

Rozdział 1.

Krytyka wartości poznawczej i analitycznej funkcji ochronnej prawa pracy

§ 1. Uwagi wstępne

Analiza regulacji prawa pracy przez pryzmat przypisywanego mu celu jest mocno utrwalona w doktrynie prawa pracy. Praktycznie każdy podręcznik oraz każde opracowanie naukowe odwołuje się do funkcji. W funkcjach prawa pracy, a w szczególności w funkcji ochronnej, definiuje się źródło powstania, rację odrębności¹, ogólną dyrektywę interpretacyjną oraz – co oczywiste i nadrzędne – cel tej gałęzi prawa. W zasadzie nie można prowadzić naukowego dyskursu na temat prawa pracy bez odniesienia się do dorobku z tego zakresu. Co więcej, rozpoczęcie analizy aksjologii właśnie od funkcji wydaje się w dzisiejszej literaturze prawa pracy najbardziej naturalne. Jednak to, czy analiza przez pryzmat funkcji prowadzi do zadowalających wniosków, nie jest dla mnie oczywiste, co staram się wykazać w niniejszym rozdziale.

§ 2. Funkcje prawa pracy jako doktrynalne wypowiedzi o jego aksjologii

Funkcje prawa pracy w doktrynie prawa pracy rozumiane są tak, jak w teorii prawa, tj. jako zaplanowane przez ustawodawcę i społecznie pożyteczne cele danego ustawodawstwa². Akcentuje się w ten

¹ Por. np. *G. Goździewicz*, Funkcje prawa pracy w nowym ustroju pracy w Polsce, [w:] *B. Cwiertniak* (red.), *Prawo pracy, ubezpieczenia społeczne, polityka społeczna. Wybrane zagadnienia*, Opole 1998, s. 30.

² Por. *T. Zieliński*, *Prawo pracy. Zarys systemu. Część I – ogólna*, Warszawa 1986, s. 38. Podobne rozumienie funkcji prawa, także w wymiarze uniwersalnym, zaprezentował *Z. Salwa*, który pojęcie funkcji określa jako założone w normach prawa podstawowe

sposób cel, a abstrahuje od rzeczywistych, choć niezamierzonych skutków. Właśnie takie wypowiedzi o funkcjach prawa w ogólności spotkać można w teorii prawa³.

Przez funkcję ochronną prawa pracy rozumie się działanie norm prawa pracy w sposób zabezpieczający interesy pracowników⁴, tj. ochronę interesów pracowników jako strony słabszej stosunku pracy⁵. Funkcja ochronna wyraża cel prawa pracy, który realizowany jest także przez semiimperatywny charakter norm oraz karne i cywilne sankcje wobec pracodawcy naruszającego prawa pracownicze⁶. W literaturze ostatnich lat proponuje się wprowadzenie wewnętrznego podziału tej funkcji. Z uwagi na zakwalifikowanie do prawa pracy co najmniej części norm z zakresu przeciwdziałania bezrobociu proponuje się wyodrębnienie tzw. podfunkcji promocyjnej prawa pracy⁷.

Z kolei funkcję organizatorską czy też organizacyjną definiuje się jako takie działanie prawa pracy, które należy zabezpiecza funkcjonowanie procesów pracy zespołowej w zakładach pracy. Powyższe wypowiedzi co do celu prawa pracy są dość jednorodne w doktrynie, choć czasem wyrażane w sposób pośredni⁸.

cele, jakie stawia sobie regulacja prawna, ujęte w podstawowe kierunki oddziaływania ustanowionych norm, por. *Z. Salwa*, Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych, Warszawa 1996, s. 29.

³ Por. *Z. Ziemiński*, Wstęp do aksjologii dla prawników, Warszawa 1990, s. 79–80.

⁴ Por. *T. Zieliński*, Prawo pracy..., s. 39.

⁵ Por. *U. Jackowiak* (red.), Prawo pracy – podręcznik dla studentów prawa, Kraków 2003, s. 39.

⁶ Por. *W. Szubert*, Szczególne właściwości prawa pracy, Studia Prawno-Ekonomiczne 1970, t. IV, s. 670; podobnie *M. Rafacz-Krzyżanowska*, Funkcja organizacyjna i ochronna w projekcie kodeksu pracy, PiZS 1974, z. 3, s. 22–27.

