

O charakterze i funkcjach zasiłku macierzyńskiego dla ubezpieczonego ojca dziecka

Zagadnienie prawa ubezpieczonego do zasiłku macierzyńskiego związane jest z procesem rozszerzania ochrony ubezpieczeniowej realizowanej przez zasiłek macierzyński pod względem podmiotowym i przedmiotowym. W ujęciu ogólnym proces ten wpisuje się w zjawisko występujące powszechnie w systemie zabezpieczenia społecznego polegające na przesunięciu zainteresowania z potrzeb jednostki na potrzeby większej grupy, którą stanowi rodzina. Prowadzi to do kształtowania prawa do świadczeń przy uwzględnieniu nie tylko potrzeb uprawnionego, ale i jego sytuacji rodzinnej¹.

Zasiłek macierzyński wprowadzony został do polskiego systemu ubezpieczenia społecznego po II wojnie światowej², jako świadczenie przysługujące ubezpieczonej z tytułu urodzenia dziecka i konieczności jego pielęgnacji oraz sprawowania opieki na dzieckiem przyjętym na wychowanie³. Jego celem było dostarczenie ubezpieczonej środków utrzymania w miejsce utraconych zarobków z powodu przerwy w pracy związanej z porodem, regeneracją sił po porodzie oraz potrzebą osobistej opieki nad dzieckiem w pierwszym okresie jego życia. Rozwiązanie takie uzasadniane było nie tylko potrzebą ochrony zdrowia i życia kobiety oraz szczególnego związku istniejącego między nią a dzieckiem, ale przede wszystkim tradycyjnym, zakorzenionym głęboko w kulturze społeczeństwa, podejściem do roli kobiety w procesie wychowywania dzieci.

Istotne zmiany w zakresie prawa do zasiłku macierzyńskiego, w aspekcie podmiotowym i przedmiotowym, wprowadziła obecnie obowiązująca ustawa zasiłkowa, tj. ustawa z dnia 25 czerwca 1999 r. – o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa⁴. Akt ten nadał status podmiotów uprawnionych do zasiłku macierzyńskiego ubezpieczonemu ojcu dziecka oraz ubezpieczonym innym członkom rodziny. Poza tym, ustawa wprowadziła nowe sytuacje objęte ochroną.

Ustawa zasiłkowa przyznała ubezpieczonemu prawo do zasiłku macierzyńskiego w przypadku przyjęcia dziecka na wychowanie i wystąpienia do sądu w sprawie jego przysposobienia oraz przyjęcia dziecka na wychowanie w ramach rodziny zastępczej,

¹ Por. H. Pławucka, *Zasiłki z ubezpieczenia społecznego na rzecz rodziny*, [w:] *Ubezpieczenie społeczne rodziny*, (red.) J. Jończyk, Wrocław 1985, s. 85 i n.

² Szerzej Inetta Jędrasik-Jankowska, *Pojęcia i konstrukcje prawne ubezpieczenia społecznego*, Wydanie 4, Warszawa 2012, s. 329.

³ Por. przepisy art. 32-34 ustawy z dnia 17 grudnia 1974 r. – o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego (Tekst jedn.: Dz.U. z 1983 r. Nr 30, poz. 143 z późn.zm.).

⁴ Tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r., nr 77, poz. 512 z późn.zm.

a także w razie śmierci ubezpieczonej lub porzucenia przez nią dziecka⁵. Dalsze poszerzenie zakresu przedmiotowego prawa ubezpieczonego do zasiłku macierzyńskiego nastąpiło w wyniku nowelizacji ustawy zasiłkowej z 2001 r.⁶, na mocy której przyznano ubezpieczonemu prawo do omawianego świadczenia w razie skrócenia przez ubezpieczoną pobierania zasiłku macierzyńskiego, a następnie w efekcie nowelizacji z 2009 r.⁷, na mocy której połączono prawo ubezpieczonego do zasiłku macierzyńskiego z urlopem ojcowskim oraz z okresem urlopu macierzyńskiego przysługującego pracownikowi -ojcu w razie hospitalizacji matki dziecka. O kierunku zasygnalizowanych modyfikacji zdecydowało wiele czynników, w szczególności zmiany w strukturze rynku pracy, przejawiające się wzrostem liczby aktywnych zawodowo kobiet, kryzys rodziny i problemy demograficzne, a z drugiej strony zmiana sposobu postrzegania roli ojca w wychowaniu dzieci. Obecna regulacja stanowi również przejaw dążenia ustawodawcy do realizacji konstytucyjnej zasady równości praw kobiety i mężczyzny w życiu rodzinnym⁸ oraz zasady ochrony rodziny⁹.

Różne sytuacje uprawniające ubezpieczonego do zasiłku macierzyńskiego powodują, że prawo ubezpieczonego do tego świadczenia nie jest ukształtowane jednolicie. Pomimo tego, że *prima facie* przepisy dotyczące prawa do zasiłku macierzyńskiego dla ubezpieczonego ojca wydają się jednoznaczne, ich zastosowanie w praktyce budzi wiele wątpliwości i stawia pytanie o zupełność obowiązującej regulacji prawnej.

