


**Tomasz Duraj**  <https://orcid.org/0000-0003-1561-5916>

Uniwersytet Łódzki

## UPRAWNIENIA ZWIĄZANE Z RODZICIELSTWEM OSÓB SAMOZATRUDNIONYCH – UWAGI *DE LEGE LATA* I *DE LEGE FERENDA*\*

Abstract

**Rights related to the parenthood of self-employed people –  
*de lege lata* and *de lege ferenda***

The subject of the article is the self-employed rights related to parenthood. The legislator admitted to self-employed persons – the insured (mother of the child) and the insured (father of the child or other immediate family member) the right to maternity benefit for the period corresponding to the period of maternity leave and parental leave. The author positively assesses the very concept of including self-employed protection in the field of parenthood. Its correctness is determined both by the need to adapt Polish labor legislation to international and EU standards, as well as constitutional norms, as well as the growing scale of self-employment in the market economy, which is increasingly displacing the classic employment relationship. Unfortunately, the manner of regulating by our legislator mechanisms introducing protection of self-employed in the scope of parenthood raises far-reaching doubts. *De lege lata*, the scope of protection of parenthood dedicated to self-employed is not sufficient in comparison to the situation of employees, which according to the author violates the constitutional principle of equality before the law. This leads to a situation in which the regulation of parental rights ceases to fulfill the main assumptions underlying its introduction. The Polish legislator as of today does not ensure effective care of a child immediately after its birth and full exchangeability of parental privileges between parents, with the support of members of the immediate family, and also does not create the material and financial conditions optimal for this care. To make matters worse, the regulations do not sufficiently protect the health and lives of the self-employed mothers and their children, before birth and immediately afterwards. The author presents numerous *de lege lata* and *de lege ferenda* comments on the regulation of parental rights for self-employed workers.

**Słowa kluczowe:** uprawnienia rodzicielskie, samozatrudnienie, prawo pracy, zasiłek macierzyński, ubezpieczenie chorobowe

**Keywords:** parental rights, self-employment, labor law, maternity allowance, sickness insurance

ASJC: 3308, JEL: K31

---

\* Artykuł przygotowano w ramach projektu finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki (Umowa nr UMO-2018/29/B/HS5/02534 do projektu badawczego nr 2018/29/B/HS5/02534).

## 1. Uwagi wprowadzające

W ostatnim czasie zarówno w ustawodawstwie polskim, jak też w unormowaniach wielu państw europejskich obserwujemy tendencję do rozszerzania niektórych uprawnień pracowniczych, do niedawna zastrzeżonych wyłącznie dla stosunku pracy, na osoby samozatrudnione, a także innych wykonawców umów cywilnoprawnych (Duraj 2018a, s. 37 i n.). Tendencja ta w dużej mierze stanowi skutek dostosowywania krajowych porządków prawnych do standardów wynikających z norm prawa międzynarodowego i unijnego, a w Polsce również konsekwencją dostosowywania ustawodawstwa pracy do wymogów konstytucyjnych (Gersdorf 2019, s. 2 i n.). Istotnym argumentem na rzecz rozciągania wybranych uprawnień pracowniczych na osoby samozatrudnione, a także innych wykonawców umów cywilnoprawnych jest potrzeba zapewnienia im standardu ochrony zbliżonego do pracowniczego, o ile świadczą pracę (usługi) w warunkach podobnych do sytuacji pracowników, zwłaszcza gdy są zależni ekonomicznie od jednego podmiotu zamawiającego<sup>1</sup>. *De lege lata* na gruncie polskiego prawa samozatrudnieni korzystają przede wszystkim z ochrony prawnej ich życia i zdrowia. Zgodnie z art. 304 §§ 1 i 3 ustawy z dn. 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. 2018, poz. 917 tekst jedn. ze zm., dalej: „Kodeks pracy”, „k.p.”) ochronie w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy podlegają te osoby prowadzące na własny rachunek działalność gospodarczą, których pracę organizuje podmiot zamawiający, w szczególności gdy usługi są wykonywane w zakładzie pracy lub innym miejscu przez niego wyznaczonym (Wyka 2000). Z kolei ustawa z dn. 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz.U. 2016, poz. 1219 tekst jedn.) rozciągnęła na wszystkie osoby fizyczne pracujące na własny rachunek (prowadzące działalność gospodarczą lub zawodową) ochronę przed dyskryminacją w zakresie warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na podstawie umowy cywilnoprawnej (art. 2 ust. 1 w zw. z art. 4 pkt 2 i art. 8 ust. 1 pkt 2 wspomnianej ustawy; Barzycka-Banaszczyk 2019, s. 6 i n.). Należy również zwrócić uwagę na ustawę z dn. 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016, poz. 1265 ze zm.), która od 1 stycznia 2017 r. objęła samozatrudnionych ochroną w zakresie płacy minimalnej, o ile wykonują działalność gospodarczą osobiście, bez zatrudniania pracowników lub zawierania umów ze zleceniobiorcami (art. 1 pkt 1b lit. a tej ustawy). Dotyczy to tych osób fizycznych, które świadcząc określone usługi (pracę) na rzecz podmiotu zamawiającego na podstawie umów o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 ustawy z dn. 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 2019, poz. 1145 tekst jedn. ze zm., dalej: „Kodeks cywilny”, „k.c.”), nie decydują o miejscu i czasie świadczenia tych usług, a ich wynagrodzenie nie ma charakteru prowizyjnego (art. 8d ust. 1 pkt 1 ustawy z dn. 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, Dz.U. 2018, poz. 2177 tekst jedn.; Tomanek 2017, s. 13 i n.).

<sup>1</sup> Potrzeba rozszerzania ochrony osób wykonujących pracę na podstawie cywilnoprawnych stosunków zatrudnienia od lat jest postulowana w nauce prawa pracy (Hajn 2000a, s. 595; 2000b, s. 5 i 11; Salwa 2002, s. 303–304; Seweryński 2002, s. 323–324).

Wreszcie nie sposób pominąć nowelizacji ustawy o związkach zawodowych z dn. 5 lipca 2018 r. (Dz.U. 2018, poz. 1608), która od dn. 1 stycznia 2019 r. zagwarantowała samozatrudnionym, a także innym osobom wykonującym pracę zarobkową pełne prawo koalicji, otwierając im możliwość nie tylko tworzenia związków zawodowych i przystępowania do już istniejących organizacji, ale także korzystania z ochrony działaczy związkowych oraz prawa do prowadzenia rokowań, zawierania układów zbiorowych pracy i innych porozumień zbiorowych czy aktywnego udziału w sporach zbiorowych i strajku (Baran 2018, s. 2 i n.; Duraj 2018b, s. 127 i n.; Grzebyk, Pisarczyk 2019, s. 81 i n.).

W powyższą tendencję wpisuje się także ustawa nowelizująca Kodeks pracy z dn. 24 lipca 2015 r. (Dz.U. 2015, poz. 1268), która z dn. 2 stycznia 2016 r. wprowadziła mechanizmy prawne rozciągające pewne uprawnienia związane z rodzicielstwem na osoby samozatrudnione, a także innych wykonawców umów cywilnoprawnych, o ile zostali oni objęci ubezpieczeniem społecznym w razie choroby i macierzyństwa. W szczególności ustawodawca przyznał ubezpieczonej (matce dziecka) oraz ubezpieczonemu (ojcu dziecka lub innemu członkowi najbliższej rodziny) prawo do zasiłku macierzyńskiego za okres odpowiadający okresowi urlopu macierzyńskiego oraz urlopu rodzicielskiego (w sytuacji ojców – także urlopu ojcowskiego). Pozytywnie należy ocenić samą koncepcję polegającą na objęciu niepracowników (także osób pracujących na własny rachunek) ochroną w zakresie rodzicielstwa. O jej słuszności przesądza zarówno konieczność dostosowania polskiego ustawodawstwa pracy do standardów wynikających z norm prawa międzynarodowego i unijnego, a także norm konstytucyjnych, jak i rosnąca w gospodarce rynkowej skala samozatrudnienia, które coraz częściej wypiera klasyczny stosunek pracy z uwagi na możliwość istotnego ograniczenia kosztów zatrudnienia (następuje przerzucenie na samozatrudnionego ciężarów publicznoprawnych oraz ryzyka związanego ze świadczoną pracą, zwłaszcza ryzyka socjalnego) oraz prowadzenia racjonalnej polityki zatrudnienia (podmiot zamawiający w stosunkowo łatwy sposób może zrezygnować z usług osoby pracującej na własny rachunek).

W Polsce od początku lat 90. XX w., obserwujemy dynamiczny rozwój pracy na własny rachunek. Według Badania Aktywności Ekonomicznej (BEAL) w drugim kwartale 2017 r. poziom samozatrudnienia w Polsce osiągnął 17,5% ogółu pracobiorców i jest to wskaźnik wyraźnie wyższy od średniego poziomu w krajach Unii Europejskiej, który wynosi 16%. Niestety, sposób unormowania przez naszego ustawodawcę mechanizmów ustanawiających ochronę osób pracujących na własny rachunek w zakresie rodzicielstwa pozostawia wiele do życzenia, budząc daleko idące wątpliwości i kontrowersje w doktrynie prawa pracy (Mędrala 2016, s. 24 i n.; Babińska-Górecka 2018; Latos-Miłkowska 2019, s. 71 i n.).

Analizując tę problematykę, na potrzeby niniejszego artykułu przyjmuję, że samozatrudnienie polega na świadczeniu usług (pracy) na rzecz jednego lub kilku (wielu) podmiotów zamawiających przez osoby fizyczne prowadzące na własną odpowiedzialność i ryzyko działalność gospodarczą w charakterze przedsiębiorcy, bez możliwości zatrudniania pracowników lub korzystania z cudzej pracy na podstawie umów cywilnoprawnych (Duraj 2007, s. 21 i n.).

## 2. Uzasadnienie objęcia ochroną w zakresie rodzicielstwa osób samozatrudnionych

Analiza aktów prawa międzynarodowego jednoznacznie wskazuje na szeroki zakres ochrony rodzicielstwa, a także rodziny, znacznie wykraczający poza zatrudnienie pracownicze. Najlepiej widać to w regulacjach Organizacji Narodów Zjednoczonych. Powszechna deklaracja praw człowieka, uchwalona dn. 10 grudnia 1948 r., w art. 16 stanowi, że państwo ma obowiązek zagwarantowania każdej rodzinie prawa do ochrony, gdyż rodzinę uznaje się za naturalną i podstawową komórkę społeczeństwa. Państwo zobligowane jest także do zapewnienia człowiekowi między innymi odpowiednich świadczeń socjalnych oraz opieki medycznej. Jeśli zaś chodzi o uprawnienia rodzicielskie, deklaracja podkreśla w art. 25 ust. 2, że matka z dzieckiem mają prawo do specjalnej opieki i pomocy ze strony państwa.

Dla analizowanej kwestii istotne znaczenie ma również Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, socjalnych i kulturalnych uchwalony dn. 19 grudnia 1966 r. przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych, ratyfikowany przez Polskę dn. 3 marca 1977 r. (Dz.U. 1977, nr 38, poz. 169). Akt ten w art. 10 ust. 2 stanowi, iż szczególną opieką należy otoczyć matki w rozsądnym okresie przed i po urodzeniu dziecka. Państwo zobowiązane jest także do zapewnienia pracującym matkom płatnego urlopu lub urlopu z zapewnieniem odpowiednich świadczeń z tytułu zabezpieczenia społecznego w ramach ochrony macierzyństwa. Gwarancja ta nie jest uzależniona od podstawy zatrudnienia i ma zastosowanie do wszystkich wykonawców pracy, także pracujących na własny rachunek.

