

Alina Wypych-Żywicka

Granice swobody pracodawcy w doborze pracowników przy ponownym zatrudnieniu. Proaktywna funkcja prawa pracy?

Uwagi wstępne

W momencie, kiedy zaproponowałam temat opracowania, nie zdawałam sobie sprawy z trudności, jakie napotkam przy jego prezentacji. Wydawało mi się, że opracowanie winno koncentrować się na przepisach regulujących wspomnianą kwestię nie tylko w kodeksie pracy, ale również w innych ustawach, by w miarę spójnie nakreślić problematykę ustawowych granic ponownego zatrudnienia pracownika. Wystarczyłoby zatem poddać analizie tytułowe zagadnienie, uwzględniając obecną politykę rynku pracy, by dokonać oceny dotychczasowych regulacji i wyprowadzić wnioski.

Przy analizie zagadnienia stanęłam jednak przed znacznie trudniejszym zadaniem sprowadzającym się nie tylko do oceny ugruntowanej wykładni przepisów i zasadności ich dalszego funkcjonowania, ale do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy w ustawowych regulacjach granic

swobody pracodawcy w doborze pracowników przy ponownym zatrudnieniu można dopatrzeć się realizacji proaktywnej funkcji prawa pracy. Czy konstrukcje przewidziane przepisami prawa pracy stwarzające byłemu pracownikowi szansę odzyskania zatrudnienia w istocie realizują założenia wspomnianej funkcji? W przypadku uznania, że taka funkcja jest realizowana przez wskazane wyżej instytucje, pojawia się kolejne pytanie – o jej miejsce w przyjętej już systematyce funkcji prawa pracy.

Nie sposób w niniejszym opracowaniu odnieść się do wszystkich kwestii związanych z tematem. Przyjęte tezy związane z przedmiotem opracowania uznają jedynie jako wyjściowe do dalszej dyskusji.

Terminem „zatrudnienie” ustawodawca wielokrotnie posługuje się w ustawach okołodekowskich¹, a także w samym kodeksie pracy. W odniesieniu do tego ostatniego wystarczy przywołać art. 2, 3, 22§ 1¹ k.p. czy art. 190 § 2 k.p. Podobnie wielokrotnie odwołuje się w treści przepisów Kodeksu do „ponownego zatrudnienia”. Zwrot „zatrudnienie” nie jest jednak przez ustawodawcę konsekwentnie stosowany. Raz używany jest dla pokreślenia, że chodzi o czynność prawną sprowadzającą się w istocie do nawiązania stosunku pracy i pozostawania w nim, a raz dla oznaczenia, że chodzi o czynność faktyczną – dopuszczenia do pracy. W tym ostatnim znaczeniu termin ten został użyty w art. 22 § 1 k.p. Zgodnie z jego brzmieniem przez **nawiązanie** stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca zobowiązuje się **do zatrudnienia** pracownika za wynagrodzeniem.

Podobnie rzecz ma się w odniesieniu do ponownego zatrudnienia. O ile w art. 53 § 5, 66 § 2 k.p. i art. 9 ustawy o zwolnieniach grupowych ustawodawca sprowadza ponowne zatrudnienie pracownika do nawiązania więzi prawnej (czynność prawną) między podmiotami, o tyle treść art. 48 § 1 k.p. i zwrot „ponowne zatrudnienie” pozwala przyjąć, że chodzi tu o czynność faktyczną (techniczną) dopuszczenia do pracy,

¹ Ustawa o promocji zatrudnienia.

warunkowaną złożeniem przez pracownika w ciągu 7 dni od przywrócenia do pracy gotowości niezwłocznego jej podjęcia².

Niniejsze opracowanie stanowić będzie próbę przedstawienia problemu odzyskania zatrudnienia pracownika równoznacznego z ponownym nawiązaniem stosunku pracy z dotychczasowym pracodawcą. Wydaje się, że o ograniczeniach pracodawcy w swobodzie doboru pracownika można mówić jedynie w kontekście czynności prawnej zawarcia umowy o pracę. Dobór traktowany jest tu jako naturalny proces wyłonienia kandydata na pracownika prowadzony przed nawiązaniem więzi prawnej z pracodawcą. Z kolei ponowne zatrudnienie jako czynność faktyczna jest następstwem czynności prawnej – nawiązania więzi między podmiotami stosunku pracy, a zatem trudno tu mówić o doborze. Biorąc powyższe pod uwagę, rozważania prowadzone będą w oparciu o art. 53 § 5 k.p.³, art. 66 § 2 k.p., jak również art. 9 ustawy o zwolnieniach grupowych.

Próba określenia charakteru nakazów ponownego zatrudnienia

Mimo iż problem określenia charakteru nakazów zatrudnienia (stanowiące w istocie granice swobody pracodawcy) wielokrotnie był podnoszony w literaturze to nie został jednak ostatecznie zamknięty⁴. Wraz z kolej-

² Do tej pory istnieją kontrowersje wokół problemu roszczeń, z jakimi może wystąpić pracownik w związku z wygaśnięciem umowy o pracę czy winien żądać przywrócenia do pracy bądź odszkodowania zgodnie z art. 67 k.p. czy też uzasadnionym byłoby wystąpienie o nawiązanie stosunku pracy w oparciu o art. 264 § 3 k.p.

³ Istnieje również możliwość odzyskania zatrudnienia po wykorzystaniu świadczenia rehabilitacyjnego. Zob. art. 20 ustawy z dnia 25 czerwca 1999 r., o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa (tekst jedn. Dz.U. z 2005, Nr 31, poz. 267 ze zm. – zwana dalej ustawą zasiłkową).

⁴ Przykładowo W. Szubert, *Zarys prawa pracy*, Warszawa 1980, s. 104–105; M. Gersdorf-Giario, *Zawarcie umowy o pracę*, Warszawa 1985, s. 53; M. Gersdorf, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 lutego 1994 r.*, I PZP 2/94, PiZS 1995, nr 2, s. 68. Wcześniej na ten temat *Kodeks pracy. Komentarz*, red. J. Jończyk, Warszawa 1977, s. 223 i podana tam literatura; W. Piotrowski, *Stosunek pracy*, UAM, Seria Prawo, nr 85, Poznań 1977, s. 23 z przypisami. Zob. również *Kodeks pracy. Przepisy wykonawcze i związkowe. Wyjaśnienia i orzecznictwo*, red. J. Pacho, Warszawa 1979, s. 314 i przywołany tam wyrok OSPiUS z Poznania z dnia 12 maja 1976 r., I P 199/76, Służba Pracownicza 1977, s. 36.

nymi nowelizacjami kodeksu pracy, nowymi regulacjami prawnymi przy utracie mocy dotychczas obowiązujących przepisów prawnych pozakodeksowych materia ta stanowiła przedmiot zainteresowania doktryny⁵, jak również orzeczeń Sądu Najwyższego⁶.