⁷ *M. Skąpski* proponuje w ramach funkcji ochronnej wyodrębnić trzy podfunkcje: wyrównawczą, polegającą na łagodzeniu faktycznych nierówności między pracownikiem i pracodawcą, a tym samym zapewnianiu godziwych warunków pracy, jako tradycyjnym i najstarszym celu prawa pracy; podfunkcję opiekuńczą – związaną z opieką nad osobami szczególnie zagrożonymi na rynku pracy przez przyznanie im nadzwyczajnych uprawnień i kompetencji, bez których szanse zatrudnienia tych osób byłyby minimalne. Powyższe służy przeciwdziałaniu wykluczeniu społecznemu niepełnosprawnych, młodocianych; podfunkcję promocyjną – jako typ ochrony dotyczącej ogółu osób aktywnych zawodowo jako grupy społecznej zainteresowanej istnieniem jak największych możliwości zatrudnieniowych. Celem jest ochrona miejsc pracy i kształtowanie warunków dla rozwoju zatrudnienia, tworzenie ram prawnych dla działalności promującej zatrudnienie i powstrzymywanie się od działań powodujących likwidację miejsc pracy i wzrost bezrobocia; podfunkcję ochrony interesów pracodawców; por. *M. Skąpski*, Ochronna funkcja prawa pracy w gospodarce rynkowej, Warszawa 2006, s. 103.

⁸ *A. Świątkowski* stwierdza np., że prawo pracy pozwala pracodawcom na osiągnięcie zysku przy zapewnieniu interesów pracowników. Z takim stwierdzeniem trudno

Coraz rzadziej wymienia się funkcję wychowawczą i rozdzielczą prawa pracy. Ta ostatnia zasługuje jednak na rehabilitację, choć jej nazwa jest silnie nacechowana ideologią lat minionych. Prawo pracy także i dziś wymusza dystrybucję zasobów, choć czyni to na płaszczyźnie horyzontalnej, poprzez instytucje świadczeń niewzajemnych. W dalszej części będę zresztą dowodził, że gdyby w ogóle pozostawić opis prawa pracy przez pryzmat funkcji, to funkcja redystrybucyjna byłaby funkcją najważniejszą.

W ostatnich latach stosunkowo rzadko wymienia się funkcję wychowawczą prawa pracy, realizowaną przez system kar porządkowych. Choć biorąc pod uwagę ich istotę, trudno odmówić im cech podobnych do tych, jakie spełniają kary w prawie karnym. A te ostatnie mają m.in. wychowywać.

Funkcje prawa pracy najczęściej wyodrębnia się w kontekście indywidualnego prawa pracy. Odnotować jednak należy wypowiedzi doktryny analizujące zagadnienie funkcji w odniesieniu do zbiorowego prawa pracy⁹, w których centralne miejsce przypisuje się związkowi zawodowemu¹⁰.

Dodać należy, że trafność wyodrębniania i systematyki funkcji nie jest w doktrynie powszechnie akceptowana. O ile można jeszcze powiedzieć, że wyodrębnienie funkcji ochronnej jest co do zasady akceptowane, to już innych funkcji nie¹¹. W efekcie kluczowa dla opisu

się zgodzić, albowiem prawo pracy nie ma za swój cel umożliwienia osiągnięcia zysków. Takiemu celowi służy zasada swobody działalności gospodarczej, ochrony własności itp. Jednak intencja autora jest chyba lepiej wyrażona w tym fragmencie pracy, w którym stwierdza, iż prawo pracy służy niwelowaniu sprzeczności między interesami stron; por. A. Świątkowski, *Polskie prawo pracy*, Warszawa 2010, s. 31.

⁹ Por. K. W. Baran, O funkcjach zbiorowego prawa pracy uwag kilka, [w:] M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner (red.), *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku*. Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego, Warszawa 2002, s. 399 i nast.; także K. W. Baran, Organizatorska funkcja zbiorowego prawa pracy de lege lata i de lege ferenda, [w:] A. Patulski, K. Walczak (red.), *Jedność w różnorodności. Studia z zakresu prawa pracy, zabezpieczenia społecznego i polityki społecznej*. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Wojciechowi Muszalskiemu, Warszawa 2009, s. 253 i nast.; także np. G. Goździewicz, *Funkcje prawa pracy...*, s. 44–45.

¹⁰ K. W. Baran, Funkcja ochronna zbiorowego prawa pracy, SPPiPS 2009, s. 83 i nast.

¹¹ Odnotować w tym miejscu należy kategoryczne stanowisko J. Jończyka, który wypowiedział generalny sąd, że prawo pracy niczego nie organizuje, a jedynie określa prawa i obowiązki stron. Autor ten zwraca uwagę, że problematykę przypisywaną funkcji organizatorskiej można wyjaśnić poprzez prawidłowe wypełnienie treścią funkcji ochronnej prawa pracy, albowiem wyodrębnienie funkcji organizacyjnej jest – według J. Jończyka – próbą przeciwstawienia się nazbyt jednostronnej wykładni funkcji ochronnej; J. Joń-

i analizy prawa pracy jest optyka ochrony pracownika. Można nawet zaryzykować tezę, że – przynajmniej przy typowej systematyce funkcji prawa pracy – funkcja ochronna jest metafunkcją lub co najmniej funkcją dominującą, stanowiącą cel nadrzędny tej gałęzi prawa¹². Inne cele prawa pracy nie mogą znajdować się z nią w sprzeczności (funkcja organizatorka) lub mogą ją jedynie dopełniać (funkcja rozdzielcza).

