektywie 2006/54 i powinny one być traktowane tak samo, jak kobiety i mężczyźni, którzy nie są osobami transpłciowymi. W punkcie G rezolucji nałożono na Komisję obowiązek dopilnowania, aby tożsamość płciowa znajdowała pośród zakazanych kryteriów dyskryminacji w przyszłym ustawodawstwie odnoszącym się do równości, a także obowiązek włączenia kwestii dotyczących osób transpłciowych do głównego nurtu wszystkich polityk państw członkowskich, wzorując się w ten sposób na podejściu przyjętym w ramach strategii na rzecz równości płci (tzw. strategii *gender mainsreaming*). Wynika z tego, że jeżeli jednym z filarów, na którym opiera się funkcjonowanie Unii Europejskiej jest równe traktowanie i zakaz dyskryminacji, to objęte są nim również osoby transpłciowe. W związku z tym równość praw tej grupy powinna stać się jednym z priorytetów polityki Unii Europejskiej. Na państwa członkowskie nałożona została powinność dopilnowania, aby organy do spraw równości były informowane i edukowane w dziedzinie praw i zagadnień dotyczących osób transpłciowych. Komisja, państwa członkowskie i odpowiednie agencje powinny zająć się kwestią aktualnego braku wiedzy, badań i stosownych przepisów w obszarze praw człowieka osób transpłciowych.

7. Orzecznictwo TSUE dotyczące transpłciowych pracowników

Należy ponadto pamiętać o tym, że standard ochrony osób transpłciowych przed dyskryminacją w ramach dyskryminacji ze względu na płeć został wypracowany przez

¹⁶ Dz. Urz. WE L 204 z 26.07.2006 r., s. 23.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości, a później przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zakres ochrony osób transpłciowych w prawie Unii Europejskiej skupia się w dużej mierze na kwestii dyskryminacji w zatrudnieniu i wykonywaniu działalności gospodarczej (orzecznictwo TSUE), ale ma też swoje odniesienie do niektórych obszarów życia prywatnego i rodzinnego (przede wszystkim orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka)¹⁷.

Przykładowo, w sprawie C-13/94¹⁸, ówczesnemu Europejskiemu Trybunałowi Sprawiedliwości postawiono pytanie, czy obowiązująca wtedy dyrektywa 76/207/WE¹⁹ obejmuje swym zakresem transseksualistów przed dyskryminacją ze względu na płeć. Trybunał stwierdził, że analizowana dyrektywa wyraża tylko jeden z aspektów powszechnego zakazu dyskryminacji, będącego jednym z filarów prawa wspólnotowego. Uwypuklono, że zakazu dyskryminacji ze względu na płeć nie można interpretować ściśle i literalnie, a więc nie sprowadza się on wyłącznie do nierównych warunków zatrudnienia ze względu na fakt, iż dana osoba jest kobietą albo mężczyzną. Natomiast w sytuacji dokonania korekty płci niewątpliwie dyskryminacją związana jest z przynależnością płciową danej osoby, czyli „mieści się” w ochronie przyznawanej przez powoływaną dyrektywę²⁰. Zwolnienie z pracy osoby z powodu planowanej lub zrealizowanej korekty płci oznacza jej mniej korzystne potraktowanie, w tym określonym przypadku w porównaniu z osobami należącymi do płci, którą ta osoba przed dokonaną zmianą reprezentowała. Wynika to z faktu, iż stosowanie przepisów równościowych nie może być zawężone tylko do dyskryminacji z powodu przynależności do jednej lub drugiej płci, ale musi obejmować także dyskryminację związaną z jej zmianą. Taka dyskryminacja jest bowiem głównie, a nawet jedynie, oparta o kryterium płci²¹. Z racji, iż dyrektywa 2006/54 zastąpiła dyrektywę 76/207/WE również z tego wywieść można, że ta obowiązująca obecnie nie wprowadza zakazu dyskryminacji tylko i wyłącznie w odniesieniu do kobiet i mężczyzn, lecz również obejmuje swym zakresem zakaz dyskryminacji ze względu na tożsamość płciową w ramach dyskryminacji ze względu na płeć.

¹⁷ A. Pudło, *Niedyskryminacja osób transseksualnych w świetle prawa europejskiego*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2014, nr 14, s. 86.

¹⁸ Zob. wyrok TSUE z 30.04.1996 r., C-13/94, w sprawie P. przeciwko S., www.eur-lex.europa.eu.

¹⁹ Dz. U. UE L z 5.10.2002 r.