O nakazach zatrudnienia ustalenia ich charakteru prawnego mówi się zazwyczaj przy okazji analizy możliwości odzyskania zatrudnienia przez pracownika. Powstaje jednak problem, czy charakter nakazów przy zatrudnieniu i przy ponownym zatrudnieniu pracownika zasadniczo się różni. Czy można uznać, że przy **ponownym zatrudnieniu** pracownika kategoria nakazów zatrudnienia jest znacznie bogatsza od nakazów **zatrudnienia**, gdy nie znajduje się on w sytuacji gwarantującej odzyskanie miejsca pracy? Pytanie jest istotne, jeżeli weźmie się pod uwagę, że

⁵ K. Jaśkowski, E. Maniewska, J. Stelina, *Grupowe zwolnienia. Komentarz*, Zakamycze 2004, s. 127; L. Krysińska-Wnuk, *Regulacja zwolnień grupowych*, Warszawa 2009, s. 164 i n. Problematyką tą nie zajmowano się później w literaturze. Podejmowały ją bardziej lub mniej szczegółowo komentarze do kodeksu pracy. Tak J. Wrątny, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 143; *Kodeks pracy. Komentarz*, red. W. Muszalski, Warszawa 2009, s. 209; M. Gersdorf, K. Raczka, M. Raczkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 393–394; J. Iwulski, W. Sanetra, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 466.

⁶ Dotyczyło to w zasadzie art. 53 §5 k.p. Wystarczy przywołać wyrok SN z dnia 9 września 1997 r., II UKN 219/97, OSNAPiUS 1998, nr 13, poz. 402; wyrok SN z dnia 12 stycznia 1998 r., I PKN 459/97, OSNAPiUS 1998, nr 22, poz. 656; wyrok SN z dnia 9 kwietnia 1998 r., I PKN 36/98, OSNAPiUS 1999, nr 8, poz. 268; wyrok SN z dnia 28 lipca 1999 r., I PKN 166/09, OSNAPiUS 2000, nr 21, poz. 782. Co ciekawe, że większość orzeczeń SN mimo, że dotyczyło art. 53 § 5 k.p. nie analizowało charakteru statuowanego tam nakazu – por. wyrok SN z dnia 12 stycznia 1998 r., I PKN 459/97, OSNP 1998, nr 22, poz. 656. Z kolei orzecznictwo dotyczące art. 66§ 2 k.p. jest nader skromne. Patrz wyrok SN z dnia 29 grudnia 1978 r., I PR 65/78, Służba Pracownicza 1979, nr 4 s. 34; uchwała SN z dnia 19 grudnia 1980 r. I PZP 42 /80, OSNCP, 1981, nr 6, poz. 99. Znacznie więcej orzeczeń dotyczy ponownego zatrudnienia. Uznano bowiem, że większość orzeczeń związanych z art. 12 ustawy o zwolnieniach grupowych z 1989 roku nadal jest aktualnych. np. wyrok SN z dnia 22 lutego 1994 r., I PZP2/94, OSNAPiUS 1994, nr 1, poz. 5. Jest ono interesujące z racji określenia przez SN charakteru prawnego zawartego tam nakazu. Większość orzeczeń dotyczy jednak zgłoszenia zamiaru powrotu do pracy czy pojęcia zwrotu „ta sama grupa zawodowa” np. wyrok SN z dnia 13 lutego, 1997 r., I PKN 80/96, OSNAPiUS 1997, nr 23, poz. 46; wyrok SN z dnia 11 kwietnia 2001 r., I PKN 337/00, OSNP 2003, nr 2, poz. 33. Trudno natomiast w bazie orzeczeń znaleźć te, które bezpośrednio odwoływałyby się do art. 9 ustawy o zwolnieniach grupowych z 2003 roku.

ustawodawca nie zrezygnował z wprowadzania nakazów zatrudnienia, czego przykładem jest obecny art. 26 ust. 3 ustawy o służbie cywilnej⁷, regulujący nabór kandydatów do korpusu służby cywilnej na stanowiska związane z obronnością kraju, w którym zastosował regułę pierwszeństwa w zatrudnieniu.

Swego czasu W. Szubert, analizując ograniczenia pracodawcy w doborze pracowników, dokonał podziału nakazów zatrudnienia na dwie kategorie – nakazów bezwzględnych i względnych⁸. Autor nie odniósł jednak tej klasyfikacji wyłącznie do zatrudnienia ponownego. Obok nakazów związanych z zatrudnieniem pracownika wskazał nakazy związane z jego ponownym zatrudnieniem.

Według przyjętej klasyfikacji nakazy bezwzględne związane z zatrudnieniem i ponownym zatrudnieniem nie były obarczone zastrzeżeniami, których wypełnienie otwierało dla pracownika możliwość zatrudnienia. Treść przepisów prawnych zawierających bezwzględne nakazy zatrudnienia wyraźnie je formułowały, posługując się zwrotami „jest obowiązany”. Ich naruszenie uzasadniało roszczenie o zatrudnienie, a zgoda pracodawcy czy jej brak przed czy w toku postępowania sądowego nie miała żadnego znaczenia. Nie miały tu również znaczenia struktura organizacyjna pracodawcy ani stan zatrudnienia. Sąd mógł bowiem skorzystać z reguły zawartej w art. 64 k. c. w zw. z art. 300 k.p. zgodnie z którą prawomocne orzeczenie sądu zastępuje oświadczenie woli pracodawcy. Taki charakter przypisano nakazowi zatrudnienia w odniesieniu do inwalidów wojennych i wojskowych⁹.

⁷ Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r., o służbie cywilnej (Dz.U. Nr 227, poz. 1505 ze zm.).

⁸ W. Szubert wyraził ten pogląd w: *Zarys prawa pracy*, Warszawa 1980, s. 104–105. Istotne jest, że Autor ten dychotomiczny podział zarzucił i przyjął obok już istniejących nakazy uzależnione od ogólnych możliwości pracodawcy.

⁹ Obecna treść art. 18 ustawy regulującej zaopatrzenie inwalidów wojennych i wojskowych nakładająca na pracodawcę obowiązek zatrudnienia inwalidy wojennego, który został skierowany przez starostę do pracy stosownie do jego sprawności fizycznych i kwalifikacji zawodowych, związana jest z zatrudnieniem pierwszym i każdym kolejnym, a nie z zatrudnieniem ponownym. Ustawa z dnia 29 maja 1974 r., o zaopatrzeniu inwalidów wojennych i wojskowych oraz ich rodzin, (tekst jedn. Dz.U. z 2002, Nr 9, poz. 27 ze zm.). Zgodnie z art. 18 ust 2 ustawy pracodawca, do którego inwalida wojskowy został skierowany jest obowiązany go zatrudnić stosownie do sprawności fizycznej i kwalifikacji

Z kolei z roszczeniem o nawiązanie stosunku pracy mogły występować osoby, co do których obowiązek zatrudnienia uzależniono od istnienia pewnych warunków. Roszczenia te wiązano – uwzględniając regulacje prawne tamtego okresu – z zatrudnieniem ponownym. Przyjęto, że nakazy, które uzależniają zatrudnienie pracownika od możliwości pracodawcy, nie mają charakteru bezwzględnego. Uznano, że stanowią jedynie wskazówkę postępowania nierodzącą po stronie pracownika roszczenia o zatrudnienie¹⁰, które nie zostały zakwalifikowane w poczet względnych.