§ 3. O funkcji ochronnej prawa pracy w doktrynie prawa pracy

Analiza nurtu teoretyzowania o prawie pracy przez pryzmat funkcji ochronnej budzi jednak zastrzeżenia. Pozostawia bowiem wrażenie, że prawo pracy ma szczególny status w systemie prawa, nacechowany wartością absolutną, jaką jest ochrona pracownika, co stanowi samoistne i wystarczające uzasadnienie dla każdej instytucji prawnej, pod warunkiem że przyznaje ona prawa pracownikom. Z takich pozycji aksjologicznych nie można zakwestionować zasadności jakiegokolwiek rozwiązania prawnego, które służy pracownikowi. A pracownik to ktoś więcej niż inny człowiek pracujący tylko dlatego, że wykonuje pracę podporządkowaną. W konsekwencji krytyczna, a w szczególności publiczna krytyczna, dyskusja o prawie pracy obciążona jest ryzykiem zarzutu braku wrażliwości społecznej, czy też zarzutem cywilizacyjnego anachronizmu. A rozwój prawa pracy definiowany jest przede wszystkim poprzez przyrost regulacji ochronnych.

Zawarte w deklaracji filadelfijskiej i często przypominane w dyskusjach na temat aksjologicznych podstaw prawa pracy sformułowanie, że praca nie jest towarem – pomimo niejednoznaczności znaczenia – stanowi uniwersalny i trudny do zbitcia argument, używany

czyk, *Prawo pracy*, Warszawa 1995, s. 26. Powyższy pogląd jest w literaturze odosobniony, co nie może jednak przesądzać o całkowitej bezzasadności podnoszonych przez autora argumentów. Bliższa analiza tego zagadnienia wykracza jednak poza ramy tej pracy.

¹² Czynie powyższe zastrzeżenie, albowiem w myśl koncepcji podziału funkcji zaproponowanej przez *M. Skąpskiego*, przewidującej podział funkcji na bezpośrednie i pośrednie, pozycja funkcji ochronnej jest odmienna, podobnie zresztą jak jej zawartość. W efekcie nie może być nazwana metafunkcją. Tą ostatnią w myśl tej systematyzacji jest zapewnienie sprawnego i harmonijnego działania stosunków społecznych związanych z wykonywaniem pracy zależnej, por. *M. Skąpski*, *Ochronna funkcja...*, s. 105.

przeciwko każdej propozycji obniżenia standardów ochrony. Na marginesie stwierdzić jedynie należy, że skoro praca nie jest towarem, to doktryna prawa pracy winna protestować przeciwko rozpowszechnionemu w języku ekonomicznym i potocznym sformułowaniu – rynek pracy. Skoro nie ma towaru – to nie ma i rynku. Konsekwentnie powinniśmy protestować przeciwko nazwie aktualnie obowiązującej w Polsce ustawy promującej zatrudnienie, co byłoby jednak błędne. Zwłaszcza że z nielicznych analiz wynika, że rynek pracy w ujęciu normatywnym istnieje, a wątpliwości można mieć tylko co do tego, czy jest to rynek wolny. Innymi słowy, czy rynek reglamentowany jest jeszcze rynkiem¹³. Dodać przy tym należy, że sam zwrot „praca nie jest towarem” nie doczekał się w literaturze prawa pracy przekonującego rozwinięcia, co utrudnia określenie jego roli w kształtowaniu tej gałęzi prawa.

Tymczasem w dyskusji o fundamentach prawa pracy i jego miejscu w systemie prawa trzeba poruszyć kwestię zupełnie podstawową. Prawo pracy musi się przecież mieścić w ramach porządku konstytucyjnego. W tym sensie prawo pracy podlega tym samym kryteriom ze sfery zasad ustrojowych, czy też praw, wolności i obowiązków człowieka, jak inne gałęzie prawa. A pozycja prawna pracownika może różnić się od pozycji innej osoby wykonującej pracę tylko tym, co wynika z odrębności pracy podporządkowanej w stosunku do pracy niepodporządkowanej. Z kolei pracodawca może być obciążony tylko tymi obowiązkami, które znajdują szczegółowe konstytucyjne uzasadnienie. Tym samym prawo pracy nie może stanowić źródła przywilejów pracowników w stosunku do innych zatrudnionych, ani też nie może naruszać konstytucyjnych praw pracodawcy.

Tymczasem dotychczasowe wypowiedzi na temat istoty funkcji ochronnej zdają się wykazywać dwie istotne cechy. Po pierwsze, charakterystyczne jest skupienie analizy naukowej przede wszystkim na regulacjach prawnopracowniczych oraz na „wewnętrznym” dorobku doktryny. Wprawdzie definiując prawo pracy, wskazuje się jego powiązania z prawem cywilnym, administracyjnym oraz karnym. Ale odniesienia w tym zakresie służą jedynie temu, aby wskazać, iż w prawie pracy znajdujemy wszystkie metody regulacji prawnej.