Na wstępie należy zauważyć, że ustawa posługuje się pojęciem ubezpieczonego¹⁰ oraz ubezpieczonego ojca dziecka¹¹. W pierwszym przypadku łączy prawo do zasiłku z przyjęciem dziecka na wychowanie i wystąpieniem do sądu opiekuńczego w sprawie jego przysposobienia oraz przyjęciem dziecka na wychowanie w ramach rodziny zastępczej¹². W drugim dodatkowo z ojcostwem biologicznym, w tym wynikającym z przepisu art. 62§1 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy¹³ domniemaniem, że dziecko pochodzi od męża matki¹⁴. W świetle przepisów ustawy zasiłkowej nabycie przez ubezpieczonego ojca dziecka prawa do zasiłku macierzyńskiego nie jest uwarunkowane jego faktycznym wychowywaniem. Z literalnego brzmienia przepisów ustawy wynika zatem, że prawo do zasiłku będzie przysługiwało również ojcu, który ma

⁵ Warto wskazać, że zmiana regulacji ubezpieczeniowych pozostała bez wpływu na unormowania kodeksu pracy. Zrównanie uprawnień kobiet i mężczyzn w zakresie prawa do urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego nastąpiło dopiero w związku z koniecznością dostosowania polskiego prawa pracy do prawa unijnego na mocy ustawy z dnia 14 listopada 2003 r. – o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 213, poz. 2081).

⁶ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz ustawy o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa (Dz. U. Nr 99, poz. 1075).

⁷ Ustawa z dnia 6 grudnia 2008 r. – o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 237, poz. 1654).

⁸ Przepis art. 33 ust. 1 Konstytucji RP.

⁹ Przepis art. 71 ust. 1 Konstytucji RP.

¹⁰ Przepis art. 29 ust. 2 ustawy zasiłkowej.

¹¹ Przepis art. 29 ust. 4 i 4a, art. 29 a ustawy zasiłkowej.

¹² Przepis art. 29 ust. 2 ustawy zasiłkowej.

¹³ Tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r., poz. 788.

¹⁴ Przepis art. 29 ust. 4, ust. 4a oraz art. 29 a ustawy zasiłkowej.

zawieszoną władzą rodzicielską lub został jej pozbawiony. Nabędzie je również ojciec, posiadający nieograniczoną władzę rodzicielską, niemający jednak faktycznej możliwości sprawowania opieki nad dzieckiem¹⁵. Może to prowadzić do różnicowania sytuacji prawnej ubezpieczonych w zależności od tytułu ubezpieczenia. Podkreślić należy, że ubezpieczony pracownik, który nie wychowuje dziecka, nie nabędzie prawa do urlopu macierzyńskiego na mocy przepisów prawa pracy, a w konsekwencji prawa do zasiłku macierzyńskiego. Prawo do urlopu macierzyńskiego na gruncie regulacji kodeksu pracy przysługuje bowiem pracownikowi ojcu – wychowującemu dziecko. W nauce prawa pracy przyjmuje się natomiast, że nabycie prawa do tego urlopu uwarunkowane jest nie tylko posiadaniem władzy rodzicielskiej, ale faktyczną możliwością sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem¹⁶. Dla ojców podlegających ubezpieczeniu z innych tytułów fakt osobistego wychowywania dziecka pozostaje bez znaczenia dla nabycia prawa do zasiłku macierzyńskiego. O ich uprawnieniu rozstrzygać będą wyłącznie przepisy ustawy zasiłkowej, a kodeks pracy będzie wyznaczał jedynie okres pobierania zasiłku macierzyńskiego.

Prawo ubezpieczonego (ojca dziecka) do zasiłku macierzyńskiego nie wynika z tytułu ubezpieczenia chorobowego matki. Ma ono charakter samodzielny. Jego źródłem jest odrębny tytuł ubezpieczenia chorobowego ojca¹⁷. Bez znaczenia pozostaje przy tym czy tytuł ten ma charakter pracowniczy czy niepracowniczy¹⁸.

Samodzielny charakter prawa ubezpieczonego do zasiłku macierzyńskiego nie oznacza, że ubezpieczony może zawsze z niego skorzystać w sposób autonomiczny, niezależnie od realizacji przez ubezpieczoną prawa do tego świadczenia. Prawo ubezpieczonego do zasiłku macierzyńskiego ze względu na możliwość jego realizacji ma charakter wtórny¹⁹ lub pierwotny.

W piśmiennictwie wskazuje się, że wtórne prawo ubezpieczonego do zasiłku macierzyńskiego jest najbardziej skomplikowaną konstrukcją w polskim systemie

¹⁵ Dotyczy to np. sytuacji, w której rozwiedzeni rodzice pozostają w konflikcie i ojciec nie uczestniczy w wychowaniu dziecka.

¹⁶ Por. K. Rączka, (w:) M. Gersdorf, K. Rączka, M. Raczkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 187.

¹⁷ Por. A. Wypych – Żywicka, *Świadczenia z ubezpieczenia chorobowego – wybrane zagadnienia*, (w:) *Ubezpieczenia chorobowe*, Iwonicz Zdrój 2010, s. 58; I. Jędrasik – Jankowska, *Pojęcia i konstrukcje...*, s. 338.

¹⁸ Zgodnie z przepisem art. 11 ustawy z dnia 13 października 1998 r. – o systemie ubezpieczeń społecznych (Tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r, nr 205, poz. 1585 z późn. zm. – zw. dalej: ustawą systemową), ubezpieczonym uprawnionym do zasiłku macierzyńskiego, z racji podlegania ubezpieczeniu chorobowemu, poza pracownikiem jest: członek rolniczej spółdzielni produkcyjnej i spółdzielni kółek rolniczych, osoba odbywająca służbę zastępczą (podmioty podlegające ubezpieczeniu chorobowemu obowiązkowo) oraz wykonujący pracę nakładczą, zleceniobiorca i osoba z nim współpracująca, prowadzący pozarolniczą działalność (osoba współpracująca), duchowny, wykonujący odpłatnie pracę na podstawie skierowania do pracy w czasie odbywania kary pozbawienia wolności lub tymczasowego aresztowania (podmioty podlegające ubezpieczeniu chorobowemu dobrowolnie).