²⁰ K. Osajda, *Orzecznictwo ETS dotyczące transeksualizmu*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 9, s. 37.

²¹ A. Szczebra, *Prawne...*, s. 24.

Orzeczenie w sprawie C-117/01²² dotyczyło dyskryminacji transseksualisty w zakresie prawa do równej płacy dla kobiet i mężczyzn. Trybunał stwierdził w nim, że wdowa po zmarłym partnerze, który zmienił płeć ma prawo do otrzymania świadczenia z funduszu emerytalnego, ponieważ świadczenie to ma, w prawie krajowym powoda, charakter równy z wynagrodzeniem. Zgodnie z art. 141 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską, każde państwo członkowskie musi zapewnić jednakowe wynagradzanie kobiet i mężczyzn za taką samą pracę. Możliwość uzyskania takiego świadczenia nie może być uwarunkowana pozostawaniem w związku małżeńskim ze zmarłym, bo wymaganie to nie może zostać spełnione przez transseksualistów z uwagi na fakt, iż w niektórych państwach Unii Europejskiej nie ma możliwości korekty wpisu o przynależności do określonej płci w akcie urodzenia²³.

Konkludując, należy stwierdzić, że cecha *trans* nie zalicza się do katalogu cech prawnie chronionych przed dyskryminacją w prawie Unii Europejskiej. Wobec tego, niedyskryminacja osób transpłciowych w prawie unijnym jest objęta ochroną z uwzględnieniem kryterium płci²⁴. Przy czym pojęcie „płeć” należy interpretować tak, aby uwzględnić sytuację, w której traktowanie dyskryminujące powiązane z płcią, w bardziej abstrakcyjnym znaczeniu, daje możliwość pewnej ograniczonej ochrony tożsamości płciowej. Zatem pojęcie tożsamości płciowej odnosi się nie tylko do osób, które poddają się chirurgicznej zmianie płci, ale też wybierają inne środki ekspresji swojej płci, takie jak transwestytyzm, crossdressing (noszenie odzieży typowej dla kobiet/mężczyzn) albo po prostu przyjmują sposób wypowiedzania się czy używają kosmetyków zwykle kojarzonych z płcią przeciwną²⁵.

8. Konkluzje i wnioski własne

Podsumowując rozważania dotyczące sytuacji osób transpłciowych w zatrudnieniu, należy stwierdzić, iż bardzo często są one dyskryminowane nie tylko w sferze stosunków pracy, ale również w szeroko pojmowanym życiu społecznym, gdyż spotykają się z niechęcią, szykanowaniem i stygmatyzacją ze strony społeczeństwa. W moim przekonaniu brak akceptacji często wynika z niewiedzy i nierozumienia zjawiska transpłciowości, a także

²² Zob. wyrok TSUE z 7.01.2004 r., C-117/01, w sprawie K.B. przeciwko National Health Service Pensions Agency, www.eur-lex.europa.eu.

²³ Zob. K. Osajda, *Orzecznictwo...*, s. 39.

²⁴ A. Pudło, *Niedyskryminacja...*, s. 81.

²⁵ Zob. *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji*, Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Rada Europy, 2010, s. 102 i n. Dostęp w Internecie: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_PL.pdf. [dostęp 07.03.2019 r.]

z utrwalanych, krzywdzących stereotypów na temat osób ze środowiska LGBT. W konsekwencji przekłada się to na bardzo niski poziom akceptacji dla wykonywania przez osoby transpłciowe określonych zawodów zwłaszcza zawodów tzw. zaufania publicznego, takich jak np. lekarz, nauczyciel. Na potencjalnie ciężką sytuację zawodową osób transpłciowych może wskazywać ponadto fakt, iż 52% ogółu Polaków i 53% osób pracujących uważa, że pracodawcy w Polsce nie byliby skłonni dać pracę osobie transpłciowej w sytuacji spełniania przez nią wszelkich stawianych wymagań²⁶. W związku z tym osoby te zmuszone są często do podjęcia pracy u rodziny czy znajomych lub pracy poniżej swoich oczekiwań i kwalifikacji zawodowych tylko po to, aby mieć jakiegokolwiek źródło utrzymania (doskonałym przykładem może być tutaj praca w call center, z uwagi na fakt, iż nie ma w niej bezpośredniego kontaktu z klientami). Część osób decyduje się również na pracę w formie telepracy lub założenie własnej działalności gospodarczej. Podjęcie takiej decyzji wiąże się z trudnościami w znalezieniu pracy, ale czasem wynika też z potrzeby unikania kontaktu z otoczeniem w trakcie zmian zachodzących w organizmie na skutek kuracji hormonalnej czy przed otrzymaniem nowych dokumentów tożsamości w konsekwencji korekty prawnej płci²⁷. W tym kontekście warto zaznaczyć, że art. 65 ust. 1 Konstytucji RP stanowi, że Konstytucja zapewnia każdemu wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy, z wyjątkami przewidzianymi w ustawie. Ogromną barierą w znalezieniu odpowiedniej pracy może być również niezgodność płci ujawnionej w dokumentach z płcią odczuwaną – pracodawcy odmawiają zatrudnienia nie tyle z braku tolerancji, a z obawy o problemy natury formalnoprawnej.