Podobnie postrzega są regulacje konstytucyjne. Najczęściej ich analiza służy stwierdzeniu, że Konstytucja także zawiera prawnoma-

¹³ W ten sposób rozumiem wnioski *W. Sanetry*, [w:] *W. Sanetra*, Czy istnieje rynek pracy?, PiZS 2011, z. 9, s. 8-9.

terialne regulacje z zakresu prawa pracy. Wskazuje się podstawowe zasady ustrojowe potwierdzające konstytucyjne umocowanie prawa pracy. Ewentualnie pisze się o Konstytucji w kontekście źródeł prawa pracy, w tym w szczególności roli źródeł prawa międzynarodowego. Innymi słowy, doktryna prawa pracy używa Konstytucji dla wzmocnienia przekazu o funkcji ochronnej prawa pracy, z reguły bez szczegółowej analizy merytorycznej jej treści.

Znakomita większość wypowiedzi na temat Konstytucji ogranicza się do wskazania zasady społecznej gospodarki rynkowej, ochrony pracy, prawa do pracy (o ile można takowe odnaleźć) czy też zakazu dyskryminacji. Co więcej – poza nielicznymi wyjątkami, odwołania do Konstytucji są dość powierzchowne i często odwołują się do zawodnej w tym przypadku wykładni literalnej. Ma to w szczególności miejsce w przypadku zasady społecznej gospodarki rynkowej. Jeśli badacz wywodzi daleko idące skutki ochronne ze słów „społeczna”, to musi mieć problem z dalszą częścią regulacji art. 20 Konstytucji, który tak mocno eksponuje własność prywatną, wolność gospodarczą, a o solidarności mówi w kontekście partnerów społecznych. Z tego powodu nierzadkie są w literaturze wypowiedzi, które powołują się na zasadę społecznej gospodarki rynkowej jako argument za stawianą tezę, tyle że bez cytowania całości przepisu.

Z drugiej strony w dyskusji o funkcji ochronnej prawa pracy prawie nieobecna jest analiza z poziomu konstytucyjnej ochrony wolności, godności, dobra wspólnego, solidarności społecznej, własności, równości w prawie czy zasady swobody działalności gospodarczej. Taka perspektywa pojawia się nieśmiało dopiero w wypowiedziach ostatnich lat.

Drugim – równie charakterystycznym elementem dyskursu o funkcjach prawa pracy – jest jego silnie historyczne i dogmatyczne zabarwienie. Owa historyczność polega na tym, że jako aksjomat przyjmuje się przekonanie o wyzysku ze strony konkretnego pracodawcy (kapitalisty), jako podstawowym zagrożeniu w stosunkach pracy. A jako dogmat przyjmuje się założenie, że tendencja do wyzysku oraz uprzywilejowane położenie pracodawcy w relacjach z pracownikami jest w stosunkach pracy regułą. Trudno się oprzeć wrażeniu, że większość wypowiedzi w tym zakresie, jak i czynionych założeń jest jednak mocno anachroniczna. Rzecz w tym, że o ile diagnoza wspomnianego ryzyka „wyzysku”, który należy rozumieć jako powszechne w gospodarce rynkowej dążenie do minimalizacji wszystkich kosztów, w tym kosztów pracy, jest aktualna zawsze, to w moim przeko-

naniu anachronizmem w dyskutowaniu na temat funkcji ochronnej jest sprowadzenie pracodawcy do roli bezrefleksyjnego, zawsze zasobnego (a właściwie o nieograniczonych zasobach), w pełni profesjonalnego (przez to dominującego nad pracownikiem merytorycznie), wyczerpanego z prosocyjnej postawy i niezdolnego do wrażliwości świadomego wyzyskiwacza. Anachroniczne jest także postrzeganie zachowań pracodawcy jako wynikających z jego wolnego wyboru, i niedostrzeganie presji rynku, jakiej on podlega. W ogóle cechą dyskusji na temat relacji pracowniczych w polskim prawie pracy jest filozofia konfliktu stron, jak również sprowadzenie relacji pracownik – pracodawca do relacji wyłącznie lub co do zasady prywatnej i dwustronnej. Jest to przy tym konflikt, w którym pracownik jest co do zasady pokrzywdzonym, albowiem to jego praca, o wartości wyższej niż otrzymane wynagrodzenie, jest źródłem dobrobytu pracodawcy. Tak jak dla prawa pracy każdy pracodawca jest z założenia dominatorem, tak z założenia każdy pracownik, który nie narusza swoich obowiązków w sposób rażący, wypracowuje wartość dodaną, uzasadniającą objęcie go ochroną. Z tego punktu widzenia nie ma miejsca na skomplikowaną rzeczywistość ekonomiczną, w której najbardziej nawet rzetelnie liczona wartość pracy pracowników może nie mieć żadnego związku z rzeczywistym źródłem sukcesu lub porażki ekonomicznej pracodawcy.