W literaturze dostrzeżono jednak, że o ile nakazy bezwzględne zatrudnienia nie podlegają dalszemu podziałowi, o tyle nakazy względne poddają się takiemu procesowi¹¹. Kwestia ta była o tyle interesująca, że nie nawiązywała do ogólnie ujętej kwestii zatrudnienia, a zawęziła problem do zatrudnienia ponownego. I tak powstała wątpliwość, czy pierwszeństwo w zatrudnieniu stanowi odrębną postać nakazu umożliwiającego odzyskanie zatrudnienia, czy też należy kwalifikować go w poczet sposobów realizacji względnego prawa do zatrudnienia¹². Uzasadnieniem dla tej tezy był fakt, że pierwszeństwo w zatrudnieniu nie stwarza po stronie pracownika uprawnienia odzyskania zatrudnienia w oderwaniu od możliwości organizacyjnych pracodawcy. Uwzględniając pierwsze założenie, mielibyśmy do czynienia z nakazami wielopostaciowymi, począwszy od bezwzględnego, przez względny, aż do pierwszeństwa w zatrudnieniu. Z kolei przyjęcie założenia, że pierwszeństwo w zatrudnieniu stanowi realizację nakazu względnego, sprawia, że klasyfikacja nakazów sprowadza je do dychotomicznego podziału na bezwzględne i względne, a każde inne stanowi realizację nakazu względnego. Zdaniem M. Gersdorf, prawo pierwszeństwa w zatrudnieniu i nakaz względnego zatrudnienia należą do bytów odrębnych. Istota względnego prawa odzyskania

zawodowych. W orzecznictwie zwrócono uwagę na możliwość wprowadzenia obowiązku ponownego zatrudnienia pracownika w zarządzeniu wewnętrznym pracodawcy. Patrz wyrok SN z dnia 9 kwietnia 1998 r., I PKN 36/98, OSP1999, nr 11, poz. 205.

¹⁰ W. Szubert, *Zarys...*, *op. cit.*, s. 104–105.

¹¹ Tak M. Gersdorf, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 lutego 1994 r.*, PiZS 1995, nr 2, s. 68. Pogląd ten powtórnie wyrażono w M. Gersdorf, K. Rączka, J. Skoczyński, *Kodeks pracy – komentarz*, Warszawa 1999, s. 188.

¹² Taką wątpliwość wyraziła M. Gersdorf, *Zawarcie umowy...*, *op. cit.*, s. 50 i n.

zatrudnienia sprowadza się do realizacji obowiązku zatrudnienia pracownika bez względu na przyszłe zamierzenia pracodawcy. Zasadnicze znaczenie przypisuje się tu możliwościom podmiotu zatrudnianego¹³.

Z kolei w prawie pierwszeństwa w zatrudnieniu zasadniczą rolę grają dodatkowe obowiązki, jakie ustawodawca formułuje w odniesieniu do pracownika przy jego ponownym zatrudnieniu.

Zatem jeżeli między nakazami przy zatrudnieniu i przy ponownym zatrudnieniu nie ma zasadniczych różnic w przypisywanym im charakterze, powstaje pytanie, na czym polega ich odmienność. Wydaje się, że sprowadza się ona do czasu trwania prawa ponownego zatrudnienia. Przy ponownym zatrudnieniu możliwość odzyskania miejsca pracy jest bowiem ograniczona czasowo.

Ustalenie charakteru nakazów ponownego zatrudnienia ma istotne znaczenie dla pracodawcy. Okazuje się bowiem, że czym większa konkretyzacja elementów decydujących o charakterze nakazu zatrudnienia, tym precyzyjniej zostaje określona granica swobody pracodawcy w doborze pracowników.

Nakaz ponownego zatrudnienia pracownika z art. 66 § 2 k.p. zaliczono do bezwzględnych. Nie ma zatem żadnych wątpliwości co do tego, w jaki sposób winien zachować się pracodawca w przypadku roszczenia pracownika o odzyskanie miejsca pracy.

Bez względu na kondycję finansową, stan zatrudnienia po stronie pracodawcy istnieje obowiązek ponownego jego zatrudnienia¹⁴.

Tak zdecydowanego stanowiska nie zajęto w odniesieniu do art. 53 § 5 k.p. i art. 9 ustawy o zwolnieniach grupowych.

W stosunku do nakazu zatrudnienia z art. 53 § 5 k.p. zgłoszono dwa odmienne stanowiska. Pierwsze z nich przyjęło, że treść przepisu formułuje względne prawo do ponownego zatrudnienia pracownika¹⁵, drugie zakładało, iż mamy do czynienia z prawem pierwszeństwa w zatrudnieniu¹⁶. Pogląd, że art. 53 § 5 k.p. statuuje pierwszeństwo w zatrudnieniu, został zakwestionowany. Uzasadnieniem dla jego odrzucenia była treść

¹³ M. Gersdorf, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 lutego 1994 r. ...*, s. 68.

¹⁴ Wyrok SN z dnia 29 grudnia 1978 r., I PR 65/78, LEX 14482; wyrok SN z dnia 19 grudnia 1980 r., I PZP 42/80, OSNCP 1981, nr 6, poz. 99.

¹⁵ Tak M. Gersdorf, *Glosa do uchwały z dnia 22 lutego 1994 r. ...*, s. 68.

¹⁶ Takie stanowisko wyraził W. Piotrowski, *op. cit.*, s. 23.

przepisu nawiązująca nie do pierwszeństwa w zatrudnieniu, jak miało to miejsce w stanie przedkodeksowym, a do powinności w miarę możliwości ponownego zatrudnienia¹⁷. Jeżeli przyjąć prezentowaną wcześniej klasyfikację mocy prawnej nakazów zatrudnienia, w literaturze dominuje pogląd, zgodnie z którym w art. 53 § 5 k.p. sformułowano względne prawo pracownika pozwalające na odzyskanie zatrudnienia. Potwierdzenia dla tego stanowiska poszukuje się w treści przepisu, który uzależnia zatrudnienie pracownika nie od podjęcia przez pracodawcę określonych działań, ale od jego możliwości. Powinność, o której mowa w przepisie, nie może być zatem odczytywana jako obowiązek pracodawcy¹⁸. Gdyby ustawodawcy faktycznie chodziło o nałożenie obowiązku na zatrudniającego w warunkach art. 53 § 5 k.p., dałby temu wyraz, posługując się zwrotem „jest obowiązany”, jak to uczynił w treści art. 66 § 2 k.p.

Odmienne stanowisko w tej kwestii zaprezentowało orzecznictwo Sądu Najwyższego¹⁹. Przyjęto zapatrywanie, zgodnie z którym pracodawca na podstawie art. 53 § 5 k.p. ma obowiązek nawiązania z byłym pracownikiem stosunku pracy. W razie niewykonania tego obowiązku byłemu pracownikowi przysługuje roszczenie o nawiązanie stosunku pracy oraz o odszkodowanie za okres pozostawania bez pracy od chwili zgłoszenia się do pracy w terminie określonym w przepisie.