Uzupełnienie tego aktu stanowi Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych dn. 18 grudnia 1979 r. (Dz.U. 1982, nr 10, poz. 71), która zobowiązuje państwa strony do wprowadzenia w swoich porządkach prawnych odpowiednich zarządzeń w celu ochrony macierzyństwa. Państwo ma przeciwdziałać wszelkiej dyskryminacji kobiet w związku z macierzyństwem (bez względu na podstawę ich zatrudnienia) oraz zapewnić im faktyczne prawo do pracy. Konwencja w ust. 2 art. 11 wprowadza sankcjonowany zakaz zwalniania kobiet z powodu ciąży lub urlopu macierzyńskiego. Patrząc na ochronę rodzicielstwa z szerokiej perspektywy prawnomiędzynarodowej, nie sposób nie wspomnieć o ratyfikowanej przez Polskę Konwencji Organizacji Narodów Zjednoczonych z dn. 20 listopada 1989 r. o prawach dziecka (Dz.U. 1991, nr 120, poz. 526). W art. 3 akt ten gwarantuje każdemu dziecku prawo do ochrony i opieki, które ma być realizowane w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne dla jego dobra, z uwzględnieniem praw i obowiązków rodziców, opiekunów prawnych lub innych osób prawnie za nie odpowiedzialnych. Zgodnie z art. 18 Konwencji każde dziecko ma zaś prawo do wzrastania w środowisku rodzinnym, wychowania przez rodziców lub opiekunów prawnych oraz do opieki. Co ważne w kontekście analizowanej problematyki, gwarancje te nie są w żaden sposób uzależnione od prawnej formy zarobkowania rodziców czy innych opiekunów prawnych dzieci.

Tendencję w zakresie rozszerzania ochrony rodzicielstwa poza zatrudnienie pracownicze można również zauważyć w aktach Międzynarodowej Organizacji Pracy (dalej:

„MOP”). Konwencja nr 3 MOP, dotycząca zatrudnienia kobiet przed i po porodzie (uchwalona dn. 29 października 1919 r. w Waszyngtonie, zrewidowana w 1952 r. przez Konwencję nr 103 MOP dotyczącą ochrony macierzyństwa, uchwaloną dn. 28 czerwca 1952 r., ratyfikowaną przez Polskę dn. 5 lutego 1976 r., Dz.U. 1976, nr 16, poz. 99) oraz uzupełniające ją zalecenie nr 95 (uchwalone dn. 28 czerwca 1952 r. w Genewie podczas 35. sesji Konferencji Ogólnej MOP) nakładają na państwa członkowskie obowiązek zagwarantowania pracującym kobietom w okresie ciąży, w czasie porodu oraz bezpośrednio po nim (zwłaszcza w okresie połogu) ochrony prawnej i socjalnej, w szczególności przez ustanowienie instytucji urlopu macierzyńskiego<sup>2</sup>, zapewnienie zasiłków macierzyńskich oraz ochrony trwałości zatrudnienia (Świątkowski 2008, s. 294). Wyżej wymienione akty stosuje się do wszystkich kobiet zatrudnionych w przemyśle oraz przy pracach nieprzemysłowych i rolnych, a także w chałupnictwie (a zatem nie tylko do pracownic), przy czym określenie „kobieta” – w rozumieniu Konwencji nr 103 MOP – oznacza każdą osobę płci żeńskiej, bez względu na jej wiek, narodowość, rasę lub wierzenia religijne, zamężną lub niezamężną.

Z kolei Konwencja nr 102 MOP, dotycząca minimalnych norm zabezpieczenia społecznego (uchwalona dn. 28 czerwca 1952 r., ratyfikowana przez Polskę dn. 24 kwietnia 2003 r., Dz.U. 2005, nr 93, poz. 775), nakłada na państwo członkowskie obowiązek zapewnienia środków pieniężnych rekompensujących utracone wynagrodzenie za pracę z powodu niemożności świadczenia pracy przez kobiety w ciąży i po porodzie, a także zagwarantowania opieki medycznej i świadczeń leczniczych obejmujących opiekę przedporodową, opiekę w trakcie i po porodzie, a w razie potrzeby także leczenie szpitalne. Zgodnie z art. 47 Konwencji nr 102 MOP przedmiotem ochrony jest ciąża, poród oraz ich skutki, a także utrata zarobku w wyniku nieświadczenia pracy w związku z macierzyństwem.

Także na poziomie ustawodawstwa unijnego można znaleźć regulacje w zakresie rodzicielstwa, które znacznie wykraczają swoim zakresem poza zatrudnienie pracownicze<sup>3</sup>. W szczególności na uwagę zasługuje tu Karta praw podstawowych Unii Europejskiej z dn. 7 grudnia 2000 r. (Dz.Urz. UE C 2007, nr 303, dalej: „Karta”); jest aktem wiążącym na podstawie postanowień Traktatu z Lizbony zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, sporządzonego w Lizbonie dn. 13 grudnia 2007 r., Dz.U. 2009, nr 203, poz. 1569), w myśl której rodzina korzysta z ochrony prawnej, ekonomicznej i społecznej, a w celu pogodzenia życia rodzinnego z zawodowym każdy (nie tylko pracownik) ma prawo do ochrony przed zwolnieniem z pracy z powodów związanych z macierzyństwem i prawo do płatnego urlopu macierzyńskiego oraz do urlopu wychowawczego po urodzeniu lub przysposobieniu

<sup>2</sup> Wymiar urlopu macierzyńskiego nie może być niższy niż 12 tygodni (art. 3 ust. 2 Konwencji nr 103 MOP).

<sup>3</sup> Dyrektywa Rady 92/85/EWG z dn. 19 października 1992 r. w sprawie wprowadzenia środków w celu poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły, i pracownic karmiących piersią (Dz.Urz. UE L 1992, nr 348, poz. 1 ze zm.) dotyczy przede wszystkim zatrudnienia pracowniczego.

dziecka (art. 33 Karty). Zgodnie zaś z art. 34 ust. 1 Karty Unia Europejska szanuje prawo do świadczeń z zabezpieczenia społecznego oraz do usług społecznych gwarantujących ochronę macierzyństwa.

Uzupełnieniem tej regulacji jest Europejski filar praw socjalnych, przyjęty w Göteborgu dn. 17 listopada 2017 r., podczas Szczytu Społecznego na rzecz Sprawiedliwego Zatrudnienia i Wzrostu Gospodarczego Unii Europejskiej. W rozdziale III tego dokumentu, zatytułowanym *Ochrona socjalna*, znalazła się zasada nr 12, w myśl której „bez względu na rodzaj i czas trwania ich stosunku pracy, pracownicy i, w porównywalnych warunkach, osoby samozatrudnione mają prawo do odpowiedniej ochrony socjalnej”, co należy również rozciągnąć na ochronę w zakresie rodzicielstwa<sup>4</sup>.

Także w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: „Konstytucja”) przewiduje się rozwiązania dotyczące ochrony rodzicielstwa, które nakazują szeroko interpretować jej zakres podmiotowy. Warto zwrócić uwagę, iż ustawa zasadnicza nie różnicuje ochrony rodzicielstwa ani w odniesieniu do rodziców, czyli w zależności od postawy ich zatrudnienia (stosunek pracy czy inne prawne formy świadczenia pracy), ani wobec dzieci – w zależności od postawy zatrudnienia ich rodziców (stosunek pracy czy inne prawne formy świadczenia pracy). Już w art. 18 Konstytucji wskazuje się, iż małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie zaś z art. 68 cytowanego aktu każdy obywatel ma prawo do ochrony zdrowia, a władze publiczne są obowiązane do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom oraz wszystkim kobietom ciężarnym. Państwo w swojej polityce społecznej i gospodarczej uwzględnia dobro rodziny, a matka przed i po urodzeniu dziecka ma prawo do szczególnej pomocy władz publicznych (bez względu na podstawę zatrudnienia), której zakres określają ustawy (art. 71 Konstytucji). Także każde dziecko, niezależnie od podstawy zatrudnienia jego rodziców, ma zagwarantowaną przez Polskę – na mocy art. 72 Konstytucji – ochronę swoich praw, a więc również prawa do opieki rodzicielskiej (Sobczyk 2015a, s. 11 i n.). Na gruncie przepisów Konstytucji rysuje się zatem wyraźny imperatyw, aby w ustawach zwykłych szeroko rozumiana ochrona rodzicielstwa nie ograniczała się wyłącznie do zatrudnienia pracowniczego, a swoim zakresem obejmowała również cywilnoprawnych wykonawców pracy, w tym także osoby samozatrudnione<sup>5</sup>. Tezę tę potwierdza w sposób jednoznaczny art. 24 Konstytucji, w myśl którego każda praca (bez względu na prawną podstawę zatrudnienia) znajduje się pod ochroną Rzeczypospolitej Polskiej, a państwo sprawuje nadzór nad warunkami jej wykonywania.

W tym miejscu należy oczywiście postawić pytanie, czy zakres uprawnień i przywilejów rodzicielskich zapewniony osobom świadczącym pracę (usługi) na podstawie umów

<sup>4</sup> Komisja Europejska rozpoczęła konsultacje na temat możliwości wdrożenia tej zasady. Zob. <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1312&langId=en> (dostęp: 6.01.2018).

<sup>5</sup> Zdaniem Gersdorf (2019, s. 3), w świetle regulacji konstytucyjnych potrzeba udzielania przez ustawodawstwo zwykłe ochrony osobom zatrudnionym na podstawie umów cywilnoprawnych nie budzi żadnych wątpliwości.

cywilnoprawnych winien być tożsamy z ochroną gwarantowaną przepisami prawa pracy pracownikom. Ustawodawca konstytucyjny dopuszcza tutaj możliwość różnicowania poziomu ochrony rodzicielstwa, jednak musi być to uzasadnione okolicznościami o charakterze obiektywnym. Zgodnie bowiem z art. 32 Konstytucji wszyscy są wobec prawa równi i mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Na pewno takimi obiektywnymi okolicznościami nie będzie podstawa prawna świadczenia pracy (usług). Trzeba pamiętać o tym, że w gospodarce rynkowej, w dobie upowszechnienia się cywilnoprawnych form zatrudnienia, w tym przede wszystkim pracy na własny rachunek, bardzo często osoby samozatrudnione świadczą pracę (usługi) w warunkach podobnych do sytuacji pracowników, zwłaszcza gdy są zależne ekonomicznie od jednego podmiotu zamawiającego. Co więcej, nie należy do rzadkości sytuacja, w której jeden z rodziców wykonuje pracę na podstawie stosunku pracy, drugi zaś pracuje na własnych rachunek w charakterze przedsiębiorcy. Dlatego też rozszerzenie uprawnień rodzicielskich na cywilnoprawnych wykonawców pracy (usług) ma chronić dziecko, a w szczególności jego prawo do nieprzerwanej opieki ze strony rodziców i bliskich członków rodziny, niezależnie od podstawy ich zatrudnienia. Czy zatem zasadne jest pozbawianie osób samozatrudnionych uprawnień rodzicielskich dotyczących zasiłku, obowiązkowej przerwy w świadczeniu pracy (usług) i ochrony trwałości zatrudnienia, skoro ich celem będzie umożliwienie rodzicom nawiązania więzi emocjonalnej z nowo narodzonym dzieckiem oraz stworzenie optymalnych warunków materialno-finansowych do efektywnej opieki nad nim, a także ochrona zdrowia matki w okresie okołoporodowym? Ustawodawca, odpowiadając na to pytanie, powinien mieć na uwadze publiczny i socjalny charakter przepisów regulujących uprawnienia rodzicielskie, których celem jest ochrona całej rodziny jako podstawowej komórki społecznej, bez względu na podstawę zatrudnienia jej członków. Nie można również zapominać o tym, że objęcie ochroną rodzicielską osób pracujących na własny rachunek (także innych cywilnoprawnych wykonawców pracy) stanowi element polityki prorodzinnej państwa, która służy zapobieganiu negatywnym zjawiskom demograficznym, jakie wiążą się z nieuchronnym procesem starzenia się społeczeństwa w Polsce<sup>6</sup>.