Ponadto cecha *trans* pracownika ma wpływ na środowisko i negatywną atmosferę pracy. Z przeprowadzonych badań wynika, że najczęściej doświadczanymi przez osoby transpłciowe przejawami dyskryminacji są: kpiny i przykrości ze strony współpracowników (25%), kpiny i przykrości pochodzące od przełożonego (17,9%), wykluczenie ze środowiska pracowniczego (14,3%), a także zwiększone wymagania stawiane danej osobie w porównaniu do innych współpracowników (14,3%). Ponad 70% badanych czuło potrzebę lub konieczność ukrywania własnej tożsamości płciowej w miejscu pracy z powodu przeświadczenia o braku akceptacji społecznej dla osób transpłciowych i obawa przed reakcją otoczenia w miejscu

²⁶ A. Błaszczak-Banasiak, M. Kuruś, A. Mazurczak, P. Nowek, K. Wilkońska-Żuromska, *Równe traktowanie w zatrudnieniu bez względu na tożsamość płciową. Analiza i zalecenia. Zasada równego traktowania – prawo i praktyka*, nr 19, „Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich” 2016, nr 6, Warszawa 2016, s.12. Dostęp w Internecie: https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Rowne_traktowanie_w_zatrudnieniu_bez_wzgledu_na_tozsamosc_plciowa.pdf. [dostęp 07.03.2019 r.].

²⁷ A. Błaszczak-Banasiak, M. Kuruś, A. Mazurczak, P. Nowek, K. Wilkońska-Żuromska, *Równe...*, s. 45.

pracy, przed zwolnieniem z pracy i utratą dochodów, przez wzgląd na poszanowanie własnej prywatności²⁸. Zdecydowanie w lepszej sytuacji znajdują się osoby, które podejmują zatrudnienie już po prawnej i operacyjnej korekcie płci, gdyż wchodzą one w nowe środowisko pracy z nową tożsamością. Trudniej natomiast mają ci, którzy zdecydowali się na płciową transformację w trakcie trwania stosunku pracy. Pod względem wyrażania tożsamości płciowej i zmian w codziennym wyglądzie w miejscu pracy, osoby K-M²⁹ rzadziej napotykały problemy, ponieważ krótka fryzura i strój tzw. unisex u kobiet nie budzą aż takiego zdumienia i są raczej społecznie akceptowane. W trudniejszym położeniu w miejscu pracy są osoby M-K³⁰. W ich przypadku nawet niewielka ekspresja płciowa w codziennym wyglądzie może powodować negatywne reakcje i brak tolerancji dla kobiecego wyglądu u biologicznego mężczyzny³¹. Wobec tego osoby transpłciowe uciekają od ujawniania swojej tożsamości płciowej, nie tylko z powodu braku odczuwania potrzeby dzielenia się sprawami prywatnymi, ale głównie z obawy przed utratą zatrudnienia, jak również po to, aby nie pogarszać swoich relacji ze współpracownikami czy pracodawcą. Dwie trzecie uczestników ankiety internetowej stwierdziło, że doznali w swoim miejscu pracy lub w trakcie poszukiwania pracy jakiejś formy dyskryminacji ze względu na swoją transpłciowość (przyznało tak 67% wszystkich badanych, a 68% wśród tych obecnie pracujących). Najczęstszą formą dyskryminacji była odmowa zatrudnienia. Natomiast prawie jedna trzecia respondentów przyznała, że wymagano bądź wymaga się od nich o wiele więcej niż od innych pracowników. Prawie jedna czwarta doznała zwolnienia z pracy z powodu swojej transpłciowości. Co ciekawe, o skali problemu świadczy ponadto fakt, że przynajmniej jednego rodzaju molestowania doznało aż 81% wszystkich badanych i 75% aktualnie pracujących³².