Gdyby uszeregować terminy „powinien”²⁰, „powinien w miarę możliwości”, „powinien w miarę wolnych miejsc”, biorąc za kryterium

¹⁷ Problem interpretacji art. 3 ust 4 dekretu z dnia 18 stycznia 1956 r., o ograniczeniu dopuszczalności rozwiązywania umów o pracę bez wypowiedzenia oraz o zabezpieczeniu ciągłości pracy (Dz.U. Nr 2, poz. 11 ze zm.) po wprowadzeniu kodeksu pracy i odpowiednika przepisu w postaci art. 53 § 5 k.p. – patrz M. Gersdorf-Giaro, *op. cit.*, s. 53 i n.

¹⁸ Por. K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Kodeks pracy. Komentarz*, Zakamycze 2004, s. 126.

¹⁹ Uchwała SN z dnia 10 września 1976 r., I PZP 48/76, OSNC 1977, nr 4, poz. 65. Zobacz również T. Zieliński, *Głosa do wyroku z dnia 9 kwietnia 1998 r.*, I PKN 36/98, OSP 1999, nr 11, s. 574.

²⁰ Zgodnie z art. 44 ust 4 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 o samorządzie pielęgniarek i położnych (Dz.U. Nr 41, poz. 178 ze zm.) w razie uniewinnienia, umorzenia postępowania w wyniku rewizji nadzwyczajnej (obecnie kasacji) lub wznowienia postępowania pielęgniarka lub położna, z którą stosunek pracy wygaś na skutek prawomocnego ukarania karą zawieszenia lub pozbawienia prawa wykonywania zawodu, powinna być ponownie zatrudniona, jeżeli zgłosi ona gotowość powrotu do pracodawcy w ciągu 14 dni od uprawnienia się orzeczenia uniewinniającego lub umarzającego postępowanie.

precyzyjność, jasność sformułowania (a to ma znaczenie dla ustalenia ich zakresu znaczeniowego), ostatnie miejsce należałoby do zwrotu „powinien w miarę możliwości”. O ile bowiem jesteśmy skłoni uznać zwrot „powinność” za równoznaczny z obowiązkiem, to w przypadku „powinności w miarę możliwości” rodzą się już wątpliwości. Obowiązek ten uwarunkowany jest bowiem nieskonkretyzowanymi możliwościami leżącymi po stronie pracodawcy.

Powstaje jednak wątpliwość, czy zakres znaczeniowy zwrotu „powinien w miarę możliwości” statuuje względne prawo do ponownego zatrudnienia pracownika? Czy tak wiele znaczący termin nie osłabia nałożonej na pracodawcę powinności i nie prowadzi do wniosku, że treść art. 53 § 5 k.p. nie rodzi nakazu zatrudnienia o względnym charakterze, a stanowi jedynie, przyjmując za W. Szubertem „wskazówkę postępowania dla zatrudniającego, z której nie wynikają dla zainteresowanych żadne uprawnienia podmiotowe”²¹. Jak zatem odczytywać znaczenie wskazanych wyżej terminów?

Postawione pytania są trudne, jeżeli uwzględni się ugruntowane od wielu lat zarówno w literaturze, jak i w orzecznictwie przekonanie co do charakteru nakazu skierowanego do pracodawcy ponownego zatrudnienia pracownika w oparciu o art. 53 § 5 k.p.

Sąd Najwyższy dostrzegł wątpliwości związane z interpretacją terminu „powinien”, jednak poczynił spostrzeżenia nie w stosunku do art. 53 § 5 k.p., ale w odniesieniu do regulacji przyjętej w ustawie o zwolnieniach grupowych z 1989 roku²². Przyjął, że wskazana tam powinność statuuje obowiązek pracodawcy, któremu odpowiada roszczenie pracownika. Inna interpretacja zwrotu, zdaniem SN, była nie do przyjęcia, gdyż pozbawiłaby przepis, w którego treści występuje ten zwrot znaczenia normatywnego. Uzasadnienia dla takiego zakresu znaczeniowego zwrotu Sąd Najwyższy poszukiwał w przyjętej w orzecznictwie wykładni art. 53 § 5 k.p., nie biorąc pod uwagę, że powinność z ówczesnego art. 12 ustawy o zwolnieniach grupowych²³ nie była osłabiona dodatkową przesłanką o nieprecyzyjnych granicach nazwowych.

²¹ W. Szubert, *Zarys...*, *op. cit.*, s. 104–105.

²² Uzasadnienie do uchwały SN z dnia 22 lutego 1994 r., I PZP 2/94...

²³ Ustawa z dnia 28 grudnia 1989 r., o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn dotyczących zakładu pracy oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. z 1990, Nr 4, poz. 19 ze zm. – utraciła moc prawa w 2003 roku).

Problem wykładni „powinien w miarę możliwości” jeszcze bardziej się komplikuje, jeżeli weźmie się pod uwagę, że niektóre z przepisów po ostatnich zmianach kodeksu pracy posługują się wskazanym terminem. Przykładowo art. 29² § 2 k.p. (pracodawca powinien, w miarę możliwości, uwzględnić wniosek pracownika dotyczący zmiany wymiaru czasu pracy określonego w umowie o pracę), art. 67⁷ § 3 k.p. (pracodawca powinien, w miarę możliwości, uwzględnić wniosek pracownika dotyczący wykonywania pracy w formie telepracy) czy art. 3 ust 4 ustawy o zwolnieniach grupowych, sprowadzając zakres znaczeniowy wskazanego terminu do obowiązku pracodawcy. Powstaje zatem pytanie czy wyjaśnienia terminu „powinien” (czytaj: jest zobowiązany) należy poszukiwać w wykładni zwrotu „powinien w miarę możliwości” z art. 53 § 5 k.p.? Jeżeli tak, to czy w przywołanych wyżej przepisach wyartykułowana **powinność** pracodawcy winna być postrzegana w kategoriach prawa względnego? Wprawdzie zwrot ten ustawodawca związał z fazą realizacji stosunku pracy, a nie z jego odzyskaniem po ustaniu więzi prawnej między podmiotami, to jednak dla zakreślenia jego denotacji korzysta się z wykładni art. 53 § 5 k.p. – wskazującej na prawo względne pracownika. Nietrudno zatem dostrzec, że proces ograniczania swobody pracodawcy ma charakter postępujący i nie sprawdza się wyłącznie do kwestii doboru pracownika przy ponownym zatrudnieniu.

Wątpliwości w art. 53 § 5 k.p. budzi nie tylko zakres znaczeniowy terminu „miara możliwości”, ale również przypisany mu status klauzuli. Denotacja przywołanego zwrotu nie została dookreślona w kodeksie pracy. Nie sformułowano żadnych wskazówek, które umożliwiałyby jego odczytanie. Rezultatem poszukiwań zakresu znaczeniowego zwrotu zarówno w doktrynie²⁴, jak i w orzecznictwie było sprowadzenie jego znaczenia do istnienia wolnego miejsca pracy, które odpowiadało kwalifikacjom zawodowym pracownika i jego stanowi zdrowia²⁵. Ten kierunek interpretacji zakwestionowano w literaturze²⁶. Argumentem podającym

²⁴ Tak T. Zieliński, *Prawo pracy. Zarys systemu*, Warszawa–Kraków 1986, cz. 2, s. 107. L. Florek, [w:] *Prawo pracy. Komentarz*, red. T. Zieliński, Warszawa 2000, s. 345.