### **3. Uprawnienia związane z rodzicielstwem osób samozatrudnionych – uwagi *de lege lata***

Biorąc pod uwagę publiczny i socjalny charakter przepisów regulujących ochronę rodzicielstwa oraz podstawowe funkcje urlopów i zasiłków związanych z urodzeniem i wychowaniem dziecka w początkowym okresie jego życia, należy zastanowić się, czy *de lege lata* ustawodawca w wystarczający sposób chroni zdrowie i życie każdej

<sup>6</sup> Z danych GUS wynika, że w Polsce na koniec 2017 r. indeks starości wynosił 112, czyli na 100 osób w wieku 0–14 lat przypadało 112 osób w wieku 65 lat i starszych. Różnica w wielkości tych populacji sięga zatem 700 tys. – na niekorzyść osób młodych. Co gorsza, w najbliższej perspektywie nie należy oczekiwać znaczących zmian gwarantujących stabilny rozwój demograficzny w Polsce.

matki (niezależnie od podstawy jej zatrudnienia) i dziecka przed porodem oraz bezpośrednio po nim, czy rodzice w tym okresie (niezależnie od podstawy zatrudnienia) mają zapewnione zbliżone gwarancje w zakresie opieki nad dzieckiem, a także – co bardzo ważne – czy państwo gwarantuje dzieciom pracowników i cywilnoprawnych wykonawców pracy podobny standard opieki i środków utrzymania w początkowym okresie ich życia.

Przechodząc do analizy obowiązującego stanu prawnego, trzeba zauważyć, że ustawodawca, mając na względzie przedstawioną powyżej argumentację, dostrzegł – co należy ocenić pozytywnie – potrzebę rozszerzenia niektórych uprawnień rodzicielskich, zastrzeżonych wcześniej wyłącznie dla pracowników, na osoby samozatrudnione (a także innych cywilnoprawnych wykonawców pracy). W tym zakresie główną rolę odegrała przywoływana już ustawa nowelizująca Kodeks pracy z dn. 24 lipca 2015 r. W jej wyniku prawodawca odszedł od zasady dzielenia się uprawnieniami związanymi z rodzicielstwem (zwłaszcza prawem do zasiłku macierzyńskiego) jedynie pomiędzy rodzicami zatrudnionymi na podstawie stosunku pracy bądź jedynie poza tym stosunkiem, gwarantując obecnie pełną wymienialność tych przywilejów. Co więcej, doszło do rozszerzenia tej ochrony na inne niż matka i ojciec podmioty (innych członków najbliższej rodziny), które subsydiarnie, nie posiadając statusu pracowniczego, także mogą korzystać z pewnych uprawnień rodzicielskich. Ustawa z dn. 24 lipca 2015 r. wprowadziła do Kodeksu pracy nowe kategorie pojęciowe. W art. 175<sup>1</sup> k.p. znalazły się definicje: ubezpieczonej matki dziecka, ubezpieczonego ojca dziecka oraz ubezpieczonego innego członka najbliższej rodziny. Ustawodawca definiuje te podmioty przez odesłanie do przepisów z zakresu ubezpieczenia społecznego, co budzi w doktrynie prawa pracy uzasadnione wątpliwości interpretacyjne (Czerniak-Swędzioł 2016, s. 26 i n.; Mędrala 2016, s. 73 i n.). Przez ubezpieczonych matkę i ojca dziecka należy rozumieć odpowiednio rodzica niebędącego pracownikiem, objętego ubezpieczeniem społecznym w razie choroby i macierzyństwa, określonym w ustawie z dn. 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. 2019, poz. 300 tekst jedn. ze zm., dalej: „u.s.u.s.”). Z kolei ubezpieczonym innym członkiem najbliższej rodziny jest niebędący pracownikiem ani ojcem dziecka ubezpieczony członek najbliższej rodziny, o którym mowa w art. 29 ust. 5 ustawy z dn. 25 czerwca 1999 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa (Dz.U. 2019, poz. 645 tekst jedn. ze zm., dalej: „u.s.p.”).

Problem w tym, że cytowany powyżej przepis ani nie zawiera definicji tego terminu, ani nie konkretyzuje, jakie osoby można zaliczyć do kręgu „członków najbliższej rodziny”. To istotna wada analizowanej regulacji prawnej, gdyż *de lege lata* niedookreślony pozostaje krąg podmiotów uprawnionych do świadczeń rodzicielskich, co daje duży margines do ewentualnych nadużyć. Moim zdaniem, biorąc pod uwagę cel unormowań związanych z ochroną rodzicielstwa (tzn. zapewnienie efektywnej opieki nad dzieckiem oraz stworzenie do tego optymalnych warunków materialno-finansowych), nie należy przy ustalaniu treści analizowanego pojęcia ograniczać się wyłącznie do



kryterium pokrewieństwa<sup>7</sup>. Dlatego też krąg „członków najbliższej rodziny” nie może być utożsamiany z denotacją pojęcia „członkowie rodziny pracownika”, o którym mowa w art. 93 k.p. (Włodarczyk 2018, s. 1115–1116). Chodzi tu o innych niż małżonek członków rodziny pracownika spełniających warunki wymagane do uzyskania renty rodzinnej w myśl przepisów ustawy z dn. 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz.U. 2018, poz. 1270 tekst jedn. ze zm.). Na pewno do kręgu ubezpieczonych innych członków najbliższej rodziny w rozumieniu art. 175<sup>1</sup> pkt 4 k.p. trzeba zaliczyć, odwołując się do art. 93 k.p.: dzieci własne, dzieci drugiego małżonka oraz dzieci przysposobione, rodzeństwo, a także rodziców, w tym ojczyma i macochę oraz osoby przysposabiające. Wobec braku na gruncie przepisów prawa pracy legalnej definicji tego pojęcia, należy tutaj dopuścić możliwość odpowiedniego stosowania, na mocy art. 300 k.p., przepisów Kodeksu cywilnego, który w art. 446 § 3 posługuje się określeniem „najbliższy członek rodziny”<sup>8</sup>.

Sąd Najwyższy w wyroku z 13 kwietnia 2005 r. (IV CK 648/04, OSNC 2006, nr 3, poz. 54) wskazuje, iż pokrewieństwo nie stanowi wyłącznego kryterium konkretyzacji tego terminu. Opowiadając się za rozszerzającą wykładnią pojęcia „najbliższy członek rodziny”, sąd ten przyjął, że należy zaaprobować definicję rodziny jako najmniejszej grupy społecznej powiązanej poczuciem bliskości i wspólności osobistej i gospodarczej, wynikającej nie tylko z pokrewieństwa. Oznacza to, że termin ten obejmuje swoim zakresem także osoby niepołączone ze sobą więzami krwi, które pozostają we wspólnym gospodarstwie domowym, wspólnym zamieszkaniu czy faktycznym pożyciu, w szczególności na zasadach konkubinatu (wyrok SN z 18 listopada 1961 r., 2 CR 325/61, OSNCP 1963, nr 2, poz. 32). W tym kontekście chodzi także o ujęcie rodziny opierające się na uznaniu faktycznych więzi emocjonalnych pomiędzy jej członkami (Godlewska-Bujok 2015, s. 18).

Ustawodawca uzależnił możliwość korzystania przez osoby pracujące na własny rachunek z uprawnień rodzicielskich od podlegania ubezpieczeniu chorobowemu. Zgodnie z art. 11 ust. 2 w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 5 u.s.u.s. osoby fizyczne prowadzące pozarolniczą działalność gospodarczą wraz z osobami współpracującymi, jako osoby objęte obowiązkowo ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi, podlegają na swój wniosek dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu (Duraj 2007, s. 39–41). Jedynie regularne opłacanie stosownej składki gwarantuje zatem ubezpieczonej (matce dziecka) oraz ubezpieczonemu (ojcu dziecka lub innemu członkowi najbliższej rodziny) prawo do zasiłku macierzyńskiego za okres odpowiadający okresowi urlopu macierzyńskiego oraz urlopu rodzicielskiego (w sytuacji ojców – także urlopu ojcowskiego). Oznacza to,

<sup>7</sup> Ze względu na wskazany tu cel regulacji prawnych związanych z ochroną rodzicielstwa nie do końca przekonuje mnie zawężające rozumienie pojęcia „członek najbliższej rodziny”, które niekiedy w doktrynie prawa pracy odnosi się jedynie do rodziny dziecka jako podmiotu bezpośrednio chronionego (Czerniak-Swędzioł 2016, s. 31). Moim zdaniem, należy przyjąć, iż chodzi tutaj o szersze rozumienie tego terminu – członka najbliższej rodziny rodziców dziecka.

<sup>8</sup> Krytycznie na temat pojęcia „członek najbliższej rodziny” wypowiada się między innymi Justyna Czerniak-Swędzioł (2016, s. 28 i n.).

że prawodawca słusznie pozostawił samozatrudnionym swobodną decyzję co do możliwości zabezpieczenia się na wypadek utraty środków utrzymania w związku z ryzykiem czasowej niezdolności do pracy czy niemożności jej świadczenia wynikających z konieczności pełnienia ról rodzicielskich (Jędrasik-Jankowska 2015, s. 81 i n.). W tym zakresie sytuacja pracujących na własnych rachunek, którzy zdecydują się na ubezpieczenie chorobowe, upodabnia się do sytuacji pracowników obowiązkowo objętych tym ubezpieczeniem. Obie grupy mają prawo do zasiłku macierzyńskiego, co jest uzasadnione tym, że w obu przypadkach prawdopodobieństwo wystąpienia zdarzenia, jakim jest urodzenie się dziecka, oraz jego skutki są porównywalne. Osoby pracujące na własny rachunek w ramach jednoosobowej działalności gospodarczej nie tylko mają swobodę podlegania ubezpieczeniu chorobowemu, ale także decydują o momencie, w którym będą chciały dobrowolnie opłacać składki na to ubezpieczenie. Objęcie nim następuje od dnia wskazanego we wniosku, nie wcześniej jednak niż od dnia, w którym został on złożony. Może to mieć miejsce w każdym momencie prowadzenia jednoosobowego przedsiębiorstwa. Najczęściej jednak decyzja o podleganiu ubezpieczeniu chorobowemu uzależniona jest od planów prokreacyjnych rodziny samozatrudnionego, ponieważ na gruncie tego ubezpieczenia ustawodawca nie przewiduje tzw. okresu wyczekiwania, a nabycie prawa do zasiłku macierzyńskiego może nastąpić już po pierwszym dniu opłacania składki.

Należy jednak pamiętać o tym, że długość okresu podlegania ubezpieczeniu chorobowemu ma obecnie istotny wpływ na wysokość świadczenia, które uzależnione jest od deklarowanej podstawy wymiaru zasiłku. To dobre rozwiązanie, ponieważ samozatrudniony może pośrednio sam decydować o wysokości opłacanych składek, a im one są wyższe, tym stosunkowo wyższa będzie podstawa wymiaru do ustalenia zasiłku macierzyńskiego<sup>9</sup>.