Niektóre wypowiedzi zdają się odbiegać od powyższego nurtu, wskazując na ewolucję funkcji ochronnej w kontekście zmian w sferze ustrojowej oraz w kontekście wpływu, jaki na prawo pracy miało przystąpienie Polski do Unii Europejskiej. Jednak wskazywane konsekwencje tych zmian w istocie mieszczą się w powyżej przedstawionym dogmacie. Ewolucja ma polegać na takim kształtowaniu więzi prawnej, który sprzyjać będzie partnerstwu. A partnerstwo polegać ma na zwiększeniu wpływu pracowników na proces decyzyjny pracodawcy oraz na podejmowaniu działań zmierzających do ułatwiania pracownikom przystosowania się do stale zmieniających się potrzeb (czyli do kolejnych instytucji rozwiązań propracowniczych)¹⁴.

Jednak wypowiedzi na temat konkretnych regulacji składających się na funkcję ochronną rzadko wprost wskazują na ich związek z przytoczoną wyżej aksjologią. Można odnieść wrażenie, że potrzeba ochrony pracownika jest tak oczywista, że nie ma potrzeby dowodzić,

¹⁴ Por. U. Jackowiak, W. Uziak, A. Wypych-Żywicka, *Prawo pracy. Podręcznik dla studentów prawa*, Warszawa 2009, s. 36.

w jaki sposób konkretna regulacja chroni „słabszego” przed „silniejszym”. Funkcja ochronna stała się więc synonimem ochrony jakichkolwiek interesów pracownika. Innymi słowy, treść funkcji ochronnej prawa pracy wypełniana jest poprzez regulacje, które nie mają uzasadnienia w tradycyjnym pozycjonowaniu pracownika jako strony ekonomicznie słabszej w stosunku do pracodawcy. Wynikają natomiast z ochrony w ogóle. Przykładem z ostatnich lat może być zaliczenie do funkcji ochronnej przepisów o ochronie danych osobowych. A przecież prawo chroni dane osobowe każdego człowieka. A prawo pracy wręcz osłabia niektóre elementy tej ochrony, jak choćby zwalniając pracodawcę z obowiązku rejestracji baz danych.

Podobnie uniwersalny, a nie tylko prawnopracowniczy charakter ma większość przepisów chroniących przed dyskryminacją oraz przepisy chroniące godność osobowościową pracownika. Powyższe przymioty są przedmiotem ochrony wobec wszystkich osób i są silnie umocowane w Konstytucji. Nie dostrzegam, aby prawo pracy wprowadzało wartość dodaną w zakresie istoty tej ochrony. Natomiast wprowadza ułatwienia dowodowe oraz system sankcji. I tylko w tym wąskim zakresie można mówić o szczególnym traktowaniu pracowników. Innymi słowy, ochrona powyższych wartości byłaby możliwa także w sytuacji, w której prawo pracy nie zawierałoby powyższych regulacji, choć zapewne wymagałaby bardziej wyrafinowanej argumentacji prawniczej.

Jeszcze większe problemy z identyfikacją spójnego definiowania funkcji ochronnej generują te wypowiedzi doktryny, które jako adresatów tej funkcji wskazują podmioty inne niż pracownicy, tj. emerytów, rencistów, bezrobotnych oraz rodziny pracowników¹⁵. Jeśli przyjmując takie stwierdzenie za trafne, to dowodziłoby to jeszcze większej rozległości aksjologicznych źródeł ochrony, czyniąc z funkcji ochronnej pojęcie-agregat. Widać bowiem, że do funkcji ochronnej zalicza się wszelkie regulacje, które dotyczą interesów człowieka w stosunku do pracodawcy, jeśli występuje choćby pośredni związek danej osoby z zatrudnieniem. Przyczyna tak szerokiego zakresu ochrony nie jest najczęściej analizowana.

Dodać na koniec należy, że definiowanie funkcji ochronnej przez pryzmat ochrony praw, a nie przez pryzmat ochrony „słabszego” przed „silniejszym”, uzasadnia objęcie tą ochroną osób bezrobotnych. *M. Skąpski* zwrócił przy tym uwagę na konkurencyjność interesów

¹⁵ Por. *K. W. Baran*, Prawo pracy, Warszawa 2009, s. 42.

bezrobotnych w stosunku do interesów zatrudnionych¹⁶. Silniejsza ochrona zatrudnionych osłabia ochronę bezrobotnych¹⁷, co jeszcze bardziej komplikuje ustalenie wspólnych celów ochrony. Inna rzecz, że relacje pomiędzy ochroną pracujących oraz interesami niezatrudnionych są oczywiście bardziej złożone i nie dają się sprowadzić do prostej relacji „silniejsza ochrona zatrudnionych – mniejszy rynek pracy”¹⁸.