¹⁹ W nauce określane również jako prawo zastępcze, por. Inetta Jędrasik-Jankowska, *Pojęcia i konstrukcje...*, s. 338.

ubezpieczenia społecznego²⁰. Jego istota wyraża się w tym, że ubezpieczony nie może skorzystać z prawa do zasiłku macierzyńskiego przed ubezpieczoną matką dziecka. Uprawnienie ubezpieczonego aktualizuje się dopiero w przypadku śmierci ubezpieczonej, porzucenia przez nią dziecka lub skrócenia okresu pobierania zasiłku macierzyńskiego, jak również w sytuacji, w której ubezpieczona wymaga opieki szpitalnej ze względu na stan zdrowia uniemożliwiający jej sprawowanie osobistej opieki nad dzieckiem²¹, a więc w przypadkach, w których ubezpieczona nie może lub nie chce sprawować opieki nad dzieckiem. Realizacja prawa do zasiłku macierzyńskiego przez ubezpieczonego stanowi zatem swoiste „dokończenie” pobierania zasiłku macierzyńskiego przysługującego ubezpieczonej, w tym sensie, że dotyczy okresu, którego ona nie wykorzystwała²². Uprawnienie do zasiłku macierzyńskiego w/w sytuacjach nie przechodzi jednak automatycznie na ubezpieczonego²³. Warunkiem przejęcia prawa do zasiłku macierzyńskiego przez ubezpieczonego jest bowiem, uogólniając, „przerwanie aktywności zawodowej”²⁴. W przypadku śmierci ubezpieczonej i porzucenia przez nią dziecka ustawa wymaga przerwania przez ubezpieczonego zatrudnienia lub innej działalności zarobkowej²⁵, natomiast w razie skrócenia pobierania zasiłku przez ubezpieczoną, ustawa warunkuje prawo do zasiłku uzyskaniem przez ubezpieczonego ojca dziecka urlopu macierzyńskiego lub przerwaniem innej działalności zarobkowej²⁶. Przesłankę uzyskania prawa do urlopu macierzyńskiego i przerwania zatrudnienia należy łączyć z ubezpieczonym będącym pracownikiem, a wymóg przerwania innej działalności zarobkowej z ubezpieczonym, którego prawo do zasiłku macierzyńskiego wynika z niepracowniczego tytułu ubezpieczenia chorobowego.

„Przerwanie zatrudnienia” w przypadku ubezpieczonego pracownika dotyczy sytuacji, w których przepisy prawa pracy nie przewidują prawa do urlopu macierzyńskiego. Stwierdzenie to nie wyjaśnia jednak, co należy rozumieć pod tym pojęciem. Przyjmując jego dosłowne znaczenie należałoby uznać, że oznacza ono ustanie stosunku pracy. Twierdzenia tego nie można zaakceptować ponieważ konsekwencją rozwiązania stosunku pracy byłoby również ustanie tytułu ubezpieczenia. Nie taki był zapewne zamysł ustawodawcy. Istotą ubezpieczenia chorobowego jest bowiem ochrona skutków niezdolności do pracy lub niemożności świadczenia pracy z przyczyn o charakterze przejściowym w czasie trwania zatrudnienia²⁷. *Ratio legis* przepisów ustawy zasiłkowej wskazywałoby więc, że termin ten należy łączyć tylko z przerwaniem świadczenia pracy. Tak rozumianego pojęcia „przerwanie zatrudnienia” nie można jednak wprost

²⁰ T. Lasocki, *Zasada równości płci w dostępie do zasiłku macierzyńskiego*, Praca i Zabezpieczenie Społeczne 2011, nr 6, s. 10.

²¹ Por. A. Wypych-Żywicka, *Świadczenia z ubezpieczenia...*, s.58.

²² A. Rzetecka-Gil, *Ustawa o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 117-118.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Wyjątek stanowi przepis art. 29a ustawy zasiłkowej.

²⁵ Przepis art. 29 ust. 4 ustawy zasiłkowej.

²⁶ Przepis art. 29 ust. 4a ustawy zasiłkowej.

²⁷ J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia społecznego*, Zakamycze 2001, s. 17.

odnosić do przerw w świadczeniu pracy przewidzianych w przepisach prawa pracy tj. urlopu wypoczynkowego, bezpłatnego, wychowawczego oraz innych usprawiedliwionych nieobecności w pracy²⁸. Instytucje te mają inny cel niż sprawowanie opieki nad dzieckiem²⁹. Wprawdzie celem urlopu wychowawczego jest sprawowanie osobistej opieki nad dzieckiem, to okres tego urlopu, podobnie jak urlopu bezpłatnego, przerywa ubezpieczenie chorobowe, wyłączając ochronę ubezpieczeniową³⁰. Nie sposób przyjąć także, że pod pojęciem „przerwanie zatrudnienia” należy rozumieć zwolnienie ubezpieczonego będącego pracownikiem z obowiązku świadczenia pracy. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że stosowanie tej instytucji w sytuacjach nieprzewidzianych wyraźnie przez ustawodawcę, w zasadzie nie znajduje podstaw prawnych. Jeżeli nawet zwolnienie takie uznać za dopuszczalne na mocy porozumienia zawartego między pracownikiem a pracodawcą, to jedynie z zachowaniem prawa do wynagrodzenia³¹. Istotą świadczeń z ubezpieczenia społecznego, w tym zasiłku macierzyńskiego, jest natomiast dostarczenie środków utrzymania w miejsce utraconych zarobków.