Jeżeli jednak osoba prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą podlega ubezpieczeniu społecznemu przez okres krótszy niż 12 miesięcy i wysokość opłacanej składki przewyższa ustawowe minimum, początkowo otrzyma zasiłek w minimalnej kwocie, która będzie powiększana o 1/12 za każdy miesiąc opłacania składek przypadający przed nabyciem prawa do świadczenia. Oznacza to, że warunkiem uzyskania zasiłku macierzyńskiego w pełnej wysokości, odpowiadającej podwyższonej składce, będzie podleganie ubezpieczeniu chorobowemu przez co najmniej 12 miesięcy. Takie rozwiązanie należy ocenić pozytywnie, a jego celem jest zapobieganie pojawiającym się wcześniej nadużyciom, kiedy to wystarczyło zapłacić tylko jedną składkę chorobową, aby uzyskać zasiłek w zadeklarowanej maksymalnej kwocie.

Nieco inaczej wygląda sytuacja osoby pracującej na własny rachunek, która jest jednocześnie zatrudniona na podstawie stosunku pracy i osiąga z tego tytułu przynajmniej kwotę minimalnego wynagrodzenia za pracę. W takim przypadku opłacanie składek

---

<sup>9</sup> Ustawodawca określa jednak w tym zakresie pewne limity. W 2019 r. maksymalna wysokość podstawy składek na dobrowolne ubezpieczenie chorobowe wynosi 11 912,50 zł miesięcznie (czyli 142 950 zł rocznie).

społecznych z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej jest dobrowolne, a obowiązkowa jest wyłącznie składka zdrowotna. Oznacza to, że osoba samozatrudniona nie będzie, w związku ze statusem przedsiębiorcy, podlegała ubezpieczeniu chorobowemu (składkę można tu opłacać tylko przy obowiązkowych ubezpieczeniach emerytalno-rentowych), a podstawą nabycia przez nią prawa do zasiłku macierzyńskiego jest wyłącznie stosunek pracy. W wyroku z 3 października 2008 r. (II UK 32/08, OSNP 2010, nr 3–4, poz. 51) Sąd Najwyższy stwierdził jednoznacznie, iż podleganie obowiązkowo ubezpieczeniu chorobowemu z tytułu stosunku pracy i uzyskanie prawa do zasiłku macierzyńskiego wykluczają równoczesne podleganie dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu z tytułu prowadzenia działalności pozarolniczej i uzyskanie prawa do drugiego zasiłku macierzyńskiego. Jeżeli jednak samozatrudniony pracuje dodatkowo na podstawie stosunku pracy w niepełnym wymiarze czasu pracy i jego przychody z tego tytułu nie przekraczają kwoty minimalnego wynagrodzenia, to obowiązkowo podlega on ubezpieczeniom w ramach zarówno umowy o pracę, jak i prowadzonej jednoosobowo działalności. W takiej sytuacji może się zdecydować na opłacanie składek wyższych od obowiązkowych składek na dobrowolne ubezpieczenie chorobowe, czego skutkiem będzie uzyskanie zasiłku macierzyńskiego z obu tych tytułów prawnych.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 u.ś.p. jedyną przesłanką nabycia prawa do zasiłku macierzyńskiego przez kobietę (przyszłą matkę) pracującą na własny rachunek i jednocześnie objętą z tego tytułu ubezpieczeniem chorobowym jest urodzenie dziecka (celowo w rozważaniach pomijam wątek przyjęcia dziecka na wychowanie, także w ramach rodziny zastępczej). W takim przypadku samozatrudnionej przysługuje to świadczenie przez okres odpowiadający okresowi urlopu macierzyńskiego oraz urlopu rodzicielskiego, które zostały ustalone przepisami Kodeksu pracy (zob. też art. 29a ust. 1 u.ś.p.). Ustawodawca, zgodnie z art. 29 ust. 3 u.ś.p., dopuszcza możliwość rezygnacji przez ubezpieczoną matkę dziecka z pobierania zasiłku macierzyńskiego dopiero po wykorzystaniu przez nią tego zasiłku za okres co najmniej 14 tygodni po porodzie. Co ważne, w obowiązującym stanie prawnym nie przewiduje się żadnych dodatkowych przesłanek warunkujących nabycie prawa do tego świadczenia (aby uzyskać zasiłek macierzyński ubezpieczona matka dziecka prowadząca działalność gospodarczą musi złożyć wnioski o wypłatę świadczenia we właściwej dla siedziby płatnika jednostce organizacyjnej ZUS wraz ze skróconym odpisem aktu urodzenia dziecka i zaświadczeniem potwierdzającym opłacanie składek na ubezpieczenie chorobowe). W szczególności – ubezpieczona matka nie musi przerywać działalność zarobkowej w celu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem. To od jej decyzji zależy, czy będzie kontynuować działalność gospodarczą w charakterze jednoosobowego przedsiębiorcy i uzyskiwać z niej przychody, czy postanowi ją zawiesić. W przypadku nieprzerwanego prowadzenia działalności w okresie pobierania zasiłku macierzyńskiego ustaje obowiązek uiszczania składki na ubezpieczenie emerytalno-rentowe, które finansowane jest wówczas przez Skarb Państwa za pośrednictwem ZUS-u (po stronie samozatrudnionej matki w okresie pobierania zasiłku macierzyńskiego pozostaje jedynie obowiązek odprowadzania składki na ubezpieczenie zdrowotne z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej).

Przedstawione powyżej rozwiązanie budzi daleko idące wątpliwości i jest, moim zdaniem, niewystarczające z punktu widzenia konstytucyjnych gwarancji ochrony pracy, rodziny i rodzicielstwa. Po pierwsze jest ono sprzeczne z ubezpieczeniowym charakterem zasiłku macierzyńskiego, istotą tego świadczenia ma bowiem być zagwarantowanie ubezpieczonemu środków w sytuacji ziszczenia się ryzyka utraty możliwości zarobkowania w związku z urodzeniem się dziecka. W tym przypadku ubezpieczona matka, prowadząc dalej jednoosobową działalność gospodarczą, nie traci dotychczasowego źródła dochodu, a zatem zmienia się charakter świadczenia, które otrzymuje z ubezpieczenia chorobowego. Zasiłek macierzyński ma tutaj bowiem rekompensować podwyższone koszty utrzymania rodziny w związku z narodzinami dziecka, a nie utratę możliwości zarobkowania.

Po drugie brak ustawowego wymogu przerwania działalności zarobkowej przez ubezpieczoną matkę w celu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem w okresie pobierania świadczenia przynajmniej w trakcie połogu (pierwsze 8 tygodni po urodzeniu potomstwa), moim zdaniem, narusza konstytucyjną gwarancję ochrony zdrowia kobiet i dzieci w okresie okołoporodowym, kiedy organizm kobiety musi się zregenerować, a dziecko potrzebuje bezpośredniego i ciągłego kontaktu z matką. Jest to o tyle zaskakujące i niekonsekwentne rozwiązanie, że w zatrudnieniu pracowniczym kobieta po urodzeniu dziecka ma obowiązek zaprzestać świadczenia pracy u swojego pracodawcy i musi – co do zasady – wykorzystać obowiązkową część urlopu macierzyńskiego (14 tygodni po porodzie – art. 180 §5 k.p.). Także pozostałe osoby pracujące na własny rachunek (ubezpieczony ojciec lub inny członek najbliższej rodziny), aby otrzymać zasiłek macierzyński, muszą przerwać działalność zarobkową w celu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem w okresie pobierania świadczenia, pomimo że mogą zajmować się nim dopiero na dalszym etapie rozwoju, kiedy dziecko nie potrzebuje już tak intensywnej opieki, jak w pierwszych tygodniach życia.

Po trzecie wreszcie, ustawodawca – inaczej niż w stosunku pracy – nie przewiduje *de lege lata* żadnych dodatkowych gwarancji umożliwiających samozatrudnionej zaraz po urodzeniu dziecka faktyczne sprawowanie nad nim opieki. Narusza to zarówno konstytucyjne prawo każdej matki (bez względu na formę prawną aktywności zarobkowej) przed i po urodzeniu dziecka do szczególnej pomocy władz publicznych (art. 71 ust. 2 Konstytucji), jak i konstytucyjne prawo każdego dziecka (bez względu na formę prawną aktywności zarobkowej jego rodziców) do opieki i pomocy władz publicznych (art. 72 ust. 2 Konstytucji). Matce pracującej na własny rachunek w ramach jednoosobowej działalności – inaczej niż kobiecie zatrudnionej w ramach stosunku pracy – pracodawca ani nie przyznaje przerwy w świadczeniu usług w pierwszym okresie po urodzeniu dziecka (tzw. przerwa macierzyńska), ani nie chroni jej przed rozwiązaniem umowy cywilnoprawnej stanowiącej podstawę ich realizacji, nawet jeżeli samozatrudniona jest zależna ekonomicznie od jednego podmiotu zamawiającego, z którym jest powiązana przez dłuższy okres, a jej dochody wynikające z tej umowy stanowią główne źródło utrzymania. Urodzenie potomstwa nie skutkuje zawieszeniem obowiązku wykonywania tej umowy (nawet w okresie połogu), a podmiot zamawiający może

w dowolnym czasie zażądać realizacji usług wynikających z kontraktu. W razie zaś ich niewykonywania przez samozatrudnioną ma prawo rozwiązać z nią umowę o świadczenie usług. Zgodnie z art. 746 §1 k.c., który ma odpowiednie zastosowanie do tego typu umów, dający zlecenie może je wypowiedzieć w każdym czasie. Powinien jednak zwrócić przyjmującemu zlecenie (w tym przypadku ubezpieczonej matce prowadzącej jednoosobową działalność gospodarczą) wydatki, które ten poczynił w celu należytego wykonania zlecenia, a w razie odpłatnego zlecenia obowiązany jest uiścić przyjmującemu zlecenie część wynagrodzenia odpowiadającą jego dotychczasowym czynnościom. Nie można również zrzec się z góry uprawnień do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów. W konsekwencji decyzja ubezpieczonej matki działającej na własny rachunek o zaprzestaniu świadczenia usług w okresie pobierania zasiłku macierzyńskiego i zajęciu się opieką nad nowo narodzonym dzieckiem powiązana jest z dużym ryzykiem utraty kontrahentów i likwidacji prowadzonej działalności gospodarczej, a także surową odpowiedzialnością za niewykonanie zobowiązań wynikających z kontraktu (w takim przypadku możliwość skorzystania przez samozatrudnioną matkę z przerwy na opiekę nad dzieckiem wymaga zgody podmiotu zatrudniającego, który nie musi jej udzielić, zobowiązując ją do wypełnienia postanowień zawartego kontaktu). Samozatrudniona nie może w tym okresie powierzyć osobom trzecim realizacji usług świadczonych w ramach jednoosobowego przedsiębiorstwa. Byłoby to sprzeczne z istotą samozatrudnienia, którego immanentną cechą jest osobisty charakter usług (pracy) wykonywanych przez przedsiębiorcę. Chodzi tu jedynie o osoby fizyczne samodzielnie prowadzące działalność gospodarczą, bez angażowania pracowników lub korzystania z cudzej pracy na podstawie umów cywilnoprawnych. Samozatrudnienie zawsze związane jest z osobistym świadczeniem usług na rzecz zamawiającego przez jednoosobowe podmioty gospodarcze, które muszą wykorzystywać do tego własne kompetencje, kwalifikacje, umiejętności i doświadczenie<sup>10</sup>.