²⁵ Tak wyrok SN z dnia 10 września 1976 r., I PZP 48/76, OSNC 1977, nr 4, poz. 65.

²⁶ A. Wypych-Żywicka, *Ponowne zatrudnienie pracownika w świetle art. 53 § 5 k.p.*, PiZS 2000, nr 9, s. 25 i n.

w wątpliwość tak ustalony zakres znaczeniowy zwrotu był art. 218 § 3 k.p., który utracił moc prawną przez zmianę kodeksu pracy z 1996 roku i posługiwał się zwrotem „wolne miejsce pracy”. To funkcjonowanie od 1975 roku obok siebie dwóch przepisów, z których każdy posługiwał się odmiennym znaczeniowo terminem, pozwoliło przyjąć, że zakresy znaczeniowe wskazanych zwrotów nie są tożsame. Ich porównanie wskazuje, że znacznie szerszym sformułowaniem jest „miara możliwości”. Ten brak konkretności zwrotu nie tylko osłabia statuowaną w nim powinność pracodawcy, ale uzasadnia twierdzenie, że mieści się w nim wszystko to, co pozwala na zatrudnienie pracownika, a więc nie tylko istnienie miejsca pracy w strukturze organizacyjnej pracodawcy, ale środki finansowe, pomieszczenie, w którym praca byłaby wykonywana, narzędzia pracy itp. Powyższą kwestię dostrzegł również Sąd Najwyższy. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 12 stycznia 1998 r., I PKN 459/97, wskazał, że na możliwość ponownego zatrudnienia pracownika ma wpływ decyzja organu zarządzającego zakładem, zakazująca przyjmowania pracowników do pracy²⁷.

Termin „miara możliwości” należy do zwrotów niedookreślonych. Wątpliwości jednak budzi zakwalifikowanie go w poczet klauzul generalnych. Problem ten ma istotne znaczenie, jeżeli weźmie się pod uwagę płynność granicy między zwrotami niedookreślonymi będącymi klauzulami a zwrotami niedookreślonymi nieposiadającymi tego statusu. Jeżeli przyjąć za T. Zielińskim, że klauzule generalne to zwroty niedookreślone odsyłające do reguł i ocen pozaprawnych, które pozwalają organom stosującym prawo na podejmowanie w konkretnych przypadkach różnych decyzji w sprawie stosowania obowiązujących przepisów, a tym samym na indywidualne potraktowanie każdego konkretnego przypadku²⁸, to termin „miara możliwości” nie mieści się w tej kategorii.

Miara możliwości pracodawcy przy ponownym zatrudnieniu pracownika nie sprowadza się do ocen konkretnego, indywidualnego przypadku, ale zależna jest od istnienia pozaprawnych obiektywnych przesłanek odzyskania przez podmiot zatrudniany miejsca pracy. Innymi

²⁷ Wyrok SN z dnia 12 stycznia 1998 r., I PKN 459/97, OSNP 1998, nr 22, poz. 656.

²⁸ Tak T. Zieliński, *Klauzule generalne w prawie pracy*, Warszawa 1988, s. 56 i n.

słowy, ustawodawca powołał do życia ten przepis nie po to, by organy stosujące prawo mogły różnicować swe oceny w zależności od konkretnych okoliczności sprawy i traktować je indywidualnie, ale po to by dokonać oceny, przyjmując standard możliwości pracodawcy.

Rodzą się również wątpliwości, do którego z podmiotów stosunku pracy skierowano warunek miary możliwości, od którego ustawodawca uzależnił ponowne zatrudnienie pracownika. Czy faktycznie jest tak, jak przyjęło orzecznictwo Sądu Najwyższego, że przy ocenie możliwości ponownego zatrudnienia podmiotu należy uwzględnić okoliczności dotyczące pracodawcy, jak i pracownika²⁹? Czy faktycznie aby można było ustalić dopuszczalność ponownego zatrudnienia pracownika, w miarę możliwości badania takie należy prowadzić na wielu płaszczyznach w odniesieniu do dwóch stron stosunku pracy?

Jeżeli przyjąć podział wymogów towarzyszących zatrudnieniu pracownika na standardowe i szczególne, za okoliczność standardową bez wątplenia należy uznać stan zdrowia i kwalifikacje, jakie są wymagane na danym stanowisku pracy. Są one istotne nie tylko przy zatrudnieniu, ale również przy ponownym zatrudnieniu. Pytanie tylko, czy stanowią one przesłanki ograniczające swobodę doboru pracowników do pracy i mieszczą się w kategorii przesłanek szczególnych?

Czy przypadkiem nie należałoby przyjąć, że przesłanka „miary możliwości” związana z ponownym zatrudnieniem pracownika odnosząca się wyłącznie do pracodawcy stanowi przesłankę szczególną – II stopnia. Może bowiem się okazać, że po stronie pracodawcy istnieje „miara możliwości” ponownego zatrudnienia pracownika, tyle że ten nie jest zdolny do wykonywania pracy³⁰ albo nie posiada odpowiednich kwalifikacji zawodowych.

Jeżeli tak to, czy faktycznie przy ponownym zatrudnieniu pracownika przesłankami ograniczającymi dobór są okoliczności leżące po stronie tego ostatniego, np. jego stan zdrowia. Pytanie to wydaje się zasadne,

²⁹ Zob. wyrok SN z dnia 12 stycznia 1998 r., I PKN 459/97... SN przyjął w tezie nr 1, iż oceniając możliwości ponownego zatrudnienia pracownika, z którym umowa o pracę została rozwiązana na podstawie art. 53 § 1 k.p., należy uwzględnić zarówno okoliczności dotyczące pracownika, jak i pracodawcy.

³⁰ Tak wyrok SN z dnia 28 lipca 1999 r., I PKN 166/99, OSNAPiUS 2000, z. 21, poz. 782.

jeżeli weźmie się pod uwagę stanowisko Sądu Najwyższego, zgodnie z którym przy ponownym zatrudnieniu pracownika o możliwościach podmiotu zatrudniającego decyduje stan zdrowia tego pierwszego³¹. Taka interpretacja budzi zastrzeżenia. Wydaje się, że mimo iż ustawodawca nie łączy w sposób dosłowny w art. 53 § 5 k.p. miary możliwości z pracodawcą, dodatkowe uzależnianie jej od warunków związanych z pracownikiem budzi zastrzeżenia.