Równie wiele problemów powoduje interpretacja pojęcia „przerwanie działalności zarobkowej” przez ubezpieczonego niebędącego pracownikiem. W doktrynie podnosi się, że określenie to oznacza przerwę w świadczeniu pracy polegającą, np. na uzyskaniu urlopu przez ubezpieczonego zatrudnionego na podstawie umowy cywilnoprawnej lub zaprzestaniu prowadzenia działalności gospodarczej poprzez jej zawieszenie lub wyrejestrowanie³². Poglądu tego nie można zaakceptować w całości. Przerwanie pozarolniczej działalności poprzez jej zawieszenie lub wyrejestrowanie oznaczałoby ustanie dobrowolnego tytułu ubezpieczenia chorobowego³³. Wtórne prawo ubezpieczonego do zasiłku macierzyńskiego przysługuje natomiast tylko w trakcie trwania ubezpieczenia. Wydaje się zatem, że pojęcie „przerwanie działalności zarobkowej” powinno być interpretowane z uwzględnieniem istoty ubezpieczenia chorobowego i powinno oznaczać powstrzymanie się od wykonywania czynności będących źródłem przychodu w trakcie trwania tytułu.

Zasygnalizowanych wątpliwości, co do rozumienia pojęć: „przerwanie zatrudnienia” (pracownik) i „przerwanie działalności zarobkowej” (pozostali ubezpieczeni), nie wyjaśniają również przepisy rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia

²⁸ Por. też przepisy rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 15 maja 1996 r. w sprawie sposobu usprawiedliwiania nieobecności w pracy oraz udzielania pracownikom zwolnień od pracy (Dz. U. Nr 60, poz. 281 z późn. zm.).

²⁹ Np. celem urlopu wypoczynkowego, jako płatnej przerwy w wykonywaniu pracy, jest odpoczynek pracownika.

³⁰ Por. przepisy art. 31 ust. 2 w zw. z art. 12 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy zasiłkowej; Wyjątkowo w okresie urlopu wychowawczego ubezpieczony może nabyć praw do zasiłku z tytułu adopcji lub przyjęcia do rodziny zastępczej.

³¹ Szerzej E. Mazurczak-Jasińska, K. Stopka, *Prawo do zasiłku macierzyńskiego i opiekuńczego – wybrane zagadnienia*, Monitor Prawa Pracy 2010, nr 7, s. 343 i przywołane tam orzecznictwo.

³² I. Jędrasik-Jankowska, *Ubezpieczenia społeczne*. Tom III, Warszawa 2003, s. 52-53; Ł. Prasolek, (w:) *Społeczne ubezpieczenia wypadkowe i chorobowe. Komentarz*, pod red. M. Gersdorf i B. Gudowskiej, Warszawa 2012, s. 568.

³³ por. przepis art. 13 i art. 14 ustawy systemowej.

2 kwietnia 2012 r. w sprawie określenia dowodów stanowiących podstawę przyznania i wypłaty zasiłków z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa³⁴. Akt ten wśród dokumentów niezbędnych do ustalenia prawa ubezpieczonego do zasiłku macierzyńskiego nie wymienia dokumentów potwierdzających wystąpienie wskazanych okoliczności. Oznacza to, że przesłanka przerwania zatrudnienia lub innej działalności zarobkowej nie jest możliwa do zweryfikowania na etapie ustalania prawa ubezpieczonego do zasiłku. Poza potrzebą wprowadzenia regulacji określającej dokumenty niezbędne do wykazania przez ubezpieczonego „przerwania aktywności zawodowej”, należałoby również rozważyć potrzebę powiązania prawa do zasiłku macierzyńskiego ubezpieczonego będącego pracownikiem wyłącznie z uzyskaniem urlopu macierzyńskiego lub innego urlopu tego typu, a nie z „przerwaniami zatrudnienia”. W odniesieniu natomiast do ubezpieczonego niebędącego pracownikiem postulować należy zastąpienie zwrotu „przerwanie działalności zarobkowej” terminem powstrzymanie się od wykonywania działalności zarobkowej.

Jedynym przypadkiem wtórnego nabycia przez ubezpieczonego prawa do zasiłku macierzyńskiego, które nie zostało uwarunkowane „przerwaniami aktywności zawodowej” jest sytuacja wskazana w przepisie art. 29a ustawy zasiłkowej. Przepis ten stanowi, że zasiłek macierzyński przysługuje również ubezpieczonemu ojcu dziecka, między innymi, przez okres ustalony przepisami kodeksu pracy jako okres urlopu macierzyńskiego, przysługującego pracownikowi ojcu wychowującemu dziecko. Wynikające ze wskazanego przepisu uprawnienie ubezpieczonego łączyć należy wyłącznie z określoną w przepisie art. 180 § 6 [1] k. p. sytuacją, w której ubezpieczona po 8 tygodniu od porodu wymaga opieki szpitalnej ze względu na stan zdrowia uniemożliwiający jej sprawowanie osobistej opieki nad dzieckiem³⁵. Brak uwarunkowania prawa do zasiłku macierzyńskiego w analizowanym przypadku „powstrzymaniem się przez ubezpieczonego od aktywności zawodowej” jest sprzeczny z ideą świadczeń ubezpieczeniowych. W przedmiotowej sytuacji zasiłek macierzyński, z wyjątkiem zasiłku przysługującego ubezpieczonemu pracownikowi, nie likwiduje bowiem skutków ryzyka socjalnego, tj. utraty przychodów z powodu braku możliwości wykonywania działalności zarobkowej w związku z koniecznością sprawowania opieki nad dzieckiem, lecz jest świadczeniem przysługującym z tytułu „macierzyństwa”, tj. faktu bycia rodzicem dziecka, którego matka wymaga hospitalizacji po 8 tygodniu od porodu, stanowiącego co najwyżej przyczynę ryzyka socjalnego³⁶.