Przedstawione powyżej regulacje prawne dotyczące sposobu ukształtowania uprawnień rodzicielskich ubezpieczonej matki pracującej na własny rachunek (w porównaniu z kobietami zatrudnionymi na podstawie stosunku pracy) naruszają konstytucyjną zasadę równości wobec prawa ze względu na podstawę prowadzonej działalności zarobkowej, gdyż państwo *de lege lata* nie zapewnia samozatrudnionym kobietom porównywalnych z zatrudnieniem pracowniczym standardów w zakresie ochrony zdrowia i opieki nad dziećmi bezpośrednio po ich urodzeniu (Mędrala 2016, s. 84–85; Babińska-Górecka 2018). Kobieta posiadająca status pracowniczy ma bezwzględne prawo do urlopu macierzyńskiego, którego nie może się zrzec (art. 180 k.p.), a w trakcie korzystania z tego urlopu pracodawca objęty jest zakazem wypowiedzenia i rozwiązania umowy o pracę (art. 177 k.p.). Co więcej, po zakończeniu tego urlopu ustawodawca gwarantuje pracownicy powrót do pracy na dotychczasowym stanowisku, a jeżeli nie jest to możliwe – na stanowisku równorzędnym z zajmowanym przed rozpoczęciem

<sup>10</sup> Zdaniem Boruty (2005, s. 3), osoby fizyczne działające w warunkach samozatrudnienia zawsze powinny wykazywać się „osobistą aktywnością” przy wykonywaniu pracy dla podmiotu zamawiającego.

urlopu lub na innym stanowisku odpowiadającym jej kwalifikacjom zawodowym, za wynagrodzeniem za pracę, jakie otrzymywałyby, gdyby nie korzystała z urlopu (art. 183 zn. 2 k.p.). Takiej ochrony, nawet w ograniczonym zakresie, nie mają matki, które urodziły dziecko w trakcie prowadzenia jednoosobowej działalności gospodarczej. Także ich dzieci nie korzystają z konstytucyjnego prawa do opieki rodzicielskiej na poziomie zbliżonym do dzieci pracowników.

Wskazany tu zarzut niekonstytucyjności należy również, moim zdaniem, odnieść do przepisów normujących uprawnienia rodzicielskie ubezpieczonych ojców i innych członków najbliższej rodziny, którzy prowadzą działalność gospodarczą w charakterze jednoosobowego przedsiębiorcy. Ustawodawca, co do zasady, nie przewiduje w odniesieniu do nich odrębnego od ubezpieczonej matki prawa do zasiłku macierzyńskiego przez okres odpowiadający kodeksowemu okresowi urlopu macierzyńskiego oraz urlopu rodzicielskiego. Jedynie w enumeratywnie określonych sytuacjach podmioty te mogą nabyć takie świadczenie, po wykorzystaniu przez ubezpieczoną matkę przysługującego jej prawem okresu pobierania zasiłku<sup>11</sup>. W przypadku braku szczególnych okoliczności uniemożliwiających matce bezpośrednią opiekę nad nowo narodzonym dzieckiem samozatrudniony ojciec może otrzymywać zasiłek macierzyński dopiero po co najmniej 14 tygodniach po porodzie, jeżeli ubezpieczona matka zrezygnuje z dalszego pobierania tego świadczenia (art. 29 ust. 3 u.ś.p.). Analogicznego uprawnienia nie przyznaje się tutaj ubezpieczonym innym członkom najbliższej rodziny, którzy mogą „przejąć” po ubezpieczonej matce dziecka prawo do zasiłku macierzyńskiego tylko w szczególnych przypadkach.

Takie rozwiązanie, jako mało elastyczne, budzi uzasadnione wątpliwości z dwóch zasadniczych powodów. Po pierwsze, krytycznie należy ocenić brak możliwości wcześniejszego skorzystania przez ubezpieczonego ojca z zasiłku macierzyńskiego przed upływem 14 tygodni od dnia porodu. Prawo matki (niezależnie od podstawy jej zatrudnienia) do rezygnacji z tego świadczenia i przekazania zasiłku ojcu powinno być zagwarantowane przez naszego ustawodawcę już po pierwszych 8 tygodniach od momentu urodzenia dziecka (okres przerwy połogowej, kiedy organizm kobiety musi się zregenerować, a dziecko potrzebuje bezpośredniego i ciągłego kontaktu z matką), kiedy to rodzice swobodnie winni rozstrzygać o sposobie podziału między nich uprawnień rodzicielskich (uwaga ta dotyczy również rodziców zatrudnionych na podstawie stosunku pracy, którzy korzystają nie tylko z prawa do zasiłku macierzyńskiego, ale również z urlopu macierzyńskiego). Należy pamiętać, że jeżeli matka nie ma statusu pracowniczego, w szczególności gdy pracuje na własny rachunek, może zaraz po porodzie *de lege lata* kontynuować pracę zarobkową, a zatem wyłączenie możliwości korzystania przez

---

<sup>11</sup> Szczególna regulacja dotyczy jedynie urlopu rodzicielskiego. Zgodnie z art. 29a ust. 3 u.ś.p. z zasiłku macierzyńskiego za okres odpowiadający okresowi urlopu rodzicielskiego mogą jednocześnie korzystać ubezpieczeni rodzice dziecka (także pracujący na własny rachunek). W takim przypadku łączny okres zasiłku macierzyńskiego nie może jednak przekraczać wymiaru urlopu rodzicielskiego określonego przepisami Kodeksu pracy.

ubezpieczonego ojca z zasiłku macierzyńskiego przed upływem 14 tygodni wydaje się całkowicie niezrozumiałe. Po drugie zaś, wadą powyższej regulacji jest brak możliwości „przejęcia” po ubezpieczonej matce, poza szczególnymi okolicznościami uniemożliwiającymi jej bezpośrednią opiekę nad dzieckiem, prawa do zasiłku macierzyńskiego przez ubezpieczonych innych członków najbliższej rodziny, zwłaszcza w przypadku gdy ojciec nie jest objęty ubezpieczeniem chorobowym lub nie chce zajmować się dzieckiem.

Wątpliwości budzi również sposób unormowania przez ustawodawcę prawa do zasiłku macierzyńskiego ubezpieczonego ojca i innych członków najbliższej rodziny, którzy pracują na własny rachunek, w przypadku zaistnienia szczególnych okoliczności uniemożliwiających ubezpieczonej matce bezpośrednią opiekę nad nowo narodzonym dzieckiem. Przepisy wskazują tu na takie okoliczności jak: legitymowanie się przez ubezpieczoną matkę orzeczeniem o niezdolności do samodzielnej egzystencji; przebywanie ubezpieczonej matki w szpitalu albo innym zakładzie leczniczym ze względu na stan zdrowia uniemożliwiający jej sprawowanie osobistej opieki nad dzieckiem; porzucenie przez nią dziecka. W tych przypadkach ani samozatrudniony (ubezpieczony) ojciec, ani inny członek najbliższej rodziny nie mają odrębnego prawa do zasiłku macierzyńskiego, a warunkiem jego nabycia jest wcześniejsze co najmniej 8-tygodniowe korzystanie z tego świadczenia przez ubezpieczoną matkę. Jeżeli zatem nie będzie ona pobierać zasiłku przez wskazany tu okres, ubezpieczony ojciec oraz ubezpieczony inny członek najbliższej rodziny zostaną pozbawieni tego uprawnienia. Podmioty te samodzielnie nabywają prawo do zasiłku macierzyńskiego jedynie w sytuacji zgonu matki dziecka (niezależnie od tego, czy była ona objęta ubezpieczeniem chorobowym), a także w razie: porzucenia dziecka oraz niemożności sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem przez matkę nieobjętą ubezpieczeniem chorobowym albo nieposiadającą tytułu do objęcia takim ubezpieczeniem, legitymującą się orzeczeniem o niezdolności do samodzielnej egzystencji. Wtedy ubezpieczony ojciec oraz ubezpieczony inny członek najbliższej rodziny, prowadząc jednoosobową działalność gospodarczą, mogą ubiegać się o to świadczenie od razu po wystąpieniu powyższych zdarzeń za okres przypadający po dniu ich zaistnienia.

Istotną wadą analizowanej regulacji prawnej jest przede wszystkim to, że ustawodawca wyłącza możliwość natychmiastowego nabycia przez te podmioty prawa do zasiłku macierzyńskiego z chwilą porzucenia przez ubezpieczoną matkę swojego dziecka bądź stwierdzenia poważnych przeciwwskazań zdrowotnych uniemożliwiających jej sprawowanie bezpośredniej opieki nad dzieckiem. Prowadzi to do sytuacji narażenia dziecka na pozostawanie przez okres 8 tygodni bez opieki oraz środków pieniężnych na utrzymanie, które zostały zagwarantowane przez państwo (Mędrala 2016, s. 74–75). Co ciekawe, w przypadku gdy powyższe okoliczności dotyczą matki dziecka nieobjętej ubezpieczeniem społecznym, ubezpieczony ojciec oraz ubezpieczony inny członek najbliższej rodziny mogą się ubiegać o zasiłek macierzyński od razu po wystąpieniu tych zdarzeń. Ustawodawca w sposób nieuprawniony różnicuje zatem sytuację ojca i innych członków najbliższej rodziny, a także samego dziecka w zależności od tego, czy matka dziecka była ubezpieczona na wypadek macierzyństwa, czy też nie.

Ponadto wątpliwości budzi również brak samodzielnych od matki dziecka uprawnień do zasiłku macierzyńskiego ubezpieczonego ojca czy innego członka najbliższej rodziny pracujących na własny rachunek (Przybyłowicz 2016, s. 132–133). Uzależnienie prawa do tego świadczenia od pobierania przez ubezpieczoną matkę zasiłku przez okres wskazany w ustawie (co najmniej 14 lub 8 tygodni) oraz niekiedy od jej rezygnacji z zasiłku macierzyńskiego (co budzi wątpliwości zwłaszcza w przypadku ubezpieczonej matki legitymującej się orzeczeniem o niezdolności do samodzielnej egzystencji; art. 29 ust. 5 u.ś.p.) może prowadzić do sytuacji, w których podmioty te nigdy nie będą mogły skorzystać z tego uprawnienia, pomimo że od wielu lat partycypują we wspólnocie ryzyka i odprowadzają dobrowolnie, z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej, składki na ubezpieczenie chorobowe, z których finansowany jest ten zasiłek. Takie rozwiązanie jest trudne do zaakceptowania ze względów zarówno logicznych, jak i aksjologicznych.

Podobne zastrzeżenia budzi regulacja dotycząca matek, które urodziły dziecko w okresie niekorzystania z ubezpieczenia chorobowego lub nieposiadania tytułu do objęcia takim ubezpieczeniem. Brak jest racjonalnego uzasadnienia dla obecnych unormowań uniemożliwiających w takiej sytuacji ubezpieczonemu ojcu (ewentualnie innemu członkowi najbliższej rodziny) korzystanie z prawa do zasiłku macierzyńskiego w innych przypadkach niż: zgon matki, porzucenie dziecka oraz niemożności sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem przez matkę legitymującą się orzeczeniem o niezdolności do samodzielnej egzystencji (art. 29 ust. 9 u.ś.p.). *De lege lata*, na mocy cytowanego przepisu, wskazane wyżej podmioty, poza enumeratywnie określonymi tam zdarzeniami, pomimo opłacania składek na ubezpieczenie społeczne z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej nie mają prawa do tego świadczenia tylko dlatego, że matka dziecka nie posiada własnego tytułu do ubezpieczenia<sup>12</sup>.

Poważnym mankamentem regulacji normujących prawo do zasiłku macierzyńskiego ubezpieczonego ojca i innych członków najbliższej rodziny, którzy pracują na własny rachunek, jest również brak jednoznacznego rozstrzygnięcia przez ustawodawcę kwestii pierwszeństwa podmiotów konkurujących do tego świadczenia (Czerniak-Swędzioł 2016, s. 35). W szczególności przepisy nie przewidują zasady uprzywilejowania ubezpieczonego ojca przed innymi członkami najbliższej rodziny w zakresie ubiegania się o zasiłek macierzyński<sup>13</sup>. Może to w praktyce prowadzić do sytuacji spornych pomiędzy uprawnionymi podmiotami, zwłaszcza w przypadku gdy rodzice nowo narodzonego dziecka są ze sobą skłóceni.