W moim przekonaniu głównym lekarstwem na większość problemów, z jakimi borykają się osoby transpłciowe w sferze zatrudnienia, powinna być zmiana postaw społecznych poprzez zwiększenie świadomości ludzi, np. wobec faktu, że transpłciowość nie jest kwalifikowana jako jednostka chorobowa, a jako zaburzenie identyfikacji płciowej³³. Ta zmiana powinna stanowić tzw. pracę u podstaw, czyli przede wszystkim należy postawić

²⁸ M. Makuchowska, M. Pawłęga (red.), *Sytuacja społeczna osób LGBT w Polsce. Raport za lata 2010-2011*, Kampania Przeciw Homofobii, Warszawa 2012. Dostęp w Internecie: https://www.kph.org.pl/publikacje/raport_badania_lgbt_do_netu.pdf. [dostęp: 07.03.2019 r.].

²⁹ Chodzi tutaj o osobę, która zmieniła płeć z żeńskiej na męską.

³⁰ Chodzi tutaj o osobę, która zmieniła płeć z męskiej na żeńską.

³¹ A. Błaszczak-Banasiak, M. Kuruś, A. Mazurczak, P. Nowek, K. Wilkońska-Żuromska, *Równe...*, s. 42.

³² Tamże, s. 42.

³³ W świetle Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10 wydanej przez Światową Organizację Zdrowia.

na edukację społeczeństwa zaczynająca się już od wczesnych lat, aby uwrażliwiać na problemy i uświadamiać, że wartości człowieka ani pracownika nie determinuje jego tożsamość płciowa. Fakt bycia osobą transpłciową nie może decydować o jej zatrudnieniu bądź o odmowie zatrudnienia, a także odmiennego, gorszego traktowania w jego trakcie. Musimy pamiętać, że zasada równego traktowania stanowiła i stanowi podstawowe prawo każdego człowieka także w stosunkach pracy. Ponadto tolerancja jest jednym z fundamentów kultury. Sztuka akceptacji „inności” jest zakorzeniona w szacunku okazywanego dla drugiego człowieka. Poszanowanie zasady tolerancji jest gwarantem prawa do odmienności, która wynika po pierwsze z naturalnych różnic występujących pomiędzy ludźmi, a po drugie ze świadomości, że również inni mają prawo do swojej indywidualności³⁴. Osoby transpłciowe powinny mieć równą możliwość realizacji swoich praw tak samo jak inne jednostki. Jednakże, w kontekście zmiany płci ich sytuacja prawna nie jest podobna do żadnej innej grupy, toteż postulować należy stworzenie odrębnego prawa, które różnicuje ich sytuację prawną w związku z tym, że ich sytuacja faktyczna nie jest analogiczna do innych podmiotów³⁵. Zatem zadaniem prawa jako regulatora stosunków międzyludzkich powinno być reagowanie i dostosowywanie się do zmian zachodzących w społeczeństwie i odpowiadanie na problemy, z jakimi borykają się osoby transpłciowe zwłaszcza w sferze stosunków pracy.

W kodeksie pracy niestety brak jest regulacji odnoszących się do ochrony przed dyskryminacją i nierównym traktowaniem osób transpłciowych. Po przeanalizowaniu orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdzić należy, iż osoby, które zmieniły płeć korzystają z ochrony przed dyskryminacją ze względu na przesłankę płci. Z całą pewnością stwierdzam, że dyskryminacja tej grupy pracowników po pierwsze, nie stanowi dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Należy odróżnić kwestię poczucia przynależności do określonej płci, od kwestii osobistych preferencji seksualnych każdego człowieka. Po drugie, w moim przekonaniu, dyskryminacja osób transpłciowych nie powinna stanowić dyskryminacji ze względu na płeć jako niedozwolone kryterium różnicowania, gdyż osłabia to ochronę praw tych osób w sferze stosunków pracy. Postuluję zatem, aby ustawodawca dodał do katalogu kryteriów dyskryminacji przesłankę, jaką będzie tożsamość płciowa czy też zmiana płci.

³⁴ M. T. Romer, *Słowo wstępne*, w: *Dyskryminacja ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową w zatrudnieniu. Raport Kampanii Przeciwko Homofobii*, red. K. Śmiszek, Warszawa 2011, s. 10.

³⁵ A. Śledzińska-Simon, *Prawna...*, s. 153.