Z wtórnego charakteru prawa ubezpieczonego do zasiłku macierzyńskiego wynikają dalsze konsekwencje. Następstwem takiego ukształtowania prawa ubezpieczonego do zasiłku macierzyńskiego jest pozbawienie ubezpieczonego możliwości realizacji prawa do tego świadczenia w sytuacji, w której matka dziecka nie podlega ubezpieczeniu chorobowemu³⁷. Jak już wskazano ubezpieczenie chorobowe obejmuje osoby pozostające

³⁴ Dz. U. z 2012 r., poz. 444.

³⁵ Szerzej: E. Mazurczak, K. Stopka, *Prawo do zasiłku...*, s. 344.

³⁶ Por. J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia...*, s. 17, 196-197.

³⁷ Inetta Jędrasik-Jankowska, *Pojęcia i konstrukcje...*, s. 339.

w szeroko rozumianym zatrudnieniu, stąd w przypadku osoby niepracującej przyjąć należałoby, że dziecko ma zapewnioną opiekę, którą sprawuje nieubezpieczona matka. Wyłącza to potrzebę przyznania ubezpieczonemu ojcu dziecka prawa do zasiłku macierzyńskiego. Gdyby przejściowo nieubezpieczona matka nie mogła sprawować tej opieki – ubezpieczonemu przysługiwałby zasiłek opiekuńczy³⁸. Obowiązująca regulacja nie gwarantuje jednak wystarczającej ochrony ubezpieczonemu w sytuacji śmierci nieubezpieczonej matki dziecka (lub porzucenia przez nią dziecka). W tym przypadku tytuł ubezpieczenia chorobowego ojca dziecka nie daje mu prawa do zasiłku macierzyńskiego. Nie otrzyma on również zasiłku opiekuńczego³⁹.

Z regulacją dotyczącą wtórnego nabycia prawa do zasiłku macierzyńskiego wiążą się jeszcze inne wątpliwości. Ustawodawca przyznając ubezpieczonemu w określonych sytuacjach faktycznych prawo do zasiłku macierzyńskiego nie ustanowił bowiem wszystkich norm pozwalających na powiązanie tego prawa z regulowanym stanem faktycznym. Stąd brak konsekwencji ustawodawcy w dążeniu do osiągnięcia zamierzonych celów powoduje, że nie zawsze sformułowane wprost w przepisach ustawy uprawnienie ubezpieczonego do zasiłku macierzyńskiego może być realizowane⁴⁰. Zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 4a ustawy zasiłkowej, w razie skrócenia okresu pobierania zasiłku macierzyńskiego na wniosek ubezpieczonej matki dziecka, po wykorzystaniu przez nią zasiłku za okres co najmniej 14 tygodni po porodzie, zasiłek ten przysługuje ubezpieczonemu ojcu dziecka, który uzyskał prawo do urlopu macierzyńskiego lub przerwał działalność zarobkową w celu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem. Z przywołanego przepisu wynika, że każda ubezpieczona matka dziecka może skrócić okres pobierania zasiłku macierzyńskiego niezależnie od tego, czy jej prawo do zasiłku wynika z ubezpieczenia pracowniczego czy też niepracowniczego. Skorzystanie przez ubezpieczoną z tego uprawnienia nie ma charakteru autonomicznego. Możliwość rezygnacji z prawa do zasiłku, z uwagi na obowiązek przedłożenia stosownych dokumentów, uzależniona jest od istnienia podmiotu (ojca dziecka) zdolnego skorzystać z prawa do zasiłku za pozostały okres, a więc podmiotu, któremu takie prawo przysługuje z racji posiadania własnego tytułu ubezpieczenia chorobowego⁴¹. Rodzaj tytułu ubezpieczenia chorobowego ojca dziecka nie ma przy tym jakiegokolwiek znaczenia. Każdy ubezpieczony ojciec dziecka, bez względu na to, czy jego ubezpieczenie ma charakter pracowniczy czy niepracowniczy, ma możliwość powstrzymania się od aktywności zawodowej na rzecz sprawowania osobistej opieki nad nowo narodzonym dzieckiem, umożliwiając tym samym matce dziecka skrócenie okresu pobierania zasiłku macierzyńskiego i wcześniejszy powrót do pracy. Podsumowując, w myśl przepisów ustawy zasiłkowej, ubezpieczona matka dziecka nie będzie mogła skorzystać ze wskazanego uprawnienia tylko wówczas, gdy ojciec dziecka nie podlega ubezpieczeniu chorobowemu lub gdy mimo podlegania takiemu ubezpieczeniu nie zdecyduje się przerwać aktywności zawodowej

³⁸ Por. przepis art. 32 ustawy zasiłkowej.

³⁹ Por. j. w.

⁴⁰ Por. Z. Pulka, *Podstawy prawa*, Poznań 2008, s. 78.