<sup>12</sup> Sobczyk (2015a, s. 15) uważa, że w takim przypadku, jeżeli ojciec dziecka objęty jest ubezpieczeniem chorobowym, zasiłek macierzyński powinien przysługiwać nieubezpieczonej matce dziecka. Zdaniem Babińskiej-Góreckiej (2015, s. 15), takie rozwiązanie jest niemożliwe do zaakceptowania z punktu widzenia konstrukcji ubezpieczeń społecznych, gdyż prowadziłyby do całkowitego rozmycia pojęcia wspólnoty ryzyka.

<sup>13</sup> Zdaniem Sobczyka (2015b, s. 744), zasada pierwszeństwa ojca przed innymi członkami najbliższej rodziny wydaje się zupełnie naturalna, choć – moim zdaniem – w praktyce nie zawsze będzie w pełni oczywista.



Kolejną dyskusyjną kwestią, jaka wiąże się z realizacją prawa do zasiłku macierzyńskiego ubezpieczonego ojca i innych członków najbliższej rodziny, którzy pracują na własny rachunek, jest dodatkowy wymóg warunkujący możliwość korzystania z tego świadczenia, a mianowicie: „przerwanie działalności zarobkowej w celu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem”. *Prima facie* wydaje się, że powyższy warunek ma swoje uzasadnienie zarówno prawne, jak i aksjologiczne. Po pierwsze, jest on słuszny z punktu widzenia zasad ubezpieczeniowych, gdyż zasiłek macierzyński ma przede wszystkim gwarantować ubezpieczonemu środki w sytuacji ziszczenia się ryzyka utraty możliwości zarobkowania w związku z urodzeniem się dziecka. Po drugie zaś – jedynie całkowite zaprzestanie działalności zarobkowej przez ubezpieczonego ojca lub innego członka najbliższej rodziny gwarantuje faktyczną i efektywną opiekę nad dzieckiem w okresie pobierania zasiłku macierzyńskiego.

Problem jednak w tym, że ustawodawca, proponując ten warunek, jest niekonsekwentny, co skutkuje naruszeniem konstytucyjnej zasady równości wobec prawa. Wymogu przerwania działalności zarobkowej w celu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem nie musi bowiem spełniać ubezpieczona matka prowadząca działalność gospodarczą, pomimo że to ona ma prawne pierwszeństwo korzystania z zasiłku macierzyńskiego zaraz po porodzie. Jest to zaskakujące o tyle, że w pierwszych tygodniach życia dziecko najbardziej potrzebuje opieki ze strony matki (choćby z uwagi na karmienie piersią), nie mówiąc już o okresie połogu i regeneracji jej organizmu. Mimo tego nie ma żadnych przeciwwskazań prawnych, aby ubezpieczona matka zaraz po urodzeniu dziecka wróciła do pracy, realizując umowy cywilnoprawne w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Co więcej, także ubezpieczeni rodzice adopcyjni (zarówno kobieta, jak i mężczyzna), którzy przyjmują dziecko na wychowanie w ramach przysposobienia lub rodziny zastępczej, mogą korzystać, według swojego wyboru z zasiłku macierzyńskiego, bez konieczności zaprzestania pracy zarobkowej w celu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem. Takiego warunku ustawodawca nie formułuje również wobec pracowników znajdujących się na urlopie macierzyńskim, rodzicielskim, ojcowskim ani wychowawczym. Co prawda, pracownik, korzystając z urlopu macierzyńskiego u pracodawcy, u którego osiąga przynajmniej minimalne wynagrodzenie za pracę, nie może u niego świadczyć pracy (choć nie jest to takie oczywiste), ale nie ma żadnych przeszkód prawnych, aby w tym czasie wykonywał inne zajęcia zarobkowe na podstawie umowy o dzieło czy umowy o świadczenie usług, także w ramach jednoosobowej działalności gospodarczej (Mędrala 2016, s. 76–77). Taka interpretacja wynika zarówno z przepisów Kodeksu pracy, który nie zakazuje ani nie ogranicza w żaden sposób pracownikom korzystającym z urlopu i zasiłku macierzyńskiego prawa do podejmowania innej działalności zarobkowej<sup>14</sup>, jak i z przepisów ubezpieczeniowych, które rozstrzygają ewentualny zbieg tytułów ubezpieczenia emerytalnego i rentowego. Zgodnie

<sup>14</sup> Inaczej Sekulski (2016, s. 139–140), który uważa, że podjęcie zatrudnienia w czasie trwania urlopu macierzyńskiego w jakiegokolwiek formie stoi w oczywistej sprzeczności z celem tego urlopu i jest tym samym niedopuszczalne.

z art. 9 ust. 1c u.s.u.s. osoby, które mają tytuł do obowiązkowego ubezpieczenia z tytułu pobierania zasiłku macierzyńskiego i równolegle świadczą pracę na podstawie umów prawa cywilnego lub prowadzą pozarolniczą działalność gospodarczą, podlegają obowiązkowo tym ubezpieczeniom z tytułu pobierania zasiłku macierzyńskiego (zob. też art. 9 ust. 1d u.s.u.s.).

Swoboda podejmowania pracy zarobkowej podczas korzystania przez pracowników z urlopów, których celem jest sprawowanie osobistej opieki nad dzieckiem, idzie jeszcze dalej w przypadku urlopu rodzicielskiego i wychowawczego. Zgodnie z art. 182<sup>le</sup> §1 k.p. pracownik może łączyć korzystanie z urlopu rodzicielskiego z wykonywaniem pracy u pracodawcy udzielającego tego urlopu w wymiarze nie wyższym niż połowa pełnego wymiaru czasu pracy. W takim przypadku urlopu rodzicielskiego udziela się na pozostałą część wymiaru czasu pracy. Z kolei w art. 186<sup>2</sup> k.p. wskazuje się, że w czasie urlopu wychowawczego pracownik ma prawo podjąć pracę zarobkową u dotychczasowego lub innego pracodawcy albo inną działalność, jeżeli nie wyłącza to możliwości sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem. Dopiero w razie ustalenia, że pracownik trwale zaprzestał sprawowania tej opieki, pracodawca wzywa go do stawienia się do pracy w terminie przez siebie wskazanym, nie później jednak niż w ciągu 30 dni od dnia powzięcia takiej wiadomości i nie wcześniej niż po upływie 3 dni od dnia wezwania.

Przedstawione wyżej rozwiązania jednoznacznie wskazują, iż ustawowy obowiązek przerwania działalności zarobkowej w celu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem na okres korzystania z zasiłku macierzyńskiego przez ubezpieczonego ojca lub innego członka najbliższej rodziny pracujących na własny rachunek rażąco narusza zasadę równego traktowania i dyskryminuje ich w relacji do ubezpieczonej matki oraz pracowników korzystających z urlopów związanych z rodzicielstwem. Wymóg ten nadmiernie ingeruje w zasadę wolności pracy oraz konstytucyjną zasadę swobody działalności gospodarczej, a co gorsza jest nieadekwatny do celu, jaki ustawodawca chciał za jego pomocą zrealizować. Jak można zauważyć, na gruncie przepisów Kodeksu pracy pracodawca nie widzi zagrożenia w łączeniu działalności zarobkowej (także naukowej i szkoleniowej) z opieką nad dzieckiem w rozsądnych granicach, o ile „nie wyłącza to możliwości sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem”. Tymczasem ubezpieczony ojciec lub inny członek najbliższej rodziny, pracując na własny rachunek, *de lege lata* muszą w okresie korzystania z zasiłku macierzyńskiego przerwać działalność zarobkową, co oznacza, że zobowiązani są do faktycznego jej zaprzestania przez całkowitą likwidację działalności gospodarczej bądź jej zawieszenie na czas pobierania świadczenia (Jędrasik-Jankowska 2003, s. 52 i n.). Zgodnie z art. 22 ustawy z dn. 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. 2018, poz. 646 ze zm., dalej: „p.p.”) przedsiębiorca niezatrudniający pracowników może zawiesić wykonywanie działalności gospodarczej na zasadach określonych w niniejszej ustawie, także jeżeli działa jako wspólnik spółki cywilnej<sup>15</sup>. W przypadku

<sup>15</sup> Zgodnie z art. 22 ust. 5 p.p. w przypadku wykonywania działalności gospodarczej w spółce cywilnej zawieszenie wykonywania działalności gospodarczej jest skuteczne pod warunkiem jej zawieszenia przez wszystkich wspólników.

osób fizycznych pracujących na własny rachunek na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej zawieszenie może być dokonane na czas nieokreślony albo określony, nie krótszy jednak niż 30 dni. Co ważne z punktu widzenia analizowanego problemu, w okresie zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej przedsiębiorca nie może wykonywać działalności gospodarczej i osiągać bieżących przychodów z pozarolniczej działalności gospodarczej. Oznacza to, że ubezpieczony ojciec lub inny członek najbliższej rodziny, chcąc korzystać z zasiłku macierzyńskiego, będą *de lege lata* zmuszeni zaprzestać świadczenia jakichkolwiek usług w ramach prowadzonej działalności (Sobczyk 2015b, art. 180 k.p., teza C.1). Nie wchodzi tu w grę nawet możliwość ich wykonywania za pośrednictwem osób trzecich, gdyż istotą samozatrudnienia jest osobisty charakter usług świadczonych przez przedsiębiorcę, przy wykorzystaniu własnych kompetencji, kwalifikacji, umiejętności i doświadczenia.

Powyższy wymóg „przerwania działalności zarobkowej w celu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem”, niestety, idzie jeszcze dalej, ubezpieczony ojciec lub inny członek najbliższej rodziny nie mogą bowiem realizować jakiegokolwiek aktywności przynoszącej im dochody (także niezwiązanej z prowadzonym przedsiębiorstwem) na podstawie umów prawa cywilnego. Ustawodawca w ogóle nie bierze pod uwagę tego, że możliwe jest (tak jak w przypadku pracowników) łączenie działalności zarobkowej ze sprawowaniem osobistej opieki nad dzieckiem, a wszystko zależy od specyfiki prowadzonej aktywności zawodowej (świadczenie usług w domu) i jej intensywności, którą można ograniczyć na czas pobierania świadczenia, tak aby nie doszło do wygaszenia czynności opiekuńczych.

Surowość analizowanego wymogu wzmacnia jeszcze to, iż prawodawca nie przyznaje ubezpieczonemu ojcu lub innemu członkowi najbliższej rodziny żadnej ochrony przed rozwiązaniem umowy cywilnoprawnej stanowiącej podstawę świadczonych usług, nawet jeżeli samozatrudniony pozostaje w stanie zależności ekonomicznej od jednego tylko podmiotu zamawiającego, z którym jest powiązany przez dłuższy okres, a jego dochody wynikające z tej umowy są głównym źródłem utrzymania. Oznacza to, że podmioty te, decydując się na korzystanie z zasiłku macierzyńskiego, podejmują ryzyko utraty kontrahentów i likwidacji prowadzonej działalności gospodarczej, a także narażają się na surową odpowiedzialność za niewykonanie zobowiązań wynikających z zawartych kontraktów. Taka perspektywa, zwłaszcza w warunkach gospodarki rynkowej charakteryzującej się silną konkurencją pomiędzy przedsiębiorcami, skutkuje daleko idącą niechęcią ojców czy innych członków najbliższej rodziny pracujących na własny rachunek do korzystania z zasiłku macierzyńskiego, czyniąc to uprawnienie iluzorycznym. Paradoksalnie prowadzi to do sytuacji, w której regulacja uprawnień rodzicielskich przestaje realizować główne założenia, jakie legły u podstaw jej wprowadzenia. *De lege lata* ustawodawca nie zapewnia bowiem skutecznej i efektywnej opieki nad dzieckiem zaraz po jego urodzeniu oraz pełnej wymienialności przywilejów rodzicielskich pomiędzy rodzicami, przy wsparciu członków najbliższej rodziny, ani nie kreuje optymalnych do tej opieki warunków materialno-finansowych. Powyższe ograniczenie jest wręcz szkodliwe, gdyż uniemożliwia – bądź znacznie utrudnia – nawiązanie

ubezpieczonemu ojcu lub innemu członkowi najbliższej rodziny silnej więzi emocjonalnej z nowo narodzonym dzieckiem, a niektóre matki pozbawia możliwości wcześniejszego powrotu do aktywności zawodowej.