§ 4. Problem funkcji ochronnej pracodawcy

Jeśli przyjąć za właściwą perspektywę funkcji ochronnej, która odrywa się od założenia wyrównywania relacji między „silniejszym” a „słabszym”, to podmiotami ochrony w prawie pracy mogą być także pracodawcy. Odnotować w tym miejscu należy szerokie i pogłębione w tym zakresie wywody *M. Skąpskiego*. Jest to zresztą autor najsilniej rozwijający tezę, że prawu pracy należy także przypisać funkcję ochrony pracodawcy¹⁹. Stanowisko *A. Skąpskiego* jest intelektualnie bardzo ciekawe, jednak go nie podzielam²⁰. Choć zgodzić się należy z autorem, że trudności dyskusji o funkcjach wynikają z tego, że dyskutanci tylko pozornie posługują się tym samym ich rozumieniem²¹. Wyrażam jednak pogląd, że sens wyodrębniania funkcji istnieje tylko wtedy, gdy eksponuje ona cel nadrzędny i dominujący. Posługując się systematyką zaproponowaną przez autora, można stwierdzić –

¹⁶Dodać jednak należy, że problem powyższej konkurencyjności jest złożony. Z publikowanych wypowiedzi nie wynika bowiem, aby istniały obecnie jednoznaczne argumenty np. o związkach pomiędzy istnieniem ochrony przed wypowiedzeniem umowy o pracę a poziomem bezrobocia, por. *A. Rycak*, Wpływ prawnej ochrony trwałości stosunków pracy na poziom bezrobocia, zatrudnienia i produktywność przedsiębiorstw w świetle międzynarodowych badań ekonometrycznych, *PiZS* 2009, z. 3, s. 9.

¹⁷Por. *M. Skąpski*, *Ochronna funkcja...*, s. 84.

¹⁸*Ibidem*, s. 293 i nast.

¹⁹Jak wyżej wspomniałem, autor ujmuje tę funkcję jako równoległą do ochrony pracowników element funkcji ochronnej. Powyższe według autora ma miejsce m.in. przez: stabilizację stosunku pracy, zakaz konkurencji, art. 100 § 2 pkt 4 KP, art. 8 KP, określenie procedury rozwiązywania sporów zbiorowych, różnicowanie pozycji prawnych ze względu na wielkość zakładu. Por. *M. Skąpski*, *Ochronna funkcja...*, s. 105, 443 i nast.

²⁰Krytycznie do wyodrębniania tej funkcji odnosi się także *T. Liszcz*, choć w dyskursie *z J. Jończykiem*; por. *T. Liszcz*, *Prawo pracy*, Warszawa 2009, s. 30.

²¹Odsyłam w tym miejscu do przykładu, jaki podaje sam autor w przedmiocie dyskusji dotyczącej funkcji organizacyjnej prawa pracy; por. *M. Skąpski*, *Ochronna funkcja...*, s. 80 i nast.

w moim przekonaniu – że ochrona pracodawcy jest raczej elementem tzw. funkcji pośrednich. Trudno mówić o funkcji danej gałęzi prawa tylko z tego powodu, że występują pojedyncze regulacje chroniące interesy jednej ze stron stosunku prawnego. Wydaje się, że interesy pracodawcy zabezpieczane są co do zasady konstrukcjami prawa cywilnego w tym zakresie, w jakim prawo pracy nie wprowadza od nich odstępstw.

Choć z drugiej strony, skoro aktualne wypowiedzi na temat funkcji ochronnej sprowadzają istotę funkcji do samego występowania jakiegokolwiek regulacji ochronnej, to równie dobrze można stwierdzić, że każdy przepis przyznający prawo pracodawcy realizuje funkcję ochronną.

Jeśli jednak ograniczyć istotę funkcji ochronnej wyłącznie do tych regulacji, które wyrównują szanse podmiotu słabszego w stosunku do silniejszego, to należałoby istotnie zrewidować cytowane wyżej wypowiedzi na temat funkcji ochronnej, za czym się opowiadam, zresztą z dalej idącymi obostrzeniami.

Przy pominięciu powyższych argumentów, przykłady ilustrujące istnienie funkcji ochronnej pracodawcy nie są w moim przekonaniu przekonujące. Trudno np. zgodzić się z twierdzeniem, że narzędziem realizującym tę funkcję są przepisy o zakazie konkurencji. Umowy takie – i to na warunkach zupełnej swobody umów – można było bowiem zawierać także przed wprowadzeniem do Kodeksu pracy przepisów w tym zakresie²². Aktualny stan prawa chroni przede wszystkim interesy pracownika, poprzez ograniczenie wolności umów w zakresie kształtowania ich treści.

Za bardziej przekonujące przykłady ewentualnej funkcji ochronnej prawa pracy w stosunku do pracodawcy uznają te, które dotyczą „ochrony” pracodawcy w przypadku zagrożenia ekonomicznego. Jako przykłady takie wskazuje się możliwość zawieszenia stosowania aktów prawa zakładowego, możliwość wypowiedzenia układu zbiorowego pracy lub stosowanie klauzuli społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa. W szczególności akcentuje się prawo pracodawcy do uwolnienia od niektórych obowiązków w przypadku podjęcia w trudną sytuację gospodarczą²³.