⁴¹ *Ibidem*, s. 338.

w celu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem. Wynikające z dyspozycji art. 29 ust. 4a ustawy zasiłkowej prawo ubezpieczonej do skrócenia okresu pobierania zasiłku macierzyńskiego i skorelowane z nim uprawnienie ubezpieczonego ojca dziecka do przejęcia pozostałej części zasiłku ograniczają jednak przepisy art. 180 § 5 i 6 k. p. Zgodnie z nimi pracownica po wykorzystaniu po porodzie co najmniej 14 tygodni urlopu macierzyńskiego ma prawo zrezygnować z pozostałej części tego urlopu. W tym celu zgłasza pracodawcy najpóźniej na 7 dni przed przystąpieniem do pracy pisemny wniosek, do którego dołącza zaświadczenie pracodawcy zatrudniającego pracownika ojca wychowującego dziecko, potwierdzające termin rozpoczęcia urlopu macierzyńskiego przez pracownika, przypadający bezpośrednio po terminie rezygnacji z części urlopu macierzyńskiego przez pracownicę. W doktrynie prawa pracy powszechnie przyjmuje się, że skorzystanie przez pracownicę z uprawnienia do skrócenia urlopu macierzyńskiego dotyczy wyłącznie sytuacji, w której ojciec dziecka pozostaje w stosunku pracy. Oznacza to, że rezygnacja matki z pozostałej części urlopu macierzyńskiego na rzecz ojca może nastąpić wyłącznie wówczas, gdy oboje rodzice są zatrudnieni w ramach stosunku pracy⁴². Z regulacji kodeksu pracy wynika zatem, że jeśli ojciec dziecka wykonuje pracę zarobkową poza stosunkiem pracy, to pracownica matka dziecka nie może skrócić okresu pobierania urlopu macierzyńskiego. Pozbawienie pracownicy matki możliwości skrócenia urlopu macierzyńskiego dyskryminuje rodziny, w których matka jest pracownicą, a ojciec dziecka podlega ubezpieczeniu chorobowemu z innego tytułu niż stosunek pracy. Dowodzi to braku spójności przepisów obu ustaw, których usunięcie wydaje się niemożliwe w drodze zastosowania reguły kolizyjnej *lex specialis derogat legi generali*⁴³. W procesie interpretacji przepisów art. 180§ 5 i 6 k. p. należałoby uwzględnić więc postulat spójności systemu prawa i odstąpić od ich wykładni językowej na rzecz wykładni systemowej. Zaproponowane rozwiązanie tylko w części eliminuje problemy, jakie w praktyce mogą wystąpić w związku ze stosowaniem interpretowanych przepisów. Nie będzie ono przydatne w szczególności w sytuacji, kiedy ojciec dziecka jest pracownikiem, a matka dziecka prowadzi niepracowniczą działalność zarobkową, z tytułu której uprawniona jest do zasiłku macierzyńskiego. Skorzystanie przez ubezpieczonej z uprawnienia określonego w art. 29 ust. 4a ustawy zasiłkowej jest czysto iluzoryczne, ponieważ ustawodawca w kodeksie pracy nie przyznał pracownikowi ojcu dziecka w razie zaistnienia takiej sytuacji prawa do urlopu macierzyńskiego.

Wątpliwości budzi również możliwość nabycia przez ubezpieczonego prawa do zasiłku macierzyńskiego w sytuacji porzucenia dziecka przez ubezpieczonej. Ustawodawca nie wyjaśnia, co należy rozumieć pod pojęciem „porzucenie dziecka”. Przyjąć należy,

⁴² Por T. Romer, *Prawo pracy. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 768-769; L. Florek (red.), *Komentarz. Kodeks pracy*, Warszawa 2009 r., s. 982-983; A.M. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2006 r., s. 728; W. Iwulski, W. Sanetra, *Komentarz do Kodeksu pracy*, Warszawa 2004, s. 578; K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 553; W. Muszalski (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 829-830.

⁴³ Występuje tu bowiem konflikt poziomy norm tej samej rangi, funkcjonalnie ze sobą powiązanych, lecz pochodzących z innych gałęzi prawa i dotyczących w istocie różnych zagadnień – skrócenia urlopu macierzyńskiego i zasiłku macierzyńskiego).

że pojęcie to nie odnosi się do rezygnacji przez ubezpieczoną z wychowywania dziecka i oddania go innej osobie w celu przysposobienia lub do domu małego dziecka⁴⁴. W tym bowiem przypadku ubezpieczony nie miałby nad kim sprawować opieki. Stąd, pojęcie to odnieść należy wyłącznie do sytuacji opuszczenia dziecka przez matkę połączonego z zaprzestaniem troszczenia się o nie. Również w tym wypadku wątpliwa jest faktyczna możliwość skorzystania przez ubezpieczonego pracownika z prawa do zasiłku macierzyńskiego. Kodeks pracy nie przyznaje mu bowiem w razie zaistnienia tej okoliczności prawa do urlopu macierzyńskiego⁴⁵. Jak już wcześniej wskazano nie będzie on mógł również „przerwać zatrudnienia” w inny sposób⁴⁶. Ponadto w analizowanym przypadku wtórne nabycie prawa, oznaczające swoiste „dokończenie” pobierania zasiłku macierzyńskiego przez matkę ma charakter względny. Należy bowiem zauważyć, że pomimo niewypełniania przez ubezpieczoną matkę swoich obowiązków rodzicielskich związanych z opieką nad nowonarodzonym dzieckiem, ubezpieczona będzie uprawniona do zasiłku macierzyńskiego w okresie tzw. przerwy połogowej tj. przez 8 tygodni od porodu. W konsekwencji ubezpieczeni ojciec i matka, z wyłączeniem ubezpieczonych pracowników, mogą równolegle korzystać z prawa do zasiłku.