Dodatkową wadą regulacji wprowadzającej wobec ubezpieczonych ojców lub innych członków najbliższej rodziny wymóg „przerwania działalności zarobkowej w celu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem” jest brak sankcji prawnych za jego naruszenie oraz utrudniona możliwość weryfikacji tego warunku. Zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z dn. 8 grudnia 2015 r. w sprawie wniosków dotyczących uprawnień pracowników związanych z rodzicielstwem oraz dokumentów dołączanych do takich wniosków (Dz.U. 2015, poz. 2243) podstawą ubiegania się o zasiłek macierzyński jest oświadczenie ubezpieczonego ojca dziecka albo ubezpieczonego innego członka najbliższej rodziny o przerwaniu działalności zarobkowej w celu sprawowania opieki nad dzieckiem przez okres odpowiadający okresowi, który pozostał do końca urlopu macierzyńskiego lub rodzicielskiego. Oczywiście, sam fakt likwidacji czy zawieszenia pozarolniczej działalności gospodarczej poddaje się weryfikacji, ale nie ma żadnej pewności, iż ubezpieczony ojciec lub inny członek najbliższej rodziny nie będą wykonywać działalności zarobkowej poza swoim przedsiębiorstwem, na podstawie umów prawa cywilnego. Względy wykładni celowościowej przemawiają za tym, że w przypadku naruszenia wymogu „przerwania działalności zarobkowej w celu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem”, o ile uda się to ustalić, ZUS powinien podjąć decyzję o uchyleniu prawa do zasiłku macierzyńskiego. Ustawodawca nie rozstrzyga jednak, co dzieje się wtedy z prawem do tego świadczenia, czy istnieje możliwość jego ponownego przejęcia przez matkę dziecka lub ewentualnie innego uprawnionego członka najbliższej rodziny, a gdy matka jest pracownikiem, to czy może ona automatycznie odzyskać prawo do dalszej części urlopu macierzyńskiego lub rodzicielskiego. Czy w takim przypadku dziecko nie będzie narażone na brak efektywnej opieki i brak środków finansowych, które stanowią jej gwarancję? Na te pytania *de lege lata* ustawodawca nie daje jednoznacznej odpowiedzi, co należy ocenić negatywnie (Mędrala 2016, s. 80 i n.).

Na zakończenie tej części opracowania warto również wspomnieć o jeszcze jednym uprawnieniu rodzicielskim osób prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą w warunkach samozatrudnienia, które weszło w życie dn. 30 kwietnia 2018 r. w związku z wprowadzeniem ustawy – Prawo przedsiębiorców (art. 50 pkt 12 ustawy z dn. 6 marca 2018 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo przedsiębiorców oraz inne ustawy dotyczące działalności gospodarczej, Dz.U. 2018, poz. 650). Jest ono odpowiednikiem prawa do urlopu wychowawczego, które przysługuje wyłącznie pracownikom bez względu na podstawę nawiązania stosunku pracy. Zgodnie z art. 36aa u.s.u.s. osoba sprawująca osobistą opiekę nad dzieckiem własnym, swojego małżonka lub dzieckiem przysposobionym, która prowadziła pozarolniczą działalność gospodarczą przez okres co najmniej 6 miesięcy, może zawiesić wykonywanie działalności gospodarczej (art. 22 i n. p.p.) na okres do 3 lat w celu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem, nie dłużej jednak niż do zakończenia roku kalendarzowego, w którym

dziecko kończy 6. rok życia, a w przypadku dziecka, które z powodu stanu zdrowia potwierdzonego orzeczeniem o niepełnosprawności lub stopniu niepełnosprawności wymaga osobistej opieki osoby prowadzącej działalność gospodarczą, na okres do 6 lat, nie dłużej jednak niż do ukończenia przez dziecko 18. roku życia. Z uprawnień tego można korzystać w całości lub w nie więcej niż pięciu częściach. Warunek prowadzenia pozarolniczej działalności przez okres co najmniej 6 miesięcy uważa się za spełniony, jeżeli samozatrudniony podlegał z tego tytułu nieprzerwanie ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowemu bezpośrednio przed dniem rozpoczęcia sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem i opłacał składki na te ubezpieczenia. W takim przypadku, przez wskazany ustawowo okres tej opieki, samozatrudniony będzie objęty obowiązkowym ubezpieczeniem emerytalno-rentowym finansowanym ze środków Skarbu Państwa. Prawo to przysługuje jednemu z rodziców, pod warunkiem że drugi rodzic nie jest objęty ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi z tego tytułu. Mogą oni sami zdecydować, który z nich skorzysta z tego przywileju. Jeżeli jednak jedno z rodziców przebywa na urlopie wychowawczym (ma status pracowniczy), a drugie prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą, ustawodawca przyznaje pierwszeństwo osobie przebywającej na urlopie wychowawczym.

#### **4. Uprawnienia związane z rodzicielstwem osób samozatrudnionych – uwagi *de lege ferenda***

Przedstawiona powyżej analiza przepisów regulujących uprawnienia rodzicielskie osób pracujących na własny rachunek w charakterze jednoosobowego przedsiębiorcy nie napawa optymizmem. Cieszy niewątpliwie to, iż ustawodawca coraz częściej zauważa potrzebę rozszerzania tych uprawnień na samozatrudnionych (czy szerzej – na cywilnoprawnych wykonawców pracy). Wydaje się jednak, że zakres ochrony rodzicielstwa dedykowanej osobom pracującym na własny rachunek i opłacającym regularnie składki na dobrowolne ubezpieczenie chorobowe nie jest wystarczający. Oczywiście, nie należy, moim zdaniem, zrównywać poziomu tej ochrony z tym, jaki gwarantowany jest przepisami prawa pracy pracownikom. Im ustawodawca powinien zapewniać najszersze uprawnienia w zakresie rodzicielstwa. Nie uzasadnia to jednak tak dużych różnic, jakie obserwujemy obecnie w standardzie tej ochrony, które *de lege lata* naruszają konstytucyjną zasadę równości wobec prawa. Prowadzi to do sytuacji, gdy regulacja uprawnień rodzicielskich przestaje realizować główne założenia, jakie legły u podstaw jej wprowadzenia. Ustawodawca obecnie nie zapewnia skutecznej i efektywnej opieki nad dzieckiem zaraz po jego urodzeniu oraz pełnej wymienialności przywilejów rodzicielskich pomiędzy rodzicami, przy wsparciu członków najbliższej rodziny, a także nie kreuje optymalnych do tej opieki warunków materialno-finansowych. Co gorsza, przepisy nie chronią w sposób wystarczający zdrowia i życia matek pracujących na własny rachunek, ani ich dzieci, przed porodem oraz bezpośrednio po nim. Państwo nie gwarantuje dzieciom pracowników i samozatrudnionych (czy szerzej

cywilnoprawnych wykonawców pracy) porównywalnego standardu opieki i środków utrzymania w początkowym okresie ich życia. Jest to niezgodne zarówno z normami prawa międzynarodowego i unijnego, jak też – w oczywisty sposób – z przepisami Konstytucji.

Poważną wadą obowiązującej regulacji jest to, że ustawodawca przy wprowadzaniu mechanizmów ochrony w zakresie rodzicielstwa w ogóle nie bierze pod uwagę kryterium zależności ekonomicznej (niestety, wada ta dotyczy także innych regulacji ochronnych dedykowanych osobom pracującym na własny rachunek; Duraj 2018a, s. 43 i n.). Wskazywałoby ono na konieczność objęcia szerszymi uprawnieniami tych samozatrudnionych (innych cywilnoprawnych wykonawców pracy), którzy są powiązani przez dłuższy okres (na przykład co najmniej 6 miesięcy) kontraktem cywilnoprawnym z podmiotem zamawiającym, jeżeli dochody wynikające z tej umowy stanowią główne źródło ich utrzymania. Wtedy bowiem sytuacja tych wykonawców istotnie zbliża się do sytuacji pracowników. Kryterium zależności ekonomicznej jako podstawa szerszej ochrony w zakresie rodzicielstwa występuje w projekcie Kodeksu pracy z 2007 r. Zgodnie z art. 462 tego projektu chodzi o pracę osoby zatrudnionej na podstawie umowy innej niż umowa o pracę, wykonującej osobiście na rzecz jednego zatrudniającego pracę o charakterze ciągłym lub powtarzającym się za wynagrodzeniem przekraczającym połowę wynagrodzenia minimalnego, a także pracę na rzecz zatrudniającego, od którego osoba zatrudniona uzyskuje większą część wynagrodzenia, jeżeli przekracza ono połowę minimalnego wynagrodzenia za pracę<sup>16</sup>.

W mojej ocenie, aby wyeliminować mankamenty obowiązującej regulacji uprawnień rodzicielskich osób samozatrudnionych<sup>17</sup>, należy rozważyć następujące postulaty *de lege ferenda*:

**1.** Wprowadzenie ustawowego wymogu przerwania działalności zarobkowej wobec ubezpieczonej matki pracującej na własny rachunek w czasie pobierania zasiłku macierzyńskiego przez okres pierwszych 8 tygodni po porodzie (okres połogu). Jeżeli samozatrudniona matka jest zależna ekonomicznie od danego podmiotu zamawiającego, w tym czasie powinna być objęta ochroną trwałości zatrudnienia polegającą na zakazie rozwiązania kontraktu, który łączy ją z tym podmiotem.

Takie rozwiązanie przewiduje projekt Kodeksu pracy z 2007 r. Zgodnie z jego art. 467 wypowiedzenie umowy zatrudnionej kobiecie w okresie 8 tygodni po porodzie może nastąpić tylko z powodu niewykonywania lub nienależytego wykonywania

---

<sup>16</sup> Ten sposób rozumienia zależności ekonomicznej jest bardziej przekonujący niż propozycja zawarta w projekcie Kodeksu pracy z 2018 r. W myśl art. 177 § 1 tego projektu samozatrudnionym ekonomicznie zależnym staje się osoba zajmująca się świadczeniem usług, wykonująca je samodzielnie na rzecz konkretnego przedsiębiorcy, jednostki organizacyjnej niebędącej przedsiębiorcą lub gospodarstwa rolnego (kontrahent), w sposób bezpośredni, przeciętnie w wymiarze co najmniej 21 godzin na tydzień, przez okres co najmniej 182 dni.

<sup>17</sup> Większość wskazanych tu postulatów *de lege ferenda* zachowuje swoją aktualność także w odniesieniu do innych wykonawców pracy prowadzących działalność zarobkową na podstawie umów prawa cywilnego, nieposiadających statusu jednoosobowego przedsiębiorcy.

obowiązków albo w razie zaistnienia okoliczności uniemożliwiających dalsze zatrudnienie<sup>18</sup>.

Jeszcze szerszy zakres ochrony przewiduje projekt Kodeksu pracy z 2018 r. W myśl art. 185 § 1 tego projektu, brak możliwości świadczenia usług przez samozatrudnionego ekonomicznie zależnego w okresie 8 tygodni po porodzie nie może powodować dla niego negatywnych skutków prawnych w zakresie odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi. Należy pozytywnie ocenić takie rozwiązanie, tym bardziej że projekt z 2018 r. przewiduje kognicję sądów pracy w zakresie rozstrzygania sporów pomiędzy samozatrudnionym zależnym a podmiotem zamawiającym (art. 186 § 2 projektu).