Możliwość odzyskania miejsca pracy przez pracownika przy zastosowaniu odmiennej reguły przewiduje art. 9 ustawy o zwolnieniach grupowych. Zgodnie z jego brzmieniem, w razie ponownego zatrudnienia pracowników w tej samej grupie zawodowej pracodawca powinien zatrudnić pracownika, z którym rozwiązał stosunek pracy w ramach grupowego zwolnienia, jeżeli zwolniony pracownik zgłosił zamiar podjęcia zatrudnienia u tego samego pracodawcy w ciągu roku od dnia rozwiązania z nim stosunku pracy. Powinność pracodawcy istnieje w okresie 15 miesięcy od dnia rozwiązania z pracownikiem stosunku pracy w ramach grupowego zwolnienia.

Pierwsza wątpliwość, jaka wiąże się z przywołaną konstrukcją, dotyczy ustalenia jej charakteru. Zdania w tej materii były podzielone. Nakazowi ponownego zatrudnienia przypisywano początkowo charakter bezwzględny³², później względny, by pozostać przy tezie, że statuuje on pierwszeństwo w zatrudnieniu³³. Uzależnia on odzyskanie zatrudnienia przez pracownika nie tylko od działania pracodawcy (uruchomienie naboru pracowników), ale precyzuje warunki, jakie musi spełniać pracownik podejmujący próbę ponownego zatrudnienia.

Szkicowe nakreślenie charakterów nakazów ponownego zatrudnienia pracowników pozwala dostrzec, że o ile zgłoszenie powrotu do pracy z art. 53 § 5 k.p. i art. 66 § 2 k.p. inicjuje zachowanie pracodawcy ponownego zatrudnienia, o tyle przy zwolnieniach grupowych fakt zgłoszenia zamiaru powrotu do pracy nie wystarcza. Ustawodawca uzależnia jego realizację od uruchomienia naboru pracowników w danej grupie

³¹ Tak wyrok SN z dnia 10 września 1976, I PZP 48/76...

³² Przykładowo P. Antczak, *Ponowne zatrudnienie pracowników zwalnianych z przyczyn ekonomicznych*, PiZS 2000, nr 5, s. 34–36 i cytowana tam literatura.

³³ Tak M. Gersdorf, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 1994 r. ...*, s. 67 i n.

zawodowej. A zatem o ile w dwóch pierwszych wypadkach zamiar pracownika uruchamia proces powrotu do pracy, o tyle przy zwolnieniach grupowych uruchomienie procesu powrotu warunkowane jest złożeniem oferty nawiązania stosunku pracy przez pracodawcę.

Przesłanki ograniczające pracodawcę w doborze pracownika

Przesłanki ograniczające swobodę pracodawcy w doborze pracowników, oprócz określenia sposobu zachowania się przez podmiot zatrudniający, można podzielić na dwie kategorie, podmiotowe – zakreślające kategorię podmiotów, w stosunku do których nakaz zatrudnienia winien być zrealizowany i formalne – zakreślające termin realizacji nakazu zatrudnienia. Nie każdy zatem pracownik może zostać ponownie zatrudniony i nie w każdym dowolnie określonym czasie.

Zgodnie bowiem z

– art. 53 § 5 k.p. – nakaz ponownego zatrudnienia istnieje w odniesieniu do pracownika, którego stosunek pracy ustał z przyczyn wskazanych w art. 53 § 1 i § 2, jednak pracownik zgłosi powrót w okresie 6 miesięcy (po upływie 6 miesięcy w przypadku świadczenia rehabilitacyjnego);

– art. 66 § 2 k.p. – nakaz ponownego odzyskania zatrudnienia przewidziano w stosunku do pracownika, którego stosunek pracy wygasł na skutek upływu 3-miesięcznej nieobecności z powodu tymczasowego aresztowania, jeżeli postępowanie karne zostało umorzono lub gdy zapadł wyrok uniewinniający, a pracownik zgłosił powrót do pracy w ciągu 7 dni od uprawomocnienia się orzeczenia;

– art. 9 ustawy o zwolnieniach grupowych – prawo do odzyskania zatrudnienia przysługuje pracownikom, z którymi rozwiązano stosunek pracy w ramach zwolnień grupowych, przy czym pracownik zgłosił pracodawcy zamiar ponownego podjęcia pracy w ciągu roku od rozwiązania stosunku pracy, a pracodawca uruchamia zatrudnienie w tej samej grupie zawodowej, przy czym nie minął jeszcze okres 15 miesięcy, licząc od dnia rozwiązania stosunku pracy z podmiotem zatrudnianym.

W związku z art. 9 ustawy o zwolnieniach grupowych wątpliwości budzi sygnalizowany w literaturze problem wstępnej selekcji podmiotów prowadzonej w związku z uruchomieniem naboru pracowników³⁴. Dotyczy to sytuacji, w której liczba pracowników zawiadomionych o zamiarze nawiązania stosunku pracy jest większa od liczby miejsc. Zastanawiające jest wówczas, jakie reguły doboru pracowników przy ponownym ich zatrudnieniu winny towarzyszyć pracodawcy. Ponieważ każdemu zwolnionemu w systemie zwolnień grupowych po ustaniu stosunku przysługuje prawo pierwszeństwa w zatrudnieniu, pytanie o reguły doboru wydaje się zasadne. Czy w takim razie można mówić, że wstępna selekcja winna odbywać się na podstawie reguły swobody doboru w grupie osób powiadomionych o zamiarze zatrudnienia przy poszanowaniu zasad wynikających z art. 11² i art. 11³ k.p.?

Czy faktycznie wstępna selekcja pracowników może być prowadzona już na etapie zawiadamiania pracowników o uruchomieniu ponownego zatrudnienia i czy w ogóle przy realizacji ponownego zatrudnienia pracodawca może wprowadzać dodatkowe kryteria selekcyjne w odniesieniu do pracowników, do których skierował ofertę zatrudnienia?

Problem jest tym bardziej istotny, jeżeli weźmie się pod uwagę możliwość wystąpienia dwóch sytuacji, a mianowicie: selekcji w odniesieniu do pracowników w danej grupie zawodowej, przy założeniu, że jest więcej kandydatów niż miejsc oraz selekcji w sytuacji, gdy kandydują na jedno miejsce dwa podmioty, przy czym jeden z nich pochodzi z zewnątrz, a posiada znacznie wyższe kwalifikacje niż pracownik dotychczas zatrudniany. Druga z przedstawionych sytuacji nie wydaje się problematyczna. Z pracowników ubiegających się o zatrudnienie pracodawca – zgodnie z treścią art. 9 ustawy o zwolnieniach grupowych – winien wybrać dotychczasowego pracownika, pod warunkiem że uruchomił zatrudnienie w danej grupie zawodowej, której odpowiada pracownik.