Wątpliwości powstają również na tle regulacji dotyczących pierwotnego nabycia prawa do zasiłku macierzyńskiego przez ubezpieczonego. Konsekwencją konstrukcji pierwotnego nabycia prawa do tego świadczenia jest to, że ubezpieczony może nabyć prawo do zasiłku macierzyńskiego, po pierwsze, niezależnie od pozostawania przez matkę w stosunku ubezpieczenia oraz, po drugie, niezależnie od korzystania przez nią z prawa do tego świadczenia. Uprawnienie to powstaje w przypadku przyjęcia, w czasie trwania ubezpieczenia chorobowego lub w okresie urlopu wychowawczego – dziecka w wieku do 7 roku życia, a w przypadku dziecka, wobec którego podjęto decyzję o odroczeniu obowiązku szkolnego – do 10 roku życia – na wychowanie i wystąpienia do sądu opiekuńczego w sprawie jego przysposobienia oraz w razie przyjęcia tego dziecka na wychowanie w ramach rodziny zastępczej, z wyjątkiem rodziny zastępczej zawodowej⁴⁷, a także w okresie urlopu ojcowskiego⁴⁸.

W odniesieniu do pierwszej z wymienionych sytuacji należy wskazać, że przepisy ustawy zasiłkowej nie przyznają ubezpieczonej matce adopcyjnej (zastępczej) pierwszeństwa otrzymania zasiłku macierzyńskiego⁴⁹. Również przepisy kodeksu pracy nie przewidują pierwszeństwa matki adopcyjnej w wykorzystaniu urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego. Co więcej z przepisów obu ustaw nie wynika, że skorzystanie z prawa do urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego i zasiłku macierzyńskiego przez jednego z ubezpieczonych rodziców adopcyjnych (zastępczych) wyłącza uprawnienie

⁴⁴ Por. przepis art. 182 k. p.

⁴⁵ Por. uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks pracy (druk sejmowy nr 2223).

⁴⁶ Por. rozważania na s. 5-6.

⁴⁷ Por. przepis art. 29 ust. 2 ustawy zasiłkowej.

⁴⁸ Przepis art. 29 ust. 5a ustawy zasiłkowej.

⁴⁹ Odmiennie: T. Lasocki, *Zasada równości płci...*, s. 12.

drugiego do korzystania z tych uprawnień. Analogiczna sytuacja występuje, gdy ubezpieczony pracownik przyjął na wychowanie dziecko ubezpieczonej i wystąpił o jego przysposobienie⁵⁰. Takie rozwiązanie budzi zastrzeżenia ze względu na fakt, że ubezpieczeni biologiczni rodzice dziecka co do zasady nie mogą jednocześnie korzystać z tego rodzaju uprawnień⁵¹.

Ponadto zgodnie z przepisem art. 29 ust. 5a ustawy zasiłkowej, zasiłek macierzyński przysługuje przez okres ustalony przepisami kodeksu pracy jako okres urlopu ojcowskiego. Regulacja ta nie określa podmiotu, któremu przysługuje prawo do zasiłku macierzyńskiego w okresie urlopu ojcowskiego oraz warunków jego nabycia. Na tym tle pojawiają się dwie wątpliwości. Pierwsza, czy uprawnienie to jest uzależnione od rodzaju tytułu ubezpieczenia oraz druga, czy skorzystanie z tego uprawnienia jest uwarunkowane „przerwaniem aktywności zawodowej” przez ubezpieczonego.

Powiązanie prawa do zasiłku macierzyńskiego z urlopem ojcowskim może sugerować, że zasiłek macierzyński przysługuje wyłącznie ubezpieczonemu pracownikowi. Należy jednak zauważyć, że przepisy rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 2 kwietnia 2012 r. w sprawie określenia dowodów stanowiących podstawę przyznania i wypłaty zasiłków z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa wyraźnie wskazują, że o prawo do zasiłku w analizowanej sytuacji może ubiegać się zarówno ubezpieczony będący pracownikiem jak i ubezpieczony niebędący pracownikiem⁵². *De lege ferenda* przepisy ustawy, a nie aktu wykonawczego powinny wskazywać podmioty uprawnione do zasiłku macierzyńskiego w tej sytuacji.

Brak wyraźnego uwarunkowania prawa do zasiłku macierzyńskiego w okresie urlopu ojcowskiego „przerwaniem aktywności zawodowej”, przy założeniu, że uprawnienie to dotyczy wszystkich ubezpieczonych, różnicuje sytuację prawną ubezpieczonych i stawia ponownie pytanie o funkcję tego świadczenia. Ubezpieczony pracownik w okresie urlopu ojcowskiego przerywa świadczenie pracy i zasiłek zastępuje utracone wynagrodzenie. Natomiast ubezpieczony niebędący pracownikiem może łączyć prawo do pobierania tego zasiłku z prowadzeniem działalności zarobkowej i osiąganym z tego tytułu przychodem.

Przeprowadzone rozważania pozwalają sformułować kilka wniosków *de lege ferenda*. Po pierwsze, nie kwestionując potrzeby zapewnienia przez ubezpieczenie chorobowe ochrony socjalnej nie tylko pracownikom, ale również osobom wykonującym

⁵⁰ Por. pismo Departamentu Prawa Pracy w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 kwietnia 2012 r. (DPR-3-053-301/TW/EG/2012).

⁵¹ Jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy dnia 5 listopada 2009 r. – o zmianie ustawy – Kodeks pracy (Dz.U.219, poz.1704), ustawodawca zmierzał do maksymalnego ujednoczenia standardów ochronnych stosowanych do pracowników korzystających z urlopu macierzyńskiego (podstawowego i dodatkowego), pracowników korzystających z urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego (podstawowego i dodatkowego) oraz pracowników korzystających z urlopu ojcowskiego – w celu uniknięcia zarzutu dyskryminacji w stosunkach pracy w zakresie uprawnień związanych z rodzicielstwem. Jednak poprzez pominięcie w treści art. 189[1] k. p., którego celem jest wyłączenie możliwości równoczesnego korzystania z uprawnień związanych z rodzicielstwem, urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego doprowadziło do nieuzasadnionego przywilejowania rodziców adopcyjnych.

⁵² Por. § 20.

działalność zarobkową poza stosunkiem pracy, należy zasygnalizować potrzebę dyferencjacji prawa do zasiłku macierzyńskiego ze względu na tytuł ubezpieczenia chorobowego. Jednakowe ukształtowanie prawa do zasiłku macierzyńskiego dla ubezpieczonych bez względu na tytuł ubezpieczenia chorobowego nie wydaje się prawidłowe. Z unormowań stanowiących przedmiot niniejszego opracowania wynika, że aktualny kształt regulacji prawnej, z jednej strony prowadzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania niektórych ubezpieczonych, z drugiej zaś niekiedy czyni uprawnienie do zasiłku macierzyńskiego niepełnym, tj. pozbawionym możliwości jego realizacji z uwagi na brak systemowej regulacji prawnej. Zróżnicowaniu warunków nabycia prawa do zasiłku macierzyńskiego ze względu na kryterium tytułu ubezpieczenia chorobowego nie sprzeciwia się konstytucyjna zasada równości wobec prawa. Powszechność ubezpieczeń społecznych wyłącza bowiem jednolitość regulacji prawnej, w tym zakresie prawa do świadczeń, uzasadniając jego zróżnicowanie, z zachowaniem jednak wymogu równego traktowania ubezpieczonych pod względem płci, rasy, pochodzenia etnicznego, narodowości, stanu cywilnego i stanu rodzinnego⁵³, co także nie oznacza nakazu jednakowego kształtowania uprawnień do świadczeń z uwagi na wymienione kryteria⁵⁴. Jak słusznie wskazuje się w piśmiennictwie, zróżnicowanie form zatrudnienia z użyciem prawa cywilnego i prawa handlowego nie jest przypadkowe, lecz wiąże się z odmiennym ryzykiem gospodarczym i ryzykiem socjalnym⁵⁵. W przypadku np. ubezpieczonych, prowadzących działalność na własny rachunek, powstrzymanie się od wykonywania działalności zarobkowej nie zawsze powoduje utratę dochodów. Po drugie, wielość sytuacji uzasadniających przyznanie zasiłku macierzyńskiego ubezpieczonemu oraz brak konsekwencji ustawodawcy w uwarunkowaniu prawa do tego świadczenia koniecznością powstrzymania się od wykonywania aktywności zawodowej, brak przepisów pozwalających na weryfikację tego warunku, budzi wątpliwości co funkcji, jakie zasiłek ma realizować. Przyznawanie prawa do zasiłku macierzyńskiego z tytułu „macierzyństwa, a nie „na wypadek jego skutków” w sferze aktywności zawodowej ubezpieczonego i możliwości zarobkowania, jak już wskazano, nie odpowiada istocie ochrony realizowanej przez ubezpieczenie chorobowe. Ponadto sytuacje uprawniające ubezpieczonego do zasiłku macierzyńskiego ukazują niejednorodne przeznaczenie tego świadczenia. Wtórne prawo do zasiłku macierzyńskiego uwzględnia przede wszystkim potrzeby dziecka. W przypadku noworodka ma umożliwić zapewnienie stosownej opieki i pielęgnacji, w pierwszym okresie życia, a w razie przysposobienia (lub przyjęcia na wychowanie w ramach rodziny zastępczej) dziecka starszego, zaadoptowanie do nowej sytuacji. W obu sytuacjach zasiłek macierzyński ma zatem na celu przede wszystkim ochronę dziecka, pośrednim celem jest zaś nawiązanie z nim więzi. Natomiast

⁵³ Art. 2a ustawy systemowej.

⁵⁴ Por. J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia...*, s. 101. Zob. także: H. Pławucka, *Systemy ubezpieczenia społecznego, (w:) Problemy prawa ubezpieczeń społecznych*, (red.) B. Wagner, Kraków 1996, s. 132 i n.; B. Wagner, *Zasada równego traktowania w ubezpieczeniu chorobowym, [w:] Ubezpieczenia chorobowe*, (red.) B. Wagner, A. Malaka, Iwonicz Zdrój 2010, s. 15 i n.

⁵⁵ J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia...*, s. 101-102.

w przypadku zasiłku macierzyńskiego związanego z urlopem ojcowskim zasadniczym przeznaczeniem tego świadczenia jest nawiązanie więzi z dzieckiem. Po trzecie, szeroki zakres podmiotowy i przedmiotowy prawa do zasiłku, wpływający na niejednorodną strukturę tego świadczenia, podkreśla nieadekwatność jego nazwy do przedmiotu ochrony. Warto rozważyć więc zmianę nazwy tego świadczenia lub wprowadzenie odrębnej konstrukcji prawnej (w ramach ustawy zasiłkowej) dotyczącej ochrony sytuacji uprawniających obecnie ubezpieczonego do zasiłku macierzyńskiego. Zaproponowane zmiany podkreśliłyby samodzielny charakter prawa ubezpieczonego do zasiłku macierzyńskiego wynikający z własnego tytułu ubezpieczenia. Modyfikacja regulacji prawnej w zakresie zasiłku macierzyńskiego powinna zostać poprzedzona merytoryczną dyskusją nad treścią ryzyka związanego z rodzicielstwem i funkcją, jakie świadczenie związane z tym ryzykiem ma pełnić. Jest to konieczne do prawidłowego sformułowania przesłanek ochrony socjalnej udzielanej ubezpieczonemu.