2. Wprowadzenie większej swobody rodziców w decydowaniu o tym, kto w danym momencie powinien korzystać z zasiłku macierzyńskiego w celu osobistej opieki nad dzieckiem. Ubezpieczona matka po wykorzystaniu obligatoryjnej przerwy w działalności zarobkowej w okresie połogu (pierwsze 8 tygodni życia dziecka) powinna mieć możliwość rezygnacji z tego świadczenia nie tylko na rzecz ubezpieczonego ojca prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą, ale również – czego nie dostrzega obecnie ustawodawca – na rzecz innego członka najbliższej rodziny.

3. Wprowadzenie możliwości natychmiastowego nabycia prawa do urlopu macierzyńskiego przez ubezpieczonego ojca lub innego członka najbliższej rodziny w przypadku zaistnienia szczególnych okoliczności uniemożliwiających ubezpieczonej matce bezpośrednią opiekę nad nowo narodzonym dzieckiem.

Chodzi tu w szczególności o sytuacje: legitymowania się przez ubezpieczoną matkę orzeczeniem o niezdolności do samodzielnej egzystencji, przebywania ubezpieczonej matki w szpitalu albo innym zakładzie leczniczym ze względu na stan zdrowia uniemożliwiający jej sprawowanie osobistej opieki nad dzieckiem oraz porzucenia przez nią dziecka. W takich przypadkach ubezpieczony ojciec lub inny członek najbliższej rodziny powinni mieć zagwarantowane samodzielne prawo do zasiłku macierzyńskiego, niezależne od rezygnacji z tego świadczenia przez matkę.

Poza tym ustawodawca musi uregulować kwestię pierwszeństwa podmiotów konkurujących do zasiłku macierzyńskiego w zastępstwie matki. W mojej opinii, należy tu przyjąć zasadę uprzywilejowania ubezpieczonego ojca przed innymi członkami najbliższej rodziny, od której można jednak przewidzieć pewne wyjątki.

4. Wprowadzenie możliwości natychmiastowego nabycia prawa do urlopu macierzyńskiego przez ubezpieczonego ojca (ewentualnie innego członka najbliższej rodziny) w każdym przypadku urodzenia dziecka (a nie jak obecnie – jedynie w sytuacjach szczególnych), jeżeli jego matka w tym okresie nie korzysta z ubezpieczenia chorobowego lub nie posiada tytułu do objęcia takim ubezpieczeniem.

---

<sup>18</sup> Na marginesie rozważań należy zauważyć, iż kobieta pracująca na własny rachunek w warunkach zależności ekonomicznej od podmiotu zamawiającego powinna być także objęta taką samą ochroną trwałości zatrudnienia w okresie ciąży. Takie rozwiązanie słusznie zaproponowano w art. 467 projektu Kodeksu pracy z 2007 r.

5. Doprecyzowanie przez ustawodawcę definicji ubezpieczonego innego członka najbliższej rodziny przez szerokie ujęcie tego terminu, odwołujące się nie tylko do więzów krwi, ale także do wspólnoty powiązanej poczuciem bliskości, zarówno osobistej, jak i gospodarczej.

Pojęcie to winno obejmować swoim zakresem również osoby niespokrewnione pozostające we wspólnym gospodarstwie domowym, wspólnym zamieszkaniu czy faktycznym pożyciu, w szczególności na zasadach konkubinatu. Nie można zaakceptować obowiązującej w tym przedmiocie regulacji, w ramach której ustawodawca nie określa precyzyjnie kręgu podmiotów uprawnionych do zasiłku macierzyńskiego.

6. Likwidacja obowiązującego wymogu „przerwania działalności zarobkowej w celu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem” jako warunku *sine qua non* nabycia prawa do zasiłku macierzyńskiego przez ubezpieczonych ojca i innych członków najbliższej rodziny.

*De lege ferenda* należy przyjąć rozwiązania – na wzór regulacji dotyczącej pracowników – dopuszczające łączenie działalności zarobkowej z opieką nad dzieckiem, o ile prowadzenie aktywności zawodowej (w ramach własnego przedsiębiorstwa lub poza nim) nie wyłączy możliwości sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem.

7. Ewentualne wprowadzenie wobec osób pracujących na własny rachunek ustawowej gwarancji nieponoszenia negatywnych skutków prawnych w zakresie odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi w przypadku zawieszenia działalności gospodarczej na okres pobierania zasiłku macierzyńskiego w celu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem.

Takie rozwiązanie miałyby obowiązywać jedynie wobec samozatrudnionych ekonomicznie zależnych od podmiotu zamawiającego, jeżeli strony łączy umowa cywilnoprawna zawarta na okres co najmniej 6 miesięcy, a dochody z niej wynikające stanowią główne źródło utrzymania wykonawcy.

Wprowadzenie przedstawionych powyżej zmian pozwoliłoby zmniejszyć daleko idące dysproporcje pomiędzy poziomem ochrony pracowników i osób pracujących na własny rachunek (także innych wykonawców cywilnoprawnych), które *de lege lata* nie mają żadnego uzasadnienia ani aksjologicznego, ani prawnego. Rozwiązania te gwarantowałyby bardziej efektywną opiekę nad dzieckiem zaraz po jego urodzeniu, a także skuteczniej chroniłyby zdrowie i życia matek oraz nowo narodzonych dzieci, bez względu na status zatrudnieniowy rodziców. Niestety, obowiązujące regulacje cechuje niespójność i fragmentaryczność. Widoczny jest brak jasnej i czytelnej koncepcji ochrony rodzicielskiej wykonawców pracy, która oparta by była na przejrzystych założeniach aksjologicznych.



## Bibliografia

- Babińska-Górecka R. (2015) *Ewolucja funkcji zasiłku macierzyńskiego (uwagi na tle ostatnich zmian przesłanek nabycia prawa do zasiłku macierzyńskiego przez ubezpieczonego ojca dziecka)*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, nr 11.
- Babińska-Górecka R. (2018) *Uprawnienia związane z rodzicielstwem osób wykonujących pracę zarobkową* [w:] G. Goździewicz (red.), *Umowa o pracę a umowa o zatrudnienie*, Warszawa.
- Baran K.W. (2018) *O zakresie prawa koalicji w związkach zawodowych po nowelizacji prawa związkowego z 5 lipca 2018 r.*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, nr 9.
- Barzycka-Banaszczyk M. (2019) *Dyskryminacja (nierówne traktowanie) w stosunkach cywilnoprawnych*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, nr 1.
- Boruta I. (2005) *W sprawie przyszłości prawa pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, nr 4.
- Czerniak-Swędzioł J. (2016) *Zakres uprawnień rodzicielskich członka najbliższej rodziny w świetle przepisów prawa pracy i ubezpieczeń społecznych* [w:] J. Czerniak-Swędzioł (red.), *Uprawnienia pracowników związane z rodzicielstwem*, Warszawa.
- Duraj T. (2007) *Prawna perspektywa pracy na własny rachunek* [w:] E. Kryńska (red.), *Praca na własny rachunek – determinanty i implikacje*, Warszawa.
- Duraj T. (2018a) *Funkcja ochronna prawa pracy a praca na własny rachunek* [w:] A. Napiórkowska, B. Rutkowska, M. Rylski (red.), *Ochronna funkcja prawa pracy. Wyzwania współczesnego rynku pracy*, Toruń.
- Duraj T. (2018b) *Prawo koalicji osób pracujących na własny rachunek* [w:] J. Stelina, J. Szmit (red.), *Zbiorowe prawo zatrudnienia. XVII Regionalna Konferencja Prawa Pracy, Gdańsk, 12–14 czerwca 2017*, Warszawa.
- Gersdorf M. (2019) *Między ochroną a efektywnością. Systemowe i terminologiczne aspekty objęcia cywilnoprawnych umów o zatrudnienie ustawodawstwem pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, nr 1.
- Godlewska-Bujok B. (2015) *Uprawnienia związane z rodzicielstwem – nowa odsłona*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, nr 9.
- Grzebyk P., Pisarczyk Ł. (2019) *Krajobraz po reformie. Zbiorowa reprezentacja praw i interesów zatrudnionych niebędących pracownikami*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, nr 1.
- Hajn Z. (2000a) *Głosa do wyroku SN z 16 grudnia 1998 r., II UKN 394/98*, OSP, nr 12, poz. 177.
- Hajn Z. (2000b) *Regulacja pozycji prawnej pracownika i pracodawcy a funkcje prawa pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, nr 10.
- Jędrasik-Jankowska I. (2003) *Ubezpieczenia społeczne. Ubezpieczenia chorobowe. Ubezpieczenia wypadkowe*, t. 3, Warszawa.
- Jędrasik-Jankowska I. (2015) *Niektóre regulacje prawne ubezpieczenia chorobowego, rentowego i wypadkowego a konstytucyjna zasada równości i sprawiedliwości*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, cz. LXII (2).
- Latos-Miłkowska M. (2019) *Ochrona rodzicielstwa osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, nr 1.

- Mędrala M. (2016) *Uprawnienia rodzicielskie niepracowników na gruncie prawa pracy i ubezpieczeń społecznych* [w:] J. Czerniak-Swędzioł (red.), *Uprawnienia pracowników związane z rodzicielstwem*, Warszawa.
- Przybyłowicz A. (2016) *Regulacja prawna zasiłku macierzyńskiego po dniu 1 stycznia 2016 r.* [w:] J. Czerniak-Swędzioł (red.), *Uprawnienia pracowników związane z rodzicielstwem*, Warszawa.
- Salwa Z. (2002) *Przemiany prawa pracy początku stulecia a jego funkcja ochronna* [w:] M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner (red.), *Prawo pracy a wyzwania XXI-go wieku. Księga Jubileuszowa Prof. T. Zielińskiego*, Warszawa.
- Sekulski P. (2016) *Dopuszczalność zatrudnienia w okresie wykorzystywania urlopów związanych z rodzicielstwem* [w:] J. Czerniak-Swędzioł (red.), *Uprawnienia pracowników związane z rodzicielstwem*, Warszawa.
- Seweryński M. (2002), *Problemy rekodyfikacji prawa pracy* [w:] M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner (red.), *Prawo pracy a wyzwania XXI-go wieku. Księga Jubileuszowa Prof. T. Zielińskiego*, Warszawa.
- Sobczyk A. (2015a) *Prawo dziecka do opieki rodziców jako uzasadnienie dla urlop i zasiłku macierzyńskiego*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, nr 9.
- Sobczyk A. (2015b) [w:] A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa.
- Świątkowski A.M. (2008) *Międzynarodowe prawo pracy*, t. 1: *Międzynarodowe publiczne prawo pracy – standardy międzynarodowe*, vol. 3, Warszawa.
- Tomanek A. (2017) *Status osoby samozatrudnionej w świetle znowelizowanych przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, nr 1.
- Włodarczyk M. (2018) [w:] K.W. Baran (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa.
- Wyka T. (2000) *Bezpieczeństwo i ochrona zdrowia w zatrudnieniu niepracowniczym* [w:] Z. Kubot (red.), *Szczególne formy zatrudnienia*, Wrocław.

## Orzecznictwo

- Wyrok SN z 18 listopada 1961 r., 2 CR 325/61, OSNCP 1963, nr 2, poz. 32.
- Wyrok SN z 13 kwietnia 2005 r., IV CK 648/04, OSNC 2006, nr 3, poz. 54.
- Wyrok SN z 3 października 2008 r., II UK 32/08, OSNP 2010, nr 3–4, poz. 51.