Natomiast w pierwszej z przedstawionych sytuacji można przyjąć dwa założenia: albo zaakceptujemy dopuszczalność wstępnej selekcji pracowników w oparciu o kryteria przyjęte przez pracodawcę (co wyda-

³⁴ Szeroko na ten temat J. Stelina, [w:] K. Jaśkowski, E. Maniewska, J. Stelina, *Grupowe...*, *op. cit.*, s. 143; L. Krysińska-Wnuk, *Regulacja zwolnień...*, *s. op. cit.*, 175 i n.

je się rozwiązaniem racjonalnym przy zatrudnieniu pracownika³⁵), albo uwzględniamy kolejność zgłoszenia wniosku o ponowne zatrudnienie. To pierwsze rozwiązanie znalazło akceptację w orzecznictwie Sądu Najwyższego³⁶. Otóż przyjęto pogląd, zgodnie z którym zatrudnienie ponowne pracownika na tych samych stanowiskach pracy przy zgłoszonych dodatkowych wymogach stawianych pracownikom spełnia warunek uruchomienia ponownego zatrudnienia w danej grupie zawodowej³⁷. Może w związku z tym okazać się, że przy wymogach dodatkowych dla pracowników zatrudnianych na tych samych stanowiskach pracy będzie to zatrudnienie w tej samej grupie zawodowej, a dla innych nie.

Jeżeli jednak wszyscy pracownicy zawiadomieni odpowiadają warunkom selekcji wstępnej przy ograniczonej liczbie miejsc pracy, czy wówczas pracodawca może prowadzić swobodnie dobór pracowników? Jakie wówczas winien stosować kryteria? Czy muszą być to kryteria obiektywne, dające sprawdzić się w toku postępowania sądowego? Czy taki dobór pracownika winien być prowadzony jedynie w oparciu o kryteria związane ze stosunkiem pracy?

Jeżeli uznać, że dobór pracownika do pracy stanowi prawo podmiotowe pracodawcy, powstaje pytanie o granice jego wykonywania. A zatem czy granicami takiego doboru nie powinny być klauzule społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa i zasad współzycia społecznego z art. 8 k.p.?

Teza, jaką przyjęto w orzecznictwie³⁸, że termin w tej samej grupie zawodowej należy do sformułowań szerokich, przy czym posiada również charakter dynamiczny skutkujący tym, że może być różnie kwalifikowany nawet w jednym i tym samym procesie ponownego zatrudnienia, budzi zastrzeżenia. O ile teza o konieczności szerokiego traktowania zwrotu „ta sama grupa zawodowa” wydaje się do zaakceptowania,

³⁵ Tak J. Stelina, [w:] K. Jaśkowski, E. Maniewska, J. Stelina, *Grupowe...*, *op. cit.*, s. 139, 146.

³⁶ Por. wyrok SN z dnia 7 marca 1997 r., I PKN 26/97, OSNAPiUS 1997, nr 24, poz. 486; wyrok SN z dnia 7 sierpnia 2002 r., I PKN 594/01, OSNAPiUS 2003, nr 6 – wkładka.

³⁷ Zob. wyrok SN z dnia 19 grudnia 1997 r., I PKN 445/97, OSNAPiUS 1998, nr 22, poz. 648; wyrok SN z 7 marca 1997 r., I PKN 26/97...

³⁸ *Ibidem*.

wzmacnia bowiem szanse pracownika odzyskania zatrudnienia, o tyle przypisanie temu sformułowaniu cechy dynamiczności utrudnia zrealizowanie tego prawa pracownikowi.

Funkcja proaktywna przepisów regulujących ponowne zatrudnienie pracownika?

Prezentacja tytułowego zagadnienia uzasadnia pytanie o funkcję przepisów ograniczających swobodę pracodawcy w doborze pracowników przy ponownym zatrudnieniu. Aby na to odpowiedzieć, konieczne jest wskazanie znaczenia terminu „funkcja prawa” i przybliżenie typologii funkcji.

Nie jest moim zadaniem analiza trafności przyjętych określeń „funkcja”, „funkcja prawa” czy prawidłowości kryteriów przyjętych dla wyodrębnienia typów funkcji. Zagadnienia te wielokrotnie były przedmiotem badań doktryny³⁹, zatem ich powielanie wydaje się bezprzedmiotowe. Natomiast istotna jest kwestia ustalenia, czy przepisy umożliwiające pracownikowi odzyskanie zatrudnienia realizują proaktywną funkcję prawa pracy. Czy zadaniem tej funkcji jest pobudzanie aktywności u pracowników w odzyskiwaniu miejsca pracy i zapobieganie w pewnym zakresie obciążeniom państwa kosztami bezrobocia, których skala jest szczególnie widoczna przy zwolnieniach grupowych?

W literaturze zgłoszono szereg określeń dla ustalenia znaczenia terminu „funkcja prawa”. Przyjęto zapatrywanie, zgodnie z którym o funkcji prawa można mówić, uwzględniając nie tylko cel przypisany przyjętym regulacjom prawnym (funkcja założona), ale również rzeczywiste społeczne skutki, jakie ta regulacja wywołuje (funkcja realizowana)⁴⁰. Odmienne ujęcie funkcji prawa pozwoliło postrzegać ją jedynie w ka-

³⁹ Przykładowo I. Bogucka, *Funkcje prawa. Analiza pojęcia*, Zakamycze 2000; K.W. Baran, *O funkcjach zbiorowego prawa pracy uwag kilka*, [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga Jubileuszowa Profesora T. Zielińskiego*, red. M. Matey-Tronowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 399–400 i podana tam literatura; wcześniej W. Szubert, *Funkcje prawa pracy*, PiP 1971, z. 3–4, s. 578.

⁴⁰ Zob. M. Skąpski, *Ochronna funkcja prawa pracy w gospodarce rynkowej*, Zakamycze 2006, s. 75–77.

tegoriach skutku lub skutków społecznych obowiązywania norm prawa. Jeżeli przyjąć na potrzeby niniejszego opracowania, że funkcja prawa sprowadza się do zamierzonych „[...] przez ustawodawcę skutków obowiązywania norm prawa”⁴¹, powstaje pytanie, jaką funkcję prawa pracy realizują przepisy regulujące ponowne zatrudnienia pracownika? Czy realizują funkcję ochronną prawa pracy, zabezpieczając uzasadnione interesy pracownika? Jeżeli tak, to czy można mówić, że również pełnią funkcję proaktywną pobudzającą, wzmacniającą aktywność pracownika w odzyskaniu miejsca pracy?

Analiza przepisów prawa, jak również stanowisk prezentowanych w literaturze, których przedmiotem są funkcje prawa, pozwala przyjąć, że funkcja proaktywna stanowi podtyp funkcji ochronnej prawa pracy. Powstaje tylko pytanie, czy jest ona w swojej konstrukcji czysta. Z przedstawionej przez M. Skąpskiego typologii funkcji prawa pracy uwzględniającej gospodarkę rynkową⁴² można wyprowadzić wniosek, że funkcja ta częściowo spełnia „zadania” nie tylko funkcji promocyjnej stojącej na straży ochrony rynku pracy i interesów poszukujących pracy, ale również funkcji opiekuńczej, której celem jest wspieranie zatrudnienia grup społecznych o ograniczonych szansach (długotrwała choroba, wiek pracownika).

Na tym tle powstaje pytanie natury ogólnej o sens tworzenia podfunkcji funkcji ochronnej. Czy ma to na celu ustalenie jej „treści”, znaczenia? Czy nie wystarczy wskazanie, że powołane przepisy realizują funkcję ochronną? Jakie praktyczne znaczenie ma dalsza typologizacja funkcji prawa pracy?