²²W tej sprawie wypowiedział się zresztą Sąd Najwyższy, który zastrzegal jedynie obowiązek wynagrodzenia za okres powstrzymywania się od zakazu konkurencji, por. wyrok SN z 26.1.1999 r., I PKN 540/98, OSNP 2000, z. 6, poz. 218, OSP 2000, Nr 6, poz. 102.

²³Por. np. *M. Gersdorf, K. Rączka*, Prawo pracy, Warszawa 2009, s. 61.

Ale i taki pogląd można ocenić krytycznie. Nie kwestionując tego, że niektóre z przepisów chronią pracodawcę przed negatywnymi konsekwencjami wywiązywania się z uprzednio podjętych zobowiązań, trudno przekonująco dowodzić, że to jest właśnie celem prawa pracy. Wspomniane zapisy postrzegam w dominującej części (poza art. 23^{1a} KP) jako obniżenie obciążeń, a nie jako wartość dodaną. Regulacje, o których mowa, mogłyby być z powodzeniem przedmiotem uzgodnień umownych, gdyby prawo pracy jako odrębna gałąź nie istniało, a zatrudnienie pracownicze było poddane pełnej swobodzie umów. Trudno więc uznać za przywilej częściowe przywrócenie pełniejszego wymiaru zasady swobody umów. Niezależnie od tego, powyższą instytucję prawną można postrzegać w kategorii solidaryzmu, tj. jako obowiązek ograniczenia prawa niektórych pracowników w imię ochrony miejsc pracy innych pracowników. Innymi słowy, na plan pierwszy znów wysuwa się interes pracowniczy.

O potrzebie wyodrębnienia funkcji ochronnej pracodawcy mówi się także w kontekście obniżenia obciążeń mniejszych podmiotów zatrudniających pracowników. Tyle że trafna krytyka absolutyzowania dogmatu dominacji pracodawców nad pracownikiem w przypadku pracodawców małych, niekomercyjnych czy też rodzinnych nie może jeszcze uzasadniać tezy, że prawo pracy cechuje funkcja ochronna pracodawcy. Jest to raczej punkt wyjścia do kwestionowania konstytucyjności rozwiązań prawnych nieuwzględniających tych istotnych kryteriów, o czym piszę w innym miejscu.

§ 5. Ochrona słabszego, ochrona praw powszechnych czy polityka społeczna

Powyższa analiza zarysowała wyraźnie istotny problem doktrynalny. Za kanon prawa pracy przyjmuje się bowiem to, że istotą ochrony jest wyrównywanie położenia stron formalnie tylko równych. Za istotę prawa pracy uznaje się ochronę pracownika przed organizacyjno-ekonomiczną przewagą pracodawcy, która wynika z własności zakładu pracy²⁴. Wyrównywanie szans poprzez ochronę słabszego

²⁴ Por. Z. Hajn, *Zatrudnienie (się) we własnym zakładzie pracy w świetle ustrojowych podstaw prawa pracy*, [w:] L. Florek, E. Pisarczyk (red.), *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2011, s. 191. Przy czym przyjmuję, że zwrot „własność” został tu użyty przez autora w znaczeniu oderwanym od prawa rzeczowego. Raczej w ujęciu ekonomicznym niż prawnym.

jest konstytucyjnie uzasadnioną metodą regulacji cywilnoprawnej. Powyższe jest niczym innym jak realizowaniem zasady równości wobec prawa, o czym piszę w innym miejscu. A istotą takiej regulacji jest m.in. pozorne tylko uprzywilejowanie jednej ze stron. I w tym zakresie można mówić o funkcji ochronnej prawa pracy, jako o jego idei przewodniej, specyficznej dla niektórych tylko gałęzi prawa. Bo prawo pracy nie jest tu wcale osamotnione, żeby wspomnieć choćby o prawie konsumenckim czy też ochronie lokatorów.

Tymczasem definiowanie funkcji ochronnej w oderwaniu od szczegółowego aksjologicznego uzasadnienia każdej instytucji z osobna, poprzez samo tylko stwierdzenie, że prawo chroni interes danego podmiotu, sprowadza funkcje prawa pracy do funkcji całego systemu prawa. Bo każda dziedzina prawa chroni jakieś interesy. W tym sensie ochronne jest także prawo cywilne, które kształtuje reguły pewności obrotu. A z innego poziomu – prawo karne, które chroni zarówno obywatela przed innym obywatelem, jak i obywatela przed państwem²⁵.