W moim przekonaniu, dyskryminacja pozostaje przede wszystkim zjawiskiem społeczno-kulturowym, wywodzącym się z tradycyjnego pojmowania roli kobiety i mężczyzny, a także z przekonania o wyższości lub niższości jednej płci nad drugą. Społeczeństwo w zależności od reprezentowanej przez nas płci wpisuje nas w określone ramy dotyczące określonego wyglądu, preferowanych zachowań, powinności, które mamy wypełniać. W związku z powyższym, przyczyn występowania dyskryminacji osób transpłciowych w sferze stosunków pracy, moim zdaniem, upatrywać należy w braku tolerancji i poszanowania odmienności drugiego człowieka. Społeczeństwo nie rozumie osób z tzw. cechą *trans*, a przez to się ich boi i zaczyna postrzegać w nich zagrożenie dla wyznawanych przez nich wartości. Pamiętajmy, że nastroje społeczne przekładają się bezpośrednio na sferę stosunków pracy, czyli na dostęp do zatrudnienia, wynagradzanie, awansowanie, typowanie do szkoleń oraz przyznawanie innych świadczeń związanych z pracą, a także na kwestię zwolnień z przyczyn uznawanych za dyskryminujące. Niezależnie od tego, jaka jest nasza postawa wobec osób transpłciowych, poczucie przynależności płciowej uznane zostało przez orzecznictwo oraz doktrynę za odrębne dobro osobiste związane ze sferą życia prywatnego każdego człowieka³⁶. Zmiana płci pracownika, czy też chęć dokonania jej zmiany w przyszłości absolutnie nie może determinować sytuacji prawnej takiej osoby w sferze zatrudnienia.

Bibliografia:

Literatura

- Błaszczak-Banasiak A., Kuruś M, Mazurczak A., Nowek P., Wilkońska-Żuromska K., Równe traktowanie w zatrudnieniu bez względu na tożsamość płciową. Analiza i zalecenia. Zasada równego traktowania – prawo i praktyka. nr 19, „Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich” 2016, nr 6, Warszawa 2016,
https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Rowne_traktowanie_w_zatrudnieniu_bez_wzgledu_na_tozsamosc_plciowa.pdf. [dostęp: 07.03.2019 r.]
- Imieliński K., Dulko S., Filar M, *Transpozycje płci. Transseksualizm i inne zaburzenia identyfikacji płciowej*, Kraków 2001
- Imieliński K., Dulko S., *Przekleństwo Androgyne. Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, Warszawa 1988
- Makuchowska M., Pawłęga M. (red.), *Sytuacja społeczna osób LGBT w Polsce. Raport za lata 2010-2011*, Kampania Przeciw Homofobii, Warszawa 2012,
https://www.kph.org.pl/publikacje/raport_badania_lgbt_do_netu.pdf. [dostęp: 07.03. 2019 r.]
- Osajda K., Orzecznictwo ETS dotyczące transeksualizmu, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 9

³⁶ Zob. np. postanowienie SN z 22.03.1991 r., III CRN 28/91, Legalis nr 27282.

Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji, Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Rada Europy, 2010, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_PL.pdf. [dostęp: 07.03.2019 r.]

Pudło A., *Niedyskryminacja osób transseksualnych w świetle prawa europejskiego*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2014, nr 14

Szczebra A., *Prawne aspekty ochrony osób transpłciowych w zatrudnieniu*, w: *Dyskryminacja ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową w zatrudnieniu. Raport Kampanii Przeciwko Homofobii*, red. K. Śmiszek, Warszawa 2011

Romer M. T., *Słowo wstępne*, w: *Dyskryminacja ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową w zatrudnieniu. Raport Kampanii Przeciwko Homofobii*, red. K. Śmiszek, Warszawa 2011

Śledzińska-Simon A., *Prawna sytuacja osób transpłciowych w Polsce*, w: *Sytuacja prawna osób transpłciowych w Polsce. Raport z badań i propozycje zmian*, red. W. Dynarskie, K. Śmiszek, Warszawa 2013

Wujczyk M., *Zakaz dyskryminacji w prawie pracy. Rozważania porównawcze de lege lata i de lege ferenda na gruncie polskich i brytyjskich przepisów antydyskryminacyjnych*, Warszawa 2016

Orzecznictwo

Postanowienie SN z 22.03.1991 r., III CRN 28/91, Legalis nr 27282

Wyrok TSUE z 30.04.1996 r., C-13/94, w sprawie P. przeciwko S., www.eur-lex.europa.eu

Wyrok TSUE z 7.01.2004 r., C-117/01, w sprawie K.B. przeciwko National Health Service Pensions Agency, www.eur-lex.europa.eu