Warto zwrócić uwagę na to, że w przepisach regulujących ponowne zatrudnienie pracowników nie możemy dostrzegać jedynie przejawów funkcji ochronnej prawa pracy stojącej na straży interesów pracownika. Wydaje się, że pewne elementy wprowadzone do konstrukcji ponownego zatrudnienia, jak chociażby ograniczenie czasowe, w którym podmiot zatrudniony może odzyskać miejsce pracy, ścisłe oznaczenie kręgu podmiotów, do których skierowana jest norma gwarantująca odzyskanie

⁴¹ *Ibidem*, s. 75–77.

⁴² *Ibidem*, s. 105. Autor w niezwykle interesujący sposób przedstawił propozycje nowej typologii funkcji prawa pracy.

zatrudnienia, czy określenie sytuacji, w których możliwe jest ponowne zatrudnienie, tworzą w pewnym sensie ochronę pracodawcy.

Wnioski

Analiza granic swobody pracodawcy w doborze pracowników przy ponownym zatrudnieniu stawia pytanie o utrzymanie instytucji zapewniającej pracownikowi odzyskanie zatrudnienia. Czy mimo pewnej sztuczności konstrukcji uzależniającej zatrudnienie pracownika od niedookreślonego warunku „miary możliwości” pracodawcy, faktu uruchomienia zatrudniania pracowników w danej grupie zawodowej warto z nich zrezygnować i pozostawić pracodawcy swobodę w doborze pracowników przy zatrudnianiu? Czy wskazane przepisy w rzeczywistości nie należą do martwych z powodu niemożności ich praktycznego stosowania albo stosowania w ograniczonym zakresie? Łatwość, z jaką pracodawca może wykazać, że nie ma możliwości ponownego zatrudnienia pracownika, akceptowane w praktyce szerokie rozumienie zwrotu „ta sama grupa zawodowa” przy uznaniu jej dynamicznego charakteru sprawia, że ich utrzymanie można oceniać jako bezprzedmiotowe.

Z drugiej strony, w dobie kiedy rynek pracy nie działa w oparciu o reguły racjonalnego zatrudnienia, brak jest stabilizacji zatrudnienia, a sytuacja ekonomiczna i finansowa państwa nie sprzyja tworzeniu nowych miejsc pracy, nie wydaje się zasadne rezygnowanie z przepisów pozwalających odzyskać zatrudnienie. Proces odzyskiwania utraconego miejsca pracy wyzwala w jednostkach słabo radzących sobie w pozyskiwaniu zatrudnienia swego rodzaju aktywność. Byt prawny takich instytucji daje poczucie bezpieczeństwa osobom, które znalazły się w szczególnej sytuacji socjalnej (art. 53 § 5 k.p.), której zaistnienie było przyczyną ustania stosunku pracy.

Z tych względów nie podzielam krytycznego stosunku do instytucji ponownego zatrudnienia z ustawy o zwolnieniach grupowych. Uzasadnieniem dla rezygnacji z niej nie może być argument w postaci braku tej instytucji w dyrektywie 98/59/WE, jak również sceptyczny stosunek

ETS do tego rozwiązania⁴³. Dyrektywa WE nie przewiduje mechanizmu odzyskania zatrudnienia, nie oznacza to jednak, że polskie prawo krajowe nie może odmiennie tej materii uregulować. Zapomina się bowiem o treści art. 5 dyrektywy (Sekcja IV Postanowienia końcowe), zgodnie z którym dyrektywa nie ma wpływu na prawo państw członkowskich do stosowania lub wprowadzania przepisów ustawowych, które są korzystniejsze dla pracowników. Bez wątplenia możliwość odzyskania miejsca pracy należy do tej kategorii rozwiązań. Ma istotne znaczenie dla pracowników, którzy nie są chociażby ze względu na wiek atrakcyjni na rynku pracy (do niedawna byli to pracownicy 50+, obecnie 45+).

Natomiast za słuszne należy uznać zastrzeżenia, jakie zgłoszono co do treści art. 9 ustawy o zwolnieniach grupowych ograniczającego możliwość odzyskania zatrudnienia jedynie tym z pracowników, którzy zostali zwolnieni w trybie zwolnień grupowych. Wyłączenie możliwości dochodzenia ponownego zatrudnienia przez pracowników zwalnianych w trybie indywidualnym przy zastosowaniu art. 10 wspomnianej ustawy, jak również przez pracowników zwolnionych z przyczyn np. ekonomicznych, technologicznych, a więc nie dotyczących pracowników u pracodawcy zatrudniającego mniej niż 20 pracowników prowadzi do nierównej sytuacji prawnej tych ostatnich z uwagi na tryb rezygnacji i wielkość zatrudnienia w zakładzie.

Wydaje się jednak, że wraz z normalizacją, stabilnością rynku pracy i mechanizmów, jakie w nim funkcjonują, ustawodawca winien z możliwości odzyskiwania zatrudnienia systematycznie rezygnować.

Przy ocenie ograniczeń pracodawcy w doborze pracowników nie można również pomijać skutków, jakie niesie ze sobą prawo odzyskania zatrudnienia przez pracownika na prawo do pracy już zatrudnionych. Trudno bowiem godzić się na rozwiązania ustawowe, w których realizacja prawa odzyskania miejsca pracy wymusi rezygnację z pracownika, zatrudnionego wcześniej na miejsce poprzednika i posiadającego znacznie lepsze niż on kwalifikacje czy umiejętność współpracy z załogą. Nie można również nie dostrzegać problemu warunków ponownego zatrudnienia kwestii będącej konsekwencją odzyskania przez pracownika

⁴³ Tak L. Krysińska-Wnuk, *Regulacja zwolnień...*, *op. cit.*, s. 164 i podana tam literatura.

miejsca pracy. Problem ten nie tylko dotyczy ustalenia warunków pracy, płacy, ale również określenia rodzaju umowy⁴⁴.

Postulat utrzymania nakazów ponownego zatrudnienia do momentu stabilizacji rynku pracy nie oznacza zakazu jakiegokolwiek ich modyfikacji.

Już teraz wydaje się zasadna rezygnacja z powinności ponownego zatrudnienia przez pracodawcę w stosunku, do którego wdrożono postępowanie upadłościowe lub likwidacyjne. Podobnie utrzymywanie art. 53§ 5 k.p. przy rozbudowanej ochronie pracownika w sytuacjach określonych w art. 53 § 1 i 2 k.p. oceniam jako niemające uzasadnienia.

⁴⁴ Najmniej wątpliwości w tej materii budzi ponowne zatrudnienie z art. 66 § 2 k.p. Zdaniem SN, pracownik winien być zatrudniony na dotychczasowym, równorzędnym lub innym zgodnym z jego kwalifikacjami stanowisku, odpowiadającym w zasadzie poprzednim warunkom wynagrodzenia, jeżeli szczególne okoliczności nie stoją temu na przeszkodzie – wyrok z dnia 19 grudnia 1980 r., I PZP 42/80 OSNC 1981, nr 6, poz. 99.