²⁵ W tym miejscu wrócić należy do wypowiedzi teoretyków prawa w przedmiocie definiowania funkcji na poziomie ponadgałęziowym. Przede wszystkim funkcja ochronna przestrzegana jest tu jako zabezpieczenie stosowania prawa poprzez zastosowanie środków przymusu. W tym sensie celem prawa jest zabezpieczenie interesów ogólnospołecznych, zabezpieczenie interesów indywidualnych (prawa podmiotowe) oraz zapewnienie dodatkowych uprawnień „stronie słabszej”. Ten ostatni aspekt funkcji ochronnej, zwany funkcją opiekuńczą, typowy jest dla prawa rodzinnego, prawa lokalowego, prawa pracy oraz prawa konsumenckiego (por. *M. Borucka-Arctowa*, Społeczne poglądy na funkcje prawa, Wrocław 1982, s. 15). Powyższy podział funkcji prawa zaproponowany przez *M. Borucką-Arctową* nie jest w literaturze jedyny, ale wydaje się wciąż aktualny. W dalszej części będę wywodził, że tylko część regulacji prawa pracy odnosi się do zabezpieczenia interesów strony słabszej. Znakomita większość ma aksjologię z zupełnie innej płaszczyzny wartości. Inni autorzy definiują funkcję ochronną jako zarysowanie przez prawo zespołu wartości, które przez członków społeczeństwa powinny być respektowane, oraz zachowań, które mają służyć realizowaniu tych wartości, przy czym przestrzeganie norm prawnych wsparte jest normami wychowawczymi oraz represyjnymi oddziaływaniami państwa. W tak zdefiniowanej funkcji ochronnej wyróżnia się funkcję opiekuńczą, polegającą na ochronie podmiotów słabszych społecznie. W ramach funkcji ochronnej wymienia się także funkcję gwarancyjną, polegającą na zabezpieczeniu praw jednostki i praw podmiotowych (por. *A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński*, Zarys teorii państwa i prawa, Warszawa 1992, s. 272). Od razu dodam, że tylko takie definiowanie funkcji pozwala objąć nią prawo pracy w jego pełnym zakresie. Wskazuję jedynie, że tak pojmowane funkcje prawa nie tylko odrywają się od relacji „słabszy chroniony przed silniejszym”, ale przede wszystkim pozwalają na uspołecznienie prawa pracy, tj. ukazanie pracownika jako członka społeczności, której prawa są przez normy zabezpieczone. Powyższe uwagi zdają się wskazywać, że definiowanie funkcji ochronnej w nauce prawa pracy polega przede wszystkim na utożsamianiu jej z funkcją opiekuńczą. Z kolei ci autorzy, którzy definiują funkcję prawa pracy szerzej, tj. obejmując ochronę interesów czy też praw przysługujących powszechnie, *de facto* stosują definicję funkcji ochronnej

W tym miejscu należy raz jeszcze wrócić do ogólnych wypowiedzi na temat istoty funkcji ochronnej, z perspektywy aksjologicznej. W literaturze dostrzeżono bowiem problem braku związku pomiędzy wieloma regulacjami prawa pracy a „ochroną słabszego”. Proponuje się więc odróżnienie funkcji ochronnej w znaczeniu formalnym, tj. przepisów chroniących pracownika przed naruszeniem ich praw ze strony pracodawcy, od funkcji ochronnej w znaczeniu materialnym, tj. faktycznego wyrównywania położenia stron w stosunku pracy²⁶. Ochrona formalna to określenie minimum praw oraz maksimum obowiązków pracownika, jak również ograniczenie prawa do karania w trybie dyscyplinarnym. Tymczasem ochrona materialna dokonywana jest m.in. przez asymetrię praw i obowiązków. *L. Florek* zwrócił przy tym uwagę, że asymetrię praw i obowiązków w prawie pracy nie do końca można utożsamić z funkcją ochronną. Są bowiem takie obowiązki pracodawcy – niezajdujące odpowiedników po stronie pracowników – których istnienie uzasadnić można jedynie tym, że pracodawca realizuje częściowo politykę socjalną państwa²⁷.

Powyższa wypowiedź jest bardzo istotna dla dalszych rozważań tej pracy. Spostrzeżenie to potwierdza jedynie, że pojęcie funkcji ochronnej generuje w sobie wszelkie regulacje, których jedynym wspólnym elementem jest to, że chronią pracownika lub kandydata na pracownika oraz ich interesy. Ponadto bliższa analiza prawa pracy prowadzi do wniosku, że prawo pracy rzeczywiście co do zasady realizuje politykę socjalną, a nawet społeczną państwa.

§ 6. Pracodawca w kontekście funkcji ochronnej pracownika

Analizując wypowiedzi dotyczące funkcji ochronnej, można stwierdzić tyle, że pracodawca w zasadzie występuje w nich po to, aby wskazać, jakie stwarza zagrożenia oraz jakie wobec tego ciąży na nim obowiązki oraz ograniczenia. Pracownik jest jedynym – nie-

w ujęciu ponadgałęziowym. Tyle że wartość analityczna takiego definiowania jest niska. Funkcję ochronną w ujęciu szerokim spełnia bowiem każda gałąź prawa, czego przykłady podałem wyżej.

²⁶ Propozycję takiego podziału – zastrzegając jej umowny charakter – opracował *L. Florek*, *Ochrona praw i interesów pracownika*, Warszawa 1990, s. 22.

²⁷ Por. *L. Florek*, *Ochrona praw...*, s